

Membre de l'université Paris Lumières

Francis Habouzit

**Les usages des modalités d'exécution de
la peine privative de liberté**

Contribution à l'étude des pratiques punitives contemporaines

Thèse présentée et soutenue publiquement le 1er octobre 2021
en vue de l'obtention du doctorat en droit de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de M. Pascal BEAUVAIS (Professeur, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne)

Jury :

Rapporteur :	Monsieur Clément MARGAINE	Professeur, Université de Poitiers
Rapporteuse :	Madame Anne PONSEILLE	Maître de conférences-HDR, Université de Montpellier
Suffragante :	Madame Pierrette PONCELA	Professeure émérite, Université Paris Nanterre
Suffragante :	Madame Muriel GIACOPELLI	Professeure, Université Aix-Marseille
Suffragante :	Madame Raphaële PARIZOT	Professeure, Université Paris Nanterre

SOMMAIRE

Partie 1. La modulation de la peine par les usages des modalités d'exécution

Titre 1. La libéralisation des conditions d'exécution par l'individualisation judiciaire

Chapitre 1. L'octroi des mesures d'individualisation

Chapitre 2. L'exécution des mesures d'individualisation

Titre 2. La libéralisation des conditions d'exécution par l'individualisation administrative

Chapitre 1. La différenciation du régime de détention

Chapitre 2. La différenciation du parcours d'exécution

Partie 2. La sanction de la personne par les usages des modalités d'exécution

Titre 1. L'intensification de l'assujettissement par la police des personnes condamnées

Chapitre 1. L'amplification de la réglementation de la vie

Chapitre 2. L'amplification de la production de connaissance

Titre 2. L'intensification de l'assujettissement par la direction des personnes condamnées

Chapitre 1. La rationalisation de l'évaluation des personnes

Chapitre 2. La rétribution de l'adhésion à la prise en charge

L'université Paris Nanterre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

RÉSUMÉ DE LA THÈSE

Transformées par la diversification des modalités d'exécution et la multiplication de leurs usages, les pratiques punitives contemporaines se caractérisent par un resserrement des liens entre les conditions d'exécution de la peine et les caractéristiques de la personne condamnée. Les principes directeurs de l'exécution des peines prescrivent en effet la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine, afin de lui permettre d'agir en personne responsable et d'éviter la commission de nouvelles infractions. Les usages des modalités d'exécution sont ainsi au centre de notre art de sanctionner contemporain, en ce qu'ils sont tant l'instrument de l'élaboration de l'acte de punir que de la formation d'un sujet responsable. Or, en plaçant la logique modale de la peine privative de liberté au service de la prévention spéciale des infractions, notre rationalité punitive contemporaine provoque une libéralisation des conditions d'exécution de la peine, responsable d'une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

Mots-clés : Peine privative de liberté – Rationalité punitive – Modalités d'exécution – Individualisation – Subjectivation – Personne responsable.

Transformed by the diversification of the modalities of execution and the multiplication of their uses, contemporary punitive practices are characterized by the tightening of the links between the conditions of execution of the sentence and the characteristics of the convicted person. Indeed, the guiding principles of the execution of sentences prescribes the correlative constitution of the subject and his punishment, in order to allow him to act as a responsible person and to avoid the commission of new offenses. The uses of the modalities of execution are thus at the center of our contemporary art of sanctioning, in the sense that they are as much the instrument of the determination of the act of punishing as of the formation of a responsible subject. However, by placing the modal logic of the custodial sentence at the service of the special prevention of offenses, our contemporary punitive rationality induces a liberalization of the conditions for the execution of the sentence, responsible for an intensification of the subjugation to which it gives rise.

Key-Words : Custodial sentence – Punitive rationality – modalities of execution – Individualization – Subjectivation – Responsible person.

ABRÉVIATIONS

• Textes, revues et publications

AJ Pénal	Actualité juridique Pénal
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
APC	Archives de politique criminelle
APD	Archives de philosophie du droit
BO	Bulletin officiel
BOMJ	Bulletin officiel du ministère de la Justice
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CSP	Code de la santé publique
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
D.	Recueil Dalloz
Dév. & Soc.	Déviance et société
Dr. et soc.	Droit et société
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. ad.	Droit administratif
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP G	La semaine juridique – Edition générale
JORF	Journal officiel de la République française
J-Cl.	Encyclopédie Jurisclasseur Lexis-Nexis
LEFP	L'essentiel Droit de la famille et des personnes
LPA	Les petites affiches
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rép. pén. Dalloz	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme

• Juridictions et institutions

ANJAP	Association nationale des juges de l'application des peines
APIJ	Agence publique pour l'immobilier de la Justice
Ass. plén.	Assemblée plénière

CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CAP	Commission d'application des peines
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch.	Chambre
CHAP	Chambre de l'application des peines
CIPDR	Comité interministériel de prévention de la délinquance et de la radicalisation
CNCTR	Commission nationale de contrôle des techniques de renseignements
DACG	Direction des affaires criminelles et des grâces, ministère de la Justice
DAP	Direction de l'administration pénitentiaire
GC	Grande chambre
JNLC	Juridiction nationale de la libération conditionnelle
JRLC	Juridiction régionale de la libération conditionnelle
SPIP	Service pénitentiaire d'insertion et de probation
SSJS	Sous-section jugeant seule
SSR	Sous-sections réunies
TA	Tribunal administratif

• Abréviations générales

al.	Alinéa
art.	Article
Ass.	Assemblée plénière
chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
Consid.	Considérant
Décr.	Décret
éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Infra</i>	Voir ci-dessous
not.	Notamment
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
p.	Page
préc.	Précité
s.	Suivants
<i>Supra</i>	Voir ci-dessus
t.	Tome
vol.	Volume

REMERCIEMENTS

À l'heure d'exprimer ma reconnaissance à ceux qui m'ont accompagné durant mon parcours, les mots m'échappent. Lentement, je prends la mesure de la difficulté de la tâche à accomplir et constate que ma plume, aiguisée des années durant, a désormais perdu toute sérénité, tourmentée par l'idée de ne savoir trouver les mots justes. Peuvent-ils d'ailleurs seulement l'être ? Rien est moins sûr. Qu'à cela ne tienne, ces quelques mots ne sont après tout que le symbole de ma reconnaissance, dans ce cadre ostentatoire qui ne me sied guère. Préservons donc l'intimité de nos souvenirs, nulle célébration des liens sincères n'est nécessaire ; ils sont, voilà tout. Mes remerciements ici demeureront évidemment authentiques, mais seront avant tout pudiques et un prélude à des paroles plus discrètes, empreintes davantage de tendresse et d'affectation.

Mes premiers remerciements s'adressent à Pascal Beauvais pour avoir accepté de diriger cette thèse, avec la curiosité et l'ouverture d'esprit qui le caractérise. Mes pensées se tournent ensuite vers Pierrette Poncela, avec qui la rencontre a été déterminante en ce qu'elle m'a conduit à découvrir un autre chemin par lequel parcourir le champ du savoir juridique. Aux membres du Centre de droit pénal et de criminologie, j'adresse ma gratitude pour leur accueil au sein de la grande maison de Nanterre et pour m'avoir permis d'en faire mon foyer. À mes collègues et amis, je crie un grand merci pour la joie et la passion partagées de l'enseignement et de la recherche.

À l'ensemble de ma famille, j'exprime une pensée des plus émues pour l'amour et le soutien inconditionnels offerts, m'ayant donné la liberté et la force de mener à bien mes études. À ma mère, la reconnaissance de m'avoir insufflé le courage de l'abnégation. À mon père, celle de m'avoir transmis la joie de la connaissance. À ma sœur, un grand merci pour être le modèle qu'elle constitue pour moi. À mes grands-parents, un immense merci pour toute leur affectation, leur confiance et leur fierté, qui m'ont été si précieuses pour avancer durant toutes ces années.

*« Vivre, c'est passer d'un espace à un autre,
en essayant le plus possible de ne pas se
cogner. »*

PEREC Georges, *Espèces d'espaces*,
« L'espace critique », Galilée, 2000 (1974),
p. 16.

INTRODUCTION

1 Les pratiques punitives contemporaines. Ensemble des formes de mise en œuvre de l'exercice du pouvoir de punir de l'État, les pratiques punitives contemporaines sont caractérisées – sous le mode de la peine privative de liberté – par une amplification de l'individualisation de l'exécution de la peine¹. Au regard du fort développement des modalités d'exécution, assurant l'adaptation de la peine au condamné, le constat s'impose d'un resserrement des liens noués entre les conditions de l'assujettissement et les caractéristiques de la personne². Notre « art de sanctionner³ » poursuit effectivement, par les usages des modalités d'exécution, tant l'élaboration de l'acte de punir que la formation d'un sujet responsable. Or, en recherchant à perfectionner sans cesse la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine, il se pourrait bien que les pratiques punitives contemporaines aient entrepris, progressivement, le contournement des limites juridiques destinées à la modération de l'exercice du pouvoir de punir de l'État.

Afin de vérifier l'existence d'une atténuation de la portée des principes du droit pénal moderne, par le truchement des modalités d'exécution entre la condamnation et l'acte de punir, il conviendra d'entreprendre une analyse générale des procédés de détermination des conditions d'exécution de la peine. Cependant, il est nécessaire, au préalable, de mettre en perspective l'exécution de la peine privative de liberté avec les questionnements philosophiques et théoriques du pouvoir et du droit de punir de l'État, afin de contextualiser notre étude de l'acte de punir et d'évacuer les problématiques qui ne seront pas les nôtres.

2 Pouvoir et droit de punir. Tout d'abord, le pouvoir de punir désigne la capacité de l'État à exercer une violence politique pour réprimer l'adoption d'un comportement interdit : il s'agit d'une souffrance infligée, sous la forme d'une punition, à l'un de ses sujets. La problématique du pouvoir de punir de l'État correspond à son origine et à la question « pourquoi revient-il à l'État de punir ? »⁴. C'est une question de philosophie politique, relative à la forme et à l'évolution des rapports entre le souverain et ses sujets. À cette

¹ Sur l'individualisation v. : *infra* n° 34-37.

² Sur les modalités d'exécution v. : *infra* n° 13-20.

³ PONCELA Pierrette, « Dans les entrelacs du pourquoi et du comment punir, un nouvel art de sanctionner », in *Qu'est-ce que la culture ?*, MICHAUX Yves (dir.), Odile Jacob, Paris, « Universités de tous les savoirs », 2001, p. 562.

⁴ PONCELA Pierrette, « Droit de punir et pouvoir de punir : une problématique de l'État », *APD*, vol. 28, « Philosophie pénale », 1983, p. 125.

question, les réformateurs du XVIII^e siècle ont répondu parce que c'est utile pour défendre la société, liant ainsi le droit pénal de l'ère moderne à la philosophie utilitariste⁵.

Ensuite, le « droit de punir⁶ » doit être considéré comme un « élément d'une théorie générale de l'État⁷ », puisqu'il vise la question de la légitimité et des légitimations du pouvoir de punir. Le droit de punir est fondamentalement une problématique de l'État puisqu'il s'agit de se poser la question : « comment l'État doit-il punir pour que cela apparaisse légitime⁸ ? » C'est un questionnement de théorie du droit pénal, indissociable du « droit pénal moderne⁹ », en ce qu'il constitue la première réponse donnée à la question des limites juridiques à l'exercice du pouvoir de punir de l'État. Appréhendé en tant que titulaire de droits et d'obligations, le sujet ne peut être puni que par un exercice du pouvoir de punir rationalisé par les principes du droit pénal moderne.

3 L'acte de punir. Quant à l'acte de punir, il désigne la forme et l'action de punir : il s'agit des pratiques punitives auxquelles donne lieu l'exercice du pouvoir de punir de l'État¹⁰. Le plus souvent, l'acte de punir est problématisé en tant qu'outil de politique criminelle, c'est-à-dire « comme un instrument dont dispose l'État pour lutter contre le crime¹¹ ». Ce passage d'un questionnement philosophique et juridique sur le droit de punir à un questionnement agonistique sur l'acte de punir est le résultat d'une imposition progressive d'une problématisation technique de l'exercice du pouvoir de punir. D'une légitimation de l'acte de punir fondée sur une peine utile car « économique¹² », et donc modérée, nous

⁵ CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, « Droit fondamental. Classiques », 2014, §243 ; MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Paris, 7^e éd., Cujas, 1997, §61 ; PRADEL Jean, *Histoire des doctrines pénales*, 2^e éd., Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1991, p. 30.

⁶ BECCARIA Cesare, CHEVALIER Maurice (trad.), *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, « GF », 2006 (1764), p. 63 ; BENTHAM Jeremy, DUMONT Étienne, *Théorie des peines et des récompenses : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, t. 1, 3^e éd., Paris, Bossange, 1825, p. 7.

⁷ PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, « Thémis. Droit privé », 2001, p. 54.

⁸ PONCELA Pierrette, « Droit de punir et pouvoir de punir : une problématique de l'État », *op. cit.*, p. 125.

⁹ AUDEGEAN Philippe, DELIA Luigi (dir.), *Le moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, Oxford, Oxford University, « Studies in the enlightenment », 2018, 263 p.

¹⁰ Sur l'acte de punir à l'ère moderne en tant qu'exercice, et non pas une cérémonie ou une représentation v. : FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des histoires », 1975, p. 133-134. À partir de là, « la punition est une technique de coercition des individus ; elle met en œuvre des procédés de dressage des corps – non des signes – avec les traces qu'il laisse, sous forme d'habitude dans le comportement ; et elle suppose la mise en place d'un pouvoir spécifique de gestion de la peine » : *ibid.*, p. 134.

¹¹ PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 55.

¹² « La peine doit être économique, c'est à dire n'avoir que le degré de sévérité nécessaire pour atteindre son but. » : BENTHAM Jeremy, DUMONT Étienne, *Théorie des peines et des récompenses : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, *op. cit.*, p. 36. Sur cette idée v. également : BENTHAM Jeremy, *Traité de législation civile et pénale*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2010, p. 319.

sommes passés à une peine qui doit être efficace dans la recherche de la dissuasion spéciale¹³, et qui justifie dès lors le développement de pratiques punitives fondées sur la « théorie de la prévention spéciale négative¹⁴ ». Or, cette pratique tend à mettre entre parenthèses les limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État, en fonctionnant de plus en plus à partir de la notion d'individu, superposée à celle de sujet de droit et l'éclipsant de cette manière¹⁵.

Pour nous dépendre d'une réflexion pénologique sur l'acte de punir, et préserver le projet juridique de notre démonstration, nous appréhenderons l'acte de punir, non comme un instrument de politique criminelle – dont nous serions dès lors à notre tour l'acteur – mais comme un « instrument de gouvernement¹⁶ ». L'acte de punir doit être compris « comme une pratique de gouvernement des hommes, un des éléments d'un art de gouverner, c'est-à-dire [...] un ensemble de techniques, de procédés et de procédures destinés à diriger la conduite des hommes¹⁷. » Notre recherche se propose effectivement, non pas de mesurer la capacité de nos pratiques punitives à poursuivre les fonctions et les finalités attribuées à l'acte de punir, dans une « conception instrumentale du droit pénal¹⁸ », mais celle des principes du droit pénal moderne à limiter l'exercice du pouvoir de punir de l'État, rationalisé plus que jamais par une finalité agonistique. En d'autres termes, l'objectif de l'étude est d'analyser les effets des pratiques punitives contemporaines sur la portée du droit de punir et leurs conséquences sur la teneur de l'acte de punir. Avant de préciser notre objet, il convient néanmoins de situer l'évolution de l'exécution de la peine privative de liberté par rapport aux autres transformations de l'acte de punir.

4 La diversification des formes de l'acte de punir. Les évolutions de l'exécution de la peine privative de liberté s'inscrivent dans un vaste mouvement de transformation de l'acte de punir. L'exercice du pouvoir de punir de l'État a en effet été l'objet de bouleversements profonds, correspondant à la diversification des « systèmes sanctionneurs » et à la

¹³ La prévention spéciale vise la dissuasion individuelle. En s'appuyant sur BENTHAM, un auteur rappelle que cet objectif renvoie à l'incapacité physique de commettre une infraction, à la réformation de la personne condamnée et à son intimidation : VAN DE KERCHOVE Michel, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, « Droit », 2009, p. 209.

¹⁴ BARRATTA Alessandro, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Dév. & Soc.*, n° 1, vol. 15, 1991, p. 15. Cette théorie vise la dissuasion spéciale par la neutralisation et l'intimidation spécifique des auteurs d'infraction, notamment par des interventions correctionnelles précises visant à réduire le risque de récidive.

¹⁵ *Ibid.*, p. 17 : « Cette théorie est construite en vue de justifier, sur la base de raisons instrumentales, la limitation des droits et la souffrance imposée aux condamnés ; ceci équivaut toutefois à refuser à leur personne la qualité de sujet et à la considérer, par contre, comme objet. »

¹⁶ PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, op. cit., p. 56.

¹⁷ CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 50.

¹⁸ BARRATTA Alessandro, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », op. cit., p. 17.

« multiplication des formes, matérielles et juridiques », des sanctions pénales¹⁹.

Le premier trait caractéristique de la transformation de l'acte de punir est l'une des manifestations les plus visibles, dans notre ordre juridique contemporain, de la « gestion différentielle des illégalismes²⁰ ». L'acte de punir ne peut plus être entendu comme ne renvoyant qu'à l'exécution de la peine, mais doit, dans une acception élargie, désigner une multitude de sanctions juridiques diverses, provenant d'autant de voies distinctes de l'exercice du pouvoir de punir²¹. L'« éclatement des catégories juridiques²² » qualifiant les illégalismes (infraction pénale, manquement administratif, infraction disciplinaire, délit civil) donne effectivement lieu au développement d'une « diversité des systèmes de sanctions²³ ».

Le second trait caractéristique de la transformation de l'acte de punir désigne la multiplication des formes de sanctions pénales, au travers des types d'assujettissement auxquels elles correspondent – c'est-à-dire aux différentes matérialisations de la contrainte résultant inexorablement de la soumission d'une personne à des pratiques punitives – et aux qualifications juridiques qui les régissent²⁴. D'un côté, il convient de relever la forte inventivité du législateur en matière de pénalité, qui tranche avec la place prédominante accordée à l'incarcération et à l'amende²⁵. Il suffit de faire un tour d'horizon des pratiques répressives pour s'en convaincre : confiscation, interdiction professionnelle, interdiction de séjour, travail d'intérêt général, stage de citoyenneté, rappel à la loi, probation, surveillance électronique, *etc.* De l'autre, c'est le foisonnement des formes juridiques des sanctions venant punir la commission d'une infraction qui est frappante. Aux peines principales s'ajoutent d'abord les peines complémentaires et les peines alternatives, y compris sous la forme du prononcé d'un aménagement de peine *ab initio* par la juridiction de jugement. Ensuite, les modalités du prononcé de la peine – sursis simple et probatoire – doivent, elles aussi, être considérées en tant que formes de l'acte de punir, en ce qu'il s'agit d'un assujettissement

¹⁹ PONCELA Pierrette, « De la diversité des sanctions juridiques. Variation sur le traitement différentiel des illégalismes », in *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, TULKENS Françoise, CARTUYVELS Yves, GUILLAIN Christine (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 78 ; 72.

²⁰ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 277.

²¹ Sur la répression administrative v. : DELMAS-MARTY Mireille, TEITGEN-COLLY Catherine, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, 191 p.

²² PONCELA Pierrette, « De la diversité des sanctions juridiques. Variation sur le traitement différentiel des illégalismes », *op. cit.*, p. 70.

²³ PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 466.

²⁴ Sur la nécessité d'un déplacement du droit de la peine à un droit de la sanction pénale v. : *ibid.*, 33-40 ; BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, « Manuels », 2019, §15-16 ; GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine*, Paris, L.G.D.J., « Collection cours », 2019, §1.

²⁵ Sur la diversité des sanctions juridiques dans le Conseil de l'Europe v. : PONCELA Pierrette, ROTH Robert, *La fabrique du droit des sanctions pénales au Conseil de l'Europe*, Paris, La documentation française, « Perspective et Justice », 2006, 319 p.

destiné à punir l'auteur d'un comportement infractionnel, peu important que la peine prononcée sous le mode du sursis soit un jour mise à exécution. Enfin, les sanctions *sui generis* déterminées par le procureur de la République ne doivent pas être négligées, en ce qu'elles constituent aujourd'hui une part non négligeable de la « réponse pénale²⁶ ».

Entendu comme l'assujettissement par l'État d'une personne, à titre de punition, en raison de la commission d'un comportement constituant un illégalisme réprimé au travers de pratiques juridiques, l'acte de punir ne peut être réduit à la peine, qui n'est que l'un des modes d'exercice du pouvoir de punir. Au demeurant, si notre sujet s'inscrit dans la transformation de l'acte de punir, son périmètre est plus restreint, puisqu'il se limite à l'étude de la peine privative de liberté, qui connaît en son sein d'une diversification de ses formes.

5 La diversification des formes de la peine privative de liberté. À l'instar de la peine, la peine privative de liberté connaît d'une accélération de la multiplication de ses formes matérielles. La privation de liberté à titre punitif renvoie à une multiplicité de conditions d'incarcération, allant de l'isolement à la détention à domicile sous surveillance électronique²⁷. Au-delà, elle est l'un des supports de la libération des fonctions carcérales²⁸, par le renouvellement des techniques d'assujettissement correspondant à différentes variations du suivi judiciaire²⁹. Pour autant, ces formes matérielles que peut prendre la peine ne correspondent pas à des modes d'exécution distincts et autonomes, diversifiant la forme juridique de la peine privative de liberté. L'acte de punir n'a nullement pour vocation de s'exercer sous un mode unique, qui correspondrait à une technique d'assujettissement déterminée. *A contrario*, cette multiplicité de formes matérielles constitue le catalogue des modalités permettant la modulation de la peine privative de liberté au cours de son exécution.

La diversification des formes de la peine privative de liberté est donc un mouvement qui s'inscrit dans la poursuite d'une plus grande individualisation de l'exécution de la sanction. Cette différenciation de l'acte de punir, après la condamnation, est rendue possible

²⁶ Le taux de « réponse pénale » pour l'activité de l'année 2019 s'élève à 86,7 % des affaires dites poursuivables : CHAMBAZ Christine (dir.), *Les chiffres-clés de la Justice 2020*, Ministère de la Justice, 2021, p. 4. Il s'agit du pourcentage d'affaires poursuivables qui ont fait l'objet de poursuites, d'une composition pénale ou d'une procédure d'alternative aux poursuites. Les sanctions *sui generis* du procureur de la République représentent 47% des affaires ayant fait l'objet d'une réponse pénale.

²⁷ Concernant le régime de l'isolement v. : art. 726-1 et R. 57-7-62 et s. du CPP. Concernant la détention à domicile sous surveillance électronique à titre de modalité d'exécution v. : art. 132-26 du CP ; art. 723-7 et s. du CPP.

²⁸ FOUCAULT Michel, « « Alternatives » à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social : une entrevue avec Michel Foucault », *Criminologie*, n° 1, vol. 26, 1993, p. 13-34

²⁹ Sur l'essor et le renforcement des suivis judiciaires v. : *infra* n° 143 et s.

par la logique modale de la peine privative de liberté (A) et se trouve prescrite par la rationalité punitive de celle-ci (B).

A. La logique modale de la peine privative de liberté

6 Une logique modale. En raison de sa capacité à se transformer au cours de son exécution, la peine privative de liberté doit être considérée comme ordonnée par une « logique modale³⁰ ». Les peines d'emprisonnement et de réclusion criminelle partagent cette « qualité désirable³¹ », non en ce qu'elles pourraient être affectées d'une modalité à la manière d'une obligation, mais en ce qu'elles sont toujours conjuguées par une ou plusieurs modalités définissant la forme de l'assujettissement, c'est-à-dire des conditions de la contrainte correspondant à l'action de punir. Finalement, la peine privative de liberté ne condamne qu'à un mode d'assujettissement. « Qu'est-ce qu'un mode ? Au contraire d'une relation directe, un mode est un rapport qui déploie un ensemble possible de modalités³². » La logique modale désigne ainsi le lien entre la peine et ses différentes formes, c'est-à-dire le caractère intrinsèquement mouvant des conditions d'exécution de la peine. Cette capacité juridique de la peine à être mobile est une logique modale indissociable de la modernité de la peine et indispensable à la modération de celle-ci.

7 Une logique modale indissociable de la modernité de la peine. Plus que la désignation d'une période historique, la modernité doit être considérée comme « un mode de relation à l'égard de l'actualité³³ ». Cette attitude moderne se traduit par la volonté ou la capacité de réagir au présent, de prendre position face à ce qu'il présente de nouveau, pour évoluer. La peine privative de liberté est moderne en raison de sa logique modale, c'est-à-dire de sa capacité d'adaptation une fois prononcée, en fonction de l'actualité de la personne

³⁰ CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, op. cit., p. 49 ; PONCELA Pierrette, « La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, VAN DROOGHENBROECK Sébastien (dir.), Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 363-375 ; PONCELA Pierrette, « Le déploiement des aménagements de peine », *RPDP*, n° 1, 2009, p. 95.

³¹ BENTHAM Jeremy, DUMONT Étienne, *Théorie des peines et des récompenses : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, op. cit., p. 35.

³² CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, op. cit., p. 38.

³³ FOUCAULT Michel, « Qu'est-ce que les lumières ? », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2004, p. 1387.

condamnée, au travers de sa modulation³⁴. Si la modulation légale du régime de l'emprisonnement prévue par le code pénal de 1791 est la première manifestation de la modernité de la peine³⁵, l'individualisation de la sanction, telle que prônée par SALEILLES, en est l'archétype et la devise : « La responsabilité, fondement de la peine, et l'individualisation, critérium de son application : telle est la formule du droit pénal moderne³⁶. » Indissociable de sa modernité, la logique modale de la peine privative de liberté est également indispensable à la modération de l'acte de punir.

8 Une logique modale indispensable à la modération de l'acte de punir. Punir est toujours un acte de violence, nécessairement politique lorsqu'il est exercé par l'État. Dans la philosophie utilitariste, particulièrement chez BECCARIA et BENTHAM, la peine est légitime et nécessaire lorsqu'elle est utile, c'est-à-dire lorsqu'elle dissuade les citoyens de commettre des infractions. Néanmoins, elle doit pour cela être justement proportionnée à la gravité de l'infraction, de sorte à garantir le caractère infaillible de la peine et la légitimité de l'acte de punir³⁷. Ce principe d'économie, souvent nommé douceur ou « modération des peines³⁸ », est toujours le nôtre au travers des principes de nécessité et de proportionnalité des peines. Néanmoins, une évolution majeure réside dans la prise en compte, pour le calcul de la peine, de termes anthropologiques, en plus de la gravité des faits³⁹. Cette formule de calcul ne peut toutefois tomber juste, d'une part, « faute de pouvoir jamais « ajuster » une peine à une infraction et à son auteur⁴⁰ » ; et d'autre part, elle ne peut demeurer juste à partir du moment où les caractéristiques de l'individu, prises en compte dans la détermination de la peine, évoluent avec lui au cours de l'exécution. La modération du pouvoir de punir exige en conséquence tant la douceur des peines que la modération de l'acte de punir.

La modération, en plus de désigner un principe d'économie dans la détermination et le

³⁴ CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, op. cit., p. 46 ; PONCELA Pierrette, « Le déploiement des aménagements de peine », op. cit., p. 95.

³⁵ Sur les régimes pénitentiaires des peines privatives de liberté du code pénal de 1791 v. : *infra* n° 220.

³⁶ SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris, Félix Alcan, 1898, p. 164.

³⁷ BECCARIA Cesare, CHEVALIER Maurice (trad.), *Des délits et des peines*, op. cit., p. 72-75 ; BENTHAM Jeremy, DUMONT Étienne, *Théorie des peines et des récompenses : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, op. cit., p. 331 ; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois I*, Paris, Flammarion, « GF », 1979, p. 218-219.

³⁸ BECCARIA Cesare, CHEVALIER Maurice (trad.), *Des délits et des peines*, op. cit., p. 123.

³⁹ Sur l'indexation du calcul sur l'individu v. : *infra* n° 49.

⁴⁰ CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, op. cit., p. 47. Sur « l'impossible équivalence » entre le crime commis et la peine subie v. : PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, op. cit., p. 67.

prononcé des peines, est le nom de la nécessité d'un exercice retenu de l'acte de punir⁴¹. « Processus de légitimation qui passe par l'exercice du pouvoir⁴² », l'adaptation de la peine au cours de son exécution est incontournable pour s'approcher le plus possible de la mesure de ce qui est nécessaire. Dans ce but, la modulation de la peine est essentielle pour connaître de l'injustice découlant inévitablement du prononcé d'une peine, qui ne peut être parfaitement et définitivement ajustée. La logique modale est dès lors indispensable à la modération de l'acte de punir, puisqu'il s'agit de la condition de possibilité de sa mobilité. Raison pour laquelle, elle est pareillement nécessaire tant à la constitutionnalité⁴³ qu'à la conventionnalité de la peine⁴⁴. Entrelacée au fur et à mesure de l'accentuation de son emploi avec l'ambition réformatrice de la peine, la modulation est devenue au XXI^e siècle la pratique au fondement de la rationalité punitive de la peine privative de liberté (B).

B. La rationalité punitive de la peine privative de liberté

- 9 **Punir en modulant la peine.** Tenter d'appréhender la différenciation de l'acte de punir revient à s'interroger sur notre art de sanctionner, fondé sur la logique modale de la peine privative de liberté. Il s'agit de se poser la question « comment punit-on ? », au travers de deux interrogations de nature à éclairer l'objet de notre étude : « Quelle rationalité punitive informe et est informée par ce nouvel art de sanctionner ? Quelles transformations dans les [pratiques punitives] traduit et suscite cette rationalité punitive⁴⁵ ? ».

⁴¹ Il convient de parler de modération, plutôt que d'humanité, pour éviter toute référence à des valeurs morales ou à une idéologie. Il faut punir avec modération car on ne peut jamais proportionner parfaitement la peine à l'infraction, il n'y a jamais de juste peine. De ce constat, il faut tirer l'impératif de limiter l'injustice par la modération du pouvoir de punir de l'État. « L'affirmation d'un équilibre idéal, à l'intérieur du droit pénal, entre droit de punir et devoir de modération, d'une « articulation prudente entre la volonté de punir et le renoncement à punir » constituait et constitue encore aujourd'hui le socle de légitimation du système et des pratiques pénales. L'analyse se concentre alors sur la violence « illégitime » du système qui n'émerge que lorsque le dit équilibre se brise et que le principe de modération ne parvient plus à enrayer une volonté de punir démesurée » : CHANTRAINE Gilles, « Les prisons sont-elles civilisées ? », in *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel Van de Kerckhove*, TULKENS Françoise, CARTUYELS Yves, GUILLAIN Christine (dir.), *op. cit.*, p. 223.

⁴² LARMINAT DE Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, Paris, Presses universitaires de France, « Partage du savoir », 2014, p. 9-10.

⁴³ Pour une illustration récente v. : CC, Décision n° 2019-799/800 du 6 septembre 2019, M^{me} Alaitz A. et autre, AJ Pénal 2019. 620, note Chetard ; Constitutions 2019. 517, note Ponselle ; *ibid.* 541, note Chassang ; Dr. pén. 2019, n° 10. comm. 178, note Bonis ; *ibid.* 2020. n° 9, chron. Brenaut ; JCP G 2019. n° 41. 1016, note Peltier, consid. 8 : « Dès lors que les dispositions contestées ont pour conséquence de priver les personnes en cause de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en particulier dans le cas où elles ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, elles sont manifestement contraires au principe de proportionnalité des peines. ».

⁴⁴ Sur la nécessité conventionnelle de la logique modale pour les peines perpétuelles v. : *infra* n° 131.

⁴⁵ PONCELA Pierrette, « Dans les entrelacs du pourquoi et du comment punir, un nouvel art de sanctionner », *op. cit.*, p. 562.

À titre liminaire, relevons que l'article 707 du code de procédure pénale esquisse une réponse en deux temps. D'une part, le « régime d'exécution des peines privatives [...] vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions⁴⁶ ». D'autre part, 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 régulières⁴⁷ ». La condamnation lie ainsi la peine à la personne qui la subit. Punir en modulant la peine pourrait bien être la parfaite désignation du nouvel art de sanctionner. Mais qu'est-ce que moduler la peine ? « La modulation de la peine consiste à provoquer, ou à prendre acte, de changements, de transformations, d'évolutions, lesquels et pour chacun des individus, vont autoriser une modification de la durée et/ou du régime d'exécution d'une peine⁴⁸. » Aujourd'hui codifiée, cette nouvelle rationalité punitive s'est imposée progressivement au rythme de l'intensification de l'individualisation, informant et informée par de nouvelles pratiques punitives.

10 Une nouvelle rationalité punitive. Les rationalités punitives sont « des principes de cohérence et d'intelligibilité des discours sur la peine⁴⁹ ». Ce sont des « instruments d'analyse pour décrire des discours à la fois produits et informés par ces rationalités », mais aussi pour appréhender et comprendre des pratiques non discursives⁵⁰. Il est en effet possible de comprendre « rationalité » comme le terme désignant l'adéquation, réelle, supposée ou souhaitée, entre des moyens et une finalité. En dégagant des rationalités, il ne s'agit donc pas de porter un jugement sur des discours et/ou des pratiques sur le fondement d'une valeur-raison⁵¹, mais simplement d'identifier les régimes de rationalité décrivant et prescrivant l'économie de l'acte de punir à la fois réelle, supposée et souhaitée. De cette façon, les rationalités sont également un objet discursif, constituant un point de référence pour discuter et apprécier des propositions⁵². Ce n'est qu'en rapport avec une rationalité, que des énoncés

⁴⁶ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

⁴⁷ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

⁴⁸ PONCELA Pierrette, « Le déploiement des aménagements de peine », *op. cit.*, p. 95.

⁴⁹ PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *Délibérée*, n° 1, vol. 6, 2019, p. 10.

⁵⁰ FOUCAULT Michel, « Table ronde du 20 mai 1978 », in *L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIX^e siècle réunies par Michelle Perrot*, PERROT Michelle (dir.), Paris, Seuil, « L'univers historique », 1980, p. 46.

⁵¹ *Ibid.*, p. 46 ; PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 57.

⁵² *Ibid.*

ou des pratiques peuvent être conformes, utiles, efficaces. Définir une rationalité, c'est finalement établir ou identifier un système, une structure permettant d'appréhender et de classer des propositions et des pratiques. Il s'agit donc de codifier une manière de faire et, en même temps, de produire un discours vrai sur la prescription de cette pratique. Lu à partir de sa rationalité, l'art de sanctionner peut être décrit comme il est prescrit, codifié, et ainsi, comme ce à partir de quoi les pratiques sont légitimées ou disqualifiées.

Notre objet ici n'est pas d'identifier l'ensemble des rationalités punitives qui peuvent être relevées dans les discours sur les peines, mais d'observer la rationalité punitive dominante de l'acte de punir, afin de percevoir dans quel système a été mise à profit la logique modale. Nous avons dit précédemment « punir en modulant la peine », il nous faut maintenant expliciter cette rationalité dans le but de comprendre dans quoi s'insèrent les nouvelles pratiques punitives. Concernant d'abord la finalité du régime d'exécution, l'objectif de réinsertion a été relégué comme un biais pour atteindre le but de l'acte de punir⁵³. Cette fin est définie à l'article 707 du code de procédure pénale comme un objet comprenant deux facettes complémentaires. D'un côté, l'exercice du pouvoir de punir doit faire du sujet de la peine une personne responsable, définie comme celle qui, non seulement suit les règles de la société, mais en respecte les intérêts. De l'autre, la fin de l'exécution de la peine ne s'entend plus que de l'objectif, louable, mais réducteur et hégémonique, de la prévention de la commission de nouvelles infractions. Concernant ensuite le moyen mis en œuvre pour atteindre cette finalité, il s'agit de la modulation de la peine, conjuguée au mode de l'individualisation et rationalisée par un principe de progressivité⁵⁴. Notre art de sanctionner contemporain fonde son économie sur la mise en relation de l'évolution des formes de la peine avec la transformation de l'individu. Dorénavant, la peine est conçue à la fois comme le support d'une injonction faite à l'individu d' « agir en personne responsable⁵⁵ » et comme l'instrument de sanction, au travers de l'évolution des conditions d'exécution, des progrès réalisés en ce sens par la personne.

L'acte de punir n'est dès lors plus légitime du seul fait qu'il soit limité par le droit pénal. La nouvelle rationalité punitive exprime une évolution de ses justifications vers la

⁵³ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *Dév. & Soc.*, n° 3, Vol. 30, 2006, p. 357. Pour une définition de la notion de réinsertion v. : COUV RAT Pierre, LAZERGES Christine, PONCELA Pierrette (dir.), *La notion de réinsertion dans l'exécution des peines privatives de liberté. Le cas particulier des établissements pénitentiaires à gestion déléguée*, Paris, Centre de recherche sur la politique criminelle, 1999, p. 35 : « Être réinséré c'est pouvoir vivre sans transgresser la loi juridique, afin d'assurer une présence au monde social sans délinquance. La réinsertion a pour objet direct la réduction du désavantage, c'est-à-dire d'une part corriger les différentes formes d'exclusion auxquelles les détenus ont été souvent confrontés, et d'autre part diminuer les effets désocialisants provoqués par la prison. ».

⁵⁴ Sur le principe de progressivité v. : *infra* n° 77.

⁵⁵ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

capacité de l'exécution de la peine à atteindre ses finalités, c'est-à-dire à être efficace dans la lutte contre la délinquance, au travers de l'entreprise de transformation du sujet en personne responsable, grâce à de nouvelles pratiques punitives⁵⁶.

11 De nouvelles pratiques punitives. Les pratiques punitives désignent l'ensemble des formes de mise en œuvre de l'exercice du pouvoir de punir de l'État. Ce sont les conditions d'exercice et de visibilité des rationalités qui les sous-tendent. Elles sont ainsi des éléments de réponse à la question comment punit-on, puisqu'il s'agit des voies et biais par lesquels est produite la réalité de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

En raison de la redéfinition de la rationalité punitive, les pratiques qui s'articulent pour donner corps à l'art de sanctionner se sont transformées. Parmi elles, la réglementation de la vie, l'observation, l'évaluation et la sanction des personnes ont particulièrement évolué⁵⁷. Ces pratiques relatives à la détermination des conditions d'exécution ne sont toutefois, en soi, pas nouvelles. Néanmoins, leur évolution respective s'insère dans un ensemble de pratiques supérieur qui transforme de manière déterminante l'acte de punir⁵⁸. La novation des pratiques punitives réside essentiellement dans l'intensification des usages des modalités d'exécution, chargés d'adapter les conditions d'exécution de la peine « en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation⁵⁹ » du sujet. La diversification des modalités d'exécution et la multiplication de leurs usages ont en effet radicalement transformé l'art de sanctionner, afin de rechercher une meilleure efficacité de l'acte de punir. Doit ainsi être constaté le passage d'un aménagement exceptionnel des conditions d'exécution à la modulation chronique de celles-ci, renforçant ainsi les liens noués entre le sujet et sa peine lors de la condamnation. Ce n'est donc pas l'évolution des pratiques prises indépendamment les unes des autres qui caractérise le nouvel art de sanctionner, mais l'élaboration de l'acte de punir par les usages des modalités d'exécution.

*

⁵⁶ La rationalité mise en exergue est le programme légal de l'exécution de la peine. Ce n'est pas l'objet de la thèse que de mesurer dans quelle mesure il est effectif. L'intérêt de la mise en lumière de la rationalité punitive de l'article 707 du CPP est de repérer les conséquences qu'elle produit et dans quelle stratégie elle s'insère.

⁵⁷ Sur l'amplification de la réglementation de la vie v. : *infra* n° 368 et s. Sur l'amplification de la production de connaissance v. : *infra* n° 435 et s. Sur la rationalisation de l'évaluation des personnes v. : *infra* n° 478 et s. Sur la rétribution de l'adhésion à la prise en charge v. : *infra* n° 548 et s.

⁵⁸ Pour une analyse des évolutions du droit de la peine en terme de continuité v. : DANTI-JUAN Michel, « Un îlot de modernité ? La prison *intra-muros* », in *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), Paris, PUF, « Droit et justice », 2009, p. 191-206.

⁵⁹ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

12 L'élaboration de l'acte de punir par les usages des modalités d'exécution. L'étude de la rationalité punitive contemporaine met en exergue « une nouvelle économie de l'art de sanctionner⁶⁰ », au centre de laquelle se trouve la modulation de la peine. L'assujettissement auquel donne lieu la condamnation est en effet aujourd'hui défini par les usages des modalités d'exécution, au fur et à mesure de l'acte de punir, en fonction de l'évolution « de la personnalité et de la situation » du sujet, en vue « d'éviter la commission de nouvelles infractions »⁶¹. La justification du droit de punir ne passe plus seulement par la limitation de l'exercice du pouvoir de punir de l'État, mais également, et peut-être avant tout, par la lutte contre la délinquance. Les pratiques punitives contemporaines s'inscrivent dans une nouvelle rationalité, emportant à la fois le besoin de renouveler l'analyse des effets de la modulation de la peine sur la portée des principes du droit pénal moderne et celui de mesurer ses conséquences sur la teneur de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. Afin de vérifier si la différenciation de l'acte de punir est toujours un vecteur de modération du pouvoir de punir de l'État, il convient ainsi d'étudier la détermination des conditions de l'assujettissement par les modalités d'exécution de la peine privative de liberté (§1).

§1. LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ

13 L'objet de l'étude : la catégorie des modalités d'exécution. Les pratiques punitives contemporaines ont fait l'objet de nombreux travaux, dont une part substantielle traite individuellement des types de modalités d'exécution⁶². D'autres études portent sur les transformations de la justice pénale, notamment sur la responsabilisation du sujet⁶³, « notion extra-juridique » visant l'action de le « rendre apte à assumer ses responsabilités »⁶⁴. D'un

⁶⁰ PONCELA Pierrette, « Dans les entrelacs du pourquoi et du comment punir, un nouvel art de sanctionner », *op. cit.*, p 570.

⁶¹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

⁶² De nombreuses études juridiques, philosophiques, sociologiques ou d'autres disciplines sont consacrées à certains types de pratiques punitives, notamment concernant les soins pénalement ordonnés ou la surveillance électronique. Sur l'extension des soins à la prise en charge pénitentiaire v. : *supra* n° 419 et s. Sur l'usage de cette technologie à titre de modalité d'exécution v. : *supra* n° 455-457.

⁶³ DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, « Perspectives criminologiques », 2006, 600 p. ; CARTUYVELS Yves, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », in *Action publique et subjectivité*, CANTELLI Fabrizio, GENARD Jean-Louis (dir.), Paris, L. G. D. J., « Droit et société », 2007, p. 87-101 ; MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, *op. cit.* Sur la responsabilisation du sujet et sa mise en rapport avec la différenciation de l'acte de punir v. : *infra* n° 550.

⁶⁴ CARPENTIER Yan, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, Thèse, Droit, Université de Bordeaux, 2016, §127 ; §128.

apport considérable à la connaissance des pratiques punitives, ces travaux constituent néanmoins des analyses ponctuelles de certaines modalités ou des lectures globales des évolutions du droit pénal, au travers de traits caractéristiques, plutôt que des études générales des objets et pratiques juridiques au fondement de celles-ci. D'un périmètre à la fois plus large et plus restreint, notre recherche prend pour objet les modalités d'exécution, en tant qu'instrument de l'élaboration de l'acte de punir.

Une modalité d'exécution désigne un ensemble de « conditions particulières⁶⁵ » de la peine privative de liberté. Destinées à définir l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, elles sont des « moyens⁶⁶ » de variation de l'exercice du pouvoir de punir de l'État. Ce sont les conditions de possibilité de la logique modale et le support des pratiques punitives, poursuivant la rationalité contemporaine de la peine privative de liberté. En somme, les modalités d'exécution sont les instruments de la pratique de la modulation de la peine. Elles doivent en conséquence être appréhendées comme une catégorie juridique, dont il est possible de décrire les caractéristiques et d'entreprendre l'analyse des usages. En ce but, entreprenons la définition des modalités d'exécution (A) et la mise en exergue de leur diversification (B).

A. La définition des modalités d'exécution

- 14 Une catégorie aux multiples emplois.** Les modalités d'exécution ne disposent en droit pénal d'aucune définition formelle. Il convient par conséquent de s'intéresser aux emplois de cette expression par la loi, la jurisprudence et la doctrine, afin d'opérer un tour d'horizon de notre objet d'étude. En premier lieu, la loi connaît des « modalités d'exécution de la peine⁶⁷ » en plusieurs occurrences dans le code pénal et le code de procédure pénale. Par ces emplois, le législateur désigne l'ensemble des mesures d'individualisation judiciaires à la disposition du juge de l'application des peines⁶⁸. En second lieu, la jurisprudence emploie la qualification de modalité d'exécution de manière finaliste, pour exclure la qualification de peine⁶⁹ et/ou le caractère autonome de la période de sûreté. Emboîtant le pas au Conseil

⁶⁵ « Modalité », in *Trésor de la langue française informatisé, Dictionnaire de la langue du xixe et xxe siècle, CNRS (1976-1994)*, *op. cit.*, consulté en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/modalite>.

⁶⁶ « Modalité », in *Vocabulaire juridique*, CORNU Gérard (dir.), 12^e éd., Paris, Presses universitaires de France, « Quadrige », 2018, p. 665.

⁶⁷ Al. 3, art. 132-23 du CP ; al. 1, art. 474 du CPP.

⁶⁸ Pour une définition de la catégorie des mesures d'individualisation judiciaires v. : *infra* n° 60 ; 138.

⁶⁹ La chambre criminelle désigne par exemple la sanction de placement en cellule disciplinaire comme une modalité d'exécution : Crim., 27 mars 1997, n° 96-82.669, Bull. Crim. n° 128, RSC 1997. 830, obs. Boulloc ; D. 1998. 172, note Pradel ; RPD 1998. 71, note Herzog-Evans ; Crim., 10 janvier 2017, n° 15-85.519, Bull. crim.

constitutionnel⁷⁰, la chambre criminelle a longtemps qualifié la période de sûreté de « modalité d'exécution de la peine⁷¹ ». Ce n'est finalement que récemment, et à la suite de l'admission explicite « du lien étroit avec la peine et l'appréciation par le juge des circonstances propres à l'espèce⁷² », qu'elle a abandonné cette qualification⁷³.

En dernier lieu, les contours de la catégorie des modalités d'exécution en doctrine sont inconstants. En tout état de cause, ils ne correspondent pas à la lettre du code et ignorent le plus souvent les modalités d'exécution carcérales. Chaque auteur semblant avoir une acception propre de la catégorie des modalités d'exécution, il n'est pas ici question de présenter exhaustivement les différents emplois de l'expression. Au demeurant, il convient de relever quelques-unes de ces conceptions, afin de prendre la mesure des désordres causés par l'essor du droit de l'exécution des peines⁷⁴. Pour Évelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, la « notion de modalités d'exécution de la peine⁷⁵ » ne désigne que des mesures relevant de la phase du prononcé de la peine (les sursis et la période de sûreté), tout en excluant les règles du régime des peines participant à la détermination de la peine. D'autres

n° 12, D. 2017. 1274, chron. Céré ; *ibid.* 1676, chron. Pradel ; *ibid.* 2520, chron. Ginestet ; Dr. pén. 2017. comm. 68, note Peltier ; AJ Pénal 2017. 145, note Falxa. À propos du régime disciplinaire des personnes détenues, le Conseil constitutionnel souligne d'ailleurs qu'il revient « au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne » : CC, Décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire, RSC 2010. 217, note De Lamy ; D. 2009. 2797, note Lavric ; D. 2010. 1508, chron. Bernaud ; AJDA 2009. 2425, obs. Wachsmann, consid. 3.

⁷⁰ CC, Décision n° 78-98 DC du 22 novembre 1978, Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté.

⁷¹ Crim., 5 juillet 1993, n° 92-86.681, Bull. Crim. n° 237. Dans le même sens v. : Crim., 10 décembre 1980, n° 80-92.358, Bull. Crim. n° 344 ; Crim., 16 janvier 1985, n° 84-93.553, Bull. Crim. n° 29 ; Crim., 9 mars 1993, n° 92-84.480, Bull. Crim. n° 104, RSC 1994. 324, obs. Boulloc ; Crim., 10 avril 2019, n° 18-83.709, Bull. Crim. n° 75, RPDP. 2019. 435, chron. Bonis-Garçon ; D. 2019. 2320, chron. Roujou de Boubée ; Dr. pén. 2019. n° 6, comm. 119, note Bonis-Garçon ; Gaz. Pal. 2019. n° 29. 41, note Dreyer ; AJ Pénal 2019. 443, obs. Grégoire.

⁷² CC, Décision n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, M. Husamettin M. [Période de sûreté de plein droit], Dr. pén. 2018. n° 12. comm. 219, note Peltier ; AJ Pénal 2018. 589, obs. Grégoire ; Gaz. Pal. 2019. n° 5. 48, obs. Detraz ; RPDP 2018. 863, chron. Peltier, consid. 9 ; Crim., 10 avril 2019, n° 18-83.709, Bull. Crim. n° 75, préc.

⁷³ Refusant toutefois de suivre les sages de la rue Montpensier, qui parlent aujourd'hui de « mesure d'exécution », la chambre criminelle qualifie dorénavant la période de sûreté, sans doute en référence aux « modes de personnalisation », de « mode d'exécution » de la peine : CC, Décision n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, M. Husamettin M. [Période de sûreté de plein droit], préc., consid. 8 ; « Section 2 : Des modes de personnalisation des peines » : art. 132-24 et s. du CP ; Crim., 22 janvier 2020, n° 19-84.084, publié au Bull. Crim., D. 2020. 2367, chron. Roujou De Boubée ; Dr. pén. 2020. n° 3. comm. 66, obs. Peltier ; Gaz. Pal. 2010. n° 18. 48, obs. Detraz. Finalement, la chambre criminelle reconnaît de cette façon que la période de sûreté est un élément du « régime des peines », indissociable du prononcé en ce qu'elle est un attribut de la peine, plutôt qu'une modalité de l'exécution relevant du régime d'exécution : « Chapitre II : Du régime des peines » : art. 132-1 et s. du CP.

⁷⁴ Sur cette question dans le périmètre des aménagements de peine v. : PONCELA Pierrette, « Le droit des aménagements de peine, essor et désordres », in *L'aménagement des peines privatives de liberté : l'exécution de la peine autrement*, KENSEY Annie (dir.), Paris, Ministère de la Justice, n° 79, « Collection Travaux et Documents », 2013, p. 21-29.

⁷⁵ BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, op. cit., §640.

auteurs, plus proches de l'emploi par le législateur de l'expression, intègrent à cette catégorie, en plus des sursis, des modes de personnalisation et de la période de sûreté, les mesures d'aménagement des peines et certaines mesures de sûreté⁷⁶. D'autres encore visent l'ensemble des mesures d'individualisation judiciaires relevant du juge de l'application des peines, et incluent, semble-t-il, les modalités d'exécution carcérales dans le périmètre de leur acception, sans pour autant les individualiser⁷⁷.

15 Une catégorie cohérente. Au sortir de cette brève revue des emplois de l'expression « modalités d'exécution de la peine », le constat d'un objet indéfini, et autour duquel il n'existe aucun consensus, s'impose. Afin de dépasser cet obstacle, il est nécessaire de ne pas rechercher à conceptualiser une notion juridique sur le fondement de la nature ou du régime des mesures. Il convient en effet de partir du postulat que les modalités d'exécution de la peine privative de liberté sont diverses dans leurs caractéristiques juridiques, pour se concentrer sur la pratique dans laquelle elles s'insèrent. Il s'agit par là de penser la catégorie des modalités d'exécution par rapport à la distinction entre les pratiques relevant du calcul de la peine, par la juridiction de jugement, et celles relevant de sa modulation durant son exécution, par les juridictions de l'application des peines et les autorités administratives. Les pratiques dans lesquelles s'inscrivent les modalités informent finalement mieux les différentes mesures que leur régime juridique ou leur qualification doctrinale. La catégorie des modalités d'exécution n'est pas une notion juridique, mais une notion instrumentale, une « unité conceptuelle⁷⁸ » permettant de mener à bien l'analyse des nouvelles pratiques punitives.

La dichotomie entre les pratiques sentencielles et post-sentencielles définit effectivement des catégories cohérentes, car les modalités du prononcé et de l'exécution s'inscrivent dans des processus différents et inversés, fondés sur deux notions distinctes de responsabilité. D'un côté, la responsabilité est juridique et constitue le fondement du processus de détermination de la peine ; de l'autre, la responsabilité est sociale et constitue le résultat souhaité du « processus d'individualisation⁷⁹ ». De même, ces deux catégories

⁷⁶ MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, 6^e éd., Paris, PUF, « Collection droit fondamental », 2018, §544 et s. ; DÉCIMA Olivier, DETRAZ Stéphane, VERNY Édouard, *Droit pénal général*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., « Collection cours », 2020, §759-762 ; 767-769.

⁷⁷ BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, 5^e éd., Paris, Dalloz, « Précis Dalloz. Série Droit Privée », 2017, §252 et s. ; PIN Xavier, *Droit pénal général*, 2021, 12^e éd., Paris, Dalloz, « Cours », 2020, §569 et s.

⁷⁸ « Catégorie », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, ARNEAUD Jacques (dir.), 2^e éd. (1987), Paris, LGDJ, 1993, p. 85.

⁷⁹ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », in *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 279 ; RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *AJ Pénal*, n° 10, 2008, p. 397. Sur le processus d'individualisation v. : *infra* n° 50.

relèvent d'ensembles normatifs distincts : le régime des peines et le régime de l'exécution des peines. De plus, les modalités d'exécution interviennent postérieurement à la clôture du procès pénal⁸⁰. Il convient de ce fait de mettre de côté les modalités du prononcé de la peine, affectant la peine au stade de sa détermination, au travers de la condamnation. Notre objet se limite aux modalités d'exécution pouvant dès lors être décrites comme l'ensemble des éléments concourant à la définition de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. L'acte de punir, fondé sur la peine prononcée, est produit au stade de l'exécution de la peine, au travers de la modulation de celle-ci par les usages des modalités d'exécution, qui constituent à la fois une catégorie cohérente et hétérogène.

16 Une catégorie hétérogène. À l'instar des modalités du prononcé de la peine⁸¹, les modalités d'exécution forment une catégorie hétérogène. Elle réunit d'abord des objets de nature différente, allant des mesures d'individualisation judiciaires⁸², tel le placement à l'extérieur, aux régimes de détention spéciaux⁸³, comme celui de la cellule disciplinaire. Ensuite, ces différents éléments relèvent de régimes et de procédures distinctes, de droit privé ou de droit public, selon les acteurs maîtrisant les usages de telle ou telle modalité. Les mesures d'individualisation prononcées par le juge de l'application des peines relèvent du droit de l'application des peines et des juridictions judiciaires, quand l'affectation des détenus par le ministre de la justice et les directions interrégionales relève du droit pénitentiaire et des juridictions administratives. Enfin, les différentes modalités d'exécution se singularisent également par leur objet et leur technique juridique. Il n'est pas question ici d'entreprendre

⁸⁰ La clôture du procès pénal doit être entendue comme le jugement sur l'action publique, et non l'expiration de la peine : DANTI-JUAN Michel, « Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal : entre paradoxes et émancipation - Rapport introductif », in *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, Paris, Cujas, « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », vol. XXV, 2006, p. 23. Le souhait d'une partie de la doctrine de conceptualiser une « action à fin pénale », ou « action pénale », conforte d'ailleurs, selon nous, le constat que l'exécution de la peine n'appartient pas au procès pénal, mais constitue un ou des procès traitant de litiges distincts et indifférents au jugement de l'action publique : CARPENTIER Yan, « Les actions exercées devant le juge de l'application des peines. Action à objet non identifié », *RPDP*, n° 2, 2018, p. 325-341 ; BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §924. Un auteur souligne d'ailleurs que, « distincte à bien des égards du procès pénal proprement dit, dotée d'un objet propre, pourvue de juridictions spécifiques et, peut-être, un jour, d'un code de l'exécution des peines, « la phase exécutoire » n'a plus rien d'une phase et semble bien être devenue le cadre d'un procès à part entière » : DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 285. Sur la proposition d'une notion de « procès en exécution de la peine » v. : DANTI-JUAN Michel, « Un îlot de modernité ? La prison intra-muros », in *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), *op. cit.*, p. 205-206.

⁸¹ Il est possible de distinguer dans les modalités du prononcé de la peine, les peines alternatives, qu'elles soient autonomes ou subordonnées à un sursis, et les peines aménagées.

⁸² Sur les mesures d'individualisation judiciaires v. : *infra* n° 60 et s.

⁸³ Sur les régimes de détention spéciaux v. : *infra* n° 271.

leur catégorisation⁸⁴, néanmoins, les modalités d'exécution judiciaires ont pour objet de déterminer le franchissement de la frontière carcérale, alors que les modalités d'exécution administratives définissent les conditions de détention. Les premières interviennent sur l'acte de punir au travers de différentes techniques, comme le sursis ou la suspension du *quantum* de la peine restant à exécuter. Les secondes interviennent, soit par la modification du lieu de la détention, soit par la modification du statut de la personne condamnée⁸⁵.

Si les modalités d'exécution forment une catégorie des plus hétérogènes, elles ont en commun de concourir, d'une manière ou d'une autre, à la définition du régime d'exécution de la peine. Afin d'appréhender l'ensemble des éléments qui participent à la détermination des conditions de l'assujettissement, il convient dès lors de relever la diversification des modalités d'exécution (B).

B. La diversification des modalités d'exécution

17 L'émergence des modalités d'exécution. L'histoire des modalités d'exécution peut être entreprise par la généalogie de la dialectique entre la peine et l'acte de punir⁸⁶. Régies par une conception matérielle de la légalité pénale, les peines privatives de liberté, dans le premier code pénal, correspondaient chacune à un régime pénitentiaire et à des modalités d'exécution déterminées. Consubstantielles à la peine, les modalités d'exécution correspondaient à un acte de punir prédéterminé par la loi et donc prévisible. La recherche progressive d'individualisation de la sanction a toutefois procédé à une autonomisation des modalités d'exécution du régime pénitentiaire et de la peine, condition de possibilité de leur développement et de leur multiplication.

18 Le développement des modalités d'exécution. La recherche d'une meilleure efficacité de la peine, par l'individualisation, est au fondement du développement des modalités d'exécution⁸⁷. D'un côté, durant la seconde moitié du XIX^e siècle, des quartiers individualisés de détention ont commencé à émerger, grâce à la sectorisation du territoire

⁸⁴ Sur la catégorisation des modalités d'exécution judiciaires v. : *infra* n° 138. Sur la catégorisation des modalités d'exécution carcérales v. : *infra* n° 253.

⁸⁵ Sur la conceptualisation de la notion de régime de détention v. : *infra* n° 250 et s.

⁸⁶ Sur la généalogie de la dialectique entre la peine et l'acte de punir v. : *infra* n° 216 et s.

⁸⁷ « La peine ne peut remplir son but perfectionnel que dans la mesure où ses modalités d'exécution sont adaptés aux causes concrètes de la délinquance individuelle. » : MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome I. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, op. cit.*, §70.

carcérale et à l'émergence de l'encellulement individuel⁸⁸. Puis, ces derniers n'ont eu de cesse de se développer jusqu'à aujourd'hui, notamment au travers d'une diversification des structures carcérales⁸⁹, en parallèle des « modalités du traitement pénitentiaire⁹⁰ », nommées dorénavant « modalités de prise en charge individualisées⁹¹ ». De l'autre, les modalités d'exécution déterminant l'élargissement du condamné sont apparues à la toute fin du XIX^e siècle, avec la libération conditionnelle⁹², puis se sont fortement développées après la seconde guerre mondiale, notamment par l'expérimentation de la semi-liberté en 1945⁹³, et après l'institution du juge de l'application des peines en 1958⁹⁴. La seconde moitié du XX^e siècle a vu naître le placement à l'extérieur, différents types de réduction de peine, les permissions de sortir, les autorisations de sortie sous escorte, le fractionnement et la suspension de peine, ainsi que la surveillance électronique.

19 La multiplication des modalités d'exécution. D'un côté ou de l'autre de la frontière carcérale, les modalités d'exécution se sont constamment multipliées au rythme de leur individualisation et de la diversification des formes de la peine. Le XXI^e siècle aura été d'abord une période de démultiplication des supports des suivis judiciaires en milieu ouvert, par la création de la surveillance judiciaire, de la surveillance électronique de fin de peine, de la libération sous contrainte ou encore des réductions de peine dites conditionnelles⁹⁵. Concernant ensuite la phase carcérale de l'exécution, doit être constatée la multiplication des régimes de détention spécifiques, tels les régimes différenciés ou ceux s'adaptant à une problématique particulière comme les addictions⁹⁶. Les régimes spéciaux de détention ne sont toutefois pas en reste avec l'institution récente des quartiers de prise en charge de la radicalisation et des unités pour détenus violents⁹⁷. Nous pourrions, longuement, poursuivre cette liste des nouvelles modalités d'exécution. Nous préférons souligner la complexification de l'exécution de la peine et rappeler la principale cause de cette tentative ininterrompue

⁸⁸ Sur les premiers quartiers individualisés de détention v. : *infra* n° 231.

⁸⁹ Sur la diversification des structures carcérales v. : *infra* n° 253-255.

⁹⁰ Al. 1, art. 722 ancien du CPP.

⁹¹ Art. D. 92 du CPP.

⁹² Loi du 14 août 1885 sur les moyens de prévenir la récidive (libération conditionnelle, patronage, réhabilitation), JORF du 15 août 1885, p. 4562-4563.

⁹³ CANNAT Pierre, « C. Chronique pénitentiaire », *RSC*, n° 1, 1954, p. 146.

⁹⁴ Ord. n° 58-1296 du 23 décembre 1958 modifiant et complétant le code de procédure pénale.

⁹⁵ Sur l'essor et le renforcement des suivis judiciaires dans l'exécution de la peine v. : *infra* n° 143 et s.

⁹⁶ Sur les régimes de détention spécifiques v. : *infra* n° 272-274.

⁹⁷ Décr. n° 2019-1504 du 30 décembre 2019 modifiant le code de procédure pénale (Partie réglementaire – Décrets en Conseil d'État) et relatif aux unités pour détenus violents ; Décr. n° 2019-1579 du 31 décembre 2019 modifiant le code de procédure pénale (partie réglementaire - décrets en Conseil d'État) et relatif aux quartiers de prise en charge de la radicalisation. Sur ces quartiers v. : *infra* n° 258 ; 316 ; 338.

d'innovation. Les maux de la peine privative de liberté, notamment son incapacité réelle ou supposée à poursuivre efficacement ses fonctions et finalités, sont systématiquement attribués à la forme de l'acte de punir, entretenant ainsi le mouvement de réforme pénitentiaire perpétuel justifiant la pérennité de l'institution⁹⁸. La poursuite de l'efficacité de la peine, donc la justification de celle-ci, procède essentiellement de la création de nouvelles modalités d'exécution, de nature à faire varier les conditions d'exercice du pouvoir de punir de l'État, en constituant un capital d'individualisation pour l'acte de punir.

*

20 Un capital d'individualisation pour l'acte de punir. La somme des modalités d'exécution constitue un « capital spécifique⁹⁹ » au champ de la modulation. C'est un ensemble de ressources permettant aux autorités judiciaires et administratives de procéder à l'adaptation des conditions d'exécution de la peine. Collectivement, ces modalités définissent ainsi l'étendue des formes que peut prendre l'acte de punir. Indéniablement, ce capital d'individualisation a été constitué et formaté par la politique pénale¹⁰⁰, qui détermine une intensification des usages des modalités d'exécution de la peine. L'impératif d'adaptation des régimes d'exécution tout au long de l'acte de punir transforme en effet la portée de ces usages. La modulation de la peine n'est plus une pratique autorisant, exceptionnellement, l'aménagement des conditions d'exécution. Dorénavant, elle est indissociable de l'exercice du pouvoir de punir de l'État, car c'est le moyen de définition de l'acte de punir au cours de l'exécution de la peine. C'est la raison pour laquelle il convient, pour l'étude des pratiques punitives contemporaines (§2), d'effectuer un déplacement de la peine à l'acte de punir.

⁹⁸ Sur la cristallisation de la réforme pénitentiaire comme mode de gouvernance de l'institution pénitentiaire v. : *infra* n° 228.

⁹⁹ BOURDIEU Pierre, *Questions de sociologie*, 2^e éd. (1984), Les Éditions de Minuit, « Reprise », 2002, p. 144.

¹⁰⁰ « La politique pénale est une pratique, parmi d'autres, de gouvernement des hommes. » : PONCELA Pierrette, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in *Les nouvelles figures de la dangerosité*, ALVAREZ Joséfina, BASEX hélène, MBANZOULOU Paul, RAZAC Olivier (dir.), Paris, L'Harmattan, « Sciences criminelles », 2008, p. 95. Il s'agit d'une biopolitique qui « utilise, met en œuvre, un ensemble de techniques, de procédés et de procédures destinés à diriger la conduite des hommes », mais également d'une « « pratique spéculaire de gouvernement », dans le sens où tout pouvoir politique est tenu de calculer les effets en retour des diverses peines et mesures instituées sur l'instance qui punit et le pouvoir qu'elle exerce » : *ibid.* Cette notion se distingue de la « politique criminelle », définissant cette biopolitique sous un angle agonistique et prospectif, dans la lignée de FEUERBACH. Selon Christine LAZERGES, la politique criminelle correspond « d'une part, à l'analyse et à la compréhension d'une affaire particulière de la cité : le phénomène criminel, d'autre part à la mise en œuvre d'une stratégie pour répondre aux situations de délinquance et de déviance » : LAZERGES Christine, *Introduction à la politique criminelle*, Paris, l'Harmattan, « Traité de sciences criminelles », 2000, p. 7. Pour Mireille DELMAS-MARTY, il s'agit de « l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel » : DELMAS-MARTY Mireille, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, Presses Universitaires de France, « Thémis. Droit privé », 1992, p. 44.

§2. L'ÉTUDE DES PRATIQUES PUNITIVES CONTEMPORAINES

21 L'intérêt de l'étude : le passage de la peine à l'acte de punir. En raison de la multiplication des modalités d'exécution et de l'intensification de leurs usages, il est dorénavant impossible d'étudier les pratiques punitives en ne s'attachant qu'à la peine encourue et prononcée¹⁰¹. Afin de dépasser cette difficulté, il convient d'opérer un déplacement dans la démarche d'analyse, de la peine à l'acte de punir. En ce qu'il vise les pratiques punitives, et non seulement le support ou le cadre de ces dernières, l'acte de punir permet de désigner et d'appréhender l'assujettissement auquel donne lieu la peine dans toute sa matérialité et sa temporalité. L'intérêt de notre étude est donc de renouveler les perspectives de l'analyse de l'exécution de la peine privative de liberté en proposant une conception matérielle de la peine¹⁰², de nature à connaître des pratiques punitives qui ne sont plus déterminées par la condamnation. Ce changement de paradigme, destiné à « s'intéresser à la réalité concrète¹⁰³ » de la peine, se scinde en deux déplacements portant respectivement sur l'objet d'étude et son appréhension. D'une part, il convient de passer de la peine aux modalités d'exécution (A), afin d'éviter un angle de recherche devenu stérile pour connaître des pratiques punitives. D'autre part, nous devons impérativement pour étudier la détermination de l'assujettissement changer de perspective, en effectuant une translation de l'exécution de la peine aux usages des modalités d'exécution (B).

A. De la peine aux modalités d'exécution

22 La peine privative de liberté, un objet juridique indéfini. La peine privative de liberté n'est pas substantiellement définie¹⁰⁴, à l'instar de la peine. En dépit de son statut d'objet élémentaire du droit pénal, la loi ne dispose que de l'énonciation des sanctions

¹⁰¹ « L'individualisation pénitentiaire, plus ample que l'individualisation du juge pénal, transforme souvent de manière fondamentale la décision de celui-ci. C'est donc une fiction, sinon une illusion (quand ce n'est pas une hypocrisie) que de ne considérer que la peine légale, ou même que la peine prononcée. » : ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. (1956), Paris, Cujas, 1981, p. 311.

¹⁰² Sur la conception matérielle de la peine v. : *infra* n° 149.

¹⁰³ COUV RAT Pierre, « L'application de la peine. Introduction », in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, OTTENHOFF Reynald (dir.), Toulouse, Éres, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001, p. 261.

¹⁰⁴ DELARUE Jean-Marie, « Continuité et discontinuité de la condition pénitentiaire », *Revue du MAUSS*, n° 2, vol. 40, 2012, p. 73 ; SIMON Anne, *Les atteintes à l'intégrité des personnes détenues imputables à l'État. contribution à la théorie des obligations conventionnelles européennes : l'exemple de la France*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque de la justice », 2015, §10.

qualifiées de peines par le législateur¹⁰⁵, des fonctions et finalités de la peine¹⁰⁶, du régime des peines¹⁰⁷ et de leur régime d'exécution¹⁰⁸. Et si la peine est toujours un assujettissement, il n'existe pas une substance ou une pratique propre à ce dernier. La peine est avant tout un type de sanction pénale, spécifiée par les « procédures de son prononcé et de son exécution¹⁰⁹ ». Il est essentiel de ne pas confondre la définition de ce qu'est une peine avec son concept toujours mouvant, ses fonctions et finalités, ou la description des différentes peines en vigueur et de leurs caractéristiques¹¹⁰. De même, il ne faut pas voir en la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, quant au champ d'application de l'article 7¹¹¹, la définition de ce qu'est une peine, en ce que le raisonnement des juges de Strasbourg est seulement destiné à prohiber le contournement par les États des principes applicables aux sanctions répressives, que la Convention ne peut connaître que via le vocable « peine¹¹² ». Ainsi, et en vertu du principe de légalité, il faut entendre par peine seulement « une sanction édictée par la loi pour réprimer la commission d'une infraction pénale¹¹³ », c'est « la « punition », infligée par la loi et prononcée par le juge contre celui ou celle qui viole l'interdit en réalisant l'infraction¹¹⁴ ».

Puisqu'il n'est possible de s'appuyer sur une définition de la peine pour combler l'absence de définition de la sanction étudiée, il convient de considérer la combinaison de l'énonciation des peines privatives de liberté et des dispositions relatives à leur exécution

¹⁰⁵ Art. 131-1 et s. du CP. Dès le code pénal de 1791, la peine se distingue en tant que catégorie juridique par son absence de définition. Comme le relève deux auteurs, son article 1^{er} « est d'une grande austérité » en ce qu'il « ne définit pas la peine au regard du droit, mais énumère celles qui, en matière criminelle, peuvent être prononcées contre les accusés trouvés coupables par le jury » : CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, op. cit., p. 23.

¹⁰⁶ Art. 130-1 du CP.

¹⁰⁷ Art. 132-1 et s. du CP.

¹⁰⁸ Art. 707 et s. du CPP.

¹⁰⁹ PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, op. cit., p. 38.

¹¹⁰ Au-delà du principe de légalité, différentes conceptualisations de la peine ont pu être proposées. Notre préférence se tourne vers celle constituée de plusieurs composantes combinées : « Le nom de BECCARIA renvoie à la modération des peines, le nom de HEGEL au concept de négation, le nom de DURKHEIM à la contrainte sociale, le nom de FOUCAULT au mode disciplinaire » : CASADAMONT Guy, « Théoriser. Les leçons d'un carré d'as », in *Il n'y a pas de peine juste*, op. cit., p. 17-47 ; *ibid.*, p. 32. D'autres, bien sûr, existent, notamment celles qui s'abreuvent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Conseil constitutionnel : (Gros / Garçon / Giaco).

¹¹¹ CEDH, 9 février 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, n° 17440/90, RSC 1996. 470, obs. Koering-Joulin ; AJDA 1995. 719, chron. Flauss, §27-28 ; CEDH, 8 juin 1995, *Jamil c. France*, n° 15917/89, RSC 1995. 855, obs. Pettiti ; RSC 1996. 471, obs. Koering-Joulin ; D. 1996. 197, note Renucci ; AJDA 1995. 719, chron. Flauss, §30-31.

¹¹² La Cour indique clairement qu'il s'agit uniquement, dans sa jurisprudence, de définir le champ d'application de l'article 7, par l'intermédiaire de la « portée autonome » de la notion de peine, « au sens de cette clause » : CEDH, 9 février 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, n° 17440/90, préc., §27 ; CEDH, 8 juin 1995, *Jamil c. France*, n° 15917/89, préc., §30.

¹¹³ « Peine », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, ARNEAUD Jacques (dir.), op. cit., p. 425-426.

¹¹⁴ PIN Xavier, *Droit pénal général*, op. cit., §2.

pour esquisser l'assujettissement prévu par le législateur. Le code dispose, d'une part, de la peine d'emprisonnement, de la réclusion criminelle et de la détention criminelle¹¹⁵, sans pour autant proposer une quelconque différence de régime¹¹⁶, de sorte qu'il soit opportun de les désigner selon le vocable unique « peine privative de liberté¹¹⁷ ». D'autre part, le régime de l'exécution de ces peines apporte quelques éléments de cadrage de cette sanction. D'abord, les articles 716-1 et suivants du code de procédure pénale disposent de la gradation et des principales règles de computation de la peine privative de liberté. Ensuite, concernant la substance de la sanction, ne sont présents dans le code que les lieux d'exécution de la peine et le régime d'emprisonnement, réduit au principe de l'encellulement individuel¹¹⁸. Par conséquent, le code de procédure pénale n'entend par peine privative de liberté qu'un emprisonnement dans un établissement pénitentiaire dans lequel la personne est, par principe, incarcérée individuellement. Or, l'assujettissement auquel donne lieu la peine privative de liberté n'est jamais seulement la privation de liberté par l'incarcération¹¹⁹. Malgré la considération de l'ensemble des normes relatives à l'exécution de la peine, il est impossible de savoir clairement et précisément à quelles pratiques punitives correspondra l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. L'acte de punir n'étant pas prédéterminé, la peine privative de liberté n'est donc conforme qu'à une conception formelle du principe de légalité.

Du fait de cette « légalité simplifiée¹²⁰ », la peine privative de liberté n'est pas un objet juridique défini substantiellement. Il est donc nécessaire de se référer au savoir pénal pour appréhender cette peine, qui est avant tout un concept et un ensemble de pratiques qui évoluent au rythme des discours de politique pénale¹²¹. Malgré la constance de la peine

¹¹⁵ Art. 131-1 et 131-3 du CP.

¹¹⁶ Dès 1947, AMOR relevait cette tendance à « l'unification » en indiquant que « l'on ne saurait trouver aucune différence dans l'exécution entre les diverses peines privatives de liberté » : AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », *RSC*, n° 1, 1947, p. 21. Plus tard, ANCEL constatera la réalisation progressive de « l'unification des peines de privation de liberté » : ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 272. Sur le mouvement d'unification des peines privatives de liberté au XIX^e siècle v. : *infra* n° 227.

¹¹⁷ Al. 1, art. 132-5 du CP.

¹¹⁸ Art. 717 et 717-2 du CPP.

¹¹⁹ CHANTRAINE Gilles, « Les temps des prisons. Inertie, réforme et reproduction d'un dispositif institutionnel », in *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, ARTIÈRES Philippe, LASCOUMES Pierre (dir.), Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2004, p. 69.

¹²⁰ MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, 6^e éd., Paris, PUF, « Collection droit fondamental », 2018, §470.

¹²¹ Le « territoire délimité, défini et nommé savoir pénal » est un ensemble d'énoncés ayant pour objet la peine, c'est un champ discursif où les concepts apparaissent, se définissent, s'appliquent et se transforment : PONCELA Pierrette, « L'archéologie du savoir juridique », *APD*, n° 33, « La philosophie du droit aujourd'hui », 1988, p. 170. « Le pénal constitue une formation discursive car, entre tous ses objets, ses concepts, ses modalités d'énonciation, ses choix thématiques, il existe des corrélations, des transformations, des ordres. Le savoir pénal est un système de production de concepts, d'objets, de choix thématiques, lesquels obéissent à des règles de formation. » : *ibid.*, p. 172. Les énoncés de ce savoir juridique, nous les trouvons dans la loi pénitentiaire de

privative de liberté au centre de notre « économie punitive¹²² » depuis la fin du XVIII^e siècle, les discours d'individualisation et de prévention de la récidive ont profondément transformé son exercice pour l'inscrire dans une nouvelle rationalité punitive. La peine n'est plus une sanction uniforme et prédéterminée, elle correspond dorénavant à l'assujettissement de la personne à un réseau de modalités d'exécution.

23 La peine privative de liberté, un réseau de modalités d'exécution. La pluralité des peines d'emprisonnement instituée par les révolutionnaires a laissé place à une peine privative de liberté unique¹²³, mais modulable. Dès le projet de code pénal de 1791, cette nouvelle manière de punir était néanmoins pensée autour de l'évolution du régime d'exécution au fil du temps¹²⁴. Depuis, cette mutabilité n'a eu de cesse de s'intensifier par la multiplication des modalités d'exécution, contribuant à définir, tout au long de l'acte de punir, les conditions de l'assujettissement de la personne condamnée.

La pratique de la modulation de la peine, indispensable à l'exercice du pouvoir de punir, tel que rationalisé par l'article 707 du code de procédure pénale, est rendue possible par le capital d'individualisation que constituent ces modalités. Plus qu'une somme d'options permettant diverses formes de peine, les modalités d'exécution doivent être perçues comme un réseau. Les éléments constitutifs de la catégorie des modalités d'exécution peuvent en effet se succéder, se combiner ou encore s'exclure. Les diverses modalités interagissent entre elles pour définir et structurer le champ d'assujettissement que désigne la peine privative de liberté. Le jugement ne condamne pas à un assujettissement déterminé, mais à un mode

2009, mais également dans les manuels de droit pénal du XIX^e siècle, dans les discours d'hommes politiques, dans les rapports de commissions ou bien dans des textes de littérature ; un énoncé du savoir pénal cela peut être aussi une proposition scientifique ou bien le témoignage d'un magistrat, ou encore celui d'un détenu.

¹²² « Une économie punitive se caractérise à la fois par des dispositifs de sanctions et les pratiques auxquelles ils donnent lieu, ainsi que par un régime et des discours de vérité concernant ces mêmes dispositifs. Une économie punitive est le résultat autant que l'expression de mutations ou de glissements des logiques économiques, politiques, culturelles, de positionnements, de stratégies pour l'imposition de discours de vérité sur les peines et leur exécution dans le vaste champ de luttes où s'affrontent les diverses professions concernées par la justice pénale, y compris le milieu de la recherche, et de groupes de pression défendant des intérêts symboliques ou marchands. » : PONCELA Pierrette, « Errements et sauts dans le vide - Sur la loi du 23 mars 2019 », *RSC*, n° 1, 2020, p. 138.

¹²³ Le code pénal de 1791 distingue « la peine des fers », qui correspond mieux aux travaux forcés qu'à une peine privative de liberté, la réclusion dans les maisons de force pour les femmes, « la peine de la gêne » et « la peine de la détention » : « Le code pénal de 1791 », in LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, LENOËL Pierre, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, op. cit., p. 357 et s. Sur les régimes de ces peines v. : art. 6 et s. du premier titre, de la première partie du code pénal de 1791 ; CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, « Droit fondamental. Classiques », 2014, p. 441-442 ; PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, op. cit., p. 99-100 ; 119 ; LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, LENOËL Pierre, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, op. cit., p. 68-69.

¹²⁴ Sur les régimes pénitentiaires des peines privatives de liberté du code pénal de 1791 v. : *infra* n° 220.

correspondant une multitude d'actes de punir possibles à partir du réseau des modalités d'exécution. Dans ces conditions, la condamnation pénale à la peine privative de liberté s'apparente avant tout en une autorisation de prise en charge par les acteurs de l'exécution des peines. En raison de l'« indétermination de la mesure¹²⁵ », il n'est plus possible de penser l'acte de punir comme l'application de la peine prononcée par la juridiction de jugement. Il convient alors, pour analyser la détermination des conditions de l'assujettissement, de changer de paradigme en passant de l'exécution de la peine aux usages des modalités d'exécution (B).

B. De l'exécution de la peine aux usages des modalités d'exécution

24 Un acte de punir indéterminé. Punir désigne l'action d'infliger une sanction, et non simplement de la prononcer¹²⁶. Il s'agit de contraindre la personne à un assujettissement prescrit par une peine et fondé sur la condamnation. L'exercice du pouvoir de punir de l'État repose sur deux pratiques : la détermination de la responsabilité pénale et de la peine d'un côté ; l'assujettissement de la personne sur le fondement de la condamnation de l'autre. À cet égard, l'« acte de punir¹²⁷ » est le résultat de l'action d'assujettir la personne à différentes pratiques punitives, c'est-à-dire l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. Il s'agit des conditions d'exécution durant toute la période où la personne condamnée est l'objet de pratiques punitives. Or, en raison du rôle décisif des modalités d'exécution dans la définition de ces dernières, l'acte de punir ne peut plus être entendu comme l'exécution de la peine prononcée, qui serait l'implication directe de la condamnation. Les deux actions inhérentes à l'exercice du pouvoir de punir de l'État doivent être distinguées en ce que l'une se caractérise, s'il y a une déclaration de culpabilité, par une peine déterminée et l'autre, par un acte de punir indéterminé. L'absence de définition substantielle de la peine privative de liberté détermine en effet que l'acte de punir corresponde aux usages des modalités d'exécution, et non à la peine encourue et prononcée. La peine est alors un acte de punir à

¹²⁵ GIACOPELLI Muriel, « De l'individualisation de la peine à l'indétermination de la peine », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin. Sciences pénales & Sciences criminologiques*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 244.

¹²⁶ Si la condamnation emporte un certain nombre d'effets, elle n'est pas en principe un énoncé performatif, combinant l'acte de juger et l'acte de punir. Ce n'est que de manière exceptionnelle, dans le cas par exemple de l'admonestation, que « dire, c'est punir », sans quoi nous serions dans une pénalité discursive : VAN DE KERCHOVE Michel, *Quand dire, c'est punir : essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 330 p.

¹²⁷ BENTHAM Jeremy, DUMONT Étienne, *Théorie des peines et des récompenses : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais, op. cit.*, p. 63.

produire au cours de l'exécution, par la succession et la combinaison de ces instruments de variation du pouvoir de punir de l'État.

25 Un acte de punir à produire. Sous le mode de la peine privative de liberté, l'acte de punir ne préexiste pas, ni à la condamnation, ni à son exécution ; il est défini par l'action de punir. La peine privative de liberté a en effet de particulier qu'elle se définit « au fur et à mesure de l'exécution¹²⁸ », raison pour laquelle une conception formelle de la légalité ne peut garantir la prévisibilité de l'assujettissement d'une part, et pour laquelle une définition matérielle, *a priori* de l'exécution, est impossible d'autre part. La peine, dans une acception matérielle, ne peut être appréhendée qu'en tant que résultat des usages des modalités d'exécution, qui prescrivent sa forme et ses conditions d'exécution. L'acte de punir est dès lors un assujettissement produit par l'action concomitante et conjointe des autorités judiciaires et administratives durant l'exécution de la peine.

À ce titre, l'adaptation chronique du régime d'exécution prescrit par l'article 707 du code de procédure pénale morcelle l'acte de punir. La peine n'est plus un continuum de temps uniforme prononcé par la juridiction de jugement, mais une succession de régimes d'exécution constituant un parcours. L'individualisation des conditions d'exécution de la peine détermine en effet différentes étapes, caractérisées par leur propre régime d'exécution. L'acte de punir produit peut alors être considéré comme le résultat de la succession de ces régimes d'exécution, déterminés par les ruptures créées par les usages des modalités d'exécution, auxquels sont assujetties les personnes condamnées et qui prescrivent les pratiques punitives fondées sur la condamnation.

*

26 L'élaboration de l'acte de punir par les usages des modalités d'exécution. En raison de la mutabilité des conditions d'exécution de la peine, l'acte de punir est élaboré au fur et à mesure de l'assujettissement par les usages des modalités d'exécution. Ces usages ne doivent pas, en outre, être pensés comme une simple application des dispositions juridiques les instituant ou un exercice objectif des pouvoirs attribués à une autorité. Les usages ne sont pas des mises en œuvre codifiées, ce sont des choix issus de processus décisionnels formatés par des pratiques professionnelles ; ce sont des décisions qui s'inscrivent dans des stratégies, c'est-à-dire des pratiques destinées à poursuivre la rationalité punitive de l'article 707 du code

¹²⁸ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

procédure pénale¹²⁹. Impossible dès lors d'entreprendre l'analyse des pratiques punitives contemporaines, au travers des usages des modalités d'exécution, sans relever la matrice que constitue pour eux le dispositif d'exécution de la peine privative de liberté (§3).

§3. LE DISPOSITIF D'EXÉCUTION DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ

27 La construction méthodologique de l'étude : l'inscription des usages dans un dispositif. Étudier les pratiques punitives, pour analyser leurs effets et leurs conséquences sur l'exercice du pouvoir de punir, implique d'étendre le champ de l'analyse aux éléments « inhérents au droit¹³⁰ ». Les normes pénales, pour leur élaboration et leur fonctionnement, sont dépendantes des infrastructures, des pratiques professionnelles et du savoir pénal. Il est donc indispensable d'étendre le champ de notre analyse aux discours de politique pénale, aux savoirs criminologique, pénologique et médical, ou encore à l'architecture carcérale. Il est impossible de comprendre les usages des modalités d'exécution sans les replacer dans le dispositif stratégique, organisant les éléments hétérogènes concourant à l'exécution de la peine. En conséquence, notre étude du sujet sera construite avec la notion de dispositif (A) et à partir de l'emploi de celle-ci (B), pour appréhender l'ensemble des éléments contribuant à l'élaboration de l'acte de punir.

A. La notion de dispositif

28 La description du concept de dispositif. Par dispositif, nous n'entendons pas ici la forme de l'énoncé de la décision dans un jugement¹³¹, nous visons le terme, dans son sens profane, qui désigne un « ensemble d'éléments agencés en vue d'un but précis¹³² ». Plus précisément, nous souhaitons construire méthodologiquement notre étude à partir de la conception foucaldienne de cette notion. Il faut alors entendre par dispositif un ensemble hétérogène de discours, de normes, d'outils, de pratiques, formant un réseau doté d'une

¹²⁹ « Or les stratégies, ce sont des pratiques, c'est-à-dire que les pratiques au sens foucaldien sont des lieux d'enchaînements de ce qu'on dit et de ce qu'on fait, des règles qu'on s'impose et des raisons qu'on se donne. » : CLÉMENT Bruno, LAZERGES Christine, PONCELA Pierrette, « Les théories de la peine aujourd'hui », in *Sens de la peine et droits de l'homme*, Agen, ENAP, 2001, Actes du colloque international inaugural de l'Ecole nationale d'administration pénitentiaire, Agen, 8,9 et 10 novembre 2000, p. 73.

¹³⁰ SCALIA Damien, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, « Collection de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève », 2011, p. 231.

¹³¹ Art. 455 du CPC.

¹³² « Dispositif », in *Trésor de la langue française informatisé, Dictionnaire de la langue du XIX^e et XX^e siècle*, CNRS (1976-1994), *op. cit.*, consulté en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/dispositif>.

finalité stratégique. Mobilisée implicitement dans *Surveiller et punir*¹³³, puis explicitement dans *La volonté de savoir*¹³⁴, cette conceptualisation autorise l'appréhension générale des interactions entre des éléments d'« un ensemble résolument hétérogène comportant des discours, des institutions, des aménagements architecturaux, des décisions réglementaires, des lois, des mesures administratives, des énoncés scientifiques, des propositions philosophiques, morales, philanthropiques¹³⁵ ». La matrice de cette formation est « une fonction stratégique dominante¹³⁶ », qui organise le réseau dans la poursuite d'une finalité. Dès lors, le dispositif est toujours issu d'un « jeu de pouvoir », il s'agit finalement « des stratégies de rapports de force supportant des types de savoir, et supportés par eux »¹³⁷.

29 L'explicitation du concept de dispositif. Dans sa conception foucauldienne, le dispositif est donc un réseau d'éléments hétérogènes, résultant du « croisement des relations de pouvoir et des relations de savoir », qui a « une fonction stratégique concrète »¹³⁸. Par sa conceptualisation¹³⁹, FOUCAULT propose ainsi un outil pour étudier les « modes concrets par lesquels les positivités (ou les dispositifs) agissent à l'intérieur des relations, dans les mécanismes et les jeux de pouvoir¹⁴⁰ ». Tout dispositif organise des procédés de subjectivation qui peuvent être étudiés grâce à la mise en lumière du réseau d'éléments qui les sous-tend et des relations de savoirs-pouvoirs qui les régissent : « le dispositif se définit dans une fonction de support, de balise, de cadre organisateur à l'action¹⁴¹ ». Chaque dispositif « implique un processus de subjectivation sans lequel le dispositif ne saurait fonctionner

¹³³ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, op. cit. V. notamment : *ibid.*, p. 32.

¹³⁴ FOUCAULT Michel, *Histoire de la sexualité. I La volonté de savoir*, 1^{ère} éd., Paris, Gallimard, « Bibliothèque des histoires », 1976, p. 99-173

¹³⁵ FOUCAULT Michel, « Le jeu de Michel Foucault », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, op. cit., p. 299.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*, p. 300.

¹³⁸ AGAMBEN Giorgio, RUEFF Martin (trad.), « Théorie des dispositifs », *Po&sie*, n° 1, vol. 115, 2006, p. 26.

¹³⁹ Afin de mieux percevoir l'intérêt de cette conceptualisation, il est possible de se référer, guidé par le philosophe Giorgio AGAMBEN, à la notion de « positivité » d'HEGEL, telle qu'explicitée par HYPPOLITE, unie au dispositif par un lien généalogique : HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *La positivité de la religion chrétienne*, Paris, PUF, « Épiméthée », 1983, 138 p. ; HYPPOLITE Jean, *Introduction à la philosophie de l'histoire de Hegel*, Paris, Le seuil, « Points », 1983 (1948), 130 p. « Si « positivité » est, selon Hyppolite, le nom que le jeune Hegel donne à l'élément historique, avec tout ce poids de règles, de rites et d'institutions qui est imposé aux individus par un pouvoir extérieur, mais qui se trouve aussi, pour ainsi dire, intériorisé dans le système des croyances et des sentiments, alors, en employant ce terme, Foucault prend position par rapport à un problème décisif qui lui appartient en propre : la relation entre les individus comme êtres vivants et l'élément historique – si l'on entend par là l'ensemble des institutions, des processus de subjectivation des règles au sein duquel les relations de pouvoir se concrétisent. » : AGAMBEN Giorgio, RUEFF Martin (trad.), *Qu'est-ce qu'un dispositif?*, Paris, Rivages, « Petite Bibliothèque », 2014, p. 16.

¹⁴⁰ AGAMBEN Giorgio, RUEFF Martin (trad.), *Qu'est-ce qu'un dispositif?*, op. cit., p. 16.

¹⁴¹ PEETERS Hugues, CHARLIER Philippe, « Contributions à une théorie du dispositif », *Hermès, La Revue*, n° 3, vol. 25, 1999, p. 19.

comme dispositif de gouvernement, mais se réduit à un pur exercice de violence¹⁴² ». De ce fait, le concept foucaldien de dispositif permet de concevoir les rapports « entre sujets et objets de manière interdépendante et non plus duale¹⁴³ ».

L'intérêt du concept de dispositif n'est donc pas seulement d'appréhender des éléments hétérogènes, en interaction, dans la poursuite d'une finalité stratégique. C'est également une notion indispensable à l'étude des procédés de subjectivation. Il s'agit par dispositif de saisir, d'une part, des interactions entre les objets de connaissance et les relations de pouvoir, pour comprendre le fonctionnement des procédés de subjectivation. Mais, c'est aussi, d'autre part, un concept permettant « de lier les mots aux choses¹⁴⁴ », de dépasser des « dichotomies binaires et excluantes¹⁴⁵ », grâce au caractère hétérogène du réseau appréhendé, qui constitue le creuset conceptuel dans lequel sont réconciliés les objets et les discours¹⁴⁶. En somme, une nouvelle dialectique entre les pratiques, les techniques et les discours, inscrite dans les relations de « pouvoir-savoir¹⁴⁷ », afin d'identifier et de retracer les « lignes de subjectivation¹⁴⁸ ». *In fine*, l'emploi de la notion (B) permet de ne pas considérer les usages comme des actions prescrites et codifiées, mais comme le résultat de pratiques complexes, en les insérant dans leur matrice de formation, conceptualisée comme un dispositif.

¹⁴² AGAMBEN Giorgio, RUEFF Martin (trad.), *Qu'est-ce qu'un dispositif?*, *op. cit.*, p. 41-42.

¹⁴³ PEETERS Hugues, CHARLIER Philippe, « Contributions à une théorie du dispositif », *op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁴ FOOT Robin, DONIOL-SHAW Ghislaine, « La dérive d'un dispositif de sécurité : de l'homme mort à l'homme incertain (enquête) », *Terrains & travaux*, n° 2, vol. 11, 2006, p. 16-17.

¹⁴⁵ PEETERS Hugues, CHARLIER Philippe, « Contributions à une théorie du dispositif », *op. cit.*, p. 15-16.

¹⁴⁶ DAVID-MÉNARD Monique, « Agencements deleuziens, dispositifs foucaldiens », *Rue Descartes*, n° 1, vol. 59, 2008, p. 51.

¹⁴⁷ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 32. Dans le champ pénitentiaire, une « superposition des rapports de pouvoir et des relations de savoir » caractérise le fonctionnement du dispositif d'exécution, c'est-à-dire « un mécanisme qui lie à une certaine forme d'exercice du pouvoir un certain type de formation de savoir » : *ibid.*, p. 187 ; 189. Il est en effet impossible d'exécuter la peine privative de liberté sans produire un savoir sur la population pénale, puisque l'acte de punir n'est pas entièrement prédéterminé et que les conditions d'exécution de la peine doivent être individualisées ; de même, il est impossible de produire cette connaissance indispensable sur la population pénale, sans assujettir les personnes condamnées dans le champ pénitentiaire, pour les observer et les évaluer. À cet égard, l'individu pris en charge par le dispositif d'exécution est l'incarnation de ces rapports dit de pouvoir-savoir, puisqu'il est « effet et objet de pouvoir, comme effet et objet de savoir » : *ibid.*, p. 194. De manière générale, FOUCAULT pose « qu'il n'y a pas de relation de pouvoir sans constitution corrélatrice d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir » : *ibid.*, p. 32.

¹⁴⁸ DELEUZE Gilles, « Qu'est-ce qu'un dispositif ? », in *Michel Foucault philosophe. Rencontre internationale. Paris 9, 10, 11 janvier 1988*, Association pour le centre Michel Foucault (dir.), Paris, Seuil, « Des travaux », 1989, p. 188.

B. L'emploi de la notion

30 La procédure pénale comme dispositif. Avant de proposer notre lecture de l'acte de punir comme produit du dispositif d'exécution de la peine privative de liberté, il nous faut mettre en abîme notre démarche avec la proposition de Pierrette PONCELA de penser le procès pénal comme un dispositif, c'est-à-dire de « comprendre les règles de procédure pénale comme organisation de rapports de force dont l'enjeu est une production de vérité¹⁴⁹ ». L'auteur définit « le dispositif procédural comme étant un réseau d'éléments hétérogènes fait de textes juridiques, de mesures administratives, de coutumes, de manières de faire, de discours professionnels, politiques ou moraux¹⁵⁰ ». Cette démarche permet de lier et de délier « le lien entre des jeux de vérité et des relations de pouvoir¹⁵¹ ». Ce « dispositif judiciaire » a pour finalité « qu'une chose soit définitivement jugée », la mobilisation du concept foucauldien permet alors de se poser la question : « comment est produit un jugement tenant lieu de vérité ? »¹⁵². Une nouvelle fois, c'est l'étude des interactions entre les éléments hétérogènes du dispositif, en vue de la finalité de ce dernier, qui permettront de répondre à la problématique. C'est l'étude des conditions et des régimes de « véridiction¹⁵³ » qui peuvent conduire à la compréhension du fonctionnement de la production de vérité, en acceptant « qu'elle est le produit d'un processus, et non une constatation¹⁵⁴ ».

31 L'exécution de la peine comme sous-dispositif. La production de l'acte de punir est elle aussi un processus, distinct de celui menant à la condamnation et organisé par le dispositif d'exécution de la peine privative de liberté. La procédure pénale s'appuie sur deux sous-dispositifs supportant les deux phases complémentaires de l'exercice du pouvoir de punir de l'État. D'un côté, un dispositif judiciaire spécifique¹⁵⁵, organisant un processus et des pratiques dans le but de juger définitivement de l'action publique. De l'autre, un dispositif

¹⁴⁹ PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *Actes. Les cahiers d'action juridique*, n° 54, Foucault hors les murs, 1986, p. 70.

¹⁵⁰ PONCELA Pierrette, « Le combat des gladiateurs. La procédure pénale au prisme de la loi Perben II », *Droit et société*, n° 60, 2008, p. 475.

¹⁵¹ PONCELA Pierrette, « Le récit du crime dans le procès », in *Le récit du crime. Retour sur un séminaire universitaire en milieu carcéral*, RAOULT Sacha, GIACOPELLI Muriel, CHARBONNIER Gil (dir.), Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, « Laboratoire de droit privée et de sciences criminelles », 2017, p. 36.

¹⁵² PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70.

¹⁵³ FOUCAULT Michel, *Subjectivité et vérité. Cours au Collège de France. 1980-1981*, Paris, EHESS Gallimard Seuil, « Hautes études », 2014, p. 15-16 ; 224 ; 240-242.

¹⁵⁴ PONCELA Pierrette, « Regard sur la vérité judiciaire », *APD*, n° 29, « Dialogue, dialectique en philosophie et en droit », 1984, p. 175.

¹⁵⁵ Il convient de parler de dispositif judiciaire spécifique, car il y a également un dispositif judiciaire général que l'on retrouve dans toute instance, y compris celles de l'application des peines.

d'exécution ayant pour objet de déterminer les conditions d'exécution de la peine, en organisant un processus et des pratiques distinctes destinés à produire l'acte de punir. L'identification de ce second sous-dispositif peut nous permettre de comprendre comment est différencié l'acte de punir, en replaçant les usages des modalités d'exécution dans les micro-relations de pouvoir qui forment la procédure pénale, en analysant les interactions entre les textes et les pratiques, les discours et les objets non-discursifs. C'est en effet en comprenant le fonctionnement de la matrice des usages des modalités d'exécution qu'il sera possible d'analyser comment le dispositif d'exécution produit l'acte de punir, sans que celui-ci soit prédéterminé. En définitive, il faut concevoir ce dispositif comme le support et le cadre des usages des modalités d'exécution qui déterminent, au fur et à mesure de l'acte de punir, les pratiques punitives auxquelles donne lieu la peine.

Le dispositif d'exécution de la peine privative de liberté désigne tous les éléments qui déterminent le passage de la peine prononcée à l'acte de punir. Le réseau que forme le dispositif est alors composé de normes juridiques, de discours de politique pénale, de pratiques professionnelles, d'infrastructures, d'aménagements architecturaux, et de tous autres outils concourant à la détermination des conditions d'exécution de la peine. L'ensemble de ces éléments hétérogènes entre en interaction dans le réseau, afin de produire l'acte de punir. Cette articulation est rationalisée par l'impératif d'adaptation du régime d'exécution, en fonction des caractéristiques de la personne condamnée, afin de viser à sa réinsertion, dans le but « de lui permettre d'agir en personne responsable [...] et d'éviter la commission de nouvelles infractions¹⁵⁶ ». L'objectif stratégique du dispositif comporte finalement deux faces : d'un côté, les interactions stratégiques visent à poursuivre le calcul de la peine, afin de rechercher la prévention spéciale des infractions ; de l'autre, la prédominance de la rationalité prospective de la peine a pour rôle de justifier de l'acte de punir pour en pérenniser la légitimité. Il est alors possible de déceler un risque d'intensification du pouvoir de punir, puisque les modalités d'exécution considérées comme nécessaires ne sont pas celles correspondant à une rétribution mesurable aux faits commis, mais celles susceptibles d'être de nature à faire du sujet une « personne responsable¹⁵⁷ ».

*

32 Le dispositif d'élaboration de l'acte de punir. Le dispositif d'exécution n'est pas neutre, il n'a pas pour seule fonction de mettre à disposition des autorités de l'exécution des

¹⁵⁶ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁵⁷ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

peines les outils nécessaires à l'application des règles de droit. Ce réseau d'éléments hétérogènes, doté d'une finalité stratégique, est la matrice des usages des modalités d'exécution, chargée d'élaborer, par des procédés d'individualisation et de subjectivation, l'acte de punir capable de poursuivre efficacement les finalités de l'exécution des peines. En raison de la rationalité punitive contemporaine, le dispositif d'exécution est tant un outil de gouvernement de l'acte de punir que de la population pénale, destiné à organiser la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine. Il convient dès lors de problématiser notre objet d'étude au travers d'un questionnement sur l'appréhension de la personne dans le dispositif d'exécution (§4)¹⁵⁸.

§4. L'APPRÉHENSION DE LA PERSONNE DANS LE DISPOSITIF D'EXÉCUTION

33 La problématisation de l'étude : la marginalisation de la qualité de sujet. Dans notre droit pénal contemporain se juxtaposent, se stratifient et s'hybrident des normes et des pratiques relevant de conceptions théoriques différentes, ce qui constitue pour certains l'une des caractéristiques du droit pénal postmoderne¹⁵⁹. Le problème est qu'il résulte de ces croisements une inadéquation entre les fondements du droit de punir et un acte de punir produit grâce à des procédés d'objectivation et de subjectivation¹⁶⁰, tendant à nier la personne condamnée en tant que sujet. L'élaboration de l'acte de punir, confrontée avec les principes du droit pénal, illustre effectivement un paradoxe : alors que le droit de punir saisit la personne en tant que sujet de droit, le dispositif d'exécution élabore la « prise en charge¹⁶¹ » d'un individu. Dans le champ pénitentiaire, la personne est en effet appréhendée de manière

¹⁵⁸ Notre interrogation sur l'appréhension de la personne dans le dispositif est la désignation de la « problématisation » des pratiques punitives contemporaines : FOUCAULT Michel, « Polémique, politique et problématisations », in *Dits et écrits II. 1976-1988, op. cit.*, p. 1412 ; 1417 ; FOUCAULT Michel, « Le souci de la vérité », in *ibid.*, p. 1488-1489. Sur la problématisation des pratiques pénales v. : PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.* Au préalable de l'émergence d'une problématique, il convient de se poser la question de ce qui pose problème dans le dispositif d'élaboration de l'acte de punir. À ce titre, le dispositif d'exécution que nous avons identifié n'est rien d'autre qu'un domaine qui pose problème au droit pénal. En mettant en lumière la matrice de l'exercice contemporain du pouvoir de punir de l'État, nous avons seulement souhaité exposer les conditions de possibilité de la formulation de ce qui pose problème dans l'acte de punir, c'est-à-dire l'appréhension de la personne dans le dispositif d'exécution, ordonné à l'individualisation et souhaitant faire des condamnés des personnes responsables.

¹⁵⁹ GUIDICELLI André, « Modernité, postmodernité et doctrines pénales : une grille de lecture », in *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), *op. cit.*, p. 58.

¹⁶⁰ Sur ces procédés dans la justice pénale des mineurs v. : JURMAND Jean-Pierre, « Individualisation et subjectivation à l'œuvre dans la justice pénale des mineurs en France au XX^e siècle », *Criminocorpus, revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines*, 2014, 22 p. Sur ces procédés dans les traitements correctionnels au Canada : QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *Criminologie*, n° 2, vol. 39, 2006, p. 137-164.

¹⁶¹ Art. D. 92 du CPP.

positiviste et impersonnelle, au travers de caractéristiques permettant des comparaisons et des catégorisations¹⁶². C'est le sujet que l'on condamne mais c'est l'individu que l'on punit. Considérons dès lors la place problématique accordée à la personne dans le dispositif d'exécution, par l'exploration de la volonté d'individualisation (A) et de subjectivation (B) présidant à l'élaboration de l'acte de punir.

A. La volonté d'individualisation

34 Un dispositif d'exécution ordonné à l'individualisation. L'individualisation est une pratique recherchant l'« adaptation de la peine à l'individu¹⁶³ ». Certains voient en celle-ci la « clé de voûte de la pénologie moderne¹⁶⁴ », d'autres un « principe directeur du droit pénal moderne¹⁶⁵ ». Toujours est-il que tous s'accordent sur le constat que l'individualisation comporte deux volets complémentaires, de significations et de valeurs juridiques distinctes. Dans une première acception, elle renvoie à l'individualisation du prononcé de la peine, soit à l'acte de juger et au régime des peines¹⁶⁶. Il s'agit d'un principe à valeur constitutionnelle fondé sur le principe de nécessité¹⁶⁷, impliquant « qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce¹⁶⁸ », applicable à toute sanction ayant le caractère d'une punition¹⁶⁹.

¹⁶² Sur la distinction entre personne et individu v. : *supra* n° 36.

¹⁶³ SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, *op. cit.*, p. 13. Pour des formules proches, démontrant l'absence de changement de conception de la définition générale de l'individualisation v. : PRADEL Jean, « L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal », *RSC*, n° 4, 1977, p. 731 ; SYR Jean Hervé, « Les avatars de l'individualisation », *RSC*, n° 2, 1994, p. 217 ; PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 220.

¹⁶⁴ OTTENHOF Reynald, « Introduction générale », in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, OTTENHOFF Reynald (dir.), Toulouse, Éres, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001, p. 7.

¹⁶⁵ PRADEL Jean, « L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal », *op. cit.*, p. 723 ; SYR Jean Hervé, « Les avatars de l'individualisation », *op. cit.*, p. 217.

¹⁶⁶ Al. 1 et 2, art. 132-1 ; 132-24 et s. du CP.

¹⁶⁷ Sur la consécration et la confirmation du principe : CC, Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, *Gaz. Pal.* 2005. n° 216. 6, note Schoettl ; *RSC* 2006. 124, chron. Bück ; *AJ Pénal* 2006. 826, chron. Ogier-Bernaud, Severino ; CC, Décision n° 2007-553 DC du 3 mars 2007, Loi relative à la prévention de la délinquance ; CC, Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *RSC* 2008. 133, note De Lamy ; *ibid.* 136, note De Lamy ; *D.* 2008. 2025, chron. Bernaud, Gay ; *AJDA* 2008. 594, note Jennequin.

¹⁶⁸ CC, Décision n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, M. Husamettin M. [Période de sûreté de plein droit], préc., consid. 5. V. également : CC, Décision n° 2010-40 QPC du 29 septembre 2010, M. Thierry B, *RSC* 2011. 193, note Lazerges ; *ibid.* 182, note De Lamy ; *Constitutions* 2011. 531, note Darsonville ; *D.* 2011. 1713, chron. Gay ; *D.* 2010. 2732, chron. Roujou de Boubée ; *Dr. pén.* 2010. n° 11. comm. 122, note Robert ; *JCP G* 2010. n° 47. 1149, note Lepage, Matsopoulou ; CC, Décision n° 2010-103 QPC du 17 mars 2011, Société SERAS II, *Constitutions* 2011. 377, note Barilari ; *Droit fiscal* 2011. n° 27-28. comm. 416, note Subra, Le Tacon. Sur cette acception de l'individualisation de la peine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et sa signification v. : PELTIER Virginie, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de

Étranger aux modalités d'exécution, ce premier volet ne sera pas l'objet de plus amples observations. En revanche, la seconde acception de cette pratique est au cœur de notre étude, puisque le dispositif est ordonné à l'individualisation de l'exécution de la peine. Dans celle-ci, l'individualisation relève du régime de l'exécution des peines et n'est plus qu'un « principe directeur de l'exécution de la peine¹⁷⁰ », consacré à l'article 707 du code de procédure pénale. Il s'agit de la recherche des fonctions et des finalités de la peine par l'adaptation du régime d'exécution en fonction « de la personnalité et de la situation¹⁷¹ » des individus. Développée concomitamment à la « finalité agonistique de la peine¹⁷² », pour rechercher une meilleure prévention spéciale des infractions, cette pratique s'affirme avec la nécessité d'un traitement de la population pénale, selon une catégorisation à prétention scientifique et emprunte de la doctrine positiviste. Il ressort de cela que l'individualisation de l'exécution de la peine est à la fois une pratique anthropologique et une pratique catégorielle.

35 Une pratique anthropologique. Le développement de l'indexation des conditions d'exécution sur « l'homme criminel¹⁷³ » est indissociable de la transformation de l'économie punitive. L'hybridation de la théorie classique du droit pénal, fondée sur la responsabilité juridique du sujet, avec les théories de la défense sociale¹⁷⁴, prônant une responsabilité fondée sur l'état de dangerosité de l'individu¹⁷⁵, a en effet été la condition de possibilité de l'affirmation de l'individualisation. Si les premières marques de cette pratique sont légales et judiciaires, et concernent la phase de jugement¹⁷⁶, c'est ensuite au niveau de l'exécution de la

constitutionnalité », *Dr. pén.*, n° 3, 2011, étude 4 ; BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine, op. cit.*, §342.

¹⁶⁹ V. par exemple : CE, 2^e-7^e SSR, 21 octobre 2013, *M. Occansey*, n° 367107, recueil Lebon, D. 2014. 396, chron. Lachaume ; Dr. ad. 2014. n° 3. comm. 19, note Zacharie ; Jurisport 2016. N° 169. 34, note Dudognon ; CE, 2^e-7^e SSR, 11 mai 2016, *M. Touré - SASP Football club de Nantes*, n° 388322, recueil Lebon.

¹⁷⁰ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur l'individualisation de l'exécution des peines », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 146. Sur l'usage de l'expression « principes directeurs » de l'exécution des peines v. : COUV RAT Pierre, « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines. Commentaire des articles 159 et 161 de la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II », *RSC*, n° 3, 2004, p. 682 ; GIACOPELLI Muriel, « La promotion du milieu ouvert par l'aménagement des peines », *AJ Pénal*, n° 3, 2005, p. 89 ; PONSEILLE Anne, « La peine et le temps », *APC*, n° 29, 2007, p. 93 ; GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine, op. cit.*, §587 et s. Sur les principes de l'exécution des peines v. : *infra* n° 75-77.

¹⁷¹ Al. 2, II art. 707 du CPP.

¹⁷² PONCELA Pierrette, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *APD*, vol. 26, « L'utile et le juste », 1981, p. 63.

¹⁷³ LOMBROSO César, *L'homme criminel. Criminel-né – Fou moral – Épileptique. Étude anthropologique et médico-légale*, Paris, Félix Alcan, 1887, 682 p.

¹⁷⁴ GRAMATICA Filippo, *Principes de défense sociale*, Paris, Éditions Cujas, 1964, 312 p. ; PRINS Adolphe, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, Leipzig, Mich, Thron, 1910, 170 p.

¹⁷⁵ TARDE Gabriel, « Préface », in *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, SALEILLES Raymond, *op. cit.*, p. IV.

¹⁷⁶ Il s'agit d'abord de la libre détermination de la peine dans la limite d'un minimum et d'un maximum par le juge, puis, à partir de 1832, des circonstances modulant la responsabilité.

peine, au travers de « techniques « anthropologiques »¹⁷⁷ », que l'individualisation a pu se développer et que le paradigme du droit pénal a évolué vers celui d'une branche du droit dédiée à la lutte contre la délinquance. Bien que la désignation des notions de référence ait évolué, allant de la nature à la personnalité du délinquant, l'individualisation demeure une pratique fondamentalement anthropologique, en ce qu'elle a pour objet d'adapter les conditions d'exécution de la peine sur les caractéristiques de l'individu. L'élaboration de l'acte de punir, constamment fondée sur la responsabilité pénale, fonctionne de plus en plus à partir de savoirs hétérogènes au droit et de pratiques a-juridiques : plus question de qualification juridique emportant l'application d'un régime, mais d'une évaluation pour définir « des modalités de prise en charge individualisées¹⁷⁸ ». La production de l'acte de punir est dorénavant en grande partie fondée sur des savoirs ayant pour objet la délinquance et les meilleures manières de punir, de sorte à « légitimer, dans la forme de la connaissance scientifique, l'extension du pouvoir de punir à autre chose que l'infraction¹⁷⁹ ».

Dès l'instauration de la privation de liberté à titre de peine, les conditions d'exécution et l'amendement du condamné sont entrés en résonance. Depuis, les formes et la teneur des échanges entre décisions juridiques et savoir pénal ont fortement évolué, au rythme de l'émergence de différentes doctrines et courants de politique criminelle, telle la défense sociale nouvelle. Dominée par la rationalité prospective, la peine ne serait utile, et elle n'aurait dès lors pour certain un sens, que si elle est efficace dans son objectif de réformation du sujet. La poursuite du calcul de la peine, pour une meilleure prévention spéciale, est ainsi toujours indexée sur l'individu et son évolution. De ce fait, l'individualisation brouille la frontière entre la peine et les mesures de sûreté, en prenant en compte la dangerosité et en évaluant le risque de récidive. Indéniablement, la prédominance de la rationalité prospective de la peine est polarisée et ne se résume pas à l'avènement de la recherche de réinsertion de la personne condamnée¹⁸⁰. Néanmoins, toutes les pratiques d'individualisation ont, en plus de leur indexation sur des savoirs hétérogènes au droit pénal ayant pour objet l'homme, un second point commun, dans le fait qu'elles ne fonctionnent pas à partir de la personne, mais de catégories d'individus.

¹⁷⁷ FOUCAULT Michel, « Punir est la chose la plus difficile qui soit », in *Dits et écrits II. 1976-1988, op cit.*, p. 1027.

¹⁷⁸ Art. D. 92 du CPP.

¹⁷⁹ FOUCAULT Michel, *Les anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975)*, Paris, Le Seuil Gallimard, « Hautes études », 1999, p. 18.

¹⁸⁰ Sur la neutralisation des personnes condamnées v. : *infra* n° 126 et s.

36 Une pratique catégorielle. L'individualisation correspond à « l'exécution de la peine calculée dans ses moindres détails pour une meilleure dissuasion¹⁸¹ ». Néanmoins, il ne faut pas confondre cette pratique avec la personnalisation, relevant d'une méthode clinique. L'individualisation est une pratique « catégorielle¹⁸² », qui ne fonctionne pas à partir d'une connaissance de la singularité des personnes. Les condamnés ne sont jamais connus dans le dispositif que par l'intermédiaire des caractéristiques qui leur sont prêtées par des « évaluations régulières¹⁸³ ». Si l'individualisation judiciaire a d'abord été une « individualisation d'intime conviction¹⁸⁴ », l'individualisation pénitentiaire n'a jamais fonctionné qu'à partir de la « technologie politique des individus¹⁸⁵ » sur laquelle repose la prison¹⁸⁶. Par conséquent, il est primordial de distinguer la pratique catégorielle de l'individualisation de l'« approche clinique¹⁸⁷ » de la personnalisation. Pour cela, il convient au préalable de revenir sur l'introduction de cet amalgame en droit positif. L'institution dans le code pénal de 1992 de la responsabilité pénale des personnes morales a conduit le législateur à préférer le terme de personnalisation, au motif que le premier serait applicable tant aux personnes physiques que morales¹⁸⁸. Si le législateur a depuis délaissé cette considération linguistique pour revenir au terme d'individualisation, tout en laissant trace du terme proscrit dans le régime des peines¹⁸⁹, il résulte de ce mésusage de la notion différentes conséquences néfastes dans la compréhension de l'individualisation¹⁹⁰. Revenons dès lors sur l'existence et l'enjeu de la distinction pour l'analyse des pratiques punitives.

L'« individualisation mise en œuvre repose sur la prise en compte d'un individu à

¹⁸¹ PONCELA Pierrette, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *op. cit.*, p. 63 ; PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 62.

¹⁸² PONCELA Pierrette, « Dehors... La prison dans la tête. Quelques réflexions à partir des peines de milieu ouvert », *APC*, n° 1, vol. 35 « Punir dehors », 2013, p. 19.

¹⁸³ Al. 2, II, art. 707 du CPP. Sur l'individualisation du sujet v. : *supra* n° 497 et s.

¹⁸⁴ PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁸⁵ FOUCAULT Michel, « La technologie politique des individus », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, *op. cit.*, p. 1632-1647.

¹⁸⁶ Encore aujourd'hui, la répartition des personnes condamnées dans les établissements pénitentiaires repose, essentiellement, sur l'usage de différentes grilles, aux items prédéfinis, destinées à l'évaluation de la dangerosité, de la vulnérabilité et de la radicalisation.

¹⁸⁷ SYR Jean Hervé, « Les avatars de l'individualisation », *op. cit.*, p. 217-236.

¹⁸⁸ PAPATHÉODOROU Théodore, « La personnalisation des peines dans le nouveau code pénal français », *RSC*, n° 1, 1997, p. 16 ; BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §340 ; GIACOPELLI Muriel, « De l'individualisation de la peine à l'indétermination de la peine », *op. cit.*, p. 234 ; GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 35 ; LEBLOIS-HAPPE Jocelyne, « Fascicule 20 : individualisation des peines », *JurisClasseur Pénal code*, 2019 (actualisé en 2020), §1.

¹⁸⁹ « Des modes de personnalisation des peines » : art. 132-24 et s. du CP. « Les peines peuvent être personnalisées selon les modalités prévues à la présente section. » : art. 132-24 du CP. Ce sont ces vestiges d'un usage antérieur qui fondent la préférence d'une partie de la doctrine pour ce terme.

¹⁹⁰ D'abord, une part de la doctrine considère les deux termes synonymes et propose d'utiliser l'un et l'autre indifféremment. Pour d'autres, il existe une confusion dans la signification du terme individualisation, en lui prêtant les vertus d'une démarche clinique ou en inversant le sens respectif des deux termes.

catégoriser et non sur celle d'un sujet à connaître¹⁹¹ ». « Sans doute nécessaire, [l'individualisation], faite à partir de catégories préétablies, n'en garde pas moins un caractère collectif¹⁹² ». La personnalisation, défendue par une partie des auteurs rattachés à la doctrine de la défense sociale nouvelle¹⁹³, est quant à elle une pratique consistant à travailler « à partir – et non plus comme autrefois à l'encontre – de la personnalité du sujet, envisagée comme personnalité humaine propre, c'est-à-dire unique et irremplaçable¹⁹⁴ ». Du côté de la personnalisation, il s'agit de rechercher à comprendre l'autre dans toute la singularité de sa personnalité et de l'altérité de son vécu. Du côté de l'individualisation, il s'agit d'évaluer la personne, d'une manière dite « scientifique¹⁹⁵ », pour l'appréhender à partir de caractéristiques qui permettront, dans un second temps, de procéder à son « classement¹⁹⁶ » dans une catégorie de population pénale¹⁹⁷. L'enjeu de cette distinction, outre de comprendre les pratiques drastiquement opposées que nécessitent ces deux types de connaissance de l'autre, est l'effet de qualification, et donc éventuellement de stigmatisation, propre à l'individualisation. L'individualisation n'est finalement qu'une pratique de qualification a-juridique, fonctionnant à partir du savoir pénal, afin de produire des « effets de vérité¹⁹⁸ » sur l'autre, en procédant à l'objectivation des personnes condamnées durant l'acte de punir.

37 L'objectivation des personnes condamnées durant l'acte de punir. Le résultat de l'individualisation, en tant que pratique anthropologique et catégorielle, est l'« objectivation¹⁹⁹ » du sujet. Par cette action, il s'agit de traduire le sujet en des

¹⁹¹ PONCELA Pierrette, « Dehors... La prison dans la tête. Quelques réflexions à partir des peines de milieu ouvert », *op. cit.*, p. 20.

¹⁹² PRADEL Jean, « L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal », *op. cit.*, p. 727.

¹⁹³ VIENNE Roger, « De l'individualisation de la peine à la personnalisation de la mesure. À propos du soixante-quinzième anniversaire de la parution de l'ouvrage de Saleilles (1898-1973) », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, Pedone, 1975, t. 2, p. 177-200 ; ROTMAN Edgardo, « Le sens de l'individualisation judiciaire », *RSC*, n° 2, 1977, p. 437-444 ; ANCEL Marc, « Examen de conscience de défense sociale : le problème du traitement des délinquants », *RSC*, n° 4, 1978, p. 945-955.

¹⁹⁴ ANCEL Marc, « Examen de conscience de défense sociale : le problème du traitement des délinquants », *op. cit.*, p. 949.

¹⁹⁵ TULKENS Françoise, « Conclusions. L'individualisation de la peine cent ans après Saleilles », in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, OTTENHOFF Reynald (dir.), *op. cit.*, p. 276.

¹⁹⁶ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187 ; FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, Paris, Mare & Martin, « Bibliothèque des thèses Droit privé et sciences criminelles », 2016, §991.

¹⁹⁷ Sur la classification du sujet v. : *supra* n° 504 et s.

¹⁹⁸ FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁹ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187 ; 189 ; 193.

caractéristiques pouvant être appréhendées et servir à une « classification ²⁰⁰ » ; l'objectivation, c'est transformer le sujet en objet de savoir, afin de l'inscrire dans des « jeux de vérité ²⁰¹ ». L'assujettissement de la personne condamnée au dispositif fait d'elle un individu ²⁰², que l'on peut regrouper avec d'autres, partageant les mêmes caractéristiques, et ajouter les uns aux autres pour en faire une somme, plus ou moins homogène, que l'on appellera une catégorie de population pénale et à laquelle sera appliquée certaines modalités d'exécution. Le dispositif, en ce qu'il procède à l'évaluation et à la classification de la personne, est un « mode d'objectivation du sujet ²⁰³ » produisant des effets de vérité.

L'objectivation de la personne condamnée s'est d'abord appuyée sur l'idéologie du contrat social faisant, à la révolution, de celui qui commet une infraction un ennemi de la société. C'est ensuite à partir de cette représentation qu'a pu se construire, grâce à la prison, la figure du délinquant, « qui va peu à peu, et surtout avec l'école positiviste, perdre toute dimension proprement humaine c'est-à-dire sa qualité d'être capable de choix, orienté vers une fin et échappant à tout réductionnisme ²⁰⁴ ». Au-delà de cette dichotomie produite par le système pénal, entre délinquants et non-délinquants, se sont développés dans le système pénitentiaire de nouveaux savoirs et de nouvelles « techniques d'individualisation ²⁰⁵ » conduisant à spécifier l'objectivation des personnes condamnées. Se sont alors développées des catégories de population pénale, toujours plus nombreuses et spécifiques ²⁰⁶. Consacrée en 2015, la catégorie des personnes radicalisées illustre parfaitement les conséquences de l'intensification de l'objectivation des personnes et de l'individualisation corrélative de leurs conditions d'exécution, tendant à la « négation du sujet ²⁰⁷ », puisque les qualifications juridiques voient leur portée considérablement réduites face à la recherche pénologique de la prévention spéciale. Réduites à l'idéologie politico-religieuse qui leur est prêtée, ces personnes tendent en effet à ne plus être considérées qu'au travers de cette caractéristique, qui

²⁰⁰ « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, DAP, n° 000165, p. 4 ; SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, op. cit., p. 241 ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, 1949, p. 177 ; BLONDIEAU Francis, « Les régimes de détention », *RPDP*, n° 2, 1995, p. 194. HANNAH-MOFFAT Kelly, SHAW Margaret, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *Criminologie*, n° 1, vol. 34, 2001, p. 53.

²⁰¹ FOUCAULT Michel, « Foucault », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, op. cit., p. 1451. Sur l'évaluation en tant que procédé de vérité v. : *supra* n° 513 et s.

²⁰² « L'individu n'est, me semble-t-il, que l'effet du pouvoir en tant que le pouvoir est une procédure d'individualisation. » : FOUCAULT Michel, *Le pouvoir psychiatrique : cours au Collège de France, 1973-1974*, Paris, Seuil Gallimard, « Hautes études », 2003, p. 16-17.

²⁰³ « modes d'objectivation du sujet » : *ibid.*, p. 1454.

²⁰⁴ PONCELA Pierrette, « Le droit pénal : au nom de la loi ou malgré la loi », op. cit., p. 34.

²⁰⁵ FOUCAULT Michel, « Le sujet et le pouvoir », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, op. cit., p. 1048.

²⁰⁶ Sur la qualification du sujet v. : *supra* n° 496 et s.

²⁰⁷ PONCELA Pierrette, « Le droit des aménagements de peine, essor et désordres », op. cit., p. 24.

prend notamment le pas sur la catégorie pénale et l'infraction suspectée ou commise.

L'objectivation est une réduction du sujet à un objet de savoir, permettant au dispositif de poursuivre une meilleure efficacité de la peine par l'individualisation constante des pratiques punitives. Ce « processus de désobjectivation²⁰⁸ » n'en a pas moins pour fin de permettre la mise en place de procédure de subjectivation, recherchant une recomposition du sujet sous un nouveau mode. Bien que le dispositif d'élaboration de l'acte de punir soit ordonné à l'individualisation, sa finalité est la production d'une « personne responsable²⁰⁹ ». La volonté d'individualisation s'accompagne ainsi d'une volonté de subjectivation (B).

B. La volonté de subjectivation

38 Un dispositif d'exécution orienté vers la responsabilisation. Le dispositif d'exécution est dominé par la rationalité prospective de la peine, essentiellement en raison de l'évolution des justifications du droit de punir, sous-jacente à la transformation de l'économie punitive. L'exercice du pouvoir de punir n'est plus considéré juste lorsqu'il est rationalisé par les principes du droit pénal moderne, mais quant il est considéré efficace dans la poursuite de finalités qui lui sont attribuées par le législateur²¹⁰. Nous sommes passés d'une rationalité pénale recherchant la modération du pouvoir de punir, par la limitation de son exercice, à une rationalité pénitentiaire modulant le pouvoir de punir en fonction de ce qui est nécessaire, non pour assurer la dissuasion collective par une proportionnalité de la peine à l'acte commis, mais pour assurer la dissuasion individuelle. Dans ces conditions, l'exercice du pouvoir de punir est de plus en plus indexé sur les notions de dangerosité et de risque de récidive, plutôt que sur l'acte commis à rétribuer. Par conséquent, les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité souffrent de l'« hybridation²¹¹ » du droit pénal et peinent à limiter l'exercice

²⁰⁸ AGAMBEN Giorgio, RUEFF Martin, *Qu'est-ce qu'un dispositif?*, *op. cit.*, p. 44.

²⁰⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²¹⁰ « Dans cette quête du concret, la légitimité du système se déplace en partie de la métaphysique des valeurs vers le socle de la démarche scientifique, la science s'érigeant en gage de vérité mais aussi d'efficacité (à défaut, encore, d'efficience, terminologie plus récente qui indexe l'exigence d'efficacité à un calcul de rentabilité économique), les deux nouvelles figures de la légitimité juridique. » : CARTUYVELS Yves, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », *op. cit.*, p. 88-89.

²¹¹ PIN Xavier, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », in *La cohérence des châtiments*, Paris, Dalloz, « Essais de philosophie pénale et de criminologie », 2012, p. 81. Soulignons avec un auteur que l'« adjectif hybride provient du grec ancien *hybris* [...] signifiant la démesure ; dans la mythologie, comme aujourd'hui en psychologie, l'*hybris* est un sentiment violent inspiré par les passions. Les Grecs l'opposaient à la tempérance ou la modération (*sophrosune*). » : *ibid.*

du pouvoir de punir de l'État²¹², qui prend la forme d'une pratique normalisante et subjectivante, destinée à faire du sujet une « personne responsable²¹³ ».

39 Une pratique normalisante. Le dispositif d'exécution est un instrument de gouvernement de la conduite des hommes ayant pour objet, non seulement de diriger la conduite des personnes condamnées durant l'exécution de la peine, mais également au-delà, de sorte à « éviter la commission de nouvelles infractions²¹⁴ ». En somme, il s'agit d'inculquer au sujet de la peine une conduite « respectueuse des règles et des intérêts de la société²¹⁵ ». Pour cela, les modalités d'exécution sont mobilisées pour soumettre les personnes condamnées à un mode de vie responsable au travers du régime d'exécution²¹⁶, mais aussi de plus en plus pour rétribuer les comportements adoptés par la population pénale par l'évolution des conditions d'exécution de la peine. Les usages des modalités d'exécution contribuent en effet à définir des prescriptions et à les sanctionner par la différenciation de l'acte de punir, de sorte à qualifier de désirables certains comportements et à en disqualifier d'autres, en dehors de tout formalisme²¹⁷. De cette façon, la peine est modulée en fonction de l'attitude du sujet par rapport à celle attendue par l'institution. La substance des modalités d'exécution et leurs usages contribuent ainsi à dresser le partage entre les comportements normaux et anormaux, au-delà du découpage classique entre les comportements qui troublent ou non l'ordre public, contribuant ainsi à transformer l'acte de punir en pratique normalisante. Le dispositif d'exécution ne doit ainsi pas seulement être considéré comme une matrice des usages des modalités d'exécution. En raison du partage qu'il opère entre les condamnés dans le champ pénitentiaire, sur le fondement de leur attitude eu égard à l'ordre institutionnel, il est également une « matrice normative du comportement pour les individus », c'est-à-dire un ensemble de « techniques et procédures par lesquelles on entreprend de conduire la conduite des autres »²¹⁸. *In fine*, le dispositif d'exécution de la peine privative de liberté est essentiellement un dispositif organisant des procédures de gouvernementalité, destiné à produire une pratique subjectivante.

²¹² « Des limites au pouvoir de punir, dans son étendue comme dans ses modalités, son difficilement formulables dans un régime de rationalité prospective. » : PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, op. cit., p. 64.

²¹³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²¹⁴ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²¹⁵ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²¹⁶ Sur la réglementation de la vie v. : *infra* n° 368 et s.

²¹⁷ Sur les prescriptions induites par les usages des modalités d'exécution v. : *infra* n° 552 et s.

²¹⁸ FOUCAULT Michel, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au collège de France. 1982-1983*, Paris, EHESS Gallimard Seuil, « Hautes études », 2008, p. 5 ; 6.

40 Une pratique subjectivante. L'acte de punir participe toujours, « plus ou moins directement, d'un projet de gouvernement²¹⁹ ». Cette direction des conduites prend la forme de procédés de subjectivation, constituant un mode de constitution de soi en tant que sujet, formaté par la rationalité punitive néolibérale²²⁰, pour faire de l'individu une « personne responsable²²¹ ». Il s'agit d'« entretenir – voir faire naître – un sentiment de responsabilité chez le condamné²²² ». Le dispositif d'élaboration de l'acte de punir met effectivement en place « différentes formes par lesquelles l'individu est amené à se constituer lui-même comme sujet²²³ ». Le « parcours d'exécution de la peine²²⁴ » est le support de ces procédés destinés à déterminer la conformité de l'individu avec « des normes de comportement socialement acceptables et rendues désirables²²⁵ ». À ce titre, la rationalité punitive actuelle peut être considérée comme un « axe de constitution du mode d'être du sujet²²⁶ », il ne s'agit dès lors plus d'accompagner la personne pour l'aider à dégager, dans le chef de sa conscience, une plus grande autonomie pour se construire autrement. Le dispositif « produit de la subjectivité, mais n'est pas produit par la subjectivité²²⁷ ». En enjoignant la personne à se transformer, le dispositif souhaite obliger le condamné à s'inscrire dans des « formes de subjectivation²²⁸ » déterminées, seules compatibles avec une mobilité favorable de la peine. Le dispositif d'exécution constitue un « mode de subjectivation²²⁹ » pour la personne assujettie, qui doit se construire conformément aux formes attendues par l'institution pénitentiaire, être responsable d'elle-même et de sa peine, pour pouvoir avancer dans le parcours d'exécution²³⁰. Les modalités d'exécution favorables à la personne sont en effet

²¹⁹ CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, *op. cit.*, p. 50.

²²⁰ La rationalité punitive néolibérale désigne l'extension de la rationalité économique aux « techniques punitives d'assujettissement », poursuivant l'ambition d'un acte de punir « capable de réaliser et de perfectionner une normalisation des comportements à moindre coûts » et se traduisant notamment par l'injonction faite aux individus d'être entrepreneur de leur peine : PONCELA Pierrette, « Dehors... La prison dans la tête. Quelques réflexions à partir des peines de milieu ouvert », *op. cit.*, p. 7-23. Sur l'extension de la rationalité libérale au champ social v. : *infra* n° 405 et s.

²²¹ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

²²² PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 12.

²²³ FOUCAULT Michel, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au collège de France. 1982-1983*, *op. cit.*, p. 6.

²²⁴ Al. 1, art. 717-1 du CPP ; art. D. 88 et s. du CPP. Sur le parcours d'exécution de la peine v. : *supra* n° 285 et s.

²²⁵ PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 12.

²²⁶ FOUCAULT Michel, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au collège de France. 1982-1983*, *op. cit.*, p. 6.

²²⁷ BERTEN André, « Dispositif, médiation, créativité : petite généalogie », *Hermès, La Revue*, n° 3, vol. 25, 1999, p. 35.

²²⁸ FOUCAULT Michel, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au collège de France. 1982-1983*, *op. cit.*, p. 6.

²²⁹ « modes de subjectivation » : FOUCAULT Michel, « Le sujet et le pouvoir », *op. cit.*, p. 1042 ; DELEUZE Gilles, « Qu'est-ce qu'un dispositif ? », *op. cit.*, p. 192.

²³⁰ Sur la sanction de la responsabilisation du sujet v. : *supra* n° 548 et s.

réservées à celles qui s'inscrivent dans un projet d'exécution de peine correspondant à un sujet responsable.

41 La subjectivation des personnes condamnées par l'acte de punir. En sanctionnant le comportement de la personne par rapport à l'attitude attendue d'elle, les usages des modalités d'exécution répondent à une volonté de subjectivation. En vue de la prévention de la récidive, le dispositif d'élaboration de l'acte de punir indexe l'évolution des conditions d'exécution sur le comportement du condamné, de sorte à former un mode de subjectivation. Pas de contrainte à devenir quelqu'un d'autre, mais l'injonction faite à chacun de devenir responsable, notamment de son propre assujettissement, pour espérer pouvoir s'inscrire dans de nouvelles modalités d'exécution. Il est exigé de chaque personne une acceptation de son appréhension par le dispositif au travers d'une étiquette, plus ou moins stigmatisante, pour dans un second temps avoir le devoir de se construire autrement, de manière autonome. Par l'objectivation et la subjectivation, le dispositif d'exécution règle un jeu de vérité, produisant des « effets de vérité²³¹ », destinés à contribuer à diriger la conduite des personnes condamnées dans les termes d'une rationalité néolibérale. Le dispositif d'exécution propose donc la déconstruction du sujet pour imposer, ensuite, un nouveau mode d'être pour celui-ci. Il s'agit des deux étapes de la disparition du sujet dans l'exécution de la peine, en tant que personne, mais également en tant que sujet de droit.

*

42 Un dispositif de gouvernementalité dirigé par les usages des modalités d'exécution. Le dispositif d'exécution est un instrument de gouvernementalité organisant un « régime de véridiction²³² », ordonné à l'individualisation et orienté vers la « responsabilisation²³³ » du sujet. Dans ce dernier, l'altérité de la personne tend à s'effacer

²³¹ FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

²³² BIGO Didier, BONELLI Laurent, « Critique de la raison criminologique », *Cultures & Conflits*, vol. 94-96, « Critique de la raison criminologique », 2014, p. 23.

²³³ Art. 4, Décr. n° 2019-50 du 30 janvier 2019 portant statut particulier du corps des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, Ministère de la Justice, RPO1. Version finale, 1^{er} septembre 2017, p. 6 ; APIJ, *Nouveau programme immobilier pénitentiaire. Guide de programmation 2012*, Ministère de la Justice, 2012, p. 23 ; SALVAGE Philippe, « Le consentement en droit pénal », *RSC*, n° 4, 1991, p. 699 ; DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, *op. cit.* ; SLINGENEYER Thibaut, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ pénal*, vol. 4, 2007, p. 11 ; QUIRION Bastien, « Réformer, réadapter ou responsabiliser le détenu. Analyse des enjeux normatifs rattachés à l'intervention correctionnelle au Canada »,

derrière la notion d'individu, en raison des procédés d'objectivation et de subjectivation, qui forment l'itinéraire de la marginalisation du sujet durant l'acte de punir. La personne condamnée n'est plus le sujet de la peine, mais l'objet de pratiques punitives déterminées par les usages des modalités d'exécution, en vue d'une constitution corrélative du sujet et de sa peine de plus en plus étroite, au détriment de la modération de l'exercice du pouvoir de punir.

L'intérêt de cette problématisation est de dépasser la problématique de l'opportunité ou de la légalité de l'individualisation pénitentiaire. Cette pratique pénologique a dorénavant été complètement intégrée par le droit de l'exécution des peines²³⁴. Le rejet des mécanismes hétérogènes au droit, caractérisant le fonctionnement de l'institution pénitentiaire, est dorénavant impossible, d'une part, en présence d'un droit de punir qui se justifie par sa capacité à atteindre ses fonctions et ses finalités dans la lutte contre la délinquance, et, d'autre part, en raison de l'intégration de la protection des droits fondamentaux au programme de la réforme pénitentiaire. Il convient en effet de considérer que l'individualisation apparaît aujourd'hui indispensable à la conventionnalité des conditions de détention. Sans la prise en compte des caractéristiques de la population pénale, et particulièrement de la santé, il serait en effet difficile d'assurer le respect de la dignité humaine en détention²³⁵. À cet égard, soulignons que la protection des libertés et droits fondamentaux constitue une limite remarquable à la marginalisation du sujet, en ce que la personne condamnée est appréhendée dans le champ pénitentiaire en tant que titulaire de droits fondamentaux. Affirmons par ailleurs que le tout juridique, comme le tout pénologique dans la détermination des conditions

Dév. & Soc., n° 3, vol. 36, 2012, p. 339-355 ; DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 36, 2012, p. 311-323 ; CLIQUENNOIS Gaëtan, *Le management des prisons : vers une gestion des risques et une responsabilisation des détenus ?*, Bruxelles, Larcier, 2013, 349 p. ; LARMINAT DE Xavier, « Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation », *Champ pénal*, vol. 11, 2014, 23 p.

²³⁴ Sur l'intégration du paradigme pénitentiaire dans le droit positif v. : *supra* n° 233 et s.

²³⁵ La Cour souligne notamment que « l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis » : CEDH, [GC], 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96, RSC 2001. 881, chron. Tulkens ; RTD Civ. 2001. 442, note Marguénaud ; RFDA 2001. 1250, note Sudre ; AJDA 2000. 1006, chron. Flauss, §94. En particulier, « les autorités sont dans l'obligation de protéger la santé des personnes privées de liberté [...]. Le manque de soins médicaux appropriés peut constituer un traitement contraire à l'article 3 [...]. En particulier, pour apprécier si le traitement ou la sanction concernés étaient incompatibles avec les exigences de l'article 3, il faut, dans le cas des malades mentaux, tenir compte de leur vulnérabilité et de leur incapacité, dans certains cas, à se plaindre de manière cohérente ou à se plaindre tout court des effets d'un traitement donné sur leur personne » : CEDH, 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, RSC 2001. 881, chron. Tulkens ; AJDA 2000. 1006, chron. Flauss, §111. Sur les obligations conventionnelles européennes relatives à la protection de l'intégrité des personnes détenues v. : SIMON Anne, *Les atteintes à l'intégrité des personnes détenues imputables à l'État. contribution à la théorie des obligations conventionnelles européennes : l'exemple de la France*, op. cit.

d'exécution de la peine, ne serait en mesure d'assurer la modération de l'acte de punir, c'est-à-dire « une limitation rigoureuse, politique et technique²³⁶ » des pratiques punitives contemporaines. L'axe de travail le plus opportun nous paraît être celui de la rationalisation des procédés de gouvernement par le droit pénal, et notamment par le principe de légalité et le développement du régime pénitentiaire²³⁷.

En définitive, il est évident que le fonctionnement du dispositif d'exécution bouscule les principes du droit pénal moderne, mais dans quelle mesure sont-ils contournés par « l'hybridation²³⁸ » qui caractérise notre droit pénal contemporain. Le problème principal est en effet le sort de l'efficacité, non de la peine, mais des principes qui modèrent l'exercice du pouvoir de punir, dans un dispositif ayant juridiquement intégré des mécanismes hétérogènes au droit. Développons cette problématique conduisant à nous interroger sur la précarisation des limites à l'exercice du pouvoir de punir (§5) de l'État.

§5. LA PRÉCARISATION DES LIMITES À L'EXERCICE DU POUVOIR DE PUNIR

43 La problématique de l'étude : la confrontation des principes du droit pénal moderne aux pratiques punitives contemporaines. Lors de la formation de l'économie punitive moderne, la considération de la personne a été déterminée par la « requalification de l'individu comme sujet de droit²³⁹ », au travers des principes du droit pénal moderne. Ces principes, tirés de la rupture qu'a constitué la pensée des lumières et la révolution française, sont toujours pleinement les nôtres. Il s'agit par conséquent toujours des principaux instruments juridiques destinés à limiter l'exercice du pouvoir de punir de l'État. Pour autant, impossible de ne pas relever l'hétérogénéité entre la rationalité pénale sur laquelle sont fondés ces principes et la rationalité pénitentiaire gouvernant les pratiques punitives contemporaines, tendant à faire disparaître le sujet derrière la notion d'individu. De cette confrontation découle une problématique dorénavant évidente : les principes du droit pénal moderne sont-ils encore en mesure de limiter l'exercice du pouvoir de punir de l'État ? Afin de l'éclairer et d'esquisser notre hypothèse, il convient, en premier lieu, d'examiner les principes du droit pénal moderne

²³⁶ BARRATTA Alessandro, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *op. cit.*, p. 21.

²³⁷ Le « principe de légalité constitue le contrepoids du principe d'individualisation et ces deux principes directeurs du droit criminel doivent s'équilibrer mutuellement » : PRADEL Jean, « L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal », *op. cit.*, p. 731.

²³⁸ PIN Xavier, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », *op. cit.*, p. 81.

²³⁹ DUPRAT Catherine, « Punir et guérir. En 1819, la prison des philanthropes », in *L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIX^e siècle réunies par Michelle Perrot*, PERROT Michelle (dir.), *op. cit.*, p. 68.

au service de la limitation du pouvoir de punir (A) pour, en second lieu, relever la discordance avec les modalités d'exécution au service de la libéralisation du pouvoir de punir (B).

A. Les principes du droit pénal moderne au service de la limitation du pouvoir de punir

44 Le droit pénal moderne. L'identification des principes ayant la charge de rationaliser l'exercice du pouvoir de punir de l'État nécessite, au préalable, la définition de ce que désigne le « droit pénal moderne²⁴⁰ ». Cet exercice pourrait être considéré superflu tant l'expression est courante. Néanmoins, à l'occasion de réflexions sur l'avènement d'un droit pénal postmoderne, a été rappelée l'absence de consensus sur les découpages épistémologiques pouvant être effectués²⁴¹. N'ayant pas la prétention de trancher ces conceptions dissonantes, nous souhaitons substituer à un découpage historique une démarche archéologique²⁴², décrivant le droit pénal moderne non comme une période ou un régime mais, tout à la fois, comme un événement, un héritage et le fondement de notre « droit de punir²⁴³ ».

Le terme moderne renvoie moins à la désignation d'une période historique qu'à un rapport fondamental à l'actualité : c'est le caractère visant la capacité à penser le présent et à faire événement pour constituer une rupture. Le droit pénal moderne doit dès lors être considéré comme un ensemble d'énoncés du savoir pénal, produit par des philosophes et des professionnels du droit²⁴⁴, ayant fait événement en sous-tendant, de manière cohérente, l'institution d'une nouvelle justice criminelle. Issus de l'émergence d'une nouvelle philosophie politique, le droit pénal moderne est donc un objet du savoir pénal, composé d'un réseau d'énoncés, proposant de nouveaux principes pour le droit de punir, indépendamment de toutes règles juridiques positives. Le droit pénal moderne n'est pas le droit pénal classique : ce n'est pas un régime juridique déterminé, mais un ensemble de principes ; ce n'est pas une période à découper, mais un réseau d'énoncés à reconnaître, en la rupture qu'ils ont su provoquer au XVIII^e siècle. Ce n'est d'ailleurs qu'à cette condition qu'il est possible,

²⁴⁰ AUDEGEAN Philippe, DELIA Luigi (dir.), *Le moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, op. cit.

²⁴¹ GUIDICELLI André, « Modernité, postmodernité et doctrines pénales : une grille de lecture », in *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, op. cit., p.52.

²⁴² Sur « les grandes lignes d'une archéologie du savoir juridique comme méthode permettant de voyager sur le territoire ici délimité, défini et nommé savoir pénal » v. : PONCELA Pierrette, « L'archéologie du savoir juridique », op. cit., p. 169-175.

²⁴³ MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, op. cit., §61.

²⁴⁴ CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., §209 et s. ; LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, LENOËL Pierre, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, op. cit., p. 21-27.

d'une part, de connaître des divergences entre le projet révolutionnaire et le droit pénal classique, illustrées parfaitement par la prison pénale²⁴⁵, et, d'autre part, de reconnaître la transmission et le poids de ces énoncés aux XIX^e et XX^e siècle²⁴⁶.

Le droit pénal moderne, s'il a fait événement, est également un héritage, car il est un point de référence pour comprendre et analyser le droit pénal. C'est d'ailleurs grâce à cette transmission d'énoncés que les principes du droit pénal moderne ont pu exister en dehors des périodes et régimes délimités par l'histoire du droit pénal, et qu'ils ont pu être pérennisés comme fondement du droit de punir. Notre droit pénal ne fait pas l'économie des principes énoncés par les réformateurs de la fin du XVIII^e siècle, puisqu'ils sont les principales limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État dont connaît notre ordre juridique. Notre système de garantie des droits individuels demeure ainsi fondé sur la rationalité héritée du siècle des lumières, correspondant à l'économie punitive dont les révolutionnaires rêvaient et cohérente avec le mode d'exercice du pouvoir de punir qu'ils souhaitaient mettre en place. Raison pour laquelle, il s'agit de s'interroger sur la capacité de notre droit de punir – fondé sur les principes du droit pénal moderne – de modérer l'exercice du pouvoir de punir de l'État, par des limites fondées sur le sujet de droit, la loi et la condamnation pénale.

45 Des limites fondées sur le sujet de droit. Revenir sur les fondements des principes du droit pénal moderne, ce n'est pas entreprendre une nouvelle exégèse de leur signification, mais relever les ancrages auxquelles ils sont amarrés, afin de percevoir les caractéristiques de la rupture proposée par les révolutionnaires et l'organisation de notre droit de punir, en commençant par la « requalification de l'individu comme sujet de droit²⁴⁷ ». Derrière l'individualisme de la Révolution se manifeste une nouvelle appréhension des personnes. Il s'agit de considérer chaque individu comme sujet, disposant de libre arbitre et titulaire de droits et d'obligations. C'est l'une des conséquences de l'affirmation du mythe du contrat social²⁴⁸, renouvelant le fondement de la légitimité de l'État et de son objet, protéger la liberté

²⁴⁵ L'histoire de la prison pénale démontre parfaitement le caractère événementiel du droit pénal moderne, dans son humanisme et son individualisme. L'institution carcérale a mis en place une anatomie politique des corps, et non une pénalité fondée sur le sujet de droit. Pour autant, les principes du droit pénal moderne ont assurés une circonscription stricte du champ de l'institution pénitentiaire par les limites juridiques opposées à l'exercice du pouvoir de punir de l'État. Sur le caractère paradoxal de l'avènement de l'institution carcérale lors de la consécration des principes des réformateurs du XVIII^e siècle v. : FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, op. cit., 152-153.

²⁴⁶ PONCELA Pierrette, « Le premier code : la codification pénale révolutionnaire », in *Diritto e Stato nella filosofia della rivoluzione francese. Atti del colloquio internazionale Milano*, Mario Cattaneo (dir.), Milano, Guiffré editore, 1992, p. 90.

²⁴⁷ DUPRAT Catherine, « Punir et guérir. En 1819, la prison des philanthropes », op. cit., p. 68.

²⁴⁸ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, « GF. Philosophie », 2012 (1762), 256 p.

des citoyens²⁴⁹. Le souverain n'est plus le Roi, ce sont les citoyens unis pour fonder la société, afin de défendre collectivement leur liberté, en abandonnant la plus petite part possible d'autodétermination au profit de la volonté générale²⁵⁰. Cet avènement du bien public, entendu dans cette nouvelle conception, comme finalité de l'action de l'État, détermine l'esquisse d'une nouvelle économie punitive, fondée sur l'utilité sociale et l'humanité.

De la requalification des sujets du souverain royal en sujets de droit, s'affirmant tous comme une « individualité indépendante de son appartenance territoriale comme de sa condition de naissance²⁵¹ », découle les principes d'égalité, de légalité, de culpabilité et de personnalité, fondés sur une conception morale de la responsabilité pénale. De la formation d'une nouvelle économie punitive provient le principe de nécessité et de proportionnalité des peines aux atteintes à l'ordre public réalisées par la commission d'une infraction. De ce nouvel ordre public et politique, élaboré autour du sujet de droit, ressort une pénalité, non plus fondée sur une rationalité expiatoire, mais sur un projet correctionnel, fondé sur la foi en la perfectibilité de l'homme, recherchant l'amendement de la personne condamnée.

46 Des limites fondées sur la loi. La principale conséquence du nouveau fondement de la souveraineté pour l'ordre juridique est la revalorisation du rôle accordé à la loi. Dorénavant légitime en ce qu'elle est l'expression de la volonté générale, la loi ne doit plus être considérée seulement comme l'instrument du pouvoir de l'État, elle en est également la limite, c'est-à-dire un outil de protection des citoyens contre l'arbitraire et un moyen d'assurer l'égalité entre les sujets de droit²⁵². En tant qu'objets juridiques définis par la loi, l'infraction et la peine encadrent et limitent le pouvoir de punir de l'État. L'attribution de la compétence pénale au législateur fait effectivement de ces objets élémentaires du droit pénal les principaux instruments de la rationalisation du pouvoir de punir autour d'une nouvelle économie punitive, en ce qu'ils sont à la fois des limites pour les citoyens et pour l'État. En vertu du principe de légalité, c'est la loi qui définit l'ordre public, dans sa dimension pénale – entendue comme la somme des valeurs et intérêts sociaux protégés –, et les peines, c'est-à-dire les assujettissements prescrits pour rétribuer les atteintes à l'ordre public et entreprendre la réformation morale des personnes ayant fait l'objet d'une condamnation.

²⁴⁹ AUDEGEAN Philippe, DELIA Luigi, « Introduction : les deux sources de la modernité pénale », in *Le moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, AUDEGEAN Philippe, DELIA Luigi (dir.), *op. cit.*, p. 4.

²⁵⁰ BECCARIA Cesare, CHEVALIER Maurice (trad.), *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 64.

²⁵¹ LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, LENOËL Pierre, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, *op. cit.*, p. 51.

²⁵² MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, *op. cit.*, §60 ; DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 32.

47 Des limites fondées sur la condamnation. Du caractère paradoxal de la loi en matière pénale – instrument et limite de l'exercice du pouvoir de punir de l'État – découle une dissociation stricte de l'acte de juger et de l'acte de punir. La condamnation est le relais de la loi, elle ne juge que de la culpabilité et prononce la peine, qui, sur le fondement de la loi et en vertu de l'autorité de la chose jugée, est une limite impérative pour l'assujettissement. Quant à la punition à laquelle donne lieu la condamnation, elle est également définie par le législateur. L'acte de juger se limite donc au choix et au prononcé de la peine lors du procès pénal. Pareillement, l'acte de punir ne peut empiéter sur l'acte de juger, puisque la peine est définie par le législateur, déterminée par le juge et ne suppose, dès lors, qu'une exécution. À ce titre, la condamnation marque et défend la frontière entre les deux actes interdépendants de l'exercice du pouvoir de punir : la condamnation est l'aboutissement du premier et le fondement du second, du moins en cas d'engagement de la responsabilité pénale. Par cette stricte dissociation, le droit pénal garantit la rationalisation de la punition, eu égard à l'économie punitive sur laquelle est indexé le droit de punir.

Ainsi, c'est par la garantie du caractère paradoxal de l'infraction et de la peine que les principes du droit pénal sont au service de la limitation du pouvoir de punir de l'État. Cependant, le droit pénal contemporain, au travers du truchement des modalités d'exécution, brouille les frontières de l'acte de juger et de l'acte de punir et transfère aux autorités de l'exécution des peines, au moins partiellement, l'office de déterminer l'assujettissement auquel donne lieu la peine. Par cette perte de valeur et de portée de la condamnation, c'est le rôle de la loi qui se trouve affaibli et qui pourrait atténuer à son tour la portée des principes du droit pénal moderne. Dans cette optique, il convient de s'interroger sur la capacité de ces principes à limiter un exercice du pouvoir de punir qui se module tout au long de l'assujettissement par les usages des modalités d'exécution. Effectivement, les modalités d'exécution au service de la libéralisation du pouvoir de punir de l'État (B) risquent d'emporter un décalage dangereux entre les fondements du droit de punir et son nouveau mode d'exercice.

B. Les modalités d'exécution au service de la libéralisation du pouvoir de punir

48 Le droit pénal contemporain. Le droit pénal contemporain dispose toujours des principes des réformateurs du XVIII^e siècle comme fondement du droit de punir. En revanche, les modalités de son exercice ont suffisamment été transformées pour que s'impose la

question de l'adéquation de ces principes aux nouvelles pratiques des actes de juger et de punir. Il ne s'agit pas ici de passer en revue l'ensemble des changements intervenus dans le mode d'exercice du droit de punir, mais de mettre en exergue les principales évolutions quant à la détermination de la peine et à son exécution. Il s'agit de souligner les principaux bouleversements concernant la dichotomie entre l'acte de juger et l'acte de punir, garantissant la portée des garanties du droit pénal moderne. En ce sens, il conviendra d'observer, au préalable, que le droit pénal contemporain est avant tout une résultante d'une stratification de réformes, un hybride entre différentes conceptions théoriques et le mode d'exercice de notre droit de punir, fondé sur les principes des réformateurs du XVIII^e siècle²⁵³.

D'abord, le droit pénal contemporain ne constitue pas un réseau d'énoncés, en rupture avec l'ordre précédent et fondé sur une nouvelle philosophie politique, dont la formation serait un événement ponctuel. Notre droit pénal a été élaboré par l'accumulation progressive d'éléments se superposant, ou se substituant les uns aux autres, sans qu'aucun des changements opérés n'emporte une modification significative de l'économie punitive²⁵⁴. Ensuite, le droit pénal contemporain, résultant des réformes du XIX^e au XXI^e siècle, se caractérise par son hybridation, au sens où les changements qui l'ont progressivement construit s'insèrent dans des courants doctrinaux et des théories hétérogènes²⁵⁵. La mobilisation d'une conception ne suffirait guère à appréhender l'ensemble des dispositions, que l'on peut toutefois répartir sur un axe entre néoclassicisme et néopositivisme²⁵⁶. Enfin, puisque le droit pénal contemporain est toujours fondé sur les principes des réformateurs du XVIII^e siècle, consacrés par de multiples sources, il s'agit moins d'un nouveau droit de punir qu'un nouveau mode de son exercice, laissant pourtant entrevoir une nouvelle conception de l'économie punitive, au travers de l'indexation du calcul de la peine sur l'individu.

²⁵³ « Le problème de notre actualité pénale n'est pas la rupture, ni la continuité, c'est la torsion et le mélange », notamment entre « la légitimité symbolique de la loi et la légitimation pragmatique de la normalisation » : RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, ENAP, Agen, 2010, p. 74 ; 69.

²⁵⁴ À ce titre, les codes pénaux de 1810 et de 1992 sont exemplaires de la continuité caractérisant l'ère moderne en droit pénal, puisque l'un comme l'autre de ces recueils, bien que marqués par leurs particularités, reprennent en grande partie les catégories juridiques et politiques des juristes révolutionnaires : PONCELA Pierrette, LASCOUMES Pierre, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte ?*, Paris, Presses universitaires de France, « Les voix du droit », 1998, p. 8.

²⁵⁵ À l'instant du nouveau code pénal, caractérisé par un « désordre doctrinal », le droit pénal est de nos jours marqué tant par le « foisonnement de l'époque contemporaine » que par le « déclin des systèmes » : TILLET Édouard, « Histoires des doctrines pénales », *Rép. pén.*, 2000, §101 ; PRADEL Jean, *Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 87 ; MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, *op. cit.*, §94.

²⁵⁶ « La rencontre du néoclassicisme et du néopositivisme ne se fait plus seulement, comme avec les écoles éclectiques du début XX^e siècle, dans le champ des idées ; elle s'accompagne de traductions concrètes en droit positif. » : GUIDICELLI André, « Modernité, postmodernité et doctrines pénales : une grille de lecture », *op. cit.*, p. 58.

49 L'indexation du calcul de la peine sur l'individu. Le calcul de la peine est l'opération déterminant le passage de la peine encourue à la peine prononcée par la juridiction de jugement. Si le fondement de la responsabilité demeure exclusivement la culpabilité, la responsabilité morale n'est plus la seule mesure de la répression. Le législateur, et ce dès le début du XIX^e siècle²⁵⁷, a progressivement mobilisé des notions a-juridiques, telle la personnalité²⁵⁸, pour faire du calcul de la peine une opération hybride nécessitant des pratiques tant juridiques qu'anthropologiques. De ces termes anthropologico-juridiques de la détermination de la peine découle un impératif d'individualisation pour le juge, ayant progressivement nécessité l'institution de nouvelles modalités de jugement, destinées à assurer l'adéquation entre les procédures juridiques de mise en l'état et les critères du calcul.

Cette évolution des termes du calcul de la peine est significative d'une modification de l'économie punitive. Si l'objet de celle-ci demeure – l'utilité sociale de la peine – il est indispensable de relever une évolution de sa conception et, donc, des justifications du droit de punir. La rationalité prospective est toujours prédominante dans notre économie punitive, toutefois, elle s'entend moins d'une dissuasion générale par une rétribution mesurée aux faits commis, que par une prévention spéciale par l'individualisation des pratiques punitives. Or l'individualisation, si elle peut conduire à une atténuation de la teneur de l'assujettissement, ne correspond pas à une modération du pouvoir de punir, mais, uniquement, à une modification des modalités de son exercice. D'ailleurs, contrairement à la rétribution, la prévention spéciale des infractions, par l'individualisation des conditions d'exécution de la peine en fonction des caractéristiques du condamné, n'est porteuse d'aucune limite au pouvoir de punir²⁵⁹. L'idée d'un assujettissement déterminé spécialement pour la personne condamnée afin d'éviter la commission de nouvelles infractions, caractérisé par ailleurs par une médicalisation des pratiques punitives²⁶⁰, neutralise à la fois l'idée d'excès et d'économie par une nouvelle rationalisation, substituant la nécessité de la prévention de la commission de

²⁵⁷ FOUCAULT Michel, « L'évolution de la notion d'« individu dangereux » dans la psychiatrie légale », *Dév. & Soc.*, n° 4, vol. 5, 1981, p. 421-422.

²⁵⁸ Sur la notion de personnalité v. : *supra* n° 484 et s.

²⁵⁹ « En effet, les objectifs de prévention de la délinquance et d'évitement de la récidive ne sont porteurs en eux-mêmes d'aucune limite au pouvoir de punir, dans ses formes comme dans son étendue. » : PONCELA Pierrette, « Dans les entrelacs du pourquoi et du comment punir, un nouvel art de sanctionner », *op cit.*, p. 563. Il est possible effectivement de constater l'« affaiblissement de la fonction rétributive de la peine et donc de l'idée de justice dont elle procède, au profit de la fonction purement dissuasive fondée essentiellement sur des conceptions sécuritaires qui tendent à se banaliser » : SYR Jean Hervé, « Les avatars de l'individualisation », *op. cit.*, p. 236.

²⁶⁰ Sur la dimension sanitaire des pratiques punitives v. : *supra* n° 419 et s.

nouvelles infractions à la mesure de la rétribution aux faits commis et instituant de ce fait un « processus d'individualisation²⁶¹ » de la peine.

50 Le processus d'individualisation de la peine. L'exercice du pouvoir de punir est en conséquence toujours rationalisé, mais en fonction d'une économie punitive dont la conception a évolué, et qui ne va plus nécessairement dans le sens d'une limitation du pouvoir de punir de l'État. Dans le cadre de celle-ci, la peine doit être déterminée par des termes anthropologico-juridiques qui impliquent un impératif d'individualisation, ayant conduit à l'institution d'obligations de motivation des peines²⁶², et, parfois, à un impératif de modulation de la sanction par la juridiction de jugement²⁶³. En tout état de cause, cette indexation du calcul de la peine sur l'individu et sa situation empêche la juridiction de jugement de déterminer pleinement et définitivement la peine²⁶⁴. D'une part, et malgré le développement des procédures de césure du procès²⁶⁵, il est difficile pour le juge de disposer des informations nécessaires pour procéder à un calcul de la peine de plus en plus complexe, et, par ailleurs, il est impossible pour celui-ci de déterminer les conditions d'exécution relevant des autorités administratives. D'autre part, indexée sur les caractéristiques de l'individu, la peine est contrainte, pour rester légitime, d'être mobile et de s'adapter continuellement à l'amendement de l'individu et à la modification de sa situation. Dès lors, l'acte de juger ne peut prendre fin lors de la clôture du procès pénal. C'est la raison pour laquelle l'avènement de l'individualisation emporte le passage d'une opération de calcul,

²⁶¹ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 279.

²⁶² Dernier al., art. 132-19 du CP ; art. 365-1, II, art. 464-2 et 485 du CPP.

²⁶³ Al. 3, art. 132-19 du CP. À ce titre, la chambre criminelle contrôle les motifs des juges du fond ayant refusé de prononcer une peine aménagée en vertu de l'obligation de motivation spéciale du refus d'aménagement des courtes peines prévue par le dernier alinéa du I de l'article 464-2 du CPP : Crim., 11 mai 2021, n° 20-85.576, publié au Bull. Crim. ; Crim., 11 mai 2021, n° 20-84.412, publié au Bull. Crim. ; Crim., 11 mai 2021, n° 20-83.507, publié au Bull. Crim. V. concernant l'état antérieur du droit positif : Crim., 9 avril 2019, n° 18-83.874, Bull. crim. n° 70, D. 2019. 1626, chron. Pradel ; AJ Pénal 2019. 403, note Herzog-Evans. Sur l'exigence de motivation des aménagements de peine v. : GIACOPELLI Muriel, « La motivation des aménagements de peine », in *La motivation de la peine*, LETOUZEY Élise (dir.), Amiens, CEPRISCA, « Collection colloques », 2019, p. 109-125.

²⁶⁴ « La fixation judiciaire de la peine marque, selon une conception classique, l'acte ultime de la répression qui détermine la remise du condamné entre les mains des autorités administratives. Le dispositif actuel traduit une conception due au mouvement d'individualisation. La sanction pénale s'inscrit dans un processus plus complexe qui se poursuit au-delà du jugement prononcé par la juridiction de condamnation. » : CÉRÉ Jean-Paul, « Prospective sur la répartition juridictionnelle des compétences en droit de l'exécution des peines », *RSC*, n° 4, 1999, p. 874-890.

²⁶⁵ Art. 132-58 ; 132-60 et s. du CP ; art. 747-3 et s. du CPP ; art. 24-5 et s. de l'ord. du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante ; art. L. 521-9 du CJPM. Sur la césure du procès pénal v. : SAAS Claire, *L'ajournement du prononcé de la peine : césure et recomposition du procès pénal*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2004, vol. 39, 367 p. ; BEDDIAR Nadia, « La césure du procès pénal des mineurs », *AJ Pénal*, n° 10, 2019, p. 483-485.

exclusivement entre les mains de la juridiction de jugement, à un processus d'individualisation auquel concourent les autorités de l'exécution des peines²⁶⁶.

La mesure de la sanction par la juridiction de jugement a dorénavant moins pour objet de déterminer toutes les conditions de l'assujettissement que d'autoriser la « prise en charge²⁶⁷ » de la personne par le dispositif d'exécution. Par conséquent, le calcul de la peine n'est qu'une étape du processus d'individualisation, qui brouille les frontières entre l'acte de juger et l'acte de punir. Notre hypothèse est alors que la peine est le produit d'un « processus²⁶⁸ » qui s'étend au-delà du procès pénal et qui s'appuie sur un réseau de modalités d'exécution. L'usage des modalités d'exécution pour moduler la peine fait effectivement coïncider le temps de la détermination des conditions de l'assujettissement avec l'acte de punir. L'adaptation de la peine durant son exécution morcèle l'acte de juger pour l'étendre au-delà du procès pénal et, ainsi, autoriser une modification chronique des conditions d'exécution. Corrélativement, chaque intervention dans les caractéristiques de la peine modifie les termes de son exécution et définit un nouveau segment dans le continuum de l'assujettissement. Au morcellement de l'acte de juger répond alors une segmentation de l'acte de punir. L'un et l'autre de ces mouvements mettent fin à la stricte dissociation de l'acte de juger et de l'acte de punir, précarisant ainsi la portée des principes du droit pénal moderne et autorisant la modulation du pouvoir de punir de l'État par les usages des modalités d'exécution.

51 La modulation du pouvoir de punir de l'État par les modalités d'exécution. La nouvelle rationalisation de l'exercice du pouvoir de punir ouvre la porte à de nouvelles pratiques punitives, précarisant la portée des principes du droit pénal moderne et intensifiant l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. Ce n'est plus la loi – ni la juridiction de jugement – qui définit l'assujettissement que devra subir la personne condamnée. L'acte de punir auquel donne lieu la peine n'est alors pas prédéterminé, il dépend des procédés d'objectivation et de subjectivation organisés par le dispositif. Le pouvoir de punir est ainsi

²⁶⁶ « C'est mettre en avant le fait que l'individualisation est ensuite une démarche continue, autrement dit une adaptation constante à l'individu que devient celui qui exécute sa peine. À ce stade, la punition est totalement décentrée de l'infraction, pour ne plus s'axer qu'autour de la personne condamnée et de son traitement pénal. » : BEAUSSONIE Guillaume, « Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *RSC*, n° 4, 2014, p. 811.

²⁶⁷ Art. D. 92 du CPP.

²⁶⁸ À ce titre, nous entendons comme processus « une suite de faits, de phénomènes présentant une certaine unité ou une certaine régularité dans leur déroulement » : « Processus », in *Trésor de la langue française informatisé, Dictionnaire de la langue du XIX^e et XX^e siècle*, CNRS (1976-1994), *op. cit.*, consulté en ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/processus>.

modulé par les usages des modalités d'exécution, qui individualisent la peine sur le fondement de savoirs a-juridiques et sanctionnent le sujet en fonction de son attitude dans le champ pénitentiaire. Dans ces conditions, les nouvelles pratiques punitives autorisées par le jugement sur l'action publique, sans pour autant être prescrites par lui, peuvent difficilement être appréhendées par les principes du droit pénal moderne. Les limites à l'exercice du pouvoir de punir n'ont ainsi pas disparu, elles ne sont en revanche plus à même de connaître pleinement des pratiques punitives, en raison de l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir. Il découle de ce constat l'hypothèse de l'atténuation de la portée des principes du droit pénal moderne, et le risque, en conséquence, d'une intensification du pouvoir de punir de l'État par les usages des modalités d'exécution.

*

52 L'hypothèse de l'étude : l'atténuation de la portée des principes du droit pénal moderne. Autrefois conçues pour modérer l'exercice du pouvoir de punir de l'État, il se pourrait bien qu'aujourd'hui les modalités d'exécution soient devenues l'instrument de sa libéralisation et de son intensification. Le dispositif d'exécution, en organisant le morcellement de l'acte de juger et la segmentation de l'acte de punir, semble précariser les garanties du droit pénal moderne et ouvrir ainsi la voie à l'aggravation de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. Par le truchement des modalités d'exécution entre la peine et l'acte de punir, le mode d'exercice du pouvoir de punir contourne en effet ces principes fondés sur le sujet, la loi et la condamnation, sans que les droits fondamentaux ne puissent *a priori* s'y substituer, en ce qu'ils ne sont pas porteurs d'une économie punitive générale et objective²⁶⁹. Notre hypothèse n'est toutefois pas de dire que cette précarisation serait le résultat de pratiques *contra* ou *praeter legem*. Le contournement des limites de l'exercice du pouvoir de punir est *in fine* prescrit par la loi, au détour de l'article 707 du code de procédure pénale et de la rationalité punitive qu'il décrit. Nous sommes désormais face à un retournement du droit sur lui-même, en ce qu'il légitime des pratiques d'individualisation, fondées sur des notions et savoirs a-juridiques. L'hybridation du droit pénal contemporain, prônée par la doctrine éclectique, emporte l'intégration du paradigme pénitentiaire dans le régime de l'exécution des peines, sans que les principes du droit pénal moderne ne puisse

²⁶⁹ PARIZOT Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque des sciences criminelles », 2010, n° 202 ; ROUSSEAU François, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir. 11-12 décembre 2014 - Colloque international - Université de Naples Federico II, « Des délits et des peines. 250 ans après la publication » », *RSC*, n° 2, 2015, p. 260.

appréhender effectivement ces nouvelles pratiques. Ce contournement des limites de l'exercice du pouvoir de punir est rendu possible par la rationalisation de l'acte de punir découlant de la nouvelle conception de l'économie du droit de punir qui, si ce n'est neutralise, atténue l'effectivité de la modération du pouvoir de punir de l'État par les principes du droit pénal moderne et ouvre la voie à une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. Afin de vérifier cette hypothèse, il convient d'étudier la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine, c'est-à-dire l'objet des usages des modalités d'exécution (§6), caractérisant les pratiques punitives contemporaines.

§6. L'OBJET DES USAGES DES MODALITÉS D'EXÉCUTION

53 La voie de l'étude : la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine. La vérification de l'hypothèse d'une précarisation de la portée des principes du droit pénal moderne, laissant place à une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, passe par la mise en exergue d'une constitution corrélatrice du sujet et de sa peine de plus en plus étroite, sous-tendue par des procédés d'objectivation et de subjectivation des personnes condamnées. En d'autres termes, c'est par l'étude des usages des modalités d'exécution, employés pour resserrer les liens entre les conditions d'exécution de la peine et la subjectivité de la personne condamnée, que nous procéderons à la démonstration d'un décalage problématique entre les fondements de notre droit de punir et les pratiques punitives contemporaines, provoquant une libéralisation de l'exercice du pouvoir de punir, mise au service d'une tentative de perfectionnement des procédés de réformation du sujet.

54 La méthodologie. La démonstration de notre hypothèse par cette voie nécessite en premier lieu une connaissance approfondie des pratiques punitives. En ce but, nous nous sommes efforcés de diversifier nos sources, au-delà des matériaux inhérents à toute étude juridique, pour appréhender les normes, les discours, les pratiques professionnelles et les technologies participant à l'élaboration de l'assujettissement auquel donne lieu la peine²⁷⁰.

²⁷⁰ Au-delà de la difficulté inhérente à la connaissance de la diversité des éléments hétérogènes concourant au dispositif d'exécution, l'accès aux documents (circulaires, règlement intérieur d'établissement pénitentiaire et notes de service, référentiel de pratiques professionnelles, doctrine d'emploi, *etc.*) et aux praticiens du champ pénitentiaire peut s'avérer, comme nous en avons parfois fait l'expérience, très difficile. L'absence de publication de nombreuses notes et documents, le non respect fréquent du droit d'accès au règlement intérieur des établissements pénitentiaires, la charge de travail des personnels, les impératifs de sécurité et les contraintes inhérentes à l'accès aux données personnelles, provoquant souvent le refus ou le silence de l'administration à nos demandes de communication ou d'entretien, ont été parmi les obstacles les plus difficiles à dépasser.

D'abord, les visites et entretiens réalisés, les documents obtenus, ainsi que les bibliographies réunies dans nos travaux relatifs aux nouvelles prisons et à la prise en charge des personnes radicalisées ont été un point de départ indispensable à l'entreprise ambitieuse d'une contribution générale à l'étude des pratiques contemporaines²⁷¹. Nous avons ensuite complété nos matériaux de recherche, au travers notamment de documents de l'administration pénitentiaire non publiés et de rapports d'institutions publiques. L'emploi de cette littérature a été crucial pour pallier l'absence d'encadrement juridique de certaines modalités, l'impossible accès à certaines normes et pratiques, ou encore le besoin d'une enquête de terrain d'une ampleur égale au périmètre de notre étude. Enfin, le recours aux études d'autres disciplines a eu un rôle remarquable dans l'approfondissement de notre connaissance du champ pénitentiaire. L'apport des travaux de philosophes et de géographes a en particulier été précieux pour saisir la teneur de certaines modalités d'exécution, concernant notamment la dimension spatiale et sanitaire de la prise en charge. *In fine*, il était indispensable pour connaître des pratiques punitives que la diversité des sources réponde à la diversité des modalités d'exécution concourant à l'élaboration de l'acte de punir.

55 Le plan. La démonstration de notre hypothèse nécessite en second lieu une démarche centrée sur les usages de ces modalités d'exécution, qui déterminent une constitution corrélative du sujet et de sa peine de plus en plus étroite. C'est en effet au moyen de ces instruments de variation du pouvoir de punir que le dispositif met en relation les conditions d'exécution de la peine avec la subjectivité de la personne condamnée, afin de rechercher l'acte de punir de nature à prévenir efficacement la commission de nouvelles infractions. D'un côté, les usages des modalités d'exécution adaptent les conditions de l'assujettissement, au fur et à mesure de l'exécution, en fonction des caractéristiques du sujet, contournant ainsi les limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État. De l'autre, ils rétribuent la conduite de la personne assujettie, positivement ou négativement, eu égard à un « ordre pénitentiaire²⁷² » de

²⁷¹ HABOUZIT Francis, *Construire la peine dans les murs. Architecture et spatialité des nouvelles prisons*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Nanterre, « Sciences juridiques et politiques », 2018, 137 p. ; HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire », *RSC*, n° 3, 2017, p. 587-606 ; HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire (suite) : Existe-t-il un statut *sui generis* des personnes « radicalisées » ? », *RSC*, 2018, n° 2, p. 541-555.

²⁷² CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 363 ; GALEMBERT DE Claire, « Le « radical », une nouvelle figure de dangerosité carcérale aux contours flous », *Critique internationale*, n° 72, 2016, p. 58 ; SCHMITZ Julia, « Les contradictions de la loi pénitentiaire de 2009 », in *Le droit à la réinsertion des personnes détenues. Actes du colloque du 28 et 29 janvier 2016*, SCHMITZ Julia (dir.), Toulouse I Capitole, 2016, p. 17 ; CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, DEPUSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, Lille, Centre Lillois d'Études et de Recherches Sociologiques et Économiques, 2018, p. 190.

plus en plus autonome des biens juridiques protégés par le droit pénal, provoquant l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation²⁷³.

En premier lieu, les usages des modalités d'exécution ont pour objet de brouiller les frontières entre l'acte de juger et l'acte de punir. Le truchement des modalités d'exécution entre la condamnation et l'assujettissement emporte en effet le morcellement de l'acte de juger, correspondant à la poursuite du calcul de la peine durant l'acte de punir. De ce processus d'individualisation découle l'autonomisation de l'acte de punir de la condamnation, qui détermine une atténuation de la portée des principes du droit pénal moderne, condition de possibilité de l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la peine. Nous souhaitons dès lors d'abord démontrer que l'amplification de la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine, par les usages des modalités d'exécution, provoque l'incapacité des principes du droit pénal moderne à appréhender effectivement les pratiques punitives contemporaines. La diversification des modalités d'exécution et la multiplication de leurs usages ont effectivement déterminé une libéralisation des conditions d'exécution, tendant à réduire la condamnation à une autorisation de prise en charge.

En second lieu, les usages des modalités d'exécution ont pour objet de gouverner la conduite des personnes condamnées, eu égard à un ordre pénitentiaire redéfini pour rechercher leur subjectivation à la figure de la « personne responsable²⁷⁴ ». La diversification des modalités d'exécution et l'accroissement de leurs usages ont en effet permis d'instituer de nouvelles prescriptions, formelles comme matérielles, destinées à permettre la sanction de l'acceptation et de l'adhésion à la « prise en charge²⁷⁵ » pénitentiaire de la personne condamnée. Le contournement des garanties du droit pénal moderne a en effet permis l'indexation de la différenciation de l'acte de punir sur la responsabilisation du sujet, au travers de la reconfiguration de son mode de vie et du gouvernement de lui-même, par l'inculcation des intérêts pénitentiaires renouvelés par la rationalité punitive contemporaine. Il découle dès lors de cette élaboration de l'acte de punir, par une succession de sanctions recherchant la normalisation et la subjectivation du sujet en tant que personne responsable, une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

La modulation de la peine et la sanction de la personne sont les deux faces, distinctes

²⁷³ Sur la notion de bien juridique v. : LACAZE Marion, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Paris, L.G.D.J., « Fondation Varenne », n° 39, 2011, 562 p. ; WALTHER Julien, « L'illicéité et les valeurs sociales protégées. Perspectives comparées », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, MISTRETTA Patrick, PAPILLON Salomé, KUREK Camille (dir.), Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2020, p. 17-34.

²⁷⁴ AL. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁷⁵ Art. D. 92 du CPP.

mais indissociables, de la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine. Il s'agit des deux sous-objets des usages des modalités d'exécution, permettant d'analyser successivement leurs effets sur la portée des principes du droit pénal moderne et leurs conséquences sur la teneur de l'acte de punir. L'étude des usages des modalités d'exécution, de nature à démontrer tant le contournement des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État que l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, doit alors s'articuler autour de ces deux sous-objets. D'une part, la modulation de la peine par les usages des modalités d'exécution (Partie 1) brouille les frontières entre l'acte de juger et l'acte de punir, afin de pouvoir faire évoluer les conditions d'exécution de la peine et tendre ainsi à faire de la condamnation une autorisation de prise en charge. D'autre part, la sanction de la personne par les usages des modalités d'exécution (Partie 2) rétribue la conduite du sujet eu égard à de nouvelles prescriptions, dans le but d'inculquer au condamné un mode de vie responsable, en ne considérant plus ce dernier qu'en tant qu'objet d'une prise en charge subjectivante.

PARTIE 1. LA MODULATION DE LA PEINE

PAR LES USAGES DES MODALITÉS D'EXÉCUTION

56 L'acte de juger en droit pénal. En droit pénal, l'acte de juger correspond au jugement sur l'action publique, c'est-à-dire à la démonstration de la culpabilité et à la détermination des sanctions devant être prononcées à l'encontre des auteurs et complices d'infractions²⁷⁶. Il s'agit d'une conception du jugement propre au procès pénal, distincte de la définition de l'acte de juger retenue en droit des procédures et rattachée au pouvoir juridictionnel²⁷⁷. Dans cette étude, il ne sera pas question, en général, de l'acte par lequel une juridiction dit le droit pour résoudre un litige, mais, plus spécifiquement, du jugement pénal par lequel est engagée la responsabilité pénale des personnes ayant participé à l'infraction et qui prononce les peines déterminées à titre de sanction. Il faut alors entendre l'acte de juger comme le premier temps de l'exercice du pouvoir de punir de l'État.

Dans la théorie classique du droit pénal, ce pouvoir est attribué exclusivement à la juridiction de jugement²⁷⁸. Seul le juge pénal ayant à connaître de la culpabilité peut déterminer les peines auxquelles seront assujetties les personnes condamnées, dans les limites de la loi. Le jugement pénal est de surcroît régi par le « principe d'unité de la procédure²⁷⁹ », qui lie le temps du choix de la peine à celui de l'établissement de la culpabilité. Compris dans une acception formelle, l'acte de juger en droit pénal contemporain ne déroge en rien à ces principes d'attribution et d'exercice du pouvoir de punir, et ce, malgré la diversification des modalités du prononcé de la peine²⁸⁰. Cependant, le développement des modalités d'exécution

²⁷⁶ Une conception élargie a également été proposée par Camille VIENNOT afin de prendre en considération « l'ensemble des évolutions de la procédure pénale en faveur de l'accélération du procès ». « En matière pénale : il s'agit de décider, après la commission d'une infraction, de la culpabilité d'une personne – c'est-à-dire, décider si elle a commis l'infraction – et des sanctions qui doivent lui être appliquées. » : VIENNOT Camille, *Le procès pénal accéléré : étude des transformations du jugement pénal*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2012, vol. 120, §39.

²⁷⁷ En droit processuel, l'acte de juger est entendu comme l'action pour le juge de « trancher le différend par application des règles de droit, de faire œuvre de *juris dictio*, de juridiction » : CADIEU Loïc, NORMAND Jacques, AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, Paris, Presses universitaires de France, « Thémis Droit », 2010, p. 394.

²⁷⁸ Sur le pouvoir de sanction du procureur de la République v. not. : VIENNOT Camille, *Le procès pénal accéléré : étude des transformations du jugement pénal*, op. cit., 605 p. ; SAAS Claire, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur de la République », *RSC*, n° 4, 2004, p. 827-842.

²⁷⁹ SAAS Claire, *L'ajournement du prononcé de la peine : césure et recomposition du procès pénal*, op. cit., p. 29.

²⁸⁰ La dispense et l'ajournement du prononcé de la peine aménagent le second élément constitutif du jugement pénal sans pour autant modifier l'étendue de l'office de la juridiction de jugement : art. 132-58 et s. du CP ; art.

a conduit à fragmenter tant l'attribution du pouvoir de punir que son exercice, en faisant des autorités de l'exécution des peines des acteurs concourant à l'acte de juger.

57 Le morcellement de l'acte de juger. La force de la chose jugée attachée à la condamnation définitive ne fait effectivement pas de la peine privative de liberté une sanction immuable²⁸¹. La diversification des modalités d'exécution et l'accroissement de leurs usages emportent une libéralisation des conditions d'exécution, c'est-à-dire l'autonomisation de l'acte de punir des termes de la condamnation en autorisant la redéfinition de la matérialité et de la temporalité de la peine durant son exécution²⁸². Par conséquent, la modulation de la peine morcelle le second « élément constitutif²⁸³ » de l'acte de juger : la détermination de la peine. Le principe de l'unité de la procédure est alors formellement respecté, en ce que c'est toujours la juridiction de jugement qui prononce les sanctions pénales réprimant la commission de l'infraction. Cependant, la fragmentation de l'exercice du pouvoir de punir que suscitent les usages des modalités d'exécution conduit de fait à la poursuite de l'acte de juger durant l'acte de punir, par les juridictions de l'application des peines et l'administration pénitentiaire. Appréhender le passage de la peine prononcée à l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, et mettre en exergue la libéralisation des conditions d'exécution résultant du morcellement de l'acte de juger, exige dès lors de porter notre regard au-delà des procédés du prononcé de la peine, pour s'interroger sur l'emploi des instruments de son individualisation.

58 Les modes d'individualisation structurant le morcellement de l'acte de juger.

Afin d'explorer l'objet des usages des modalités d'exécution, quant à la modulation de la

747-3 et s. du CPP ; art. 24-5 et s. de l'ord. du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante ; art. L. 521-9 du CJPM. « Si le tribunal estime que le fait constitue un délit, il prononce la peine. » : al. 1, art. 464 du CPP. Cette « peine prononcée par la juridiction doit être individualisée » : al. 2, art. 132-1 du CP. « Dans les limites fixées par la loi, [elle] détermine la nature, le *quantum* et le régime des peines prononcées » : al. 3, art. 132-1 du CP. Le juge de jugement ne peut pas, par exemple, laisser à la juridiction de l'application des peines la responsabilité de déterminer sous quel régime s'exécutera la peine aménagée. Si la juridiction de jugement prononce un aménagement de la peine, elle doit obligatoirement en déterminer la nature : Crim., 20 avril 2017, n° 16-80.091, Bull. Crim. n° 110, Dr. pén. 2017, n° 6, comm. 100, note Bonis-Garçon.

²⁸¹ La simple mise à exécution de la peine d'emprisonnement par le procureur de la République conduit d'ailleurs à altérer celle-ci, de sorte que la peine à subir ne soit qu'exceptionnellement la peine prononcée. L'inscription au registre d'écrou de l'établissement pénitentiaire entraîne par exemple l'imputation sur la peine prononcée d'un crédit de réduction de peine qui en modifie la durée : art. 721 du CPP. Les exceptions en cause sont la peine de réclusion criminelle à perpétuité et les peines privatives de liberté prononcées à l'encontre de personne ayant commis des actes de terrorismes. V. : art. 721 et 721-1-1 du CPP.

²⁸² Sur la matérialité et la temporalité de la peine v. : *infra* n° 59.

²⁸³ SAAS Claire, *L'ajournement du prononcé de la peine : césure et recomposition du procès pénal*, op. cit., p. 29.

peine, et étudier leurs effets sur la portée des principes du droit pénal moderne, il convient d'envisager les deux modes d'individualisation qui s'entrelacent pour produire l'acte de punir auquel donne lieu la condamnation. D'un côté, l'individualisation judiciaire adapte les conditions d'exécution de la peine au travers de mesures d'individualisation prononcées par les juridictions de l'application des peines. De l'autre, l'individualisation administrative définit les conditions d'exécution en détention, par l'intermédiaire de décisions administratives prises par l'administration pénitentiaire.

Consacré à l'individualisation judiciaire, le premier titre a pour objet de mettre en lumière le changement de paradigme dans la modulation judiciaire de la peine. La diversification des mesures d'individualisation judiciaires et la multiplication de leurs usages ont en effet déterminé le passage d'une adaptation des conditions d'exécution ponctuelle, au service de la modération de la peine, à la différenciation chronique de l'acte de punir, au service de la prévention spéciale des infractions. L'étude des usages des modalités d'exécution judiciaires démontre effectivement l'affirmation d'un processus d'individualisation, destiné à « éviter la commission de nouvelles infractions²⁸⁴ » et provoquant une libéralisation des conditions d'exécution de la peine.

Consacré à l'individualisation administrative, le second titre a pour objet de mettre en exergue une transformation analogue de l'acte de punir dans son volet carcéral. À l'instar des actes des juridictions de l'application des peines, les décisions de l'administration pénitentiaire participent d'un morcellement de l'acte de juger et, corrélativement, d'une « segmentation²⁸⁵ » de l'acte de punir. En raison de la faible substance du régime pénitentiaire, déterminant les conditions d'exécution communes à l'ensemble des personnes condamnées, ce sont largement les usages des modalités d'exécution carcérales qui définissent au cours de l'exécution, en fonction des caractéristiques des individus, l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, provoquant ainsi l'inadéquation des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État qui ne connaissent que de la peine encourue et prononcée à l'encontre d'un sujet de droit.

S'opposant par leur nature juridique et leurs acteurs, ces procédés de modulation de la peine concourent l'un comme l'autre à la libéralisation des conditions d'exécution, tendant à réduire la condamnation à ne constituer qu'une autorisation de prise en charge du sujet par le dispositif d'exécution. S'ils ne concilient pas de manière identique les rationalités légale et

²⁸⁴ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁸⁵ BONIS-GARÇON Évelyne, DERASSE Nicolas (dir.), *Les longues peines*, Rapport final. Mission de recherche. Droit et Justice, Université de Bordeaux, Université de Lille, ENAP, 2020, §259.

pénitentiaire, ces deux modes de poursuite de l'acte de juger relèvent en effet d'une pratique commune d'individualisation, consistant à libérer les conditions d'exécution de la peine des termes de la condamnation, en indexant de plus en plus ces derniers sur « l'évolution de la personnalité et de la situation²⁸⁶ » des personnes condamnées. Considérant néanmoins qu'ils procèdent de sous-ensembles normatifs distincts, la libéralisation des conditions d'exécution par l'individualisation judiciaire (Titre 1), gouvernée par le droit de l'application des peines, et la libéralisation des conditions d'exécution par l'individualisation administrative (Titre 2), régie par le droit pénitentiaire, doivent dans un premier temps être étudiées successivement.

²⁸⁶ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

TITRE 1. LA LIBÉRALISATION DES CONDITIONS D'EXÉCUTION PAR L'INDIVIDUALISATION JUDICIAIRE

59 La modulation judiciaire de la peine. L'individualisation judiciaire est la pratique qui correspond aux usages des modalités d'exécution par les juridictions de l'application des peines, pour moduler la peine privative de liberté après la condamnation. Chargés « de fixer les principales modalités de l'exécution des peines privatives de liberté, les juges de l'application des peines participent à l'acte de juger en s'inscrivant dans le « processus d'individualisation²⁸⁷ » initié par la juridiction de jugement. L'autorité judiciaire doit en effet faire en sorte que le régime d'exécution soit « 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 régulières²⁸⁸ ». Ils contribuent ainsi à déterminer l'acte de punir et à organiser chaque fois que cela est possible « un retour progressif à la liberté²⁸⁹ », en redéfinissant tant la matérialité que la temporalité de la peine durant son exécution.

La matérialité de la peine désigne ce qui a trait à son contenu, à sa substance : il s'agit de l'ensemble des éléments de contrainte et de coercition donnant forme à l'assujettissement²⁹⁰. L'essentiel de ces prescriptions peut être appréhendé par le rapport de la personne condamnée à l'espace²⁹¹. La peine privative de liberté définit en effet pour les personnes un « capital spatial²⁹² » qui diffère selon les régimes d'exécution, puisqu'elle ne correspond plus nécessairement à une relégation au territoire carcéral. L'espace dans lequel la personne condamnée peut librement se placer n'est pas le même lors d'un placement à l'isolement ou durant l'exécution d'une mesure de libération conditionnelle. Toutefois, l'assujettissement auquel donne lieu la peine privative de liberté ne peut être limité à la

²⁸⁷ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 279.

²⁸⁸ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

²⁸⁹ III, art. 707 du CPP.

²⁹⁰ Il s'agit par ce terme de viser notamment les différentes formes d'emprisonnement (établissement pour peine, maison d'arrêt, semi-liberté, *etc.*), de contrôle (bracelet électronique, suivi pénitentiaire, *etc.*), de surveillance (observation, vidéosurveillance, visite, *etc.*), les interdictions et les obligations à respecter (fautes disciplinaires, interdiction de séjour, obligation de soins, *etc.*) ou encore de modalités de prise en charge individualisées (programme de prévention de la récidive, programme de lutte contre la radicalisation violente, *etc.*).

²⁹¹ Pour une analyse géographique de la « dimension coercitive » de la prison consistant à priver certains espaces et à en imposer d'autres v. : MILHAUD Olivier, *Séparer et punir : une géographie des prisons françaises*, Paris, CNRS éditions, « Espaces et milieux », 2017, 320 p.

²⁹² LUSSAULT Michel, *L'homme spatial : la construction sociale de l'espace humain*, Paris, Seuil, « La couleur des idées », 2007, p. 187. Sur le capital spatial de la population pénale v. : *supra* n° 391-393.

« spatialité²⁹³ » de la peine, en ce que d'autres pratiques punitives, telles que l'injonction de soins ou l'interdiction de s'exprimer sur les faits ayant donné lieu à une condamnation pénale, participent à l'acte de punir sans pouvoir être définies par leur rapport à l'espace²⁹⁴.

Quant à la temporalité de la peine, elle désigne, non seulement son quantum, mais également le temps de l'assujettissement dans toute la complexité de son exécution. « Temporalité » est le substantif qui désigne le « caractère de ce qui est dans le temps²⁹⁵ », il s'agit du « temps vécu, conçu comme une succession²⁹⁶ ». La temporalité permet ainsi d'appréhender le temps qui sépare la mise à exécution de la peine de la fin de tout assujettissement fondé sur la condamnation. Il ne s'agit donc pas simplement de désigner la durée de la peine prononcée, mais également l'aménagement de l'exécution de celle-ci durant l'acte de punir²⁹⁷.

60 Les mesures d'individualisation judiciaires. La peine privative de liberté n'est pas un temps uniforme, mais une succession de périodes, s'exécutant sous différents régimes juridiques définis par des modalités d'exécution. Ces modalités à la disposition des juridictions de l'application des peines peuvent être réunies sous l'expression de mesures d'individualisation judiciaires²⁹⁸. Cette catégorie rassemble des mesures modulant la

²⁹³ LUSSAULT Michel, *De la lutte des classes à la lutte des places*, Paris, Grasset, « Mondes vécus », 2009, p. 20. Pour le théoricien de l'espace Michel LUSSAULT, la spatialité désigne l'« ensemble des usages de l'espace par les opérateurs sociaux » : *ibid.* Cette notion renvoie de ce fait à une grille d'analyse des interactions sociales dans l'espace et par l'espace.

²⁹⁴ Il convient toutefois de noter que ce type d'obligation ne peut être ordonné que lorsque la personne condamnée exerce sa peine dans le milieu ouvert. Dès lors, si ces obligations ne sont pas en elles-mêmes spatialisées, elles s'inscrivent toutefois dans des régimes d'exécution de la peine privative de liberté qui se définissent essentiellement par une dialectique de l'espace de la peine au sein de la société.

²⁹⁵ CNRS (1976-1994), *Trésor de la langue française informatisé, Dictionnaire de la langue du XIX^e et XX^e siècle*, *op. cit.*, consulté en ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/temporalite>.

²⁹⁶ REY Alain, REY-DEBOVE Josette, ROBERT Paul, *Le Petit Robert de la langue française 2011 : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, « Nouv. Petit Robert », 2011, p. 2525.

²⁹⁷ En revanche, il ne sera pas question ici de « la peine dans le temps », c'est-à-dire de la mémoire et de l'oubli de la peine : PONSEILLE Anne, « La peine et le temps », *APC*, n° 29, 2007, p. 86-92. Sur cette question v. not. PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op.cit.*, p. 424 et s. ; BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §1755 et s. ; GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §461 et s.

²⁹⁸ Nous choisissons à dessein de ne pas utiliser de manière générale la notion d'aménagement de peine, au profit de la catégorie plus large de mesure d'individualisation judiciaire. En raison de l'origine doctrinale et de l'objectif avant tout didactique de la notion, les contours, le contenu et la valeur de celle-ci sont encore sujets à débat, mais tous s'accordent sur le fait que la catégorie « aménagement de peine » ne désigne pas toutes les mesures procédant à l'adaptation judiciaire des conditions juridiques et matérielles de l'acte de punir, telles que la surveillance judiciaire. Pour cette raison, nous préférons usiter la catégorie de mesure d'individualisation judiciaire de la peine pour viser l'intégralité des modalités d'exécution judiciaires procédant à l'individualisation des pratiques punitives fondées sur la condamnation. Sur les catégories juridiques du droit de la peine v. : PONCELA Pierrette, « Le droit des aménagements de peine, essor et désordres », in *L'aménagement des peines privatives de liberté: l'exécution de la peine autrement*, KENSEY Annie (dir.), Paris, Ministère de la Justice, n° 79, « Collection Travaux et Documents », 2013, p. 21-29. Pour une tentative de théorisation de cette notion v. : CARPENTIER Yan, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, *op. cit.*

matérialité et la temporalité de la peine par différentes techniques juridiques. Le juge peut substituer un mode d'exécution de la peine par un autre (surveillance électronique, semi-liberté, placement à l'extérieur²⁹⁹, libération sous contrainte³⁰⁰, ainsi que par assimilation permission de sortir et autorisation de sortie sous escorte³⁰¹), suspendre ou fractionner le cours de l'exécution (suspension et fractionnement de peine³⁰²), sursoir à l'exécution de tout ou partie du *quantum* de la peine ou le réduire (libération conditionnelle³⁰³ et réductions de peine³⁰⁴) ou encore définir un régime de sûreté (surveillance judiciaire³⁰⁵). Cependant, ces mesures hétérogènes partagent deux caractéristiques fondamentales qui justifient de les analyser en tant que catégorie. Premièrement, les mesures d'individualisation judiciaires sont avant tout les modalités d'exécution dont l'octroi, le contrôle de l'exécution et le retrait ou la révocation sont de l'office de l'autorité judiciaire. En second lieu, ces modalités ont comme objet commun de déterminer, directement ou indirectement, le franchissement de la frontière du territoire carcéral par la personne condamnée et les conditions auxquelles elle peut s'inscrire dans le milieu ouvert.

61 Les deux temps du processus d'individualisation dans son volet judiciaire. Du fait de ce critère organique et de cet objet commun, les mesures d'individualisation judiciaires relèvent pareillement d'une pratique de l'application des peines, déterminant l'institution d'un processus d'individualisation libéralisant les conditions d'exécution. En d'autres termes, les usages des modalités d'exécution judiciaires, quant à la peine, autonomisent l'acte de punir des termes de la condamnation, en permettant à l'autorité judiciaire de redéfinir la matérialité et la temporalité de la peine après son prononcé. Il convient alors pour analyser la modulation judiciaire de la peine, et ses effets sur la portée des principes du droit pénal moderne, d'étudier communément ces mesures d'individualisation en s'attachant, successivement, à leur octroi et à leur exécution.

Consacré au prononcé des modalités d'exécution judiciaires, le premier chapitre portera sur les conditions et les modalités de la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger. L'étude de l'octroi des mesures d'individualisation (Chapitre 1) judiciaires nous permettra de rendre compte de la construction dichotomique de son régime.

²⁹⁹ Art. 723-1 et s. et 723-7 et s. du CPP.

³⁰⁰ Art. 720 du CPP.

³⁰¹ Art. 723-3 et 723-6 du CPP.

³⁰² Art. 720-1 et 720-2 du CPP.

³⁰³ Art. 729 et s. du CPP.

³⁰⁴ Art. 721 et s. du CPP.

³⁰⁵ Art. 723-29 et s. du CPP.

Pour autant, l'affirmation d'un droit dérogatoire de l'application des peines, recherchant l'entrave et la neutralisation de la logique modale de la peine privative de liberté, ne doit pas nous détourner du constat d'une pratique commune de la modulation, indexée sur l'appréciation judiciaire des caractéristiques de l'individu et destinée à libéraliser les conditions d'exécution de la peine.

Dédié à la mise en œuvre des modalités d'exécution judiciaires, le second chapitre traitera des effets et des conséquences de la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger. L'analyse de l'exécution des mesures d'individualisation (Chapitre 2) judiciaires mettra en exergue l'opportunité d'une conception matérielle de l'acte de punir, libérée des règles de computation de la peine privative de liberté, pour désigner l'ensemble des pratiques punitives fondées sur la condamnation. À partir de là, il sera possible de pleinement appréhender la libéralisation des conditions d'exécution de la peine, résultant de l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir, plaçant la logique modale au service de la prévention spéciale et non plus de la modération du pouvoir de punir de l'État.

CHAPITRE 1. L'OCTROI DES MESURES D'INDIVIDUALISATION

62 Le cadre normatif de la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger. Chargées d'aménager « un retour progressif à la liberté³⁰⁶ », les « mesures d'individualisation de la peine³⁰⁷ » sont les instruments de la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger. Certaines adaptent le mode d'emprisonnement, alors que d'autres affectent la temporalité de la peine (en s'inscrivant dans une « logique de préservation³⁰⁸ » ou de réduction de la durée de la peine), mais toutes contribuent à déterminer l'acte de punir auquel donne lieu la condamnation. L'évolution du « régime d'exécution³⁰⁹ » n'est en effet point déterminée par la loi et ne relève pas, à ce titre, d'un acte de punir qui serait l'implication directe de la condamnation. Ce sont les usages des modalités d'exécution judiciaires, indexées sur « la personnalité et la situation³¹⁰ » du sujet, qui déterminent l'évolution des conditions d'exécution en poursuivant l'acte de juger. En conséquence, le régime d'octroi des mesures d'individualisation judiciaires détermine à quelles conditions, et selon quelles modalités, les juridictions de l'application des peines peuvent participer à l'exercice du pouvoir de punir de l'État. Il convient donc de s'interroger sur ce cadre normatif pour comprendre comment se poursuit la détermination de la peine initiée par la juridiction de jugement, afin de confirmer qu'il s'agit d'une intervention procédant d'un morcellement de l'acte de juger et s'inscrivant dans un « processus d'individualisation³¹¹ », libéralisant les conditions d'exécution au détriment de la portée de la condamnation sur l'évolution du régime d'exécution.

63 La polarisation du droit de l'application des peines. Toutefois, avant de procéder à une telle étude de la dialectique entre l'exécution de la peine et sa modulation, il est indispensable de souligner que les dispositions encadrant les mesures d'individualisation judiciaires s'inscrivent dans la tension entre les deux pôles de la politique pénale en la matière. D'un côté, le droit de l'application des peines doit prévenir la commission de nouvelles infractions par un recours accru au milieu ouvert, recherché notamment par

³⁰⁶ III, art. 707 du CPP.

³⁰⁷ CÉRÉ Jean-Paul, « Prospective sur la répartition juridictionnelle des compétences en droit de l'exécution des peines », *op. cit.*, p. 874.

³⁰⁸ PONSEILLE Anne, « La peine et le temps », *op. cit.*, p. 82.

³⁰⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³¹⁰ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

³¹¹ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 279.

l'aménagement par principe des courtes peines d'emprisonnement³¹². De l'autre, il doit prévenir la libération des personnes considérées dangereuses, en altérant la mobilité de la peine et en autorisant le prononcé de mesures de sûreté à leur rencontre. De manière paradoxale, le droit de l'application des peines doit désormais être capable, tant de favoriser que de prévenir le prononcé de mesures d'individualisation judiciaires, en fonction des catégories de personnes condamnées.

Dès le XIX^e siècle, l'observation d'une telle polarisation de la politique pénale est possible. Les deux grandes réformes de l'année 1885 illustrent d'ailleurs parfaitement la cohabitation de courants d'aggravation et d'adoucissement des peines³¹³. La première introduit dans le code pénal de 1810 la relégation, qui prévoit « l'internement perpétuel sur le territoire des colonies ou possessions françaises des condamnés³¹⁴ » des récidivistes visés par la « comptabilité complexe³¹⁵ » de l'article 4 de la loi³¹⁶. La seconde, votée à peine trois mois plus tard, institue quant à elle la libération conditionnelle³¹⁷. « En créant ces deux textes d'essence contraire [...] la majorité républicaine obéit à une vision dichotomique de la délinquance³¹⁸ », qui oppose aux criminels « incorrigibles³¹⁹ » les délinquants amendables³²⁰. Cette polarisation innerve encore aujourd'hui la construction du droit de l'application des peines et la dialectique entre l'exécution de la peine et sa modulation. Parallèlement au mouvement législatif de marginalisation de l'emprisonnement, les dernières réformes, par la

³¹² L'article 132-19 du CP dispose du principe de l'aménagement des courtes peines lors du prononcé de la peine : Crim., 20 avril 2017, n° 16-80.091, Bull. Crim. n° 110, préc. Par l'intermédiaire de la procédure simplifiée d'aménagement des peines de l'article 723-15 du CPP, la portée de ce principe est étendue à la phase de mise à exécution des peines. V. : *infra* n° 96 et s.

³¹³ Sur le contexte et le processus d'adoption de ces deux lois v. : FIZE Michel, « Il y a 100 ans... la libération conditionnelle », *RSC*, n° 4, 1985, p. 755-769 ; SANCHEZ Jean-Lucien, « La relégation (loi du 27 mai 1885) », *Criminocorpus, revue hypermédia* [en ligne], 2005 ; SANCHEZ Jean-Lucien, « Les lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) », *Criminocorpus* [en ligne], 2005.

³¹⁴ Art. 1, Loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes, JORF du 28 mai 1885, p. 2721.

³¹⁵ CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 481.

³¹⁶ Les personnes visées par cette peine d'éloignement automatique du territoire étaient déterminées selon des règles d'accumulation des peines. Étaient notamment « relégués les récidivistes qui, dans quelque ordre que ce soit et dans un intervalle de dix ans, non compris la durée de toute peine subie, » avaient encouru « une des condamnations énumérées au paragraphe précédent et deux condamnations soit à l'emprisonnement pour faits qualifiés crimes, soit à plus de trois mois d'emprisonnement pour : vol ; abus de confiance ; outrage public à la pudeur ; excitation habituelle de mineurs à la débauche ; vagabondage ou mendicité par application des articles 277 et 279 du code pénal » : art. 4, Loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes, JORF du 28 mai 1885, p. 2721.

³¹⁷ Loi du 14 août 1885 sur les moyens de prévenir la récidive (libération conditionnelle, patronage, réhabilitation), JORF du 15 août 1885, p. 4562-4563.

³¹⁸ COMMISSION SUR LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE, *La libération conditionnelle. Rapport à Madame le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, Paris, Ministère de la Justice, 2000, p. 7.

³¹⁹ SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, *op. cit.*, p. 251.

³²⁰ La polarisation de la politique pénale sur la peine, concomitante aux prémices du mouvement de diversification des modalités d'exécution et des sanctions pénales, s'illustre également parfaitement par le titre de la loi créant le sursis simple : Loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines, JORF du 27 mars 1891, p. 1433-1434.

multiplication et le renforcement de statuts spéciaux (personnes en état de récidive légale, personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit et personnes ayant commis des infractions de terrorisme), affirment l'existence d'un droit dérogatoire de l'application des peines, disposant d'un régime d'octroi exceptionnel pour certaines catégories de personnes condamnées³²¹.

64 La dimension dichotomique du régime d'octroi. Si les dispositions relatives aux mesures d'individualisation peuvent être classées comme appartenant au droit commun ou au droit dérogatoire de l'application des peines, la distinction de tels sous-ensembles au sein de cette matière n'est pas évidente tant ces deux catégories structurent une mosaïque normative désordonnée. Néanmoins, le caractère dérogatoire de nombre de dispositions, résidant d'abord dans le fait qu'elles accordent au fondement de la condamnation une portée s'étendant au-delà du procès pénal, est aujourd'hui indéniable³²². Pour les catégories de personnes condamnées visées, la qualification des faits intervient à deux reprises dans l'acte de juger : elle détermine à la fois la peine encourue et le régime d'octroi des mesures d'individualisation, de sorte à différencier la modulation judiciaire de la peine en fonction des catégories de personnes condamnées³²³. La dimension dichotomique du régime d'octroi impose, en conséquence, de mener en deux temps l'analyse de la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger. À la suite de l'exploration du régime d'octroi des modalités d'exécution judiciaires en droit commun, il sera nécessaire d'observer dans quelle mesure les statuts spéciaux affectent la dialectique entre l'exécution de la peine et sa modulation. Dès lors, nous procèderons à l'étude de l'octroi des « mesures d'individualisation des peines³²⁴ » en considérant les dispositions relevant du droit commun, puis celles relevant du droit dérogatoire de l'application des peines.

L'étude des normes relevant du droit commun (Section 1) révélera un processus

³²¹ Sur les statuts spéciaux composant le droit dérogatoire de l'application des peines v. : *infra* n° 107 et s.

³²² Pour une définition du droit dérogatoire de l'application des peines par ces critères d'identification v. : *infra* n° 106.

³²³ L'article 707 du CPP dispose pourtant que le régime d'exécution « 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 » en excluant, implicitement, tant le fondement de la condamnation que la « gravité de l'infraction » : Crim., 28 avril 2011, n° 10-87.799, Bull. Crim. n° 79, D. 2011. 2823, chron. Potaszkin ; AJ Pénal 2012. 107, obs. Herzog-Evans. Dans cet arrêt, la Cour de cassation qualifie explicitement de motif erroné la prise en compte par la Cour d'appel de la gravité des faits, pour infirmer l'octroi d'une mesure de libération conditionnelle.

³²⁴ GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine*, op. cit., §500.

d'individualisation rationalisé par les « principes directeurs³²⁵ » de l'exécution des peines. Le régime d'octroi des mesures d'individualisation assure effectivement une place prééminente à l'appréciation judiciaire de la « personnalité et de la situation³²⁶ » du sujet, au détriment de la dichotomie entre l'acte de juger et l'acte de punir. Les usages des modalités d'exécution judiciaires s'inscrivent donc dans le prolongement du calcul de la peine, pour favoriser une différenciation de l'acte de punir indexée sur l'évaluation des caractéristiques de l'individu.

L'étude des normes relevant du droit dérogatoire (Section 2) illustre en revanche une dialectique de l'exécution de la peine et de sa modulation qui diffère. En raison d'une « présomption de dangerosité³²⁷ », établie par la qualification des faits pour entraver et neutraliser la logique modale de la peine privative de liberté, la mutabilité des conditions d'exécution se trouve fortement altérée. L'ambivalence de la construction du régime d'octroi des mesures d'individualisation est toutefois à relativiser, en ce que ce sont les caractéristiques de l'individu qui sont visées par la prise en compte du fondement de la condamnation et que seule leur appréciation judiciaire est de nature à lever cette présomption. Ainsi, si une rationalité inverse préside à la dialectique entre l'exécution et la modulation de la peine de certaines catégories de personnes condamnées, une pratique commune de l'individualisation judiciaire lie toutefois les droits commun et dérogatoire de l'application des peines.

³²⁵ Sur l'usage de l'expression « principes directeurs » de l'exécution des peines v. : COUV RAT Pierre, « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines. Commentaire des articles 159 et 161 de la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II », *op. cit.*, p. 682 ; GIACOPELLI Muriel, « La promotion du milieu ouvert par l'aménagement des peines », *op. cit.*, p. 89 ; PONSEILLE Anne, « La peine et le temps », *op. cit.*, p. 93 ; GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §587 et s. Sur les principes de l'exécution des peines v. : *infra* n° 77.

³²⁶ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

³²⁷ COCHE Arnaud, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal. Étude de droit français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, §32 ; D'AMBROSIO Luca, « De l'incapacitation à l'exclusion ? Dangerosité et droit pénal en Italie », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, GUIDICELLI-DELAGÉ Geneviève, LAZERGES Christine (dir.), Paris, PUF, IRJS Éditions, « Les voies du droit », 2011, p. 180.

SECTION 1. DU DROIT COMMUN

65 Un régime d'octroi éclaté. Le droit commun est celui « qui s'applique en principe [...] à toutes les personnes et à toutes les affaires, par opposition à exceptionnel³²⁸ ». De ce fait, le « droit commun de l'application des peines³²⁹ » se définit comme l'ensemble des normes qui ne visent pas spécialement une catégorie de personnes condamnées. Au demeurant, le régime d'octroi comporte de nombreuses dispositions prenant en compte des situations spécifiques, comme l'âge ou la parentalité. Le droit commun de l'application des peines n'est effectivement pas un ensemble normatif unifié, ni parfaitement ordonné, mais une accumulation de dispositions éparées, due à l'élaboration par strates successives d'un droit peu théorisé. En raison de cette nature éclatée du régime des mesures d'individualisation, il peut être difficile de tracer la frontière entre les dispositions relevant du droit commun et celles relevant du droit dérogatoire. La distinction demeure cependant toujours possible, en ce que les dispositions relevant du droit dérogatoire, limitant et structurant l'intervention du juge, ne s'appliquent qu'aux personnes ayant commis certaines infractions³³⁰.

La rationalité du régime d'octroi des mesures d'individualisation peut être appréhendée au travers de l'étude des types de dispositions qui le composent. Les conditions d'octroi disposent du champ de la modulation judiciaire, alors que les modalités d'octroi définissent les procédures par lesquelles les juridictions de l'application des peines peuvent redéfinir la peine prononcée. Ces deux faces du régime d'octroi, respectivement, subordonnent et façonnent l'intervention du juge dans le processus d'individualisation. Leur étude est dès lors de nature à nous permettre de comprendre la dialectique arrêtée par le législateur entre l'exécution de la peine et sa modulation. En ce but, nous observerons successivement les conditions (§1) et les modalités de la participation à l'acte de juger (§2) des juridictions de l'application des peines.

§ 1. LES CONDITIONS DE LA PARTICIPATION À L'ACTE DE JUGER

66 Une participation conditionnée. Par l'étude des conditions d'octroi des mesures d'individualisation, il est possible de comprendre dans quels termes le législateur admet la

³²⁸ « Commun », in *Vocabulaire juridique*, CORNU Gérard (dir.), *op. cit.*, p. 206.

³²⁹ BONIS-GARÇON Évelyne, DERASSE Nicolas (dir.), *Les longues peines*, *op. cit.*, §6.

³³⁰ Pour une définition du droit dérogatoire de l'application des peines v. : *infra* n° 118.

modulation de la sanction, afin de vérifier leur cohérence avec ceux du calcul de la peine et souligner ainsi la poursuite de l'acte de juger durant l'acte de punir. Ce premier temps de l'analyse de la dialectique entre l'exécution de la peine et sa modulation s'articulera autour des deux types de conditions dont connaît le régime d'octroi. D'abord, le législateur délimite le champ *rationae materiae* de la modulation judiciaire par des conditions objectives se référant à la condamnation. Ensuite, il dicte des conditions subjectives circonvenant le champ *rationae personae* du prononcé des mesures d'individualisation judiciaires. La loi détermine ainsi une participation circonscrite (A) et rationalisée (B) des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger.

A. Une participation circonscrite

67 La circonscription du champ *rationae materiae* des mesures d'individualisation par la condamnation. Les conditions d'octroi des mesures d'individualisation se référant à la condamnation ont pour objet de déterminer les peines pouvant être modulées par les juridictions de l'application des peines. Par ce biais, le législateur délimite le champ dans lequel les juges de l'application des peines peuvent faire usage des modalités d'exécution pour modifier les conditions de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. Cette circonscription de la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger s'exerce d'abord au travers de seuils d'éligibilité (1), puis par la période de sûreté (2).

1. Les seuils d'éligibilité

68 La définition positive du champ matériel. Le temps est l'unité de gradation de la peine, ce qui signifie que son *quantum* est exprimé en unité de temps³³¹. De ce fait, le législateur a pu établir des seuils d'éligibilité délimitant, positivement et objectivement, le champ *rationae materiae* du pouvoir de modulation des juridictions de l'application des peines. Ces conditions prennent la forme d'une référence à la durée de la peine devant avoir été subie ou au *quantum* restant à exécuter. En fonction des mesures, et de situations spécifiques prises en compte par le législateur, les seuils à considérer varient. Néanmoins, ils

³³¹ PONSEILLE Anne, « La peine et le temps », *op. cit.*, p. 70. À l'exception de la réclusion criminelle à perpétuité, un nombre de mois ou d'années constitue toujours la mesure et la limite de la peine privative de liberté.

constituent des conditions d'octroi de la quasi-totalité des mesures d'individualisation judiciaires, sous la forme d'un délai requis ou d'une durée requise³³².

69 Un délai requis. L'octroi d'une mesure d'individualisation peut, en premier lieu, être subordonnée à l'exécution d'un *quantum* de peine fixé par la loi. C'est le cas de la libération conditionnelle dont le régime fixe le « temps d'épreuve³³³ », c'est-à-dire le délai requis pour qu'une personne soit éligible à cette mesure. En principe, elle peut être octroyée par la juridiction de l'application des peines « lorsque la durée de la peine accomplie par le condamné est au moins égale à la durée de la peine lui restant à subir³³⁴ », dans la limite d'un maximum de quinze ou de vingt ans pour une personne en état de récidive légale³³⁵. La libération conditionnelle n'est pas une mesure avec un régime d'octroi uniforme, mais « éclaté³³⁶ », disposant selon les cas de conditions spécifiques, notamment pour les personnes âgées de plus de soixante-dix ans³³⁷. Le temps d'épreuve est ainsi un délai impératif, mais à géométrie variable, selon les mesures et les cas spécifiques pris en compte.

Deux précisions méritent d'être apportées sur la computation de ces délais. Il convient d'abord d'indiquer que la peine subie ou accomplie ne renvoie pas à une durée propre à chaque sanction, mais bien d'un délai devant être mesuré au regard de la somme des peines d'emprisonnement fermes portées à l'écrou³³⁸. Cette conséquence de la fongibilité des peines privatives de liberté est importante, car elle permet de mettre en adéquation la computation de l'exécution de la peine avec la matérialité de l'acte de punir dans l'hypothèse d'une pluralité de peine mises à exécution. Ensuite, le délai requis étant le plus souvent défini par référence à la « peine restant à subir³³⁹ », il est nécessaire de préciser cette notion. En raison de l'imputation des réductions de peine³⁴⁰, la peine restant à subir n'équivaut pas à la différence

³³² La première exception est la catégorie des réductions de peine qui se réfère à la durée de la peine pour déterminer le *quantum* des réductions accordées, et non la recevabilité de la demande. La seconde est la suspension de peine pour motif médical, dont le conditionnement à un seuil constituerait nécessairement une violation de l'article 3 de la Césdh. La dernière est la catégorie des autorisations de sortie sous escorte, dont l'octroi n'est pas indexé sur le *quantum* de la peine.

³³³ Al. 3, art. 729 du CPP.

³³⁴ Al. 3, art. 729 du CPP.

³³⁵ Néanmoins, pour les personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, le temps d'épreuve est porté à dix-huit ou vingt-deux ans pour les personnes en état de récidive légale : al. 4, art. 729 du CPP.

³³⁶ MARGAINE Clément, « Articulation des règles spéciales en matière de libération conditionnelle ou la consécration du principe *specialia specialibus cumulant* », *AJ Pénal*, n° 6, 2021, p. 332.

³³⁷ Les personnes âgées de plus de soixante-dix ans ne sont pas soumises à un temps d'épreuve pour faire une requête de libération conditionnelle : al. 6, art. 729 du CPP.

³³⁸ Crim., Avis du 7 avril 2014, n° 14-70.001, Bull. Crim. n° 1, *AJ Pénal* 2014. 280, obs. Herzog-Evans ; Dr. pén. 2014. n° 7-8. comm. 115, note Bonis-Garçon.

³³⁹ Art. 729 et 720 du CPP.

³⁴⁰ L'article D. 116 du code de procédure pénale dispose que les « réductions de peine supplémentaires et les réductions de peine exceptionnelles s'imputent sur la détention restant à subir ». En outre, dans un arrêt en date

entre le *quantum* de peine prononcé par la juridiction de jugement et la peine d'ores et déjà exécutée. Nous pouvons en déduire que la notion de « peine restant à subir » ne désigne pas le *quantum* de la peine prononcée par la juridiction de jugement qui n'a pas encore été exécuté mais, uniquement, la durée d'incarcération restant à subir avant la date de libération, calculée par le greffe judiciaire de l'établissement pénitentiaire³⁴¹.

Malgré la lettre du code, ces délais requis constituent moins une épreuve qu'une période rétributive, à l'instar du *tariff* anglais³⁴², qui serait justifiée par des « motifs légitimes d'ordre pénologique³⁴³ » (châtiment, dissuasion, protection du public, *etc.*) venant à disparaître au fur et à mesure de l'exécution de la peine. En se référant à la philosophie utilitariste, il est possible de voir en ce temps incompressible le mal nécessaire dont parlait BENTHAM³⁴⁴, ou plutôt la période punitive minimale pour préserver l'effet dissuasif de la peine, avant d'ouvrir la voie à un élargissement. En circonscrivant ainsi le prononcé de la libération conditionnelle et de la libération sous contrainte, le législateur assure une première conciliation entre les deux fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 du code pénal : la sanction de l'auteur de l'infraction et la recherche de son amendement, de son insertion ou de sa réinsertion. Ensuite, la loi concilie également l'autorité de la chose jugée par la juridiction de jugement et la liberté d'appréciation du juge de l'application des peines, chargés de déterminer à quel moment et à quelles conditions la personne peut être élargie, en traçant le périmètre de la modulation judiciaire. Le délai requis est en effet une condition d'octroi participant à définir la portée intangible de la peine³⁴⁵. Conditionnant l'intervention des

du 28 avril 2011, la chambre criminelle de la Cour de cassation a indiqué que « pour l'octroi de la libération conditionnelle, il est tenu compte du crédit de réduction de peine dont le condamné bénéficie de plein droit » : Crim., 28 avril 2011, n° 10-88.890, Bull. Crim. n° 81, D. 2011. 2823, chron. Potaszkin.

³⁴¹ À titre d'exemple, le seuil conditionnant l'éligibilité de la libération sous contrainte s'entend des deux tiers de la peine à subir, obtenue suite au cumul de la durée des peines portées à l'écrout et en tenant compte des réductions de peine dont bénéficie la personne condamnée, au jour de l'examen de dossier en vue de son inscription au rôle.

³⁴² Le *tariff* est une période punitive minimale qui, avant le *Criminal Justice Act 2003*, était fixée par le ministère de la Justice sur recommandation de la juridiction de jugement et du *Lord Chief Justice* lorsque qu'une peine de perpétuité obligatoire était prononcée : CEDH [GC], 9 juillet 2013, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, RSC 2013. 625, chron. Poncela ; RSC 2013. 649, note Roets ; D. 2013. 2081, obs. Léna ; D. 2013. 2081, note Renucci ; D. 2014. 1235, chron. Céré ; AJDA 2013. 494, obs. Van Zyl Smit ; Dr. pén. 2013. n° 11. comm. 165, §13.

³⁴³ *Ibid.*, §128.

³⁴⁴ BENTHAM Jeremy, DUMONT Étienne, *Théorie des peines et des récompenses : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais, op. cit.*, p. 6 ; 17.

³⁴⁵ Intangible, du moins pour l'autorité judiciaire, car le pouvoir d'amnistie et de grâce octroie toujours au Prince la possibilité de mettre fin ou d'adoucir l'acte de punir. Et si l'usage de ces prérogatives présidentielles s'est raréfié, en raison des critiques formulées à l'encontre du caractère systématique de certaines grâces, comme de l'atteinte à l'autorité de la chose jugée, elles demeurent à la fois possibles et usitées. Sur les mesures de grâce successives dont a bénéficié Jacqueline SAUVAGE v. : CHASSANG Céline, « Violences conjugales », in « Droit et genre. Janvier 2016 - décembre 2016 », RÉGINE, D., 2017, n° 17, p. 941. Sur la pratique des grâces collectives v. : PONCELA Pierrette, « Les grâces collectives à la recherche d'une identité », RSC, n° 4, 2005, p. 926-933.

juridictions de l'application des peines à l'acte de juger, cette exigence de délai s'ajoute et se combine dans le régime d'octroi à la condition d'une durée requise.

70 Une durée requise. Une durée requise est la seconde forme que peuvent prendre les conditions d'octroi se référant au *quantum* de la peine et circonscrivant le champ de la modulation judiciaire. Une première expression de ce type de seuil prend la forme d'une peine prononcée devant être égale ou inférieure à un *quantum* arrêté par la loi. C'est le cas de la libération sous contrainte, dont le champ d'application matériel est défini par la combinaison d'un délai et d'une durée³⁴⁶. L'essentiel des références à une durée requise dans les conditions d'octroi se réfère cependant à la durée de la peine restant à exécuter. Le législateur borne de cette manière le périmètre de la suspension et du fractionnement de la peine³⁴⁷, ainsi que des principales mesures d'exécution des peines³⁴⁸.

Au-delà de ces conditions générales, certaines situations sont prises en compte dans le régime d'octroi pour accorder aux personnes concernées des conditions de recevabilité plus favorables. L'alinéa 1 de l'article 729-3 du code de procédure pénale substitue par exemple au temps d'épreuve de la libération conditionnelle, pour les personnes exerçant « l'autorité parentale sur un enfant de moins de dix ans ayant chez ce parent sa résidence habituelle », des conditions de recevabilité alternatives tenant à la peine prononcée ou restant à exécuter. À l'image de la libération conditionnelle, le régime de droit commun de l'octroi des mesures d'individualisation se caractérise par son éclatement. Néanmoins, en ce que ces mesures sont accessibles à toutes les personnes condamnées, peu important l'infraction commise, elles ne doivent pas être regardées comme des dispositions dérogatoires, mais seulement comme une prise en compte de situations particulières par des « discriminations positives³⁴⁹ ».

Contrairement aux délais requis, les seuils d'éligibilité se référant à la durée de la peine prononcée et à la durée de la peine restant à exécuter n'ont pas pour objet de préserver un *quantum* minimal d'emprisonnement. Ces durées requises assurent l'adéquation entre

³⁴⁶ Les « conditions d'octroi complexes et restrictives » des permissions de sortir exigent également parfois la combinaison d'une durée requise et d'un « temps d'épreuve » : RANAIVO Anne-Sophie, « Permissions de sortir et autorisations de sortir sous escorte : des aménagements de peine négligés », in *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la prison*, CAVALIERE Antonio, HELLMANN Uwe, LUCARELLI Alberto, PARIZOT Raphaële (dir.), CEDAM, Padoue (Italie), « *Giustizia penale europea* », 2018, p. 146 ; Circ. du 19 janvier 2017 de présentation du décret n° 2016-1222 du 14 septembre 2016 relatif aux permissions de sortir et autorisations de sortir sous escorte, JUSD1701840C, BOMJ n° 2017-02 du 28 février 2017, p 2.

³⁴⁷ Al. 1, art. 720-1 du CPP.

³⁴⁸ La semi-liberté, le placement à l'extérieur, et le placement sous surveillance électronique ne peuvent être prononcés, au cours de l'exécution de la peine, si le *quantum* de peine restant à exécuter est inférieur à deux ans : art. 723-1, 723-7 du CPP. Sur la distinction entre les mesures d'exécution et d'application des peines v. : *supra* n° 138.

³⁴⁹ PONCELA Pierrette, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », *RSC*, n° 3, 2014, p. 611-621.

l'objet de la mesure et son usage par le juge. Créée pour « éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire³⁵⁰ » pour les courtes peines d'emprisonnement, la libération sous contrainte ne peut être prononcée que pour les personnes condamnées « exécutant une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale ou égale à cinq ans³⁵¹ ». De la même manière, l'usage de la semi-liberté, du placement à l'extérieur et de la détention à domicile sous surveillance électronique, qui n'ont pas vocation à être le mode d'exécution de longues détentions, sont limités à l'aménagement avant toute mise à exécution des courtes peines d'emprisonnement, à la modulation des petits reliquats de peine à exécuter ou à titre probatoire d'une mesure de libération conditionnelle. Les conditions d'octroi imposant des durées requises déterminent ainsi les peines dont la matérialité et la temporalité peuvent être aménagées, mais aussi le moment et le *quantum* de cette modulation.

Par la référence au *quantum* de la peine prononcée, le législateur définit des seuils d'éligibilité contribuant à délimiter le champ *rationae materiae* de la modulation judiciaire eu égard à la portée de la condamnation. Cependant, il convient de retrancher de ce périmètre d'intervention les peines privatives de liberté assorties de l'entrave de la période de sûreté (2).

2. La période de sûreté

71 La définition négative du champ matériel. Au-delà des seuils d'éligibilité, un second type de conditions d'octroi participe, négativement, à borner le périmètre d'intervention des juridictions de l'application des peines. Une mesure d'individualisation ne peut effectivement être prononcée que si la peine privative de liberté n'est pas grevée d'une période de sûreté³⁵². Réduisant la portée du quantum de la peine sur l'évolution des conditions d'exécution, cette « mesure d'exécution³⁵³ », « sorte de complément à la peine³⁵⁴ », constitue un obstacle à la modulation et emporte de ce fait une aggravation de la peine.

72 Un obstacle à la modulation. Durant cette période de sûreté, les juridictions de l'application des peines ne peuvent employer aucune « des dispositions concernant la

³⁵⁰ III, art. 707 du CPP.

³⁵¹ Al. 1, art. 720 du CPP.

³⁵² Art. 132-23 du CP et 720-2 du CPP. Notons que l'alinéa 4 de l'article 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, comme l'alinéa 4 de l'article L. 121-5 du code de la justice des mineurs, dispose que les dispositions de l'article 132-23 du CP ne sont pas applicables aux mineurs.

³⁵³ CC, Décision n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, M. Husamettin M. [Période de sûreté de plein droit], préc., consid. 8.

³⁵⁴ COUV RAT Pierre, « Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines », *RSC*, n° 1, 1987, p. 263-268.

suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle³⁵⁵ », en sorte que la personne condamnée ne puisse franchir la frontière carcérale qu'en raison de circonstances exceptionnelles³⁵⁶. Par cette période punitive générale³⁵⁷, le législateur a donc accordé aux magistrats chargés de statuer sur la culpabilité la possibilité de rendre intangible les peines privatives de liberté qu'ils prononcent. Précisons néanmoins que le législateur a introduit une distinction entre une période de sûreté facultative³⁵⁸, « indépendante de la nature de l'infraction³⁵⁹ », et une période de sûreté obligatoire pour les peines égales ou supérieures à dix ans, non assorties du sursis, pour les infractions spécialement prévues par la loi. Dans ce dernier cas, cette mesure s'impose également à la juridiction de jugement³⁶⁰. En tout état de cause, l'objet de la période sûreté est sans ambiguïté le contingentement du pouvoir de modulation du juge de l'application des peines, visant à assurer une plus grande « certitude de la peine³⁶¹ » au détriment de sa logique modale ; en revanche, sa nature juridique est plus difficile à discerner.

La période de sûreté est en effet prononcée par la juridiction de jugement, de manière similaire à une peine complémentaire, mais porte sur l'exécution de la peine privative de liberté. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel considéra « qu'une telle mesure, qui ne concerne que l'exécution d'une peine, ne peut donc être regardée comme constituant

³⁵⁵ Al. 1 de l'art. 132-23 du CP.

³⁵⁶ Ces circonstances correspondent à une suspension de peine médicale, une autorisation de sortie sous escorte, un transfert ou une extraction judiciaire. De surcroît, les mesures n'entraînant pas une libération immédiate de la personne condamnée sont également affectées, car les « réductions de peines accordées pendant la période de sûreté ne seront imputées que sur la partie de la peine excédant cette durée » : dernier al., art. 132-23 du CP.

³⁵⁷ En principe, la durée de la période de sûreté est de la moitié de la peine prononcée ou de 18 ans pour la réclusion criminelle à perpétuité. Par décision spéciale, la juridiction de jugement peut porter la durée de la mesure aux deux tiers de la peine, à 22 ans en cas de réclusion criminelle à perpétuité ou bien réduire ces durées. Enfin, une période spéciale de 30 ans et une période de sûreté indéterminée ont également été ajoutées à l'arsenal répressif. Concernant la période de sûreté facultative, l'alinéa 3 de l'art. 132-23 du CP dispose que la durée de celle-ci est libre dans la limite des deux tiers de la peine prononcée ou de 22 ans en cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité.

³⁵⁸ L'alinéa 3 de l'article 132-23 du code pénal dispose que lorsque la juridiction de jugement prononce une peine privative de liberté égale ou supérieure à cinq ans, non assortie du sursis, elle a la possibilité de fixer une période de sûreté.

³⁵⁹ COUV RAT Pierre, « De la période de sûreté à la peine incompressible. À propos de la loi du 1^{er} février 1994 », *RSC*, n° 2, 1994, p. 356.

³⁶⁰ Objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, la période de sûreté obligatoire a été déclarée conforme à la constitution. Les griefs tirés du principe de nécessité et du principe d'individualisation ont en effet été écartés par le Conseil constitutionnel. Ce dernier rappelle d'abord classiquement que la période de sûreté n'est pas une peine, mais une modalité d'exécution expressément prononcée par le juge. Ensuite, les sages indiquent que, lorsque cette modalité d'exécution est prononcée de plein droit, « elle présente [toujours] un lien étroit avec la peine et l'appréciation par le juge des circonstances de l'espèce », car la période de sûreté et sa durée dépendent de la peine d'emprisonnement prononcée par la juridiction de jugement. Enfin, le juge de jugement dispose de la possibilité de faire varier la durée de la période par décision spéciale. V. : CC, Décision n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, M. Husamettin M. [Période de sûreté de plein droit], préc.

³⁶¹ PRADEL Jean, « Vers un retour à une plus grande certitude de la peine avec les lois du 9 septembre 1986 », *Dalloz-Sirey*, 1987, p. 5-10.

elle-même une peine³⁶² ». Néanmoins, il précisa dans un second temps que la période de sûreté « n'en relève pas moins de la juridiction de jugement³⁶³ » et du droit pénal de fond. Sans aller jusqu'à qualifier cette mesure de peine, les sages s'appuient sur le fait que la période de sûreté est prononcée par la juridiction de jugement, en même temps qu'il statue sur la culpabilité et la peine, pour déterminer que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen est applicable en la matière³⁶⁴. La période de sûreté est effectivement « un élément de la peine encourue et de son prononcé³⁶⁵ », ce qui autorise le Conseil constitutionnel à procéder à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation fondé sur le principe de nécessité³⁶⁶. Toutefois, si la jurisprudence du Conseil a permis d'appliquer les garanties de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à la période de sûreté, elle n'a pas pour autant répondu positivement aux interrogations sur la nature de cette mesure, y compris en qualifiant dorénavant celle-ci de « mesure d'exécution³⁶⁷ ». Dans ce silence, la Cour de cassation est intervenue pour qualifier la période de sûreté de « modalité d'exécution de la peine³⁶⁸ ». Cette nature a longtemps justifié pour la Chambre criminelle d'écarter toute exigence de motivation ou de majorité qualifiée pour son prononcé³⁶⁹. Toutefois, après la reconnaissance par le Conseil constitutionnel que la période de sûreté « présente un lien étroit avec la peine et l'appréciation par le juge des circonstances de l'espèce³⁷⁰ », la Cour de cassation, en citant expressément les sages, précise qu'elle « doit faire l'objet d'une décision spéciale, et motivée lorsqu'elle est facultative ou excède la durée

³⁶² CC, Décision n° 78-98 DC du 22 novembre 1978, Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté, consid. 6.

³⁶³ CC, Décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, consid. 3.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », *RSC*, n° 3, 2016, p. 565-576.

³⁶⁶ CC, Décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, consid. 7 ; CC, Décision 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, consid. 13 ; CC, Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Constitutions 2011. 223, Note Darsonville ; D. 2011. 1162, note Bonfils ; D. 2012. 1638, chron. Bernaud, Jacquinot ; RSC 2011. 728, note Lazerges ; RSC 2011. 789, note Granger ; RSC 2012. 227, note De Lamy ; AJDA 2011. 1097, note Ginocchi, consid. 31.

³⁶⁷ CC, Décision n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, M. Husamettin M. [Période de sûreté de plein droit], préc., consid. 8.

³⁶⁸ Crim., 5 juillet 1993, n° 92-86.681, Bull. Crim. n° 237. Dans le même sens v. : Crim., 10 décembre 1980, n° 80-92.358, Bull. Crim. n° 344 ; Crim., 16 janvier 1985, n° 84-93.553, Bull. Crim. n° 29 ; Crim., 9 mars 1993, n° 92-84.480, Bull. Crim. n° 104, préc. ; Crim., 10 avril 2019, n° 18-83.709, Bull. Crim. n° 75, préc.

³⁶⁹ Crim., 5 juillet 1993, n° 92-86.681, Bull. Crim. n° 237 ; COUV RAT Pierre, « De la période de sûreté à la peine incompressible. À propos de la loi du 1^{er} février 1994 », *RSC*, n° 2, 1994, p. 356.

³⁷⁰ CC, Décision n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, M. Husamettin M. [Période de sûreté de plein droit], préc., consid. 9.

prévue de plein droit³⁷¹ ». Finalement, comme nous l'avons déjà souligné³⁷², la juridiction suprême a récemment fait évoluer sa position pour retenir la qualification de « mode d'exécution³⁷³ », écartant ainsi l'idée que la période de sûreté serait une modalité d'exécution, sans pour autant franchir le pas de l'affirmation de son appartenance au régime des peines, en tant que modalité du prononcé de la sanction.

En définitive, la période de sûreté demeure une sanction singulière, en ce qu'elle relève de la condamnation d'une part, et qu'elle n'emprunte que partiellement son régime à celui des peines d'autre part. La période de sûreté n'est pas une sanction distincte de la peine, mais l'un des éléments de son prononcé, « faisant corps avec elle³⁷⁴ », participant à déterminer les conditions juridiques de son exécution, en interdisant à la personne condamnée de bénéficier de mesures d'individualisation judiciaires. À ce titre, et malgré qu'il s'agisse seulement d'un mode d'exécution, l'obstacle à la modulation judiciaire que la période de sûreté constitue emporte une aggravation de la peine.

73 Une aggravation de la peine. Dès sa création³⁷⁵, la période de sûreté a été présentée et légitimée comme une « mesure de sûreté³⁷⁶ », destinée à « corriger le régime en vigueur » et « tenir compte du caractère dangereux de certains délinquants³⁷⁷ ». L'analyse de ce « régime de sûreté³⁷⁸ » démontre cependant qu'il recherche et emporte une aggravation de la rétribution, particulièrement dans l'hypothèse d'une période de sûreté obligatoire³⁷⁹. Tout d'abord, le prononcé de cette mesure n'est pas subordonné à l'existence d'une dangerosité de quelque nature que ce soit. Le spectre des condamnations pouvant faire l'objet d'une période de sûreté laisse d'ailleurs dubitatif sur sa nécessité pour protéger la société, puisqu'une peine

³⁷¹ Crim., 10 avril 2019, n° 18-83.709, Bull. Crim. n° 75, préc. En conséquence, seule la période de sûreté obligatoire, ne dérogeant pas à la durée prévue de plein droit, échappe encore à l'exigence de motivation spéciale.

³⁷² V. : *supra* n° 15.

³⁷³ Crim., 22 janvier 2020, n° 19-84.084, publié au Bull. Crim., préc.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ Loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale.

³⁷⁶ CC, Décision 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, consid. 5.

³⁷⁷ JO, débat parlementaire de l'Assemblée nationale, 1978-1979, n° 562, cité in COUV RAT Pierre, « De la période de sûreté à la peine incompressible. À propos de la loi du 1er février 1994 », *op. cit.*

³⁷⁸ GIRAULT Jean-Marie, *Rapport au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté*, Sénat, n° 45, 1978, p. 3

³⁷⁹ Lors des débats parlementaires, le Président de la Commission des lois rappela que la période de sûreté faisait écho à une proposition de Pierre ARPAILLANGE, qui prônait « des mesures de punition qui tendraient notamment à l'intimidation et à la neutralisation » : cité in, JO, Débat parlementaires Assemblée Nationale, 1978-1979, n° 72, mercredi 4 octobre 1978, p. 5459. « Ces sanctions résolument punitives, pour conserver tout leur effet protecteur à l'égard du public ne devraient faire l'objet de mesures de grâce ou d'amnistie que de manière exceptionnelle. Elles consisteraient en un emprisonnement considéré surtout comme un gardiennage » : *ibid.*

privative de liberté de cinq ans, pour une infraction d'atteinte aux biens, entre dans le champ d'application de l'article 132-23 du code pénal. Ensuite, la qualification de mesure de sûreté peut également être remise en cause, au vu du régime des mesures que la période de sûreté proscriit, puisqu'aucune libération ne peut intervenir sans décision de l'autorité judiciaire, en dehors de l'hypothèse de l'expiration du *quantum* de la peine à subir. Nous pouvons en conclure que la période de sûreté résulte moins de l'appréciation d'un risque de récidive que de la volonté d'une aggravation de la portée de la peine prononcée, par la neutralisation de la « logique modale de la peine³⁸⁰ ». D'un côté, aucune permission de sortir ne pourra être octroyée durant l'écoulement de la période, rendant à la fois la détention plus difficile à supporter et la préparation d'un projet d'aménagement quasiment impossible. De l'autre, le « verrouillage³⁸¹ » de la peine prononcée par la juridiction de jugement a aussi pour conséquence, directement, de repousser la date à laquelle la personne condamnée peut être élargie – ou faire l'objet d'une mesure d'exécution à titre probatoire en vue de l'octroi d'une mesure de libération conditionnelle – et, indirectement par ce fait, de tendre à l'allongement de l'acte de punir auquel donne lieu la condamnation.

La réduction draconienne du champ de la modulation par la période de sûreté a été fortement débattue lors de son introduction dans le code pénal³⁸². Mais si de nombreuses modifications législatives sont intervenues par la suite, son principe n'a jamais été remis en cause³⁸³. La plus importante et significative des modifications du régime est d'ailleurs l'introduction, en 1994, des périodes de sûreté de 30 ans et perpétuelle pour certaines infractions graves commises à l'encontre de mineur de quinze ans³⁸⁴. Dans ce dernier cas, la personne est condamnée à une peine de perpétuité réelle – soit une réclusion criminelle à perpétuité, assortie d'une période de sûreté perpétuelle – ne l'autorisant à demander le relèvement de la période de sûreté qu'après trente ans³⁸⁵. En raison de l'existence de ce

³⁸⁰ PONCELA Pierrette, « La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*

³⁸¹ COUV RAT Pierre, « De la période de sûreté à la peine incompressible. À propos de la loi du 1^{er} février 1994 », *op. cit.*, p. 356.

³⁸² Son institution opposait les tenants d'une individualisation de la peine durant son exécution et ceux mettant en avant l'incapacité des juges « à déceler les condamnés dangereux », les « inégalités de traitement » et « l'affaiblissement de la certitude de la peine » : PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 211.

³⁸³ *Ibid.*, p. 211-212.

³⁸⁴ Loi n° 94-89 du 1 février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale ; art. 221-3 et 221-4 du CP. En principe, la période de sûreté comporte un terme, dont le maximum est de vingt-deux ans lorsque la réclusion criminelle à perpétuité a été prononcée, à l'expiration duquel la personne condamnée peut de nouveau bénéficier des mesures d'individualisation judiciaires : al. 2, art. 132-23 du CP.

³⁸⁵ Art. 720-4 du CPP.

mécanisme, sur lequel repose la conventionnalité de la peine de perpétuité réelle française³⁸⁶, le Conseil constitutionnel considéra toutefois que les nouvelles dispositions n'étaient « pas manifestement contraires au principe de nécessité des peines³⁸⁷ ».

La création et le développement de la période de sûreté trouvent leur cause et leur justification dans la survenance de faits divers tragiques³⁸⁸. Nonobstant, la fin recherchée n'est pas tant de mieux prévenir la commission de nouvelles infractions que de rétribuer d'avantage celles d'ores et déjà commises, par la neutralisation de la « logique modale de la peine³⁸⁹ » privative de liberté. La période de sûreté participe ainsi à circonscrire le champ *rationae materiae* de la modulation judiciaire, dans lequel les mesures d'individualisation sont octroyées en fonction de conditions subjectives, qui déterminent une participation rationalisée (B) des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger.

B. Une participation rationalisée

74 Le champ *rationae personae* des mesures d'individualisation judiciaires. Les conditions d'octroi des mesures d'individualisation se référant à la personne et sa situation ont pour objet d'encadrer la liberté du juge dans son usage des modalités d'exécution. Il s'agit de critères d'octroi, soumis au « pouvoir d'appréciation³⁹⁰ » des juridictions de l'application des peines et définissant le champ *rationae personae* de la modulation judiciaire. Cette rationalisation de l'intervention du juge dans le processus d'individualisation est consacrée par les principes directeurs de l'exécution des peines (1), dans lesquelles s'inscrivent les critères d'octroi des mesures d'individualisation (2).

³⁸⁶ Sur la conventionnalité du système français v. : Crim., 20 janvier 2010, n° 08-88.301, Bull. Crim. n° 14, RSC 2009. 645, chron. Poncela ; AJ Pénal 2010. 252, Obs. Royer ; Procédures 2010. n° 4. Comm. 129, note Chavent-Leclerc ; Gaz. Pal. 2010. n° 84. 16, chron. Dreyer, Detraz ; CEDH [GC], 13 novembre 2014, *Bodein c/ France*, n° 40014/10, Dr. pén. 2015. n° 1. comm. 15, note Bonis-Garçon ; RSC 2015. 148, note Roets ; AJ Pénal 2015. 105, obs. Céré ; AJDA 2015. 150, chron. Borgogue-Larsen ; RPDP 2014. 907, note Hoffschir ; *ibid.* 927, chron. Peltier ; RPDP. 2015. 631, obs. Renucci ; *infra* n° 130 et s.

³⁸⁷ CC, Décision 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, consid. 13. L'élargissement du champ d'application de ces périodes dérogatoires en 2011, à toute « personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions », fut l'objet d'une solution identique de la part des sages de la rue Montpensier : art. 38, loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure ; CC, Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, préc., consid. 31.

³⁸⁸ GALLOIS Alexandre, « Retour sur la perpétuité « réelle » », in *Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, p. 544.

³⁸⁹ PONCELA Pierrette, « La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*

³⁹⁰ Crim., 8 juin 2016, n° 15-84.205, Bull. Crim. n° 76, Dr. pén. 2016. n°10. comm. 149, note Bonis-Garçon ; D. 2017. 1274, chron. Herzog-Evans ; Crim., 22 Juin 2016, n° 15-82.638, inédit.

1. Les principes directeurs de l'exécution des peines

75 Une traduction juridique des discours de politique pénale. L'encadrement de la liberté du juge repose en premier lieu sur les « principes directeurs³⁹¹ » de l'exécution des peines, qui travaillent à l'intelligibilité et à la cohérence du droit de la peine. La pratique de la modulation judiciaire doit effectivement s'exercer dans le cadre de l'article 707 du code de procédure pénale³⁹², progressivement élaboré par les réformes pénales majeures depuis 2004³⁹³. Courroie de transmission des discours de politique pénale dans le droit de l'exécution des peines, ce premier article du livre V du code de procédure pénale dicte les objectifs et pose les principes de l'exécution des peines.

76 Les objectifs de l'exécution des peines. Les objectifs de l'exécution des peines visent l'objet de l'acte de punir et les finalités recherchées par celui-ci. Avant de les analyser, il convient de les replacer dans le corpus normatif dans lequel ils s'inscrivent depuis la loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales³⁹⁴. Le nouvel article 130-1 du code pénal énonce que la peine a pour fonction « de sanctionner l'auteur de l'infraction » et « de favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion », « 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 »³⁹⁵. Prudent, ce texte ne prétend pas attribuer une signification à la peine, il lui affecte seulement des fonctions et des finalités venant informer le régime des peines et affirmer la concordance entre l'encadrement de la peine par le code pénal et celui de son exécution par le code de procédure pénale. Modifié par la loi du 15 août 2014, l'article 707 du code de procédure pénale répond à l'article 130-1 du code pénal en définissant les principes directeurs de

³⁹¹ COUV RAT Pierre, « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines Commentaire des articles 159 et 161 de la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II », *op. cit.*, p. 682 ; GIACOPELLI Muriel, « La promotion du milieu ouvert par l'aménagement des peines », *op. cit.*, p. 89 ; PONSEILLE Anne, « La peine et le temps », *op. cit.*, p. 93 ; GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §587 et s.

³⁹² « Les objectifs de la réforme sont clairement indiqués dans le nouvel article 707 du code de procédure pénale récapitulant de façon solennelle les principes directeurs de l'application des peines, qui constitue le pendant de l'article préliminaire de ce code. » : Circ. de présentation des dispositions résultant de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives au prononcé, à l'exécution et à l'application des peines, 11 avril 2005, DACG 2005-09 E8/11-04-2005, JUSD0530064C, BOMJ n° 98.

³⁹³ L'article 707 du CPP a été modifié, en substance, par la loi du 9 mars 2004, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, la loi du 15 août 2014 et la loi du 23 mars 2019.

³⁹⁴ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

³⁹⁵ Art. 130-1 du CP.

l'exécution des peines. Par là, cette disposition contribue à l'encadrement général de l'acte de punir et à l'expression, si ce n'est d'une philosophie unique et cohérente de la peine, de la rationalité punitive qui structure notre pénalité contemporaine.

L'article 707 du code de procédure pénale dispose que le « régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions³⁹⁶ ». Bien qu'il tende à être éclipsé par la prévention de la récidive, l'objectif de réinsertion est toujours présent dans les textes. Il n'est au demeurant plus une fin en soi, mais l'objet que doit avoir l'exécution de la peine pour atteindre d'autres fins. La rétribution de l'acte commis et la recherche de la réinsertion de la personne sont ainsi considérées comme les moyens de la prévention de la récidive. Cette relégation s'explique pour partie par le fait que la réinsertion est de plus en plus concurrencée par la notion de désistance³⁹⁷, qui vise moins le fait de prendre une nouvelle place dans la société, et ses rapports socio-économiques, que l'exploration des facteurs de passage à l'acte pour prévenir la récidive³⁹⁸.

Si les finalités de l'acte de punir sont multiples dans les articles 130-1 du code pénal et 707 du code de procédure pénale, la prévention de la récidive est prééminente. Outre l'obsession pour cette question dans la politique pénale contemporaine³⁹⁹, les autres finalités énoncées par les principes directeurs peuvent être incorporées au paradigme de cette dernière, puisqu'elle n'existe que par référence à la commission d'une infraction. Les buts, visant le fait « d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société », présument en effet que la personne condamnée, du simple fait de la commission d'une infraction, n'est pas capable d'agir selon ces préceptes. En conséquence, c'est notre capacité à éviter de commettre des infractions, c'est-à-dire à être désistant, qui nous rend responsables, respectueux des règles et des intérêts de la société. Dès lors, ces finalités de l'exécution des

³⁹⁶ II, art. 707 du CPP.

³⁹⁷ À cet égard, la désistance devient un sujet d'étude à part entière en criminologie et en pénologie. V. par exemple : MBANZOULOU Paul, HERZOG-EVANS Martine, COURTINE Sylvie (dir.), *Insertion et désistance des personnes placées sous main de justice : savoirs et pratiques*, Paris, France, l'Harmattan, 2012, 253 p ; *Désistance, la face criminologique de la réinsertion* (dossier), *AJ Pénal*, n° 9, 2010, p. 366-384.

³⁹⁸ Cette notion a pour la première fois été mobilisée par le législateur dans la loi pénitentiaire à l'occasion de la création de l'observatoire de la récidive et de la désistance : art. 7, Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire ; Décr. n° 2014-883 du 1^{er} août 2014 relatif à l'observatoire de la récidive et de la désistance ; *Rapport annuel de l'observatoire de la récidive et de la désistance. 2017*, Paris, Observatoire de la récidive et de la désistance, 2017, 46 p. Ce glissement de la réinsertion vers la désistance démontre, par la référence constante à la commission d'infractions, la vision pénalocentrée des pouvoirs publics sur les objectifs de la peine et l'évaluation de ses résultats.

³⁹⁹ Sur cette question v. : PONCELA Pierrette, « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *RSC*, n° 1, 2010, p. 200 ; LAZERGES Christine, « 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*, n° 1, 2012, p. 274-282.

peines ne sont que l'expression positive de l'objectif de prévention de la récidive. Critère consacré de l'évaluation de l'efficacité du système pénal, la récidive est une question prédominante dans les débats sur notre pénalité, mais la place des victimes dans la procédure pénale *post sententiam* s'impose également comme un thème majeur en politique pénale⁴⁰⁰.

Auparavant prise en compte sous la forme d'un intérêt à concilier, la considération envers les victimes s'exprime aujourd'hui par la reconnaissance de droits, listés au IV de l'article 707 du code de procédure pénale, que l'« autorité judiciaire est tenue de garantir [en intégralité] tout au long de l'exécution de la peine⁴⁰¹ ». La considération des victimes ne prend donc pas la forme d'une finalité, mais plutôt d'un impératif s'imposant aux autorités de l'exécution des peines. Si la satisfaction des victimes n'est donc pas un objectif de l'exécution des peines, le respect de leurs droits est une obligation pour les magistrats de l'application des peines, influant sur les usages des modalités d'exécution. Pour autant, la reconnaissance de la place des victimes dans l'exécution des peines ne s'entend pas de l'octroi du statut de partie aux procédures d'individualisation⁴⁰². Les victimes peuvent néanmoins être appelées à s'exprimer dans le cadre d'une procédure d'aménagement⁴⁰³ et leurs intérêts doivent être pris en considération dans la détermination des pratiques punitives⁴⁰⁴, au même titre que les principes de l'exécution des peines.

77 Les principes de l'exécution des peines. L'article 707 du code de procédure pénale présente dans ses deuxième et troisième paragraphes les moyens par lesquels le régime

⁴⁰⁰ ROYER Guillaume, « La victime et la peine. Contribution à la théorie du procès pénal post sententiam », *D.*, 2007, p. 1745-1750.

⁴⁰¹ IV, art. 707 du CPP. « Au cours de l'exécution de la peine, la victime a le droit : 1° De saisir l'autorité judiciaire de toute atteinte à ses intérêts ; 2° 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 ; 3° D'être informée, si elle le souhaite, de la fin de l'exécution d'une peine privative de liberté, dans les cas et conditions prévus au présent code ; 4° À la prise en compte, s'il y a lieu, de la nécessité de garantir sa tranquillité et sa sûreté. » : *ibid.*

⁴⁰² *Crim.*, 15 mars 2006, n° 05-83.684, *Bull. Crim.* n° 81, *RSC* 2007. 350, *chron. Poncela* ; *Gaz. Pal.* 2006. n° 304. 21, *obs. Monnet*. Sur cette question, l'arrêt du 31 octobre 2018 de la Cour de cassation a pu jeter le doute sur la position de la haute juridiction, en ce qu'elle fait usage de l'article 618-1 du code de procédure pénale pour obliger la personne condamnée à payer à la partie civile une somme d'argent, dans le cadre d'une procédure d'octroi d'une libération conditionnelle. Toutefois, nous nous joignons à Raphaële PARIZOT pour soutenir que, « plutôt qu'un revirement, la chute de cet arrêt de 2018 peut être lue comme un malencontreux faux pas » : *Crim.*, 31 octobre 2018, n°17-86.660, *Bull. Crim.* n° 183, *D.* 2019. 149, *note Parizot* ; *AJ Pénal* 2019. 48, *note Carpentier* ; PARIZOT Raphaële, « Motivation des décisions relatives aux aménagements de peine et place de la victime dans l'exécution des peines », *RSC*, n° 1, 2019, p. 149-154.

⁴⁰³ Art. 716-1 du CPP.

⁴⁰⁴ À titre d'exemple, « en subordonnant l'octroi et le maintien de la mesure de libération conditionnelle [de la personne condamnée] à la réparation, en fonction de ses facultés contributives, des dommages causés par l'infraction, les juges du second degré ont nécessairement pris en considération les intérêts des victimes au regard des conséquences, pour celles-ci, de cette décision » : *Crim.*, 26 septembre 2007, n° 07-81.644, *Bull. Crim.* n° 227, *RSC* 2008. 404, *chron. Poncela*.

d'exécution poursuit les objectifs de l'exécution des peines. Il s'agit de deux principes qui découlent de la recherche de la prévention de la récidive par l'individualisation de l'acte de punir⁴⁰⁵. D'une part, l'alinéa 2 du II énonce que la modulation de la peine doit s'opérer « 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 régulières⁴⁰⁶ ». Par là, le dispositif d'exécution s'inscrit dans la continuité du régime des peines et met en exergue la cohérence recherchée entre les termes anthropologico-juridiques du calcul de la peine et les critères de son adaptation au cours de l'exécution. L'article 132-1 du code pénal, « relatif aux principes généraux du régime des peines⁴⁰⁷ », précise effectivement que « la juridiction détermine la nature, le *quantum* et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 » du même code. Si la culpabilité et la gravité de l'infraction sont des critères propres au jugement, la personnalité et la situation de la personne condamnée demeurent des critères de la détermination de la matérialité et de la temporalité de la peine tout au long de l'acte de punir⁴⁰⁸. Après avoir énoncé la « nécessaire individualisation de la peine tout au long de son exécution en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation de la personne condamnée⁴⁰⁹ », l'article 707 du code de procédure pénale pose, d'autre part, « le principe d'un retour progressif à la liberté⁴¹⁰ ». « Toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté [...], afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire⁴¹¹. » Cette progressivité du régime d'exécution de la peine, qui n'est plus le propre du mode administratif de l'individualisation de la peine⁴¹², prône à la fois le déplacement de

⁴⁰⁵ À ces deux principes concernant l'exécution des peines ajoutons le I de l'article 707 du CPP qui énonce le principe de la mise à exécution effective des peines dans un délai raisonnable.

⁴⁰⁶ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

⁴⁰⁷ Circ. du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions applicables le 1^{er} octobre 2014 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, JUSD1422849C, BOMJ n°2014-10 du 31 octobre 2014, p. 2.

⁴⁰⁸ Ces derniers se retrouvent d'ailleurs dans des termes quasi-identiques dans les dispositions jumelles du code pénal et du code de procédure pénale, énonçant le principe de l'aménagement des courtes peines d'emprisonnement, de sorte à renforcer l'homogénéité du processus d'individualisation, d'un côté et de l'autre de la clôture du procès pénal : al. 3, art. 132-19 du CP et al. 1, art. 723-15 du CPP. V. : *supra* n° 97. Sur ce que recouvre ces critères v. : *infra* n° 483 et s.

⁴⁰⁹ Circ. du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions applicables le 1^{er} octobre 2014 de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *op. cit.*, p. 9.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ III, art. 707 du CPP.

⁴¹² Sur la progressivité de l'exécution de la peine durant la phase carcérale du parcours d'exécution de la peine v. : *infra* n° 290 et s.

l'assujettissement vers le milieu ouvert, pour les personnes ne présentant pas un risque important de récidive, et l'impératif d'éviter l'élargissement des condamnés sans suivi judiciaire⁴¹³.

Considérons en outre que les principes directeurs visent également, comme facteurs de l'évolution du régime d'exécution de la peine, « les conditions matérielles de détention » et le « taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire »⁴¹⁴. La circulaire de présentation des dispositions de la loi du 15 août 2014 ne les considère toutefois pas « en tant que tels [comme] des critères d'aménagement de la peine », et ce, alors même qu'elle indique qu'« ils doivent toutefois guider la politique pénale des parquets et permettre au juge de l'application des peines de prendre en compte la situation concrète de l'établissement pénitentiaire de son ressort dans ses décisions au même titre que les finalités énoncées du régime de l'exécution des peines »⁴¹⁵. Il faut comprendre qu'il ne s'agit pas de critères devant être pris en compte impérativement à chaque octroi, mais de facteurs d'influence pouvant peser sur la détermination de la politique d'aménagement des peines⁴¹⁶. Finalement, ces mentions sont les marques d'une prise en compte encore embryonnaire des risques de traitements inhumains et dégradants et des impératifs de gestion des flux dans l'exécution des peines privatives de liberté⁴¹⁷. Malgré l'importance de la surpopulation carcérale, et des tentatives normatives⁴¹⁸ et

⁴¹³ Le principe de progressivité est directement repris du rapport de Jean-Luc WARSMANN, dans lequel il indiquait souhaiter « encadrer les sorties de prisons pour mieux lutter contre la récidive », en instituant « un principe de progressivité », qui s'appuierait notamment sur « un dispositif systématique d'aménagement de la peine » : WARSMANN Jean-Luc, *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie de prison*, Paris, Ministère de la Justice, 2003, p. 58 ; 61-64. Si le législateur a continuellement suivi ce rapport sur l'objectif de progressivité de la peine, il a en revanche rejeté tout octroi de mesure d'aménagement de plein droit, refusant ainsi d'en faire un « mode normal d'exécution de la peine » : COMMISSION SUR LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE, *La libération conditionnelle. Rapport à Madame le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, op. cit., p. 51.

⁴¹⁴ III, art. 707 du CPP.

⁴¹⁵ Circ. du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions applicables le 1^{er} octobre 2014 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, op. cit., p. 9.

⁴¹⁶ « À cette fin, et dans le prolongement de ce que préconise la circulaire de politique pénale de la garde des sceaux du 19 septembre 2012, des échanges réguliers entre la juridiction et l'administration pénitentiaire doivent être mis en place afin d'assurer en temps réel une connaissance effective de ces conditions par le parquet, les services correctionnels et les services de l'application des peines et d'adapter en conséquence la politique d'aménagement des peines. » : *ibid.* V. également : Circ. du 19 septembre 2012 de politique pénale de M^{me} la garde des sceaux, JUSD1235192C, BOMJ n° 2012-10 du 31 octobre 2012, p. 6.

⁴¹⁷ Pour un exemple d'invocation de l'article 3 de la Césdh par une personne handicapée, à l'appui de sa demande d'élargissement v. : Crim., 25 novembre 2009, n° 09-82.971, Bull. Crim. n° 197, RSC 2009. 645, chron. Poncela. À ce titre, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que « le manque de soins médicaux appropriés, et, plus généralement, la détention d'une personne malade dans des conditions inadéquates, peut en principe constituer un traitement contraire à l'article 3 » : CEDH, 24 octobre 2006, *Vincent c. France*, n° 6253/03, RSC 2007. 350, chron. Poncela ; RDSS 2007. 351, note Boujeka ; D. 2007. 1229, chron. Céré ; AJ Pénal 2006. 500, note Céré ; JCP G. 2007. n° 3. II 10007, note Thierry, §99. Toutefois, la chambre criminelle a eu l'occasion d'indiquer, en matière de détention provisoire, « qu'une éventuelle atteinte à la dignité de la personne en raison des conditions de détention, si elle est susceptible d'engager la responsabilité de la

jurisprudentielles⁴¹⁹ de marginalisation de l'emprisonnement, la gestion des flux dans l'octroi des mesures d'application est donc toujours un facteur qui peine à s'imposer, hors situation exceptionnelle⁴²⁰, faute de légitimité dans l'opinion publique, face à une individualisation mystifiée dans son rôle dans la lutte contre la récidive⁴²¹. Toutefois, la loi du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention revalorise drastiquement la prise en compte des conditions matérielles de détention par le droit pénitentiaire⁴²². En réaction à plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation⁴²³, le législateur a modifié le III de l'article 707 du

puissance publique en raison du mauvais fonctionnement du service public, ne saurait constituer un obstacle légal » à la privation de liberté et à la poursuite de l'incarcération : Crim., 18 septembre 2019, n° 19-83.950, publié au bull. crim., RSC 2019. 808, note Mayaud ; AJ Pénal 2019. 560, note Frinchaboy ; Gaz. Pal. 2019. n° 36. 18, obs. Méssa.

⁴¹⁸ Recommandation Rec(99) 22 du Conseil de l'Europe du 30 septembre 1999 concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale.

⁴¹⁹ Concernant les arrêts pilotes de la CEDH sur la surpopulation carcérale v. not. : CEDH, 22 octobre 2009, *Norbert Sikorski c. Pologne*, n° 17599/05, RSC 2010. 645, chron. Poncela ; CEDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, n° 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10, D. 2013. 1304, chron. Céré ; AJ Pénal 2013. 361, obs. Péchillon ; AJDA 2013. 1794, chron. Burgogue-Larsen ; Gaz. Pal. 2013. n° 71, note Senna ; JCP G 2013. n° 11-12. 319, note Laffaille ; CEDH, 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c. France*, n° 9671/15 et 31 autres, JCP G 2020. 154, note Pastre-Belda ; D. 2020. 753, note Renucci ; ibid. 1195, obs. Céré ; ibid. 1643, obs. Pradel ; RPDP 2020. 179, obs. Margaine ; Dr. pén. 2021. 13, chron. Peltier.

⁴²⁰ Dans le cadre exceptionnel de l'état d'urgence sanitaire, les conditions matérielles de détention ont en revanche été prises en compte : Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ; Circ. du 27 mars 2020 relative à la présentation des dispositions relatives à l'affectation des détenus et à l'exécution des peines privatives de libertés de l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, DACG, DAP, JUSD20008432C, BOMJ, 15 p. Sur les mesures prises v. : HAZAN Adeline, « Les droits fondamentaux des personnes détenues à l'épreuve de la crise sanitaire », *AJ Pénal*, n° 4, 2020, p. 200-201 ; BIANCHI, Virginie, « La prison à l'épreuve de la crise sanitaire. Situation des établissements pénitentiaires et rôle des juges de l'application des peines », *AJ Pénal*, n° 4, 2020, p. 202-204 ; BONIS Évelyne, PELTIER Virginie, « Le droit de la peine et la lutte contre le Covid-19 en milieu carcéral », *Dr. pén.*, n° 5, 2020, étude 4 ; BONIS Évelyne, PELTIER Virginie, « Fascicule 30 : Régime pénitentiaire dérogatoire applicable pour faire face à l'épidémie de Covid 19 », *JurisClasseur Procédeur pénale*, 2020.

⁴²¹ Ces motifs ont pour autant été mobilisés par une chambre de l'application des peines, avant même leur introduction dans l'article 707 du CPP, pour justifier de l'octroi d'une mesure d'exécution. En se fondant sur l'article 3 de la Cesdh et sur le principe du respect de la dignité durant l'exécution de la peine énoncé à l'article 22 de la loi pénitentiaire, la juridiction considère que faire droit à la demande de semi-liberté sollicitée par la personne condamnée est la seule manière « d'assurer une exécution de la sanction pénale dans des conditions qui préservent la dignité humaine » : CHAP de Montpellier, 18 juin 2014, n° 14/00566, AJ Pénal 2014. 494, note Ponselle. Encore isolée, cette décision démontre toutefois que les magistrats prennent en compte les conditions de détention en les mettant en perspective avec les finalités du régime d'exécution des peines : PONSEILLE Anne, « Aménagement de peine et de surpopulation carcérale. Cour d'appel de Montpellier, CHAP, 18 juin 2014, n° 14/00566 », *AJ Pénal*, 2014, p. 494 ; LEBLOIS-HAPPE Jocelyne, « La redéfinition des finalités et des fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine ? », *Gaz. Pal.*, n° 143, 23 mai 2015, p. 10. Cependant, la portée de cette décision doit être grandement nuancée en raison du fait que les juges d'appel ont d'abord caractérisé les critères d'octroi relatifs à la personne et sa situation, avant de s'interroger sur le respect de sa dignité. Ainsi, la mobilisation des risques de conditions de détention contraires à l'article 3 de la Cesdh, causées par la densité carcérale, n'est en l'espèce qu'un argument superfétatoire de la part des juges héraultais, d'autant qu'après la détention provisoire la *quantum* de peine restant à subir ne s'élevait qu'à six semaines.

⁴²² Loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention.

⁴²³ CEDH, 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c. France*, n° 9671/15 et 31 autres, préc. ; Crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.739, publié au Bull. Crim., D. 2020. 1643, chron. Pradel ; ibid. 1774, note Falxa ; Dr. pén. 2020. n° 10.

Code de procédure pénale, pour indiquer que le « droit de [la personne condamnée] d'être incarcérée dans des conditions respectant sa dignité est garanti par l'article 803-8 », qui introduit un recours pour les personnes détenues arguant de conditions d'exécution portant atteinte à leur dignité⁴²⁴. Or, si cette procédure destinée à constituer un recours effectif contre les traitements inhumains et dégradant peut éventuellement conduire, pour les personnes condamnées, au prononcé d'une mesure d'individualisation, la modification de l'article 707 du Code de procédure pénale ne saurait être considérée à proprement parlé comme l'aménagement d'une place pour les conditions matérielles d'exécution dans les critères d'octroi des mesures d'individualisation (2), en ce qu'elles ne sont prises en compte que dans

comm. 177, note Maron, Haas ; JCP G 2020. n° 40. 1075, note Peltier ; Gaz. Pal. 2020. n° 33. 12, note Céré ; ibid. n° 40. 60, obs. Fourment ; Dr. pén. 2021. 13, chron. Peltier ; CC, Décision n° 2020-858-859 QPC du 2 octobre 2020, M. Geoffrey F. et autre, AJDA 2020. 2158, note Bonnet, Gahdoun ; D. 2021. 57, note Roux ; ibid. 2367, chron. Ginestet ; AJ fam. 2020. 498, obs. Mary ; AJ pénal 2020. 580, note Frinchaboy ; JCP G 2020. 1348, note Peltier ; ibid. 2021. doctr. 66, obs. Mathieu, Cassard-Valembos ; Dr. pénal 2020. comm. 193, note Maron, Haas ; ibid. 2021. 13, chron. Peltier. En outre, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 8 avril 2021, le Conseil constitutionnel a rendu une nouvelle décision déclarant inconstitutionnel le III de l'article 707 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction datant de la loi du 23 mars 2019, en ce qu'aucune disposition ne permettait « à une personne condamnée d'obtenir un aménagement de peine au seul motif qu'elle est détenue dans des conditions indignes ou de saisir le juge judiciaire pour qu'il soit mis fin à cette situation par une autre mesure » : CC, Décision n° 2021-898 QPC du 16 avril 2021, Section française de l'Observatoire international des prisons, AJ Pénal. 2021. 1106, chron. Falxa, consid. 14.

⁴²⁴ Concernant les personnes condamnées, tous les détenus considérant que leurs conditions de détention sont contraires à la dignité humaine peuvent saisir le juge de l'application des peines pour qu'il soit mis fin à cette situation. « Si les allégations figurant dans la requête sont circonstanciées, personnelles et actuelles, de sorte qu'elles constituent un commencement de preuve que les conditions de détention de la personne ne respectent pas la dignité de la personne, le juge déclare la requête recevable » dans un délai de 10 jours : al. 2, I, art. 803-8 du CPP. « Si le juge estime la requête recevable, il procède ou fait procéder aux vérifications nécessaires et recueille les observations de l'administration pénitentiaire dans un délai compris entre trois jours ouvrables et dix jours à compter de [cette] décision » : al. 4, I, art. 803-8 du CPP. « Si le juge estime la requête fondée, il fait connaître à l'administration pénitentiaire, dans un délai de dix jours [...], les conditions de détention qu'il estime contraires à la dignité de la personne humaine et il fixe un délai compris entre dix jours et un mois pour permettre de mettre fin, par tout moyen, à ces conditions de détention. Avant la fin de ce délai, l'administration pénitentiaire informe le juge des mesures qui ont été prises », qui peuvent notamment prendre la forme d'un transfert : dernier al., I, art. 803-8 du CPP. Si le juge constate à l'issue de ce délai qu'il n'a pas été remédié aux conditions de détention contraires à la dignité, il rend dans un délai de 10 jours une ordonnance de transfèrement ou, si la personne est éligible à une des mesures prévues au III de l'article 707 du CPP, il ordonne une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur, de détention à domicile sous surveillance électronique, de libération conditionnelle ou une libération sous contrainte : al. 1, II, art. 803-8 du CPP. « Le juge peut toutefois refuser de rendre l'une des décisions prévues aux 1° à 3° du présent II au motif que la personne s'est opposée à un transfèrement qui lui a été proposé par l'administration pénitentiaire en application du dernier alinéa du I, sauf s'il s'agit d'un condamné et si ce transfèrement aurait causé, eu égard au lieu de résidence de sa famille, une atteinte excessive au droit au respect de sa vie privée et de sa vie familiale. » : dernier al., II, art. 803-8 du CPP. Sur cette procédure v. : PONSEILLE Anne, « La proposition de loi tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention : une avancée en trompe-l'oeil ? », *AJ Pénal*, n° 13, 2021, p. 736-624 ; GIACOPELLI Muriel, « La garantie du droit au respect de la dignité en détention: vers un recours effectif ? », *La semaine du droit*, n° 17, 2021, p. 799-802 ; SENNA Éric, « Le volet procédural de l'indignité des conditions de détention », *D.*, n° 18, 2021, p. 977-978 ; CÉRÉ Jean-Paul, FALXA Joana, HERZOG-EVANS Martine, « Exécution des peines », *D.*, n° 20, 2021, p. 1106-1114 ; ROBERT Jacques-Henri, CLAVERIE-ROUSSET Charlotte, DETRAZ Stéphane, LEROY Jacques, « Droit pénal et procédure pénale », *JCP G*, n° 19-20, 2021, p. 941-948 ; BONIS Évelyne, PELTIER Virginie, « Commentaire de la loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention », *Dr. pén.*, n° 6, 2021, étude 11.

le cadre d'une procédure *ad hoc* dans laquelle la libération ne peut être ordonnée qu'à défaut d'une autre solution et, notamment, d'un transfèrement ne portant pas une atteinte excessive à la vie privée et familiale.

2. Les critères d'octroi des mesures d'individualisation

78 Une nouvelle économie des critères d'octroi. Les critères d'octroi sont les différents éléments que les juridictions de l'application des peines doivent apprécier pour déterminer et motiver l'opportunité d'une mesure d'individualisation. Contrairement aux conditions d'octroi objectives, ils ont fortement évolué à l'initiative de l'imposition des principes directeurs de l'exécution des peines. Les critères propres aux différents régimes des mesures d'individualisation, tenant à l'exigence classique d'un projet de réinsertion, sont en effet de plus en plus supplantés par des critères autonomes, émergeant de l'article 707 du code de procédure pénale. L'analyse de cette reformulation des termes de la rationalisation de la poursuite de l'acte de juger est dès lors de nature à informer la dialectique entre l'exécution de la peine et sa modulation, caractérisant la rationalité punitive contemporaine. À cette fin, il convient de relever la marginalisation des critères spéciaux (a), avant d'observer l'affirmation des critères généraux (b).

a. La marginalisation des critères spéciaux

79 Le déclin des critères spéciaux. Les éléments d'appréciation dont disposent les régimes des diverses mesures d'individualisation sont caractéristiques de la notion d'aménagement de peine, en ce qu'ils visent un comportement ou une situation tendant vers la réinsertion et justifiant de ce fait une mesure de faveur destinée à récompenser et/ou protéger ces facteurs d'insertion. Spéciaux en ce qu'ils relèvent individuellement de chaque mesure, ces critères n'en désignent pas moins communément l'exigence d'un projet de réinsertion caractérisé. Pour autant, cette rationalisation de l'intervention du juge, fondée sur la matérialisation de l'opportunité de l'adaptation du régime d'exécution, connaît un déclin significatif, comme l'illustre le développement de procédés d'individualisation marqués par l'absence d'un projet de réinsertion caractérisé.

80 L'exigence d'un projet de réinsertion caractérisé. Classiquement, le justiciable souhaitant bénéficier d'une mesure d'individualisation doit justifier de son inscription dans un

projet, par la démonstration d'« efforts sérieux de réadaptation sociale⁴²⁵ » et/ou d'une situation familiale, professionnelle, sociale ou médicale particulière motivant la modulation de sa peine⁴²⁶. La loi ne dispose pas d'une définition de ces efforts sérieux, mais d'une liste des comportements pouvant les caractériser. Aux termes de l'article 721-1 du code de procédure pénale, il peut s'agir notamment de « progrès réels dans le cadre d'un enseignement ou d'une formation⁴²⁷ ». Autorisé à sanctionner d'autres efforts sérieux de réadaptation sociale, le juge est également libre d'apprécier de la réalité et de la suffisance de ces derniers. Les juridictions de l'application des peines ont en contrepartie l'obligation de motiver leur décision. Considérant que l'appréciation des critères d'octroi est une question de fait relevant de la souveraineté des juges du fond⁴²⁸, la chambre criminelle refuse de contrôler l'opportunité de la modulation et n'exige qu'une très faible motivation, ouvrant ainsi la porte au développement d'une politique d'application des peines⁴²⁹. Subordonnée à l'appréciation du juge, le champ personnel de l'usage des mesures d'individualisation peut varier d'un ressort⁴³⁰, voire d'un magistrat à l'autre⁴³¹. L'exigence par le code, en complément ou alternativement aux efforts sérieux de réadaptation sociale, d'une situation justifiant la libération de la personne condamnée ou caractérisant ses efforts, ne remet nullement en cause cette analyse. Certes, la prise en compte par la loi de « la nécessité de suivre un traitement médical⁴³² » ou « de l'exercice d'une activité professionnelle⁴³³ » est un moyen de parer à la

⁴²⁵ Al. 1, art. 721-1 ; al. 2, art. 729 du CPP.

⁴²⁶ V. par exemple : art. 729 et 720-1 du CPP.

⁴²⁷ Al. 1, art. 721-1 du CPP.

⁴²⁸ Pour une illustration en matière de fractionnement de peine v. : Crim., 28 avril 2004, n° 03-83.126, inédit, AJ Pénal 2004. 331, obs. Herzog-Evans.

⁴²⁹ Le contrôle opéré par la Cour de cassation est effectivement léger. À titre d'exemple, la chambre criminelle « a estimé [dans un arrêt du 6 mars 2002] qu'une cour d'appel en considérant simplement qu'une libération est prématurée eu égard à la fin de la peine ne fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation » : COUV RAT Pierre, « La libération conditionnelle entre son passé et son avenir », RSC, n° 4, 2002, p. 872-876 ; Crim., 6 mars 2002, n° 01-85.914, Bull. Crim. n° 59, RSC 2002. 812, obs. Boulloc. De même, la simple mention de l'absence d'effort de réinsertion sociale est une motivation suffisante : Crim., 18 octobre 2006, n° 06-84.212, inédit.

⁴³⁰ Au sein de chaque tribunal judiciaire est notamment instituée une « commission de l'exécution et de l'application des peines » réunissant les acteurs publics de l'exécution des peines dans le but d'échanger, de coordonner et d'améliorer les pratiques professionnelles dans la poursuite des objectifs de politique pénale, et, en particulier, la prévention de la surpopulation carcérale, le développement des mesures alternatives à la détention et des aménagements de peine : art. D. 48-5-4 du CPP. Dans un esprit analogue, l'article D. 48-5-1 du code de procédure pénale instaure une « conférence régionale portant sur les aménagements de peines et les alternatives à la détention ».

⁴³¹ En matière de permission de sortir, certains directeurs pénitentiaires relèvent que chaque « JAP a sa jurisprudence : rejet systématique ou non d'une première demande, délai minimal ou non entre chaque permission de sortir, audiences ou non avec les détenus, etc. Il existe donc, *de facto*, une inégalité territoriale entre les détenus, et une insécurité juridique source d'insécurité physique pour les personnels pénitentiaires selon les réactions individuelles ou collectives des détenus. » : SYNDICAT NATIONAL DES DIRECTEURS PÉNITENTIAIRES, *Permission de sortir... d'un débat faussé*, Communiqué de presse, 13 octobre 2005, p. 3.

⁴³² 3°, al. 2, art. 729 CPP.

⁴³³ 1°, al. 2, art. 729 CPP.

subjectivité inhérente à l'appréciation des efforts de la personne par le juge. Pour autant, la « notion de projet d'insertion ou de réinsertion⁴³⁴ » n'est pas de nature à pallier le caractère discrétionnaire de la modulation de la peine, particulièrement en matière de permission de sortir et d'autorisation de sortie sous escorte⁴³⁵.

Indispensables à la préparation des requêtes en aménagement⁴³⁶, à la réinsertion professionnelle et sociale, ainsi qu'à la gestion de la détention⁴³⁷, ces mesures permettant l'élargissement temporaire du détenu voient pareillement leur prononcé régi par des critères spéciaux. Malgré une réforme en 2016⁴³⁸, leur régime juridique se caractérise toujours par sa complexité et son manque de clarté⁴³⁹. Au-delà des critères communs assurant la bonne exécution de la mesure, tels que l'obligation de justifier « de possibilités licites d'hébergement⁴⁴⁰ », les conditions d'octroi des permissions de sortir se déduisent et varient en fonction de l'objet de la mesure – « de préparer la réinsertion professionnelle ou sociale du condamné, de maintenir ses liens familiaux ou de lui permettre d'accomplir une obligation exigeant sa présence⁴⁴¹ » – et de sa justification, qui peut être générale (« congé pénitentiaire ») ou ponctuelle (événement personnel, professionnel ou administratif). Quant à l'autorisation de sortie sous escorte, l'unique condition demeure toujours le caractère exceptionnel de l'événement justifiant la mesure⁴⁴². Mais dans tous les cas, la demande de permission ou d'autorisation de sortir sous escorte doit être fondée sur « un projet cohérent et réalisable⁴⁴³ » pour que celle-ci soit accordée, car ces mesures d'élargissement ponctuelles sont une étape à part entière du « parcours d'aménagement de peine⁴⁴⁴ ».

⁴³⁴ « Fiche technique 3. La notion de projet d'insertion et de réinsertion », in Circ. du 12 mai 2011 relative à l'aménagement de peine des condamnés libres et au développement des aménagements de peine prononcés à l'audience de jugement, JUSD1113051C, BOMJ n° 2011-05 du 31 mai 2011.

⁴³⁵ Art. 723-3 et 723-6 du CPP.

⁴³⁶ L'obtention d'une permission de sortir est fréquemment considérée comme une condition préalable à l'octroi d'une autre mesure d'élargissement par les juges de l'application des peines.

⁴³⁷ PONCELA Pierrette, « Pour un redéploiement des permissions de sortir », *RSC*, n° 1, 2016, p. 111-116.

⁴³⁸ Décr. n° 2016-1222 du 14 septembre 2016 relatif aux permissions de sortir et aux autorisations de sortie sous escorte.

⁴³⁹ HERZOG-EVANS Martine, « Permissions de sortir et autorisation de sortir sous escorte. Écran de fumée illisible et à droit quasiment constant », *AJ Pénal*, n° 12, 2016, p. 556 ; RANAIVO Anne-Sophie, « Permissions de sortir et autorisations de sortir sous escorte : des aménagements de peine négligés », *op. cit.*, p. 144-153.

⁴⁴⁰ Al. 2, D. 142-3 du CPP.

⁴⁴¹ Al. 2, art. 723-3 du CPP.

⁴⁴² Les « motifs susceptibles d'être qualifiés d'exceptionnels » sont, d'une part, « l'urgence de la situation comme la nécessité pour la personne de se rendre en un lieu déterminé en raison de la survenance d'un événement important tel qu'un décès, une naissance », et d'autre part, « le caractère impératif d'accomplir un acte qui ne peut être fait en détention » : Circ. du 19 janvier 2017 de présentation du décret n° 2016-1222 du 14 septembre 2016 relatif aux permissions de sortir et autorisations de sortir sous escorte, JUSD1701840C, BOMJ n° 2017-02 du 28 février 2017, p. 6.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 3.

⁴⁴⁴ « L'élaboration d'un parcours d'aménagement de peine va permettre d'envisager la situation de la personne détenue sur le long terme, en recherchant une progressivité indispensable à la dynamique de ce parcours. » :

Bien que l'on puisse regretter que les critères spéciaux ne soient pas en mesure de rationaliser plus strictement le caractère discrétionnaire de la modulation, ces derniers sont précieux car ils informent le projet de réinsertion devant être caractérisé pour bénéficier d'une mesure d'individualisation. Par là, ils œuvrent à la clarté et à la prévisibilité au champ *rationae personae* de l'individualisation judiciaire, raison pour laquelle il convient de s'interroger sur le mouvement de marginalisation les affectant.

81 L'absence d'un projet de réinsertion caractérisé. À partir de la loi du 15 août 2014, le législateur a effectivement entrepris d'ouvrir la porte à des mesures d'individualisation dont l'octroi n'est plus subordonné à la caractérisation d'un projet de réinsertion, dans le prolongement des procédures simplifiées d'éménagement⁴⁴⁵. Il s'agit d'abord de la libération sous contrainte, pour laquelle la loi précise seulement, en *sus* des conditions d'éligibilité⁴⁴⁶, que le juge « ne peut refuser l'octroi de la libération sous contrainte qu'en constatant, par ordonnance spécialement motivée, qu'il est impossible de mettre en œuvre une de ces mesures au regard des exigences de l'article 707⁴⁴⁷ ». Créée pour se substituer à des mécanismes d'aménagement critiqués pour la part réduite faite à l'appréciation du juge⁴⁴⁸, cette mesure met en place un système d'examen automatique des dossiers, et non un octroi de plein droit, y compris après la modification de l'article 720 du code de procédure pénale par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019⁴⁴⁹. Pour autant, cette dernière réforme tend expressément vers une modulation systématique des peines égales ou inférieures à cinq ans en souhaitant

« Fiche 2. La notion de parcours d'aménagement de peine », in Circ. du 10 décembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et du décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010 relatives à la procédure simplifiée d'aménagement des peines, JUSK1040026C, BOMJ n° 2010-10 du 31 décembre 2010.

⁴⁴⁵ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

⁴⁴⁶ Ne peuvent prétendre à la libération sous contrainte que les personnes « exécutant une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale inférieure ou égale à cinq ans [...] lorsque la durée de la peine accomplie est au moins égale au double de la durée de la peine restant à subir » : al. 1, art. 720 CPP. En outre, la libération sous contrainte n'est pas applicable aux personnes ayant fait connaître leur refus d'une libération sous contrainte, aux personnes pour lesquelles une requête est pendante devant la juridiction de l'application des peines, ainsi qu'aux personnes bénéficiant d'un aménagement de peine sous écrou, sauf lorsqu'elles bénéficient d'un placement extérieur sous surveillance du personnel pénitentiaire : dernier al., art. 720 ; art. D. 147-19 du CPP.

⁴⁴⁷ Al. 4, art. 720 du CPP.

⁴⁴⁸ Sur les procédures simplifiées d'aménagement des peines et les critiques émises à leur encontre par les JAP et une partie de la doctrine v. : *infra* n° 100-101.

⁴⁴⁹ PELTIER Virginie, « Sens et efficacité des peines », *Dr. pén.*, n° 5, 2019, étude 13, §21 ; CARPENTIER Yan, « Loi n° 2019-222, du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : aspects de droit de la peine », *Lexbase Pénal*, 2019, n° N8910BXB ; PERRIER Jean-Baptiste, « La réforme du droit de la peine : tout changer pour que rien ne change », *RSC*, n° 2, 2019, p. 449-460 ; LETURMY Laurence, « La (prétendue) réforme pénitentiaire », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXI^e siècle ?*, PELLÉ Sébastien, BEAUSSONIE Guillaume, BOTTON Antoine, BERGEAUD Aurélie, BONIS Évelyne (dir.), Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2020, p. 275-276.

faire de cette modalité une « étape normale du parcours d'exécution de la peine⁴⁵⁰ ». En ce but, non seulement les critères généraux sont complètement suppléés aux critères d'octroi spéciaux, mais ceux-ci sont explicitement réduits à des motifs de refus exceptionnels⁴⁵¹.

Ensuite, la loi du 23 mars 2019 a étendu ce mouvement de marginalisation des critères spéciaux au régime de la surveillance électronique, de la semi-liberté et du placement à l'extérieur dans le code pénal⁴⁵². Ces derniers ont effectivement disparu des conditions d'octroi de ces mesures, de sorte que la juridiction n'ait plus qu'à apprécier « la personnalité et la situation⁴⁵³ » du condamné pour déterminer l'opportunité de la modulation⁴⁵⁴. La chambre criminelle précise d'ailleurs que « l'aménagement n'est plus subordonné à l'exigence d'un tel projet⁴⁵⁵ ». Concernant le prononcé de ces mesures au cours de l'exécution de la peine, une solution similaire a été retenue pour favoriser la modulation. L'article D. 119 du code de procédure pénale dispose en effet qu'elles sont prononcées « conformément aux dispositions du deuxième alinéa du II et du III de l'article 707, au regard de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée⁴⁵⁶ », reléguant les critères spéciaux listés dans cette disposition à n'être que des illustrations d'opportunités d'élargissement. Ainsi, la volonté d'assurer l'effectivité de l'*ultima ratio* de l'emprisonnement et de prévenir les sorties sans suivi judiciaire nourrit un large mouvement de réduction du périmètre d'application des critères spéciaux. Considérons à cet égard qu'au-delà de l'extension indéniable du champ de la modulation que cette modification implique, la marginalisation de ces critères contribue à l'aggravation de l'incertitude quant au comportement et à la situation permettant d'obtenir une modulation de sa peine. Or, le déclin de la place des critères généraux dans la rationalisation de la participation du juge de

⁴⁵⁰ « Aux termes de l'article 720 du code de procédure pénale, la libération sous contrainte doit désormais être prononcée à l'égard de toute personne éligible à la mesure, sauf impossibilité, constatée par ordonnance spécialement motivée, au regard des exigences fixées à l'article 707 du code de procédure pénale. » : Circ. du 27 mai 2019 relative à la présentation des dispositions relatives à la libération sous contrainte de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et du décret n° 2019-508 du 24 mai 2019, Garde des sceaux, JUSD1915420C, p. 3.

⁴⁵¹ Aux termes de la circulaire d'application, cette impossibilité pourra résulter d'un obstacle matériel, telle l'absence d'hébergement, ou de la présence de facteurs de risque et de vulnérabilité, dans la mesure où les modalités de la libération sous contrainte ne pourrait y pallier : *ibid.*, p. 5. Par ailleurs, l'article 720 du code de procédure pénale étend ce « principe de la libération anticipée » aux personnes arrivant au seuil d'éligibilité des deux tiers de la peine avec une requête en aménagement pendante devant la juridiction de l'application des peines, qui devra dès lors se prononcer conformément à ce « principe d'octroi » déterminant l'absence d'exigence de « la construction d'un projet de sortie » : *ibid.*, p. 6.

⁴⁵² Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁴⁵³ Al. 1, art. 132-25 du CPP ; II, al. 2, art. 707 du CPP.

⁴⁵⁴ Ils sont toujours présents dans le code pénal, à l'article 132-26, mais ne sont plus que des facteurs pour déterminer les périodes durant lesquelles la personne condamnée doit rejoindre l'établissement pénitentiaire ou demeurer à son domicile : al. 3, art. 132-26 du CP.

⁴⁵⁵ Crim., 11 mai 2021, n° 20-85.576, publié au Bull. Crim., §54.

⁴⁵⁶ Al. 1, art. D. 119 du CPP.

l'application des peines à l'acte de juger n'est pas limité aux courtes et moyennes peines, dont la modulation tend à devenir systématique. L'affirmation des critères généraux (b) libéralise en effet l'ensemble des usages des mesures d'individualisation, pour mieux les inscrire dans la rationalité punitive contemporaine.

b. L'affirmation des critères généraux

82 L'essor des critères généraux. Après la loi du 15 juin 2000⁴⁵⁷, la doctrine constatait le développement d'un mouvement jurisprudentiel consistant, pour les nouvelles juridictions de l'application des peines, à mobiliser des critères d'octroi étrangers aux régimes des mesures d'individualisation⁴⁵⁸. Malgré l'absence de fondement légal, la Cour de cassation n'a pas censuré cette pratique consistant à justifier les décisions relatives à l'octroi, non plus simplement sur l'existence d'un projet de réinsertion caractérisé, mais aussi sur la reconnaissance des faits, la personnalité et les risques de trouble à l'ordre public qui peuvent en découler⁴⁵⁹. La chambre criminelle est d'ailleurs allée jusqu'à préciser dans un attendu de principe que les dispositions de la libération conditionnelle « excluent qu'une telle mesure soit accordée lorsque le comportement du condamné ou sa personnalité font apparaître des risques de récidive⁴⁶⁰ », quand la loi indique simplement que les « condamnés ayant à subir une ou plusieurs peines privatives de liberté peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle s'ils manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale⁴⁶¹ ». Ces critères d'octroi, pouvant un temps être considérés *praeter legem*, trouvent aujourd'hui dans les principes directeurs de l'exécution des peines un fondement textuel et une nouvelle légitimité.

83 Des critères admis. Tous les motifs s'inscrivant dans le sillage des objectifs et finalités de l'exécution des peines peuvent être mobilisés sur le fondement de l'article 707 du code de procédure pénale. La prévalence de l'objectif de prévention de la récidive semble à cet égard les enduire d'une onction de légitimité, les faisant apparaître aussi évidents que nécessaires. Sans entreprendre d'en dresser un catalogue exhaustif, nous procéderons à

⁴⁵⁷ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁴⁵⁸ HERZOG-EVANS Martine, « La libération conditionnelle et la judiciarisation. L'émergence de critères jurisprudentiels *contra legem* », *D.*, 2002, p. 837-842 ; COUV RAT Pierre, « La libération conditionnelle entre son passé et son avenir », *op. cit.*, p. 872-876.

⁴⁵⁹ JRLC de Caen, 26 avril 2001, *D.* 2002. 837, note Herzog-Evans ; JNLC, 23 novembre 2001, *D.* 2002. 837, note Herzog-Evans.

⁴⁶⁰ Crim., 15 mars 2002, n° 01-99.073, *Bull. Crim. JNLC* n° 1, RSC 2002. 812, obs. Bouloc.

⁴⁶¹ Art. 729 du CPP.

l'identification de certains d'entre eux, afin d'analyser leur portée eu égard à un projet de réinsertion aux qualités incontestables.

Le rapport de la personne condamnée aux faits commis ou au mobile est l'un de ces motifs pouvant indirectement justifier le refus d'une mesure d'individualisation. Le raisonnement sous-jacent à ce dernier est qu'une personne qui ne remet pas en cause les comportements ayant donné lieu à l'infraction présenterait un risque de récidive plus important du fait de sa personnalité⁴⁶². Au-delà de cette exigence d'un regard critique sur ses actes, les juridictions du fond exigent également, parfois, un reniement de l'idéologie politique ayant sous-tendu les infractions commises, ce qui ne manque pas de constituer une atteinte à la dimension interne de la liberté de pensée⁴⁶³. En raison de critères reposant sur des notions a-juridiques, le juge dispose ainsi d'une grande liberté pour qualifier une caractéristique du sujet ou de sa situation en facteur de risque s'opposant à l'élargissement.

Sur le fondement des objectifs de l'exécution des peines, des motifs tenant à la prise en compte de la victime et des intérêts de la société peuvent être aussi mobilisés. En particulier, la Cour d'appel qui reproche à la personne condamnée de ne pas avoir « manifesté de compassion envers [les victimes] et leurs familles », ainsi que d'avoir effectué à ces dernières des « versements opportunistes et utilitaires » durant l'exécution de la peine, n'est pas censurée par la Cour de cassation, alors même que cela revient à exiger spécialement un repentif actif au stade de l'exécution de la peine⁴⁶⁴. Les juges d'appel allaient d'ailleurs jusqu'à indiquer que « l'indemnisation des victimes fait partie intégrante de la peine⁴⁶⁵ ». Dans le code, l'indemnisation des victimes est un exemple d'efforts de réadaptation sociale et un droit reconnu aux victimes. Mais les leçons qu'en tire le juge sur le rapport émotionnel du sujet aux victimes en fait un motif de refus d'octroi, fondé sur les critères de la personnalité et

⁴⁶² Dans un arrêt du 22 juin 2016, la juridiction suprême rejette le pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt confirmatif refusant l'octroi de réductions de peine supplémentaires au demandeur, aux motifs que, malgré les démarches de réadaptation sociale, les avis sont défavorables au prononcé de réductions de peine, et, surtout, que « l'absence de questionnement sur le parcours criminel reste préoccupant » : Crim., 22 juin 2016, n° 15-82.638, inédit. Ayant pour unique objet de récompenser les efforts particuliers de réadaptation sociale, l'absence de questionnement sur le parcours criminel, ou tout autre critère rattaché aux finalités de l'exécution de la peine, ne devrait pas pouvoir être mobilisé pour justifier le refus de réductions de peine supplémentaires qui n'emportent pas une libération immédiate de la personne. Pour un exemple en matière de libération conditionnelle v. : Crim., 31 octobre 2018, n° 17-86.660, Bull. Crim. n° 183, préc.

⁴⁶³ La mobilisation de ce type de motifs pour justifier le refus d'un placement à l'extérieur a été validée par la Cour de cassation à l'encontre d'une personne condamnée pour des infractions terroristes commises dans le cadre de l'action armée de l'ETA. La chambre de l'application des peines visait la « problématique liée à ses convictions » et soulignait qu'« il ne renie pas ses convictions » : Crim., 9 avril 2014, n° 13-84.290, Bull. Crim. n° 111, AJ Pénal 2015. 107, obs. Herzog-Evans.

⁴⁶⁴ Crim., 9 avril 2014, n° 13-84.290, Bull. Crim. n° 111, préc. Sur cette question v. : HERZOG-EVANS Martine, « Les terroristes doivent avoir de la compassion pour les victimes et renoncer à leurs idées politiques », *AJ Pénal*, n° 3, 2015, p. 107.

⁴⁶⁵ Crim., 9 avril 2014, n° 13-84.290, Bull. Crim. n° 111, préc.

du risque de récidive⁴⁶⁶. De surcroît, le sentiment de la victime vis-à-vis de l'octroi d'une mesure est lui aussi de nature à être mobilisé pour faire obstacle à la modulation de la peine⁴⁶⁷. Assouvir les désirs de rétribution des victimes n'est pourtant pas un motif légitime d'ordre pénologique justifiant la poursuite de l'emprisonnement. Si l'avis de celles-ci est pertinent pour les modalités de la mesure octroyée, concernant les interdictions possibles pour leur éviter de futures interactions avec l'auteur de l'infraction⁴⁶⁸, il ne devrait pas être pris en compte pour déterminer l'opportunité de l'élargissement.

L'invocation des sentiments des victimes, combinés aux intérêts de la société, soutient également l'argument tenant à la durée de la peine subie ou restant à subir. Dans deux affaires, la Cour de cassation a en effet validé le motif tenant à la durée de la peine à subir, alors même que les juridictions d'appel avaient constaté que tous les critères relatifs à la libération conditionnelle étaient caractérisés⁴⁶⁹. Dans l'un et l'autre de ces arrêts, la combinaison du pouvoir d'appréciation du juge et des critères généraux permet de revenir sur la délimitation des peines pouvant être modulées, en convertissant une condition de recevabilité remplie en un motif de refus d'octroi. À ce titre, il est regrettable que la Cour n'ait pas relevé cet argument comme inopérant, car ces décisions constituaient l'occasion de rappeler que les conditions d'octroi relatives à la durée de la peine relèvent du législateur, et non du pouvoir d'appréciation du juge⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ Les critères spéciaux d'octroi peuvent donc, grâce aux critères généraux, se transformer en motif de refus. Alors que ces derniers ne sont prévus par le code de manière alternative que pour justifier de l'élargissement, ils sont parfois admis à motiver le refus d'une mesure d'individualisation. C'est le cas dans un arrêt de la chambre criminelle du 4 avril 2002 où elle admet implicitement que l'indemnisation partielle des victimes puisse être mobilisée par les juges du fond pour motiver un refus d'une libération conditionnelle : Crim., 4 avril 2002, n° 01-87.416, inédit. V. également : Crim., 27 mai 2021, n° 20-82.727, publié au Bull. Crim.

⁴⁶⁷ La chambre de l'application des peines de Rennes a notamment eu l'occasion de mobiliser à l'appui d'un refus d'octroi de libération conditionnelle « que les parties civiles se sont opposées à l'octroi de l'aménagement sollicité » : Crim., 3 septembre 2014, n° 13-80.951, inédit.

⁴⁶⁸ V. : *infra* n° 145.

⁴⁶⁹ Dans le premier arrêt, la chambre de l'application des peines a indiqué que « la date de libération de l'intéressé apparaît encore très lointaine s'agissant d'un délai actuellement fixé à près de cinq ans » : Crim., 3 septembre 2014, n° 13-80.951, inédit. Dans le second, la Cour d'appel va jusqu'à mobiliser un « principe de crédibilité de la peine », eu égard notamment à l'« important émoi dans la région », pour justifier le refus de la demande : Crim., 28 avril 2011, n° 10-87.799, Bull. crim. n° 79, préc. V. également : Crim., 6 mars 2002, n° 01-85.914, Bull. Crim. n° 59, préc. ; Crim., 4 octobre 2006, n° 06-80.361, inédit ; CHAP de Toulouse, 10 octobre 2007, n° 2007/964, D. 2008. 674, note Giacomelli.

⁴⁷⁰ En 2016, la chambre criminelle a toutefois cassé un arrêt refusant l'octroi d'une mesure de libération conditionnelle au motif unique que « celle-ci est prématurée dans la mesure où la fin de peine doit intervenir que dans un délai de vingt et un mois » : Crim., 27 janvier 2016, n° 15-84.075, Bull. Crim. n° 24, D. 2016. 1220, chron. Herzog-Evans. Néanmoins, le cas d'ouverture à cassation retenu par la Cour n'est pas la violation de la loi et la décision est rendue au visa de l'article 593 du code de procédure pénale. La juridiction suprême considère que la Cour d'appel n'a pas justifié sa décision, en se « prononçant sur ce seul motif, alors que le condamné avait accompli la durée de la peine lui permettant de solliciter une libération conditionnelle », et qu'elle n'a donc pas répondu aux arguments du requérant quant aux conditions d'octroi : *ibid.* Dès lors, il ne faut pas déduire de cet arrêt le rejet pur et simple du critère de la peine restant à subir, car la Cour de cassation

Finalement, les critères généraux peuvent servir de fondement à une grande diversité de motifs non prévus par le code⁴⁷¹. Cette pratique jurisprudentielle pose éminemment problème, car il est admis de mobiliser des critères non définis et fondés sur des notions juridiques, telles que la personnalité, pour motiver une décision de refus, y compris lorsque tous les critères spéciaux sont manifestement remplis⁴⁷².

84 Des critères proscrits. L'instauration d'une telle « multiplicité des critères décisionnels⁴⁷³ » est la raison pour laquelle un projet de réinsertion doit être considéré comme le prérequis, et non la garantie d'une modulation de la peine. De la sorte, l'article 707 du code de procédure pénale accroît la liberté du juge dans l'usage des mesures d'individualisation, au détriment de la portée des critères d'octroi spéciaux et de la sécurité juridique. Cependant, la clarification des objectifs et des principes de l'exécution des peines a également permis de rejeter des critères ne s'inscrivant pas dans les principes directeurs. Au premier rang de ces motifs inopérants, nous retrouvons « la gravité de l'infraction⁴⁷⁴ », qui ne peut être invoquée au-delà du procès pénal. C'est ensuite le déni des faits qui est proscrit par la chambre criminelle de la motivation d'un refus d'octroi, que ce soit pour un aménagement *ab initio*⁴⁷⁵, au cours de l'exécution de la peine⁴⁷⁶, ou *a fortiori* lors du jugement, puisque « tout prévenu a le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination⁴⁷⁷ ». Il convient cependant de distinguer ce motif du rapport psychologique de la personne aux faits commis. La réflexion du sujet sur

reproche seulement à la Chambre de l'application des peines de ne pas avoir mis en relation ce motif avec les critères d'octroi énoncés par le code, contrairement aux deux décisions précitées.

⁴⁷¹ Un autre exemple est la prise en compte de la mauvaise conduite. Dans le régime des mesures d'exécution des peines, la mauvaise conduite n'est qu'un critère de retrait ou de révocation de la mesure. Cependant, sur le fondement des critères généraux de l'article 707 du code de procédure pénale, elle est invoquée comme un critère de refus d'octroi de la mesure d'individualisation. Dans une première illustration, il a été reproché à la personne condamnée de ne pas avoir une attitude irréprochable dans le centre de semi-liberté : CHAP de Douai, 29 février 2008, n° 08/00776, D. 2009. 1376, chron. Herzog-Evans. Dans une seconde illustration, la Cour invoque simplement le fait que « l'attitude générale [de la personne condamnée] ne peut que rendre aléatoire le déroulement d'une mesure telle qu'une permission de sortir » : Crim., 4 mars 2009, n° 08-85.311, inédit. Le refus de la mesure d'aménagement sert cette fois-ci la protection des intérêts de la société.

⁴⁷² V. not. : Crim., 28 avril 2011, n° 10-87.799, Bull. Crim. n° 79, préc. ; Crim., 9 avril 2014, n° 13-84.290, Bull. Crim. n° 111, préc. ; Crim., 3 septembre 2014, n° 13-80.951, inédit ; Crim., 27 mai 2021, n° 20-82.727, publié au Bull. Crim.

⁴⁷³ JANAS Michaël, « Le JAP et l'aménagement des peines vers le milieu ouvert », *op.cit.*, p. 102. « Il est également indispensable de retracer le comportement et l'évolution du condamné depuis le début de sa peine. Son attitude positive et volontaire en détention, l'indemnisation volontaire de la victime, la poursuite de soins ou encore sa réflexion par rapport aux faits pour lesquels il a été incarcéré... sont autant de précieux indicateurs pour favoriser l'aménagement. Ils sont étayés par les éventuels examens des experts psychiatres et psychologiques ainsi que par les avis des professionnels de l'administration pénitentiaire qui côtoient le détenu. » : *ibid.*

⁴⁷⁴ Crim., 28 avril 2011, n° 10-87.799, Bull. Crim. n° 79, préc.

⁴⁷⁵ Crim., 3 février 2010, n° 09-84.850, inédit, AJ Pénal 2010. 334, note Herzog-Evans ; Procédures 2010. n° 5. comm. 196, note Chavent-Leclerc.

⁴⁷⁶ Crim., 25 novembre 2009, n° 09-82.971, Bull. Crim. n° 197, préc.

⁴⁷⁷ Crim., 7 mars 2018, n° 17-80.449, inédit.

ses actes est recherchée et analysée par le juge pour évaluer la personnalité du condamné et son risque de récidive⁴⁷⁸. Si le déni des faits est un motif inopérant, la perception de la personne de son comportement infractionnel est pris en compte en tant que facteur de prédiction pour sa conduite future⁴⁷⁹. On perçoit dès lors que la différence entre les motifs admis et proscrits tient au fait qu'ils informent, ou non, la psychologie du sujet et son évolution⁴⁸⁰. Les conditions d'octroi des mesures d'individualisation s'inscrivent ainsi dans la continuité des termes anthropologico-juridiques du calcul de la peine, mais s'en différencient, en ne prenant plus en compte la qualification des faits et la culpabilité, pour se recentrer sur la personnalité et la situation du condamné.

85 La libéralisation ambivalente de l'octroi des mesures d'individualisation. La participation à l'acte de juger des juridictions de l'application des peines tend à ne plus être dirigée que par les principes directeurs de l'exécution des peines, au détriment de la place de la rationalité légale dans la dialectique entre l'exécution de la peine et sa modulation. D'un côté, un projet de réinsertion n'est plus exigé pour la modulation des courtes et moyennes peines, de l'autre, il n'est plus suffisant pour obtenir un élargissement, illustrant ainsi que la polarisation du droit l'application des peines dépasse sa dimension dichotomique. Nul doute que cette libéralisation de l'octroi des mesures d'individualisation est un atout appréciable dans la poursuite de l'objectif de marginalisation de l'emprisonnement et pour éviter les sorties sans suivi judiciaire. Néanmoins, la grande marge d'appréciation laissée au juge par les critères généraux peut conduire à une décision de refus, alors même que la juridiction relève que l'ensemble des critères d'octroi de la mesure sont satisfaits. S'ils sont aussi l'objet du pouvoir d'appréciation du juge, ces critères spéciaux se réfèrent à des éléments plus tangibles et spécifiés. L'exigence de caractérisation du projet de réinsertion est dès lors à la fois une difficulté pour la personne condamnée et une garantie, car le juge ne peut nier ses éventuelles qualités. *A contrario*, la subordination de l'octroi à l'appréciation de critères fondés sur des notions a-juridiques empêche un contrôle rigoureux des décisions par la Cour

⁴⁷⁸ JANAS Michaël, « Le JAP et l'aménagement des peines vers le milieu ouvert », *op. cit.*, p. 101-105.

⁴⁷⁹ L'arrêt qui ne censure pas la décision de la Cour d'appel prenant en compte « l'absence de questionnement sur le parcours criminel » n'est donc pas un arrêt de revirement : Crim., 22 juin 2016, n° 15-82.638, inédit.

⁴⁸⁰ L'arrêt de chambre de l'application des peines, dont a eu à connaître la Cour de cassation dans une décision en date du 4 octobre 2006, est à ce titre pédagogique : Crim., 4 octobre 2006, n° 06-80.361, inédit. La Cour d'appel reproche à la personne condamnée le fait qu'il « se déclare innocent de l'ensemble des faits extrêmement graves pour lesquels il a été condamné ». Néanmoins, elle mobilise cela à l'appui du fait que ce dernier « n'a pas évolué depuis son incarcération ». Le déni des faits n'est pas tellement invoqué en soit, mais plutôt comme un élément appuyant l'absence d'amendement de la personne condamnée, faisant obstacle à son élargissement en raison du risque de récidive que ce jugement sur sa personne implique.

de cassation. L'insuffisance de l'encadrement des mesures d'individualisation conduit alors à une insécurité juridique et un fort risque d'inégalité entre les justiciables. Le juge peut effectivement prendre une décision de refus sur des causes illicites, comme le fondement de la condamnation, et substituer à celles-ci l'appréciation d'une question de fait portant sur la notion indéfinie de personnalité pour se mettre à l'abri du faible contrôle de la chambre criminelle⁴⁸¹. Dès lors, l'exigence de motivation n'est pas de nature à éviter l'arbitraire.

Auparavant essentiels, les critères spéciaux et légaux, tenant à la réinsertion, sont aujourd'hui supplantés par les critères généraux et prétoriens, indexés sur les principes directeurs de l'exécution des peines. Cette affirmation des critères généraux, à l'image de l'imposition progressive de la notion de désistance dans le champ pénitentiaire, opère un changement dans l'économie de l'octroi des mesures d'individualisation. La rationalisation de la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger se trouve de plus en plus abandonnée à de larges critères, non définis et légitimant de nombreux motifs de refus d'octroi. Les usages des modalités d'exécution judiciaires sont ainsi désormais avant tout indexés sur les caractéristiques de l'individu, renforçant le caractère discrétionnaire de la modulation judiciaire. Dès lors, le champ *rationae personae* de l'usage des mesures d'individualisation est désormais largement abandonné à une politique d'application des peines difficilement prévisible et contrôlable, y compris pour le législateur⁴⁸².

*

86 La modulation judiciaire soumise au pouvoir d'appréciation du juge. La combinaison des conditions d'éligibilité et des critères d'octroi délimite la participation des

⁴⁸¹ Malgré l'absence de critères visant l'infraction, certaines catégories de personnes détenues sont, *de facto*, exclues de certaines mesures d'application des peines : PONCELA Pierrette, « Le chantier de l'exécution des peines est ouvert. Quelques remarques sur la loi du 15 juin 2000 », *RSC*, n° 4, 2000, p. 887-891. Dès lors, la politique d'aménagement des peines prend le relais de l'individualisation légale pour prendre en compte le fondement de la condamnation dans l'individualisation judiciaire. Sur « l'incidence des infractions sur les admissions à la libération conditionnelle » v. : COMMISSION SUR LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE, *La libération conditionnelle. Rapport à Madame le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, Paris, Ministère de la Justice, 2000, p. 17-19.

⁴⁸² Le principal motif de la réécriture de l'article 720 du code de procédure pénale par la loi du 23 mars 2019 est d'ailleurs l'insuffisance, aux yeux du législateur, de l'emploi de la libération sous contrainte par les juges de l'application des peines. Au 1^{er} janvier 2018, 719 personnes étaient suivies par l'administration pénitentiaire suite au prononcé d'une libération sous contrainte, dont 502 étaient placées sous écrou : *Statistiques mensuelles des personnes écrouées et détenues en France. Situation au 1^{er} janvier 2018*, Bureau des statistiques et des études, DAP, Ministère de la justice, p. 49 ; *Statistique trimestrielle du milieu ouvert. Situation au 1^{er} janvier 2018. Mouvements au cours du 4^{ème} trimestre 2017*, Bureau des statistiques et des études, DAP, Ministère de la justice, p. 20. Au 1^{er} mai 2021, 805 personnes étaient placées sous écrou suite au prononcé d'une libération sous contrainte : « Tableau 41 : Évolution mensuelle du nombre de personnes condamnées écrouées selon le type de libération sous contrainte », in *Statistiques des établissements des personnes écrouées en France*, Bureau de la donnée, DAP, Ministère de la Justice, 2021.

juridictions de l'application des peines à l'acte de juger. En ce que l'octroi des mesures d'individualisation est subordonné à une appréciation judiciaire, leur prononcé n'est ni un droit pour la personne condamnée⁴⁸³, ni une obligation pour le juge, malgré le principe de l'adaptation du régime d'exécution de la peine au cours de l'acte de punir. Il convient en conséquence d'étudier dorénavant les modalités de la participation à l'acte de juger (§2), pour observer dans quel cadre procédural le juge exerce son pouvoir d'appréciation.

§2. LES MODALITÉS DE LA PARTICIPATION À L'ACTE DE JUGER

87 Deux mouvements de transformation de l'application des peines. Alors que l'exécution de la peine relevait autrefois exclusivement de l'administration, les principales mesures d'individualisation ne peuvent plus être prononcées que par l'autorité judiciaire. L'institution du juge de l'application des peines par le code de procédure pénale de 1958 a en premier lieu initié un mouvement de judiciarisation, qui s'est achevé en 2000 avec la suppression du pouvoir d'octroi du ministre de la Justice⁴⁸⁴. Jusqu'à cette date, l'individualisation reposait, soit sur la prise de mesures d'administration judiciaire, soit par le « fait du Prince⁴⁸⁵ ». Si des tentatives antérieures peuvent être notées⁴⁸⁶, c'est la loi du 15 juin 2000 qui a parachevé la judiciarisation de ce contentieux et déclenché par voie d'amendement un second mouvement de transformation des modalités d'octroi des mesures d'individualisation. Ces conditions d'exercice dans lesquelles le juge doit « fixer les

⁴⁸³ Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, une libération anticipée ne devient un droit protégé, au titre de l'article 5 de la convention, que dans l'éventualité où « les autorités compétentes ne disposent d'aucun pouvoir discrétionnaire et sont tenues d'appliquer une telle mesure à toute personne remplissant les conditions fixées par la loi pour en bénéficier » : CEDH, [GC] 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, n° 42750/09, RSC 2014. 174, note Roets ; D. 2013. 2775, obs. Falxa ; AJDA 2014. 147, chron. Burgogue-Larsen ; Dr. pén. 2013. n° 12. comm. 179, obs. Peltier ; Dr. pén. 2014. n° 1. étude 2, note Peltier ; Dr. pén. 2014. n° 4. chron. 4, chron. Dreyer, §126.

⁴⁸⁴ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Sur les prémices de la judiciarisation et, notamment, l'expérimentation, dès 1946, d'un juge de l'exécution des peines v. : AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », *op. cit.*, p. 1-30 ; RENNEVILLE Marc, « Que tout change pour que rien ne change ? Aux origines de la judiciarisation de l'exécution des peines en France (1789-1958) », in *Criminocorpus*, 2013, 24 p. ; RENNEVILLE Marc, « Aux origines de la judiciarisation de l'exécution des peines en France », in *L'aménagement des peines privatives de liberté : l'exécution de la peine autrement*, KENSEY Annie (dir.), *op. cit.*, p. 31-40.

⁴⁸⁵ PONCELA Pierrette, « Le fait du prince : la libération conditionnelle accordée par le ministère de la Justice », *RSC*, n° 1, 1999, p. 139-144.

⁴⁸⁶ LAZERGES Christine, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes histoire d'une navette parlementaire », *RSC*, n° 1, 2001, p. 7-24 ; PONCELA Pierrette, « Le détail et l'évènement. Réformes législatives, comités d'études et parlementaires », in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2014, p. 273-281 ; LEVASSEUR George, « Aperçu sur la judiciarisation de l'exécution des sanctions répressives », *RPDP*, 1983, p. 331.

principales modalités de l'exécution des peines privatives de liberté⁴⁸⁷ » ont été profondément renouvelées par la juridictionnalisation de l'application des peines⁴⁸⁸. Cette seconde « mutation⁴⁸⁹ » de l'application des peines, correspondant à un mouvement « non coordonn[é]⁴⁹⁰ », a été la condition de possibilité de l'extension de l'individualisation judiciaire à l'exécution de la peine.

88 Deux ensembles de modalités d'octroi. Contraignant l'exercice de l'office du juge, la diversité des procédures ayant émergé de ces mouvements de transformation façonne les usages des mesures d'individualisation. Il ne s'agit donc pas simplement d'observer quelles sont les voies de la poursuite de l'acte de juger, mais de s'interroger sur l'apport de ces modalités à la dialectique entre l'exécution de la peine et sa modulation, en se demandant comment la logique modale est mise au service des principes directeurs de l'exécution des peines. Au vu des conditions d'octroi, cette question revient à rechercher dans quelles conditions s'exerce l'appréciation des caractéristiques de l'individu. Or, le législateur a élaboré différents ensembles de modalités, en fonction des problématiques auxquelles est confrontée la modulation judiciaire. Afin d'appréhender l'apport de cette diversité à l'usage de mesures d'individualisation, il convient dès lors de distinguer la procédure ordinaire (A), conciliant les exigences du procès équitable avec la gestion d'un contentieux de masse, et les procédures simplifiées (B), poursuivant la marginalisation de l'emprisonnement.

A. La procédure ordinaire

89 Une procédure produit de conciliations. La juridiction de l'application des peines prononce l'essentiel des mesures d'individualisation dans le respect du principe du

⁴⁸⁷ Al. 1, art. 712-1 du CPP.

⁴⁸⁸ Nous entendons par ce terme le « procédé consistant à attribuer à des actes qui ne la comporteraient normalement pas la qualification d'acte juridictionnel, afin de leur étendre le régime de ce dernier » : « Juridictionnalisation », in *Vocabulaire juridique*, CORNU Gérard (dir.), *op. cit.*, p. 590. Plus précisément, « cela signifie que non seulement la décision est prise par une autorité judiciaire, mais qu'elle résulte d'une procédure contradictoire dans le respect des droits de la défense et qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un recours. » : PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 339. Cette juridictionnalisation constitue également un apport considérable au mouvement de judiciarisation de l'exécution des peines et, avec la loi du 9 mars 2004, elle met fin à la notion de « mesures d'administration judiciaire » dans le droit de l'application des peines. Sur l'évolution de la nature des décisions du JAP v. : BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §527-1531 ; BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, p. 132-139.

⁴⁸⁹ COUV RAT Pierre, « Le difficile passage du gué. De la décision d'administration judiciaire à la décision juridictionnelle. », *RSC*, n° 2, 2001, p. 425.

⁴⁹⁰ *Ibid.* V. également sur ce point : BONIS-GARÇON Évelyne, « Les incohérences de la juridictionnalisation au stade de l'exécution des sanctions pénales », in *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2009, p. 313-323.

contradictoire, des droits de la défense et du droit au recours. Toutefois, le législateur préserve toujours l'irréductible catégorie des mesures prononcées par le juge en commission d'application des peines⁴⁹¹, en faisant fi des exigences du procès équitable. Le maintien de cette procédure non contradictoire est significatif de l'existence d'un contentieux de masse en la matière⁴⁹². Ainsi, le cadre procédural est le produit de multiples conciliations entre les exigences du procès équitable, de la gestion des flux et de la nécessité d'accorder au juge les instruments nécessaires à l'exercice de son office, en accord avec les principes directeurs de l'exécution des peines. C'est pourquoi la procédure désignée comme « ordinaire⁴⁹³ » vise en réalité un ensemble de modes d'octroi hétérogènes (1), modulant les garanties procédurales selon les besoins, tout en respectant un processus décisionnel unique (2).

1. Des modes d'octroi hétérogènes

90 La nature des modes d'octroi. La juridictionnalisation de l'application des peines s'est cristallisée autour du juge de l'application des peines et a fait de celui-ci « le juge de l'individualisation de la peine pour tout ce qui suit le prononcé⁴⁹⁴ ». Cependant, ces derniers exercent leurs fonctions selon différentes modalités, en fonction de la conciliation opérée par le législateur entre les différents impératifs procéduraux⁴⁹⁵. Plus étonnant, la loi du 9 mars 2004 – louée pour avoir parachevé l'entreprise de juridictionnalisation – est également celle qui a substitué aux réductions de peine pour bonne conduite octroyées par le juge des crédits de réduction de peine, attribués automatiquement par le greffe des établissements

⁴⁹¹ Art. 712-5 du CPP.

⁴⁹² PONCELA Pierrette, « Le chantier de l'exécution des peines est ouvert. Quelques remarques sur la loi du 15 juin 2000 », *RSC*, n° 4, 2000, p. 887-891. Ce type de contentieux se caractérise par un critère quantitatif, désignant une quantité de requêtes disproportionnée par rapport aux capacités du rôle des juridictions compétentes, et par un critère qualitatif, visant la grande similarité des litiges dont la résolution relève pour la plupart d'une appréciation des faits standardisée : CALVÈS Gwénaële, « Mieux connaître les contentieux de masse, l'apport des travaux sociologiques », *RFDA*, n° 3, 2011, p. 477 ; GAUDEMET Yves, « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », *RFDA*, n° 3, 2011, p. 464 ; PONCELA Pierrette, LASCOURMES Pierre, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte ?*, *op. cit.*, p. 33-34. Au vu du nombre de requêtes et du fait que leur résolution relève essentiellement de l'appréciation par les juges des efforts de réinsertion et de la bonne conduite des personnes condamnées, les mesures prononcées en commission d'application des peines constituent un contentieux de masse.

⁴⁹³ BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §1631.

⁴⁹⁴ COUVROT Pierre, « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines Commentaire des articles 159 et 161 de la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II », *RSC*, n° 3, 2004, p. 682.

⁴⁹⁵ « Cette juridictionnalisation comporte toutefois deux niveaux, afin de concilier la généralisation du principe du contradictoire et l'efficacité de l'application des peines, selon la nature des mesures ordonnées par le juge. » : Circ. de présentation des dispositions résultant de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives au prononcé, à l'exécution et à l'application des peines, *op. cit.*

pénitentiaires. Dans l'ensemble que nous désignons comme procédure ordinaire se côtoient alors des modalités relevant d'un octroi judiciaire et d'une attribution administrative.

91 L'octroi judiciaire. L'organisation juridictionnelle assure la conciliation entre les garanties du justiciable et l'impératif de gestion des flux, en modulant les conditions du prononcé des mesures d'individualisation. La section II du chapitre du code de procédure pénale consacrée aux juridictions de l'application des peines dispose des principaux modes d'octroi qui déterminent les conditions d'exercice du pouvoir d'appréciation du juge. Sur requête de la personne condamnée, sur réquisition du procureur de la République ou en agissant d'office⁴⁹⁶, les juridictions de l'application des peines peuvent prononcer les mesures relevant de leur compétence par voie de jugement ou d'ordonnance motivés⁴⁹⁷.

Concernant tout d'abord les mesures de fractionnement ou de suspension de peine, de libération conditionnelle, de détention sous surveillance électronique, de semi-liberté ou de placement à l'extérieur, le juge de l'application des peines doit se prononcer par un jugement motivé, rendu « après avis du représentant de l'administration pénitentiaire, à l'issue d'un débat contradictoire tenu en chambre du conseil, au cours duquel le juge de l'application des peines entend les réquisitions du ministère public et les observations du condamné ainsi que, le cas échéant, celles de son avocat⁴⁹⁸ ». L'alinéa 2 de l'article 712-6 du code de procédure pénale dispose en outre que le juge de l'application des peines peut, chaque fois qu'il l'estime nécessaire, renvoyer le jugement de l'affaire devant la juridiction collégiale⁴⁹⁹. Toutefois, le tribunal de l'application des peines a également une compétence d'attribution pour le relèvement de la période de sûreté, la suspension de peine ou la libération conditionnelle, qui ne relèvent pas du juge de l'application des peines⁵⁰⁰. Cette juridiction rend ses jugements en chambre du conseil après avoir recueilli l'avis du représentant de l'administration

⁴⁹⁶ La compétence et les modalités procédurales relatives à la juridiction de l'application des peines sont prévues aux articles 712-4 et s. du CPP. Toutefois, l'application des peines des personnes condamnées n'ayant pas atteint l'âge de la majorité relève des juridictions pour enfants conformément et dans les conditions définies à l'article 20-9 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante et aux articles D. 49-45 et s. du CPP, afin de renforcer la spécialisation de la justice des mineurs.

⁴⁹⁷ Sur cette exigence de motivation v. : GIACOPELLI Muriel, « La motivation des aménagements de peine », in *La motivation de la peine*, LETOUZEY Élise (dir.), Amiens, CEPRISCA, « Collection colloques », 2019, p. 109-125.

⁴⁹⁸ Al. 1, art. 712-6 du CPP.

⁴⁹⁹ Al. 3, art. 712-6 du CPP.

⁵⁰⁰ En matière de libération conditionnelle par exemple, le JAP sera compétent pour prononcer cette mesure lorsque la peine prononcée est égale ou inférieure à dix ans ou lorsque le reliquat restant à exécuter est inférieur ou égal à trois ans : art. 730 du CPP.

pénitentiaire et les observations de l'avocat de la personne condamnée⁵⁰¹. Concernant les mesures affectant le plus la matérialité et la temporalité de la peine, les jugements sont essentiellement rendus conformément aux exigences du droit au procès équitable. Quelques particularités peuvent encore être relevées, malgré l'entreprise de « normalisation⁵⁰² » du contentieux de l'application des peines, parmi lesquelles le rejet de la publicité des débats. Ce choix du législateur s'explique par la volonté d'éviter de nouvelles stigmatisations de l'auteur de l'infraction, qui pourraient être un frein à sa réinsertion, et par des impératifs matériels, telle la sécurité⁵⁰³. En tout état de cause, le moyen pris de la violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales est toujours inopérant en raison de l'absence d'accusation en matière pénale⁵⁰⁴.

En commission d'application des peines, le juge peut octroyer par ordonnance des réductions de peine supplémentaires, des autorisations de sortie sous escorte ou des permissions de sortir⁵⁰⁵. Sauf urgence, ces ordonnances sont prises après l'avis de cette commission, composée du procureur de la République, du chef d'établissement et d'un représentant du service pénitentiaire d'insertion et de probation⁵⁰⁶. À la lecture de l'article 712-5 du code de procédure pénale, impossible de ne pas relever la dimension inachevée de la juridictionnalisation de l'application des peines, qui ne résulte pour ces mesures que de l'exigence d'une ordonnance motivée et de la possibilité d'appel. Bien que ces ordonnances ne soient pas des mesures d'administration judiciaire, elles ne présentent pas les garanties

⁵⁰¹ L'exigence d'un débat contradictoire peut toutefois disparaître « avec l'accord du procureur de la République et celui du condamné ou de son avocat » pour l'octroi d'une mesure d'application des peines : al. 2, art. 712-6 du CPP.

⁵⁰² JOSEPH-RATINEAU Yannick, « L'avenir de la commission de l'application des peines », *Dr. pén.*, n° 4, 2016, étude 8.

⁵⁰³ HERZOG-EVANS Martine, « Le huis clos est-il obligatoire ou contraire à la Conv. EDH ? Ni l'un ni l'autre... », *AJ Pénal*, n° 5, 2005, p. 205.

⁵⁰⁴ *Crim.*, 15 février 2005, n° 04-81.775, *Bull. Crim.* n° 58, *AJ Pénal* 2005. 205, obs. Herzog-Evans. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que les « questions relatives aux modalités d'exécution d'une peine privative de liberté ne tombe pas sous le coup de l'article 6§1 » de la Convention : CEDH, [GC], 3 avril 2012, *Boulois c. Luxembourg*, n° 37575/04, §87.

⁵⁰⁵ Art. 712-5 du CPP. La libération sous contrainte est également prononcée en commission d'application des peines, mais le caractère spécial de cette procédure, et sa finalité, conduit à examiner cette modalité lors de l'étude des procédures simplifiées. En outre, il convient de noter qu'après un premier octroi d'une permission de sortir, l'alinéa 3 de l'article 723-3 du CPP autorise le chef d'établissement, sauf décision contraire du JAP, à accorder les permissions ultérieures. En cas de refus, la personne condamnée peut, bien sûr, de nouveau solliciter une permission de sortir au juge de l'application des peines, qui statuera, dès lors, de nouveau en commission d'application des peines. D'aucuns ne manqueront de pointer du doigt une nouvelle déjuridictionnalisation de l'application des peines. Cette entorse à la juridictionnalisation, ne privant pas la personne condamnée d'une garantie, nous semble toutefois être une modification favorable à ces mesures, primordiales à la réinsertion.

⁵⁰⁶ Al. 1, art. 712-4-1 du CPP. L'alinéa 1^{er} de l'article D. 49-28 du CPP complète la composition de la commission en visant « les membres du personnel de direction, un membre du corps de commandement et un membre du corps d'encadrement et d'application du personnel de surveillance et les personnels d'insertion et de probation ».

d'un acte juridictionnel. Le respect du principe du contradictoire⁵⁰⁷, de l'égalité des armes et des droits de la défense fait manifestement défaut, sans qu'aucune violation de l'article 6 de la Convention ne puisse être invoquée. Le critère de l'accusation en matière pénale prive de protection le justiciable lors de toutes les procédures d'octroi⁵⁰⁸. Préliminaire à l'ensemble de la partie législative du code de procédure pénale, l'article préliminaire devrait pouvoir être invoqué pour compléter le périmètre de l'article 6 de la Convention et être applicable à ces procédures « quasi-juridictionnelles⁵⁰⁹ ». Cependant, le refus par la chambre criminelle de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le respect du procès équitable dans la procédure d'octroi des permissions de sortir laisse dubitatif sur les chances d'une réception positive d'un moyen fondé sur les principes directeurs de la procédure pénale⁵¹⁰.

Le manque de volonté du législateur de garantir le droit à un procès équitable pour les mesures de l'article 712-5 du code de procédure pénale est d'autant plus problématique qu'est ambigu le rôle de la commission d'application des peines dans le prononcé des mesures d'individualisation⁵¹¹. Si le code indique simplement que les ordonnances « sont prises après avis de la commission de l'application des peines⁵¹² », l'indexation de ces mesures sur la personnalité du détenu et ses efforts de réinsertion subordonne grandement l'octroi aux connaissances et à l'opinion des personnels pénitentiaires. En l'absence le plus souvent de contradiction, et dans le cadre d'un contentieux de masse rendant difficile le prononcé de mesures d'instruction, le juge se retrouve dans une position de dépendance vis-à-vis de cet organe consultatif, qui réunit les personnes suivant au quotidien la personne condamnée. C'est la raison pour laquelle la commission d'application des peines s'analyse essentiellement comme la venue du pouvoir judiciaire en détention pour enregistrer l'activité pénitentiaire. Sans aucun doute, l'échange entre les personnels de l'administration et les magistrats est primordial pour viser au plus juste dans l'octroi des mesures d'individualisation. Toutefois, il

⁵⁰⁷ Si la comparution de la personne condamnée est prévue par loi, elle n'est qu'une faculté rarement mis en œuvre par les JAP : al. 3, art. D. 49-28 du CPP ; JOSEPH-RATINEAU Yannick, « L'avenir de la commission de l'application des peines », *op. cit.*

⁵⁰⁸ V. respectivement en matière de placement sous surveillance électronique, à titre de modalité d'exécution de la peine privative de liberté, et de réduction de peine supplémentaire : Crim., 15 février 2005, n° 04-81.775, Bull. Crim. n° 58, préc. ; Crim., 28 juin 2017, n° 16-84.087, Bull. Crim. n° 24, Dr. pén. 2017. n° 9. comm. 137, note Bonis-Garçon. Concernant les procédures de retrait et de révocation v. : *infra* n° 168 et s.

⁵⁰⁹ HERZOG-EVANS Martine, « Mesures quasi-juridictionnelles et absence de contradictoire : le sacrifice de l'efficacité criminologique. », *AJ Pénal*, n° 10, 2017, p. 458-460.

⁵¹⁰ Crim., 15 mars 2011, n° 11-90.005, inédit. À l'inverse, la publicité des débats d'une procédure devant se tenir en chambre du conseil n'emporte la nullité que si une atteinte aux intérêts de la personne condamnée est démontrée : Crim., 2 février 2005, n° 04-83.652, inédit, *AJ Pénal* 2005. 205, obs. Herzog-Evans.

⁵¹¹ JOSEPH-RATINEAU Yannick, « L'avenir de la commission de l'application des peines », *op. cit.*

⁵¹² Al. 1, art. 712-5 du CPP.

est nécessaire, et la qualité des débats n'en serait que grandie, d'accueillir dans cette commission le justiciable et son avocat, afin de respecter les exigences du droit au procès équitable et ne plus exclure le détenu du processus décisionnel portant sur les mesures contribuant à son « parcours d'exécution de la peine⁵¹³ ».

L'observation des principaux modes d'octroi met en lumière la progressivité des garanties, en fonction de la portée des mesures sur la matérialité et la temporalité de la peine, mais également en fonction du poids du contentieux dans le rôle des juridictions de l'application des peines. Cet aménagement dégressif des garanties accordées aux justiciables, caractérisé par la distinction entre jugement et ordonnance, se retrouve d'ailleurs reproduit au second degré de ces juridictions⁵¹⁴. L'achèvement du mouvement de juridictionnalisation en 2004, s'il est une avancée certaine, a non seulement échoué à porter toutes les garanties du droit au procès équitable aux procédures relatives à la modulation judiciaire, mais a également réintroduit une modalité d'attribution administrative.

92 L'attribution administrative. Les mesures d'individualisation sont prononcées par les juridictions de l'application des peines, à l'exception des crédits de réduction de peine⁵¹⁵, attribués de plein droit à toutes les personnes condamnées⁵¹⁶. Ces réductions de peine ne sont pas octroyées en raison d'« efforts sérieux de réadaptation sociale⁵¹⁷ », mais après l'inscription au registre d'écrou des détenus. De prime abord, il semble donc ne plus s'agir d'une mesure de modulation relevant d'une pratique d'individualisation.

Instaurés par la loi du 9 mars 2004 pour remplacer les réductions de peine ordinaires

⁵¹³ Al. 1, art. 717-1 du CPP ; art. D. 92 du CPP.

⁵¹⁴ Concernant le second degré de juridiction, la section III du chapitre sur les juridictions de l'application des peines détermine la procédure en cas d'appel devant la chambre de l'application des peines : art. 712-11 du CPP. L'appel des jugements du JAP ou tribunal de l'application des peines est porté devant la formation collégiale de la chambre de l'application des peines qui rend un arrêt motivé dans le respect des exigences du contradictoire, de l'égalité des armes et des droits de la défense. En outre, pour les jugements de l'art. 712-7 du CPP, « la chambre de l'application des peines de la Cour d'appel est composée, outre le président et les deux conseillers assesseurs, d'un responsable d'une association de réinsertion des condamnés et d'un responsable d'une association d'aide aux victimes » : al. 2, art. 712-13 du CPP. En revanche, l'appel des ordonnances prises par le JAP est porté devant le président de la chambre de l'application des peines de la Cour d'appel qui statue par ordonnance motivée, après une procédure contradictoire mais exclusivement écrite concernant l'octroi : art. 712-12 du CPP. Sur ces juridictions v. : BONIS-GARÇON Éveline, PELTIER Virginie, *Droit de la peine, op. cit.*, §1570 et s. ; GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine, op. cit.*, §522 et s.

⁵¹⁵ Art. 721 et D. 115 et s. du CPP.

⁵¹⁶ L'article 721-1 du CPP prohibe toutefois l'octroi de ces réductions de peine aux « personnes condamnées à une peine privative de liberté pour une ou plusieurs des infractions mentionnées aux articles 421-1 à 421-6 du code pénal, à l'exclusion de celles définies aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 du même code ». Concernant le statut de ces personnes dans le droit de l'application des peines v. : *infra* n° 114-116.

⁵¹⁷ Al. 1, art. 721-1 du CPP.

attribuées pour bonne conduite⁵¹⁸, les crédits de réduction de peine avaient pour objectif affiché de « faciliter le travail du greffe pénitentiaire et permettre d'évaluer immédiatement la durée prévisible de la peine pour envisager les modalités de son exécution⁵¹⁹ ». Les réductions de peine pour bonne conduite étaient en effet prononcées quasi-automatiquement par le juge, annuellement en commission d'application des peines, pour les personnes n'ayant pas commis de fautes disciplinaires⁵²⁰. Par un octroi « déjudiciarisé » et « indifférencié »⁵²¹, les crédits de réduction de peine sont avant tout un mécanisme pour réduire automatiquement le *quantum* de la peine à exécuter à des fins de désengorgement du rôle de la commission d'application des peines⁵²². Les attributions du juge se trouvent alors modifiées par la logique de crédit au fondement de ces réductions de peine, puisque ce dernier n'intervient plus *a priori* que pour en retirer le bénéfice aux personnes adoptant une « mauvaise conduite⁵²³ » en détention.

En tout état de cause, l'inversion du paradigme des réductions de peine ordinaires n'accorde pas à la personne condamnée un droit à une libération anticipée, puisque les crédits de réduction de peine ne sont attribués qu'« à titre précaire⁵²⁴ ». Le caractère automatique de l'octroi des crédits de réduction de peine donne en effet droit à leur attribution, et non à leur maintien⁵²⁵. Le crédit de jours attribué est en conséquence à la fois « conditionnel et

⁵¹⁸ DARBÉDA Pierre, « Des réductions de peine au crédit de réduction de peine : la nouvelle architecture des réductions de peine instituée par la loi du 9 mars 2004 », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 188.

⁵¹⁹ ANTIER Maxime, « Exécution des peines – Le crédit de réduction de peine : un anachronisme juridique », *Dr. pén.*, n° 12, 2015. Il s'agissait des raisons avancées en 2003 par Jean-Luc WARSMANN pour appuyer sa proposition de la simplification des réductions de peine pour bonne conduite en un « crédit de peine » : WARSMANN Jean-Luc, *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie de prison*, *op. cit.*, p. 60. Cette proposition rappelle également la mesure du « quart cellulaire », qui consistait à réduire automatiquement d'un quart la durée des peines des personnes condamnées à plus d'un an d'emprisonnement et admis au régime de l'encellulement individuel : art. 4, Loi du 5 juin 1875 sur le régime des prisons départementales ; RENNEVILLE Marc, « Que tout change pour que rien ne change ? Aux origines de la judiciarisation de l'exécution des peines en France (1789-1958) », *op. cit.*, p. 11.

⁵²⁰ CARTIER Marie-Elisabeth, « La judiciarisation de l'exécution des peines », *RSC*, n° 1, 2001, p. 87-106 ; GIACOPELLI Muriel, « La promotion du milieu ouvert par l'aménagement des peines », *op. cit.*, p. 89 ; HERZOG-EVANS Martine, « La marginalisation des juridictions de droit commun de l'application des peines », *Gaz. Pal.*, n° 10, 10 janvier 2009, p. 8. V. l'ancien art. 721 du CPP dans sa rédaction antérieure à la loi du 9 mars 2004.

⁵²¹ ANTIER Maxime, « Exécution des peines – Le crédit de réduction de peine : un anachronisme juridique », *op. cit.*

⁵²² HERZOG-EVANS Martine, « Application des peines : la prétendue « bonne partie » de la loi pénitentiaire », *AJ Pénal*, n° 12, 2009, p. 483-490.

⁵²³ Al. 1, art. 721 du CPP. Le retrait des réductions de peines de l'article 721 du CPP était possible antérieurement à la loi du 9 mars 2004, mais cette possibilité était limitée aux réductions octroyées dans l'année par le JAP. Aujourd'hui, la décision de retrait peut intervenir jusqu'à l'expiration de la peine. V. : art. 721 du CPP dans sa rédaction antérieure à la loi du 9 mars 2004 ; *infra* n° 153.

⁵²⁴ *Crim.*, 15 avril 2015, n° 14-80.417, Bull. Crim. n° 94, Dr. pén. 2015. n° 7-8. comm. 104, note Bonis-Garçon ; RPDP 2015. 375, note Céré ; AJ Pénal 2015. 444, obs. Falxa ; D. 2015. 1395, chron. Laurent ; D. 2015. 2465, chron. Gozzi.

⁵²⁵ BONIS-GARÇON Évelyne, « Règles procédurales applicables en matière de crédits de réduction de peine », *Dr. pén.*, n° 7-8, 2015, comm. 104.

révocable⁵²⁶ », de sorte que l'article 721 du code de procédure pénale n'institue qu'un principe de libération anticipée. De surcroît, ces réductions de peine sont devenues le support d'un suivi en milieu ouvert⁵²⁷. L'individualisation judiciaire en la matière ne se limite donc pas à la possibilité de prendre une décision de retrait. Le juge peut également intervenir avant l'élargissement de la personne pour prononcer, par jugement sur le fondement de l'article 721-2 du code de procédure pénale, un régime probatoire sur le fondement des crédits de réduction de peine calculés par le greffe de l'établissement pénitentiaire⁵²⁸. Dès 2004, le juge a effectivement été autorisé à ordonner que les personnes ayant bénéficié de réductions de peine soient soumises à des obligations et interdictions relatives aux victimes⁵²⁹. L'extension, « après la libération, [du] caractère provisoire des réductions de peine⁵³⁰ » est la marque d'un des nombreux changements de paradigme qu'a initié la loi dite Perben II⁵³¹. La loi du 15 août 2014 est ensuite venue modifier les seules mesures ne permettant pas de prononcer des interdictions et obligations particulières de l'article 132-45 du code pénal⁵³². *In fine*, cette réforme a ainsi opéré un rapprochement inquiétant entre le régime de la surveillance judiciaire et celui des réductions de peine⁵³³.

Absente du mécanisme d'octroi des crédits de réduction de peine, la pratique de l'individualisation se manifeste dans la détermination des modalités du suivi de la personne dans le milieu ouvert et dans l'opportunité élargie de retirer le bénéfice de ces réductions de peine. En faisant de celles-ci un nouveau support pour la probation, le législateur a introduit la modalité du jugement contradictoire, là où les réductions de peine ordinaires ne donnaient lieu qu'à une ordonnance. Le législateur a ainsi déjudiciarisé une procédure où le juge n'exerçait aucun pouvoir d'appréciation, pour en contrepartie créer une procédure juridictionnelle

⁵²⁶ BARBIER Gilas, LAURENT Benoît et GUÉHO Géraldine, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation. Chambre criminelle », *D.*, n° 24, 2015, p. 1395.

⁵²⁷ Sur la teneur du suivi judiciaire durant les réductions de peine v. : *infra* n° 145 ; 145.

⁵²⁸ À noter, le contentieux relatif à la computation des crédits de réduction de peine n'est ni de la compétence des juridictions administratives, puisqu'il « n'appartient qu'aux juridictions judiciaires de connaître des litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine », ni de celle du JAP : CAA de Bordeaux, 2^e ch., 27 juin 2006, n° 05BX02302, RSC 2007. 350, chron. 350 ; Crim., 31 octobre 2006, n° 06-81.156, inédit, RSC 2007. 350, chron. Poncela. En ce que l'article D. 115 du CPP dispose que le calcul de ces réductions de peines s'effectue sous le contrôle du procureur de la République, le contentieux de la computation de ces crédits relève de l'article 710 du CPP, qui précise que « tous incidents contentieux relatifs à l'exécution sont portés devant le tribunal ou la cour qui a prononcé la sentence » : PONCELA Pierrette, « Chronique de l'exécution des peines. Choix de jurisprudence - Juridictions administratives, européennes et judiciaires - Année 2007 », *RSC*, n° 2, 2008, p. 404-415.

⁵²⁹ II, art. 721-2 du CPP.

⁵³⁰ PONCELA Pierrette, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », *RSC*, n° 3, 2014, p. 611-621.

⁵³¹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁵³² Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

⁵³³ *ibid.* Sur la surveillance judiciaire v : art. 723-29 et s. du CPP ; *infra* n° 145

permettant « d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire⁵³⁴ ». La réintroduction d'un mode d'attribution administratif n'est donc point un recul de la modulation judiciaire mais, *a contrario*, un déplacement de l'intervention des juridictions de l'application des peines ayant pour finalité de renforcer une pratique d'individualisation en meilleure adéquation avec les principes directeurs de l'exécution des peines et mettant en œuvre le processus décisionnel unique (2) des mesures d'individualisation judiciaires⁵³⁵.

2. Un processus décisionnel unique

93 Une économie commune aux modalités d'octroi. Le code dispose de différentes modalités d'exercice des attributions du juge de l'application des peines, qui influent sur le déroulement de l'instance, sans pour autant modifier l'économie commune à toutes les mesures d'individualisation. En dépit de la diversité des modalités d'octroi, le juge doit toujours vérifier que les conditions de sa participation à l'acte de juger sont remplies. C'est la

⁵³⁴ III, art. 707 du CPP.

⁵³⁵ Concernant les réductions de peine, le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, prévoit une réforme en profondeur : Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, 25 mai 2021, n° 612. Le 6° de l'article 9 du projet propose un texte inspiré de l'état du droit antérieur à la loi du 9 mars 2004, qui avait transformé les réductions de peine pour bonne conduite en crédit de réduction de peine. Les députés souhaitent en effet revenir à un mode d'octroi judiciaire des réductions de peine dites ordinaires et de subordonner celles-ci à une bonne conduite en détention. Selon la lettre du projet adopté, fusionnant l'article 721 et 721-1 du CPP, les réductions de peine sont accordées un fois par an par le juge de l'application des peines, après avis de la commission de l'application des peines, aux détenus ayant « donné des preuves suffisantes de bonne conduite et qui ont manifesté des efforts sérieux de réinsertion sociale ». Sans entreprendre l'exégèse de ce projet, il est opportun de souligner qu'au regard de la définition de la bonne conduite proposée, la réforme ne propose pas un simple retour au droit antérieur à 2004. Avant cette date, les réductions de peine étaient en effet en pratique accordées quasi-automatiquement à toutes les personnes condamnées qui n'avaient pas eu de condamnation disciplinaire. Le projet prévoit une définition de la bonne conduite à la fois plus large et plus floue : « Les preuves suffisantes de bonne conduite sont appréciées en tenant compte notamment de l'absence d'incidents en détention, du respect du règlement intérieur de l'établissement ou des instructions de service, de l'implication dans la vie quotidienne ou du comportement avec le personnel pénitentiaire ou exerçant à l'établissement, avec les autres personnes détenues et avec les personnes en mission ou en visite ». Du côté des efforts sérieux de réinsertion, nous regrettons la prise en compte du suivi d'une thérapie ayant pour objet de limiter les risques de récidive et l'investissement soutenu dans un programme de prise en charge proposé par le service pénitentiaire d'insertion et de probation. En raison du fait que ces modalités de prise en charge ont directement pour objet d'intervenir sur la personnalité du détenu, il est préférable qu'elles ne soient pas prises en compte au titre de l'exécution de la peine, afin de protéger la valeur du consentement de la personne détenue. Pour terminer, soulignons que ces réductions de peine peuvent également être retirées pour mauvaise conduite durant l'année suivant leur octroi. En l'absence de définition de cette notion, il est possible de déduire que la mauvaise conduite ne correspond pas seulement à la commission d'infractions disciplinaires mais à l'adoption de comportements ne pouvant constituer des preuves suffisantes de bonne conduite. Dès lors, l'insécurité juridique et l'injonction problématique à la responsabilisation dans le champ pénitentiaire ne s'en trouveraient que grandies. Sur la rétribution de la responsabilisation dans le champ pénitentiaire v. : *infra* n° 548 et s. En outre, comme le relève le Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi, une mauvaise conduite pourrait à la fois fonder un refus d'octroi de réduction de peine et une ordonnance de retrait.

raison pour laquelle il existe un « processus décisionnel⁵³⁶ » unique, consistant pour ce dernier à étudier tant sa faculté que l'opportunité d'individualiser la peine.

94 La faculté d'individualiser la peine. La première phase de la procédure consiste en la saisine de la juridiction, le plus souvent par une requête en aménagement provenant du condamné, qui constitue l'acte introductif d'instance et permet le contrôle des conditions d'éligibilité du condamné à la mesure d'individualisation sollicitée. L'auto-saisine des juridictions de l'application des peines ou leur saisine par le ministère public demeurent toutefois possibles, notamment en vue de l'octroi d'une mesure destinée à éviter une sortie sans suivi judiciaire, au nom de la prévention de la récidive⁵³⁷.

Néanmoins, le consentement du sujet est exigé, *de jure* ou *de facto*, pour les mesures d'individualisation reposant sur un projet, en ce qu'il est *a priori* essentiel à la réussite de ce dernier⁵³⁸. Les refus des personnes condamnées en réponse aux sollicitations des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation ne sont d'ailleurs pas rares. Nul doute qu'un mouvement de rejet de l'individualisation judiciaire se fait jour, concomitamment à l'accroissement des obligations et interdictions en milieu ouvert, qui font d'une mesure d'individualisation une épreuve supplémentaire à surmonter avant le terme de la peine. Ce phénomène explique en partie le recul de la libération conditionnelle – aussi longue et difficile à obtenir qu'à exécuter – ainsi que l'élaboration de nouveaux dispositifs pour éviter les sorties sèches. Pour ces mesures d'individualisation recherchant l'extension des possibilités de suivi, le recueil du consentement n'est d'ailleurs pas requis, contrairement aux hypothèses où le justiciable est rendu responsable de son parcours d'aménagement⁵³⁹. Au

⁵³⁶ JANAS Michaël, « Le JAP et l'aménagement des peines vers le milieu ouvert », *op. cit.*, p. 101-105.

⁵³⁷ Sur la « pluralité des titulaires de l'initiative de l'aménagement de peine » et notamment la question de l'auto-saisine du juge v. : CARPENTIER Yan, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, *op. cit.*, §377 et s. Sur la question de l'impartialité du juge de l'application des peines v. : *infra* n° 174.

⁵³⁸ Sur l'exigence formelle de consentement et l'exigence informelle d'adhésion v. : CARPENTIER Yan, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, *op. cit.*, §156 et s. À titre d'illustration, la chambre de l'application des peines de Montpellier avait, à l'occasion d'un rejet d'un placement sous surveillance électronique, évoqué l'opportunité d'une mesure de semi-liberté, les juges d'appel n'avaient cependant pas envisagé son prononcé en raison de l'absence d'« assentiment de l'intéressé », en dépit que « nulle norme n'impose le recueil du consentement du condamné pour ce qui concerne » cette mesure : CHAP de Montpellier, 12 février 2014, n° 13/02098 ; HERZOG-EVANS Martine, « Semi-liberté : consentement du condamné requis », *AJ Pénal*, n° 3, 2015, p. 104-105.

⁵³⁹ C'est ainsi que le consentement du justiciable n'est nullement exigé en matière de réductions de peine, ni *a fortiori* pour l'application du substitut à la surveillance judiciaire que constitue le dispositif de l'article 721-2 du code de procédure pénale. L'article 721-1 du CPP « ne subordonne pas l'octroi d'une réduction supplémentaire de peine à la demande du condamné, ni même à son acceptation de celle-ci » : Crim., 8 juin 2016, n° 15-84.205, Bull. Crim. n° 176, préc. Cette absence de consentement rappelle que les réductions de peine supplémentaires sont aussi « des outils de gestion pénitentiaire voire de régulation des flux » : BONIS-GARÇON Évelyne, « Conditions d'octroi de réductions supplémentaires de peine », *Dr. pén.*, n° 10, 2016, comm. 149. Si le recueil

demeurant, l'idée qu'il est possible d'exprimer un consentement libre et éclairé dans le cadre d'une relation d'assujettissement reste équivoque, de sorte qu'il serait sans aucun doute préférable de parler de « consensualisme⁵⁴⁰ », par la recherche de l'adhésion du justiciable à son parcours d'aménagement de peine, en vue d'obtenir sa « soumission volontaire⁵⁴¹ » au régime probatoire, plutôt que de viser la libre expression d'une volonté dans un choix où l'autre terme de l'alternative est la poursuite de l'incarcération⁵⁴².

95 L'opportunité d'individualiser la peine. Après l'examen des conditions d'octroi, le processus décisionnel se poursuit par l'instruction de la demande, ayant pour objet de réunir les éléments nécessaires à l'appréciation des critères d'octroi des mesures d'individualisation. Le premier des éléments d'information est bien entendu le « dossier individuel⁵⁴³ » de la personne, tenu par le greffe de la juridiction⁵⁴⁴. Ensuite, c'est le savoir de l'administration pénitentiaire sur le condamné qui est essentiel : il est transmis au juge, soit sous la forme d'un « rapport de synthèse des avis des différents services pénitentiaires compétents⁵⁴⁵ » pour les jugements, soit directement par les personnels siégeant à la commission d'application des peines. Le juge dispose aussi, au-delà des avis requis⁵⁴⁶, de la possibilité de demander « une synthèse socio-éducative du condamné détenu avant sa libération, afin d'apprécier sa dangerosité et le risque de récidive⁵⁴⁷ ». Enfin, les juridictions de l'application des peines disposent d'un pouvoir d'investigation propre lui permettant de mettre en œuvre toute mesure

du consentement n'est plus requise en matière de libération sous contrainte, un refus exprimé lors de la phase préparatoire fait obstacle à la mise en œuvre de la procédure : dernier al., art. 720 ; art D. 147-17 ; art D. 147-17-1 du CPP.

⁵⁴⁰ VAN DE KERCHOVE Michel, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, op. cit., p. 55. Sur l'effritement du consensualisme dans la modulation judiciaire v. : *infra* n° 195.

⁵⁴¹ PONCELA Pierrette, « Dans les entrelacs du pourquoi et du comment punir, un nouvel art de sanctionner », op. cit., p. 571.

⁵⁴² Sur le consentement et la sanction pénale v. : DANTI-JUAN Michel, « Le consentement et la sanction », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, Paris, PUF, 2001, p. 367-381.

⁵⁴³ Art. D. 49-29 du CPP.

⁵⁴⁴ Ce dernier contient des copies des documents de la procédure de condamnation nécessaires à l'exécution de la peine, les rapports et décisions déjà établis précédemment, ainsi que les synthèses des avis des différents services pénitentiaires compétents, et permet au juge d'avoir une vision globale du parcours de la personne condamnée. L'alinéa 5 de l'article D. 49-29 du CPP dispose en outre que ce « dossier peut être consulté par l'avocat du condamné, sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet du juge de l'application des peines ». Bien entendu, « les dispositions du cinquième alinéa de l'article D. 49-29 [...] n'ont pas eu pour objet et n'auraient d'ailleurs pu avoir légalement pour effet d'empêcher l'intéressé d'obtenir communication des pièces du dossier qui lui sont nécessaires pour assurer sa défense dans le cas où il décide de ne pas solliciter l'assistance d'un avocat » : CE, 6^e SSJS, 17 avril 2015, n° 373442, inédit.

⁵⁴⁵ Art. D. 49-29 du CPP.

⁵⁴⁶ À titre d'exemple en matière de libération conditionnelle, la juridiction qui envisage d'élargir la personne condamnée doit demander l'avis du procureur de la République du tribunal de grande instance du ressort dans lequel le justiciable souhaite établir sa résidence, s'il ne figure pas dans le dossier : art. D. 527 du CPP.

⁵⁴⁷ Art. D. 49-24 du CPP.

utile en vue « de rendre une décision d'individualisation de la peine⁵⁴⁸ ».

Durant cette phase d'instruction, le juge doit également prendre en considération les droits comme « les intérêts de la victime ou de la partie civile au regard des conséquences pour celle-ci de [...] toute décision entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération d'une personne condamnée à une peine privative de liberté avant la date d'échéance de cette peine⁵⁴⁹ ». Dans ce but, le juge d'application des peines peut, d'une part, utiliser son pouvoir d'investigation autonome afin d'analyser « les conséquences des décisions d'individualisation de la peine au regard de la situation de la victime ou de la partie civile, et notamment le risque que le condamné puisse se trouver en présence de celle-ci⁵⁵⁰ ». D'autre part, le juge dispose de la faculté d'informer la victime ou la partie civile qu'elle peut présenter des observations écrites dans la procédure d'individualisation instruite.

Pour apprécier la crédibilité du projet, la personnalité du sujet et son risque de récidive, le juge dispose d'un délai durant lequel il doit mener à bien ses investigations, puis inscrire la requête au rôle de la juridiction. Concernant les mesures de l'article 712-5 du code de procédure pénale, le juge doit statuer au plus tard dans les deux mois de la demande⁵⁵¹. Quant aux mesures ne pouvant être prononcées que par jugement, la juridiction devra organiser un débat contradictoire dans les quatre mois suivant le dépôt de la requête, à défaut la personne condamnée disposera de la possibilité de saisir directement la juridiction d'appel⁵⁵². La temporalité de l'instance est strictement encadrée car les mesures d'individualisation peuvent rapidement perdrent de leur pertinence, notamment si la situation de la personne évolue de manière significative avant le terme de l'instruction de la requête, particulièrement en matière de permission de sortir, d'autorisation de sortie sous escorte et d'aménagement en fin de peine. Aussi pour éviter l'engorgement de la juridiction, les personnes condamnées ne peuvent déposer une seconde requête avant le terme de la procédure⁵⁵³, et en cas de refus, le juge dispose de la faculté d'interdire au requérant de déposer une nouvelle demande avant l'expiration d'un « délai d'irrecevabilité⁵⁵⁴ ». Ce processus décisionnel propre à la modulation de la peine, et non à un mode d'octroi spécifique, s'achève par le refus ou l'octroi de la mesure, auquel cas le juge devra également

⁵⁴⁸ Art. 712-16 du CPP.

⁵⁴⁹ Art. 712-16-1 du CPP.

⁵⁵⁰ Al. 2, art. 712-16-1 du CPP.

⁵⁵¹ Art. D. 49-32 du CPP.

⁵⁵² Art. D. 49-33 du CPP.

⁵⁵³ Al. 1, art. 49-12 du CPP.

⁵⁵⁴ « Sont également irrecevables les demandes formées pendant le délai d'irrecevabilité fixé par la juridiction de l'application des peines en application des derniers alinéas des articles 712-13, D. 49-32, D. 49-33 et D. 49-36. » : al. 2, art. 49-12 du CPP.

déterminer la nature et les modalités de la mesure d'individualisation.

Les modalités d'octroi rassemblées sous l'appellation de « procédure ordinaire⁵⁵⁵ » se rejoignent dans la mise en œuvre d'un processus décisionnel unique, assurant la conformité des usages des mesures d'individualisation judiciaires avec la rationalité émergeant de l'article 707 du code de procédure pénale. Au-delà de cet ensemble de modalités applicables à toute la population pénale, des procédures spécifiques ont été instituées en parallèle pour les courtes peines et les petits reliquats de peine restant à exécuter, afin de poursuivre l'impératif de marginalisation du recours à l'emprisonnement. Il convient dès lors de compléter notre analyse des modalités de la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger, en étudiant les procédures simplifiées (B) d'aménagement des peines.

B. Les procédures simplifiées

96 La recherche de la marginalisation de l'emprisonnement après le prononcé de la peine. Les procédures simplifiées d'octroi des mesures d'individualisation désignent les procédures ayant en commun la recherche de la célérité et de la réduction du recours à l'emprisonnement⁵⁵⁶. En réaction à la surpopulation carcérale⁵⁵⁷ et dans la lignée de la politique du Conseil de l'Europe⁵⁵⁸, « des procédures simplifiées d'aménagement des peines⁵⁵⁹ » ont en effet été créées pour les courtes peines d'emprisonnement et les petits reliquats de peine restant à exécuter. Ces procédures ont d'abord concernées les personnes libres⁵⁶⁰ (1), puis elles se sont étendues aux personnes incarcérées (2).

⁵⁵⁵ BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, op. cit., §1631.

⁵⁵⁶ Contrairement à l'octroi en commission d'application des peines, les procédures simplifiées n'ont pas pour objet de gérer le flux des requêtes des personnes détenues, mais celui des condamnations contribuant à la surpopulation carcérale.

⁵⁵⁷ Au 1^{er} janvier 2005, 94% des personnes incarcérées en maison d'arrêt ou quartier maison d'arrêt étaient écrouées dans une infrastructure où la densité carcérale était supérieure à 100. Quinze ans plus tard et après la mise en œuvre de nombreuses politiques de lutte contre la surpopulation, ils étaient encore 92% au 1^{er} janvier 2020 à être détenus dans un établissement en déficit de places : « Tableau 11 : Effectif et part de personnes détenues dans une maison d'arrêt ou un quartier de maison d'arrêt en fonction de la densité carcérale de l'établissement au premier janvier de chaque année », in *Séries statistiques des personnes placées sous mains de justice. 1980-2020*, op. cit.

⁵⁵⁸ Rec(99) 22 du Conseil de l'Europe du 30 septembre 1999 concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale.

⁵⁵⁹ Section 7, Chapitre 2, Titre II, Livre V : art. 723-15 et s. du CPP. Concernant la partie réglementaire v. : art. D. 147-6 et s. du CPP.

⁵⁶⁰ La première procédure de ce type a été créée par le décret n° 85-836 du 6 août 1985, modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale. L'article D. 49-1 disposait alors que le ministère public devait communiquer au juge de l'application des peines les extraits de décisions des personnes condamnées à une peine égale ou inférieure à six mois pour qu'il « détermine les modalités d'exécution de la peine en considération de la situation du condamné ». La doctrine avait à juste titre relevé qu'il s'agissait là d'un « pas important vers la

1. De la procédure destinée aux personnes libres

97 La concordance des articles 132-19 du code pénal et 723-15 du code de procédure

pénale. La procédure d'aménagement simplifiée applicable aux personnes libres s'analyse comme la poursuite, après la clôture du procès pénal, de la recherche de marginalisation du recours à l'emprisonnement ferme. Il existe une concordance entre l'article 132-19 du code pénal, qui impose notamment un principe d'aménagement des courtes peines prononcées sans sursis par la juridiction de jugement, et l'article 723-15 du code de procédure pénale, qui étend ce précepte au stade de la mise à exécution des peines. Cette continuité dans les conditions d'octroi des aménagements *ab initio*, qu'ils prennent la forme d'une peine alternative à l'audience de jugement ou d'une peine aménagée dans le cabinet du juge de l'application des peines, démontre une recherche de cohérence du processus d'individualisation. Le législateur semble ainsi avoir mis entre les mains de la juridiction de jugement et de l'application des peines deux tamis, composés de mailles identiques, destinés à retenir les personnes éligibles à une mesure d'individualisation, particulièrement après la loi du 23 mars 2019 limitant « la saisine du juge de l'application des peines aux seuls cas où le tribunal ne s'oppose pas à l'aménagement de la peine mais ne dispose pas d'éléments suffisants pour en choisir le mode d'exécution⁵⁶¹ ». Cependant, le souhait d'assurer l'effectivité de l'*ultima ratio*, dont doit répondre le recours à l'emprisonnement, ne remet pas pour autant en cause l'aménagement facultatif des peines, car la contrainte pesant sur l'office du juge ne réside que dans l'examen obligatoire des condamnations.

98 L'aménagement facultatif des peines. Après de multiples modifications, la procédure simplifiée d'aménagement de peine pour les personnes libres concerne aujourd'hui les condamnés à une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou inférieure à un an, à une peine dont le reliquat restant à exécuter est égal ou inférieur à un an ou si le total des peines d'emprisonnement prononcées ou restant à subir est égal ou inférieur à cette durée⁵⁶². Ces

limitation des courtes peines d'emprisonnement » : SACOTTE Jean-Charles, « Le décret du 6 août 1985. Une nouvelle réforme pénitentiaire ? », *RSC*, 1985, n°4, p. 860.

⁵⁶¹ *Crim.*, 11 mai 2021, n° 20-85.576, publié au *Bull. Crim.*

⁵⁶² L'intérêt de ce périmètre à trois branches est d'englober les courtes peines, le cumul de très courtes peines et les peines de moyenne durée dont le reliquat restant à exécuter « après déduction de la durée de la détention provisoire et du crédit de réduction de peine » est égal ou inférieur à un an, ou égal ou inférieur à six mois en matière de conversion de peine : *Crim.*, 5 septembre 2018, n° 17-87.303, *Bull. Crim.* n° 151, *Dr. pén.* 2018. n° 10. comm. 189, obs. Bonis ; *AJ Pénal* 2018. 479, obs. Herzog-Evans. En cas de pluralité de condamnations

peines, prononcées à l'encontre de personnes libres⁵⁶³, peuvent être aménagées par le juge de l'application des peines – ou converties si elles sont inférieures à six mois – avant leur mise à exécution⁵⁶⁴. C'est la loi pénitentiaire qui a consacré, de part et d'autre de la frontière du procès pénal, ce « principe de fongibilité⁵⁶⁵ » destiné à favoriser l'usage des mesures d'individualisation pour les courtes peines. La procédure d'aménagement simplifiée organise en effet un sas durant lequel le juge de l'application des peines va pouvoir substituer à l'incarcération d'autres modalités d'exécution, suspendre ou fractionner la peine privative de liberté, prononcer une libération conditionnelle ou encore convertir cette peine. En 2019, et en dépit de l'aggravation de la surpopulation carcérale, le législateur a fait finalement le choix de réduire drastiquement le périmètre de la fongibilité, pour revenir à l'état du droit antérieur à la loi pénitentiaire, en tentant de contrebalancer ce choix, notamment, par un renforcement de la teneur de la prescription d'un aménagement de principe⁵⁶⁶.

À la suite de cette réforme, l'aménagement de principe des courtes peines d'emprisonnement comporte deux volets, consistant à faire varier l'intensité de la prescription adressée au juge. Si la peine prononcée est égale ou inférieure à six mois ou que le reliquat de peine restant à exécuter est égal ou inférieur à cette durée, « elle doit faire l'objet d'une détention à domicile sous surveillance électronique, d'une semi-liberté ou d'un placement à l'extérieur, sauf si la personnalité ou la situation du condamné rendent ces mesures impossibles, sans préjudice de la possibilité de libération conditionnelle ou de conversion,

dont le cumul est inférieur ou égal à six mois, le juge de l'application des peines peut convertir ces peines, mais il « doit statuer distinctement sur chacune d'elles » : Crim., 7 mars 2018, n° 17-83.746, inédit. Précisons en outre que l'article D. 48-1-1 du CPP rappelle que pour les seuils de six mois et un an d'emprisonnement prévus en matière d'aménagement, d'une part, la durée de la révocation du sursis s'ajoute à celle de la peine pouvant être exécutée, et, d'autre part, la durée de la détention provisoire est déduite de celle de la peine prononcée.

⁵⁶³ Concernant le périmètre de cette procédure, deux précisions s'imposent. Premièrement, le législateur par « condamnés libres » n'entend pas uniquement les personnes qui ne sont pas placées sous écrou, mais aussi les personnes « exécutant une peine sous le régime de la semi-liberté, du placement à l'extérieur ou de la détention à domicile sous surveillance électronique » : al. 1, art. 723-15 du CPP. En second, cette procédure simplifiée est obligatoire, c'est-à-dire qu'elle est exclusive de toute autre saisine de la juridiction de l'application des peines. Dans un arrêt de revirement, la juridiction suprême a refusé récemment de permettre à un condamné de se soustraire aux dispositions moins avantageuses de la procédure simplifiée, prohibant l'octroi d'une mesure d'individualisation aux personnes en état de récidive légale ayant un reliquat de peine restant à exécuter égal ou supérieur à un an dans la rédaction applicable au litige, en se fondant sur les dispositions des articles 723-7 et 729 du code de procédure pénale ne disposant pas d'un seuil de recevabilité quant à la peine restant à subir : Crim., 16 octobre 2019, n° 18-83.619, Bull. Crim. n° 224, AJ Pénal 2019. 622, note Herzog-Evans ; Dr. pén. 2019. comm 113, note Bonis.

⁵⁶⁴ Art. 723-15 et 747-1 du CPP. Conformément à l'article D. 147-16-1 du code de procédure pénale, le champ d'application de l'article 723-15 du code de procédure pénale ne vise pas les emprisonnements résultant d'une décision de la juridiction de l'application des peines. Le procureur n'a donc aucune obligation de saisir le juge de l'application des peines. En revanche, il en possède la faculté.

⁵⁶⁵ PONCELA Pierrette, « Le déploiement des aménagements de peine », *op. cit.*, p. 95.

⁵⁶⁶ Art. 74, Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

fractionnement ou suspension de la peine⁵⁶⁷ ». Si les personnes sont condamnées à une peine égale ou inférieure à un an ou que le reliquat de peine restant à exécuter est égal ou inférieur à cette durée, elles « bénéficient, dans la mesure du possible et si leur personnalité et leur situation le permettent, [...], d'une semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'une détention à domicile sous surveillance électronique, d'un fractionnement ou d'une suspension de peine, d'une libération conditionnelle ou de la conversion prévue à l'article 747-1⁵⁶⁸ » du code de procédure pénale. Ainsi, le législateur renforce pour les peines égales ou inférieures à six mois le principe de l'aménagement des courtes peines, en inversant l'objet de la pratique de l'individualisation, qui n'a plus pour rôle de déterminer les personnes à élargir, mais les personnes ne devant pas bénéficier à ce stade d'une mesure d'individualisation. Pour autant, il ne s'agit toujours que d'une « obligation relative d'aménagement⁵⁶⁹ ». L'article 723-15 du code de procédure pénale ne met nullement en œuvre une procédure d'octroi automatique des mesures d'individualisation, de sorte que le juge devra, de façon identique à la procédure ordinaire, motiver sa décision eu égard aux critères d'octroi généraux et/ou spéciaux, quel que soit le *quantum* de la peine en question. Par conséquent, en dépit des prétentions gouvernementales, il est impossible de voir dans la réforme pour la justice une « nouvelle économie de l'aménagement⁵⁷⁰ », là où il n'y a que des « ajustements⁵⁷¹ ». Notamment, « l'aménagement des peines relève désormais à titre principal de l'office du juge correctionnel qui, doit soit décider de celui-ci dans ses modalités ou dans son seul principe, soit, dans les cas prévus, décerner mandat de dépôt ou mandat d'arrêt, soit, pour les peines d'au moins six mois, décerner un mandat de dépôt à effet différé, faisant obstacle à un aménagement ultérieur de la peine⁵⁷² ».

Finalement, le principe de l'aménagement des peines fongibles doit être compris comme un outil pour façonner la politique d'application des peines des juridictions, dans le but de tendre vers une modulation systématique des courtes peines. L'intérêt de cette procédure n'est donc pas de modifier l'essence de l'office du juge, en le privant de son pouvoir d'appréciation, mais de formater son exercice, afin d'optimiser le nombre de peines

⁵⁶⁷ Al. 1, art. 723-15 du CPP.

⁵⁶⁸ *Ibid.*

⁵⁶⁹ PONCELA Pierrette, « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *op. cit.*, p. 193.

⁵⁷⁰ GOLDZLAGIER Julien, « La révolution des peines n'aura pas eu lieu », *AJ Pénal*, n° 5, 2018, p. 234-239.

⁵⁷¹ PRADEL Jean, « Des dispositions de la loi du 23 mars 2019 sur le renforcement de l'efficacité et du sens de la peine : texte fondateur ou texte d'ajustement ? », *D.*, n° 18, 2019, p. 1002-1011.

⁵⁷² *Crim.*, 11 mai 2021, n° 20-85.576, publié au Bull. Crim., §34. « Il résulte des travaux préparatoires que le recours accru par la juridiction de jugement à l'aménagement des peines d'emprisonnement supérieures à un mois et inférieures ou égales à un an dès leur prononcé a pour contrepartie la saisine résiduelle du juge de l'application des peines à ce stade et l'exécution effective sous le régime de la détention des peines non aménagées. » : *ibid.*, §35.

aménagées ou converties avant leur mise à exécution. L'aménagement des peines demeure ainsi une faculté pour le juge ; en revanche, l'exercice de son office est contraint par l'examen obligatoire des condamnations transmises par le ministère public.

99 L'examen obligatoire des condamnations. Le périmètre de la fongibilité des peines délimite le champ des décisions devant faire l'objet d'une transmission au juge de l'application des peines par le procureur de la République⁵⁷³. L'objet de cette procédure est de garantir l'étude par le juge de l'opportunité de l'aménagement des courtes peines – qui sont un facteur d'aggravation de la surpopulation carcérale –, avant leur mise à exécution, tout en poursuivant l'objectif de « mises à exécution de façon effective et dans les meilleurs délais⁵⁷⁴ » des condamnations⁵⁷⁵. Contrairement à l'attribution administrative des crédits de réduction de peine et aux ordonnances prises en commission, la simplification n'est donc pas destinée à gérer le contentieux de masse de l'application des peines. Les garanties procédurales du justiciable ne souffrent d'ailleurs nullement de l'entreprise de célérité, puisque les décisions du juge sont prises par jugement motivé, suite au recueil du consentement de la personne et sont susceptibles d'appel. L'examen obligatoire de toutes les courtes peines est en revanche une cause de l'engorgement du rôle des cabinets de l'application des peines, de sorte qu'il soit possible que le juge ne statue pas dans le délai requis de six mois⁵⁷⁶.

Durant ce délai, le juge de l'application des peines doit procéder aux actes d'investigation nécessaires pour statuer sur l'octroi d'une des mesures d'individualisation

⁵⁷³ Préalablement à la mise à exécution, le procureur de la République a l'obligation en vertu de l'alinéa 2 de l'article 723-15 du CPP d'informer le juge de l'application des peines des décisions visées et de lui transmettre toutes les pièces utiles au déroulement de la procédure. En réponse, et en vertu de l'alinéa 2 de l'article 723-15-2 du CPP, le juge de l'application des peines devra statuer dans un délai de six mois à compter de la saisine sur la possibilité d'aménager la condamnation. En outre, la loi du 15 août 2014 a créé un article 723-17-1 du CPP qui dispose que, lorsque le procureur de la République souhaite mettre à exécution une peine privative de liberté définitive depuis trois ans et entrant dans le champ de l'article 723-15 du CPP, il doit convoquer la personne condamnée devant le JAP avant de ramener la peine à exécution.

⁵⁷⁴ I, art. 707 du CPP.

⁵⁷⁵ Pour une présentation détaillée de l'économie de cette procédure, pensée comme relevant de l'artisanat par un magistrat puis une professeure : FAUCHER Pascal, « La procédure simplifiée d'aménagement des peines applicable aux condamnés libres, dite du « 723-15 » : contribution à l'artisanat judiciaire », *Gaz. Pal.*, n° 204, 2013 ; HERZOG-EVANS Martine, « Les articles 474 et 723-15 ou le sens retrouvé des courtes peines d'emprisonnement. Plaidoyer pour un artisanat judiciaire », *AJ Pénal*, n° 6, 2008, p. 274-276.

⁵⁷⁶ Dans cette éventualité, aucune sanction n'est prévue puisque le principe est l'aménagement. N'encourt donc pas la nullité le jugement pris au-delà de six mois : *Crim.*, 1 mars 2006, n° 05-85.230, *Bull. Crim.* n° 63, *AJ Pénal* 2006. 224, obs. Herzog-Evans ; *Gaz. Pal.* 2006. n° 299. 16, obs. Monnet. Toutefois, après l'expiration du délai légal, le ministère public recouvre la possibilité de ramener à exécution la condamnation. En dehors de cette hypothèse, le procureur de la République dispose également de cette faculté en cas d'absence de la personne aux convocations ou « en cas d'urgence motivée soit par un risque de danger pour les personnes ou les biens établi par la survenance d'un fait nouveau, soit par l'incarcération de la personne dans le cadre d'une autre procédure, soit d'un risque avéré de fuite du condamné » : al. 3, art. 723-15-2 du CPP ; al. 1, art. 723-16 du CPP.

listées à l'article 723-15 du code de procédure pénale. Le processus décisionnel est alors identique à celui de la procédure ordinaire, car le juge doit pareillement apprécier la personnalité et la situation du condamné. Néanmoins, le déroulement de l'instance est bien plus réglementé et séquencé dans le but de garantir la conciliation entre la célérité requise dans la mise à exécution des peines et l'appréciation nécessaire au prononcé d'une mesure d'individualisation. Dès l'audience de jugement, la personne condamnée à une peine d'emprisonnement ferme inférieure à un an, en l'absence de mandat de dépôt⁵⁷⁷, doit se voir remettre par le tribunal correctionnel « un avis de convocation à comparaître⁵⁷⁸ » devant le juge de l'application des peines et le service pénitentiaire d'insertion et de probation⁵⁷⁹, dans un délai ne pouvant excéder respectivement trente et quarante cinq jours⁵⁸⁰. Lors de la première comparution, le juge peut choisir de procéder directement à l'octroi d'une mesure d'individualisation⁵⁸¹. Si à l'issue de cet entretien le juge ne dispose pas des informations nécessaires pour « déterminer les modalités d'exécution de sa peine les mieux adaptées à sa personnalité et à sa situation matérielle, familiale et sociale⁵⁸² », alors le juge peut saisir le service pénitentiaire d'insertion et de probation, afin que ce dernier examine la ou les mesures envisagées par le magistrat (circuit court), ou bien demander au conseiller d'insertion et de probation de lui faire une proposition d'aménagement (circuit long).

L'économie de cette procédure simplifiée est orientée en vue de favoriser l'aménagement de la sanction prononcée, afin de systématiser la modulation judiciaire des

⁵⁷⁷ La loi du 23 mars 2019 a d'ailleurs institué un mandat de dépôt différé permettant à la juridiction de jugement de contourner les dispositions de l'article 723-15 du CPP : BONIS Évelyne, « Réflexions sur la place et le rôle du juge de l'application des peines », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXI^e siècle ?*, PELLÉ Sébastien, BEAUSSONIE Guillaume, BOTTON Antoine, BERGEAUD Aurélie, BONIS Évelyne (dir.), *op. cit.*, p. 253. Effectivement, l'article du 464-2 du CPP autorise la juridiction à ordonner un mandat de dépôt, obstacle à la procédure d'aménagement simplifié, tout en laissant au parquet un délai d'un mois pour déterminer la date d'incarcération. Si cette possibilité est utile pour permettre au condamné de mettre ses affaires en ordre avant l'exécution de sa peine, il permet aussi de prononcer un mandat de dépôt à l'encontre d'une personne dont l'incarcération immédiate n'est pas nécessaire et qui pourrait, dès lors, bénéficier de la procédure simplifiée d'aménagement ouverte aux personnes libres.

⁵⁷⁸ Al. 1, art. 474 du CPP.

⁵⁷⁹ Il convient de noter que la juridiction de jugement est libre de prendre en compte, pour la détermination des personnes éligibles, les crédits de réduction de peine prévus par la loi au titre de la détention provisoire effectuée : Crim., 18 mars 2015, n° 14-84.689, Bull. Crim. n° 61, Dr. pén. 2015. n° 5. comm. 80, note Bonis-Garçon.

⁵⁸⁰ Le dernier alinéa de l'article D. 48-2 du CPP précise toutefois que ces délais ne sont pas prévus à titre de nullité.

⁵⁸¹ Comme le rappelle la circulaire du 10 novembre 2010, le principe est la convocation de la personne condamnée devant le JAP, puis devant le SPIP. Toutefois, l'article D. 48-2-1 du CPP prévoit également la possibilité de convoquer la personne condamnée en premier lieu devant le SPIP ou uniquement devant le JAP : Circ. du 10 novembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 relatives au prononcé des peines et aux aménagements de peines, JUSD1028753C, BOMJ n° 2010-09 du 30 novembre 2010, p. 11.

⁵⁸² Dernier al., art. 723-15 du CPP.

courtes peines d'emprisonnement. Si le juge n'est aucunement privé de son pouvoir d'appréciation⁵⁸³, l'exercice de son office au titre de la modulation judiciaire est façonné pour soutenir le prononcé de mesures d'individualisation et restreindre les hypothèses de refus à des impossibilités matérielles, telle l'absence de solution d'hébergement pour une détention à domicile sous surveillance électronique. Malgré cette standardisation de la procédure, l'optimisation de la gestion des condamnations à de courtes peines d'emprisonnement exige également une concertation des acteurs judiciaires et pénitentiaires pour élaborer une politique d'administration judiciaire planifiant et coordonnant leurs efforts. Ces concertations peuvent porter sur l'organisation de la mise à jour rapide des situations pénales, sur l'identité de la personne devant laquelle est convoqué en premier lieu le justiciable, le contenu de l'enquête des services pénitentiaires, des hypothèses dans lesquelles le procureur acceptera qu'il n'y ait pas de contradictoire à l'audience⁵⁸⁴, ou encore la tolérance de ce dernier pour les dépassements des délais dans lesquels doit s'inscrire l'action du juge⁵⁸⁵. Essentiellement, ces concertations ont pour objet de développer des pratiques judiciaires capables de « renforcer la continuité entre le service de l'audience correctionnelle et celui de l'application des peines⁵⁸⁶ ». Structurées par les réunions bi-annuelles de la commission d'exécution et d'application des peines et les conférences régionales annuelles portant sur les aménagements et les alternatives à l'incarcération, ces pratiques judiciaires et « politiques partenariales » contribuent à « fluidifier » la procédure simplifiée destinée aux personnes libres, afin de gérer au mieux les conséquences de la politique pénale⁵⁸⁷.

S'il n'est pas automatique, l'aménagement des courtes peines doit être systématiquement recherché pour les peines inférieure ou égale à un an et son refus exceptionnel pour les peines égales ou inférieures à six mois d'emprisonnement, d'abord par la juridiction de jugement puis, en l'absence de mandat de dépôt et dans des termes quasi-identiques, par le juge de l'application des peines. À travers cette stratégie de

⁵⁸³ Pour des illustrations concernant des refus de placement sous surveillance électronique v. : Crim., 5 janvier 2011, n° 10-84.136, inédit, AJ Pénal 2011. 536, obs. Herzog-Evans ; Crim., 8 février 2017, n° 15-87.413, inédit ; Crim., 9 mai 2018, n° 17-80.355, inédit. Concernant le refus d'une conversion de peine motivée par l'absence d'indemnisation des parties civiles v. : Crim., 10 février 2016, n° 15-82.431, Bull. Crim. n° 46, Dr. Pén. 2016. n°4. comm. 71, note Bonis-Garçon ; Crim., 13 décembre 2017, n° 16-86.130, inédit.

⁵⁸⁴ Circ. du 19 septembre 2012 de politique pénale de Mme la garde des sceaux, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁸⁵ Sur les pratiques développées et déterminées par les acteurs judiciaires pour « garantir l'efficacité de la procédure de l'article 723-15 du CPP » : Circ. du SG en date du 29 septembre 2009 relative à l'exécution et à l'aménagement des peines, JUSA0922540C, BOMJ n° 2009/6 du 30 décembre 2009, p. 17-18.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 17. Ces concertations peuvent porter, par exemple, sur l'organisation d'une synergie entre les juridictions de jugement ou le bureau de l'exécution des peines et le greffe du service d'application des peines, afin de garantir la communication des horaires de convocation du JAP dans l'optique de l'article 474 du CPP, comme le prévoit l'alinéa 3 de l'article D. 48-2 du CPP.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 16 ; 15

l'« entonnoir⁵⁸⁸ », on perçoit la quête de cohérence du processus d'individualisation entre le calcul de la peine par le tribunal correctionnel et sa modulation par le juge de l'application des peines. Dans une optique similaire, mais tournée vers la fin de peine, le législateur a introduit dans le code de procédure pénale des procédures destinées aux personnes incarcérées (2).

2. Des procédures destinées aux personnes incarcérées

100 L'impératif d'éviter les sorties sans suivi judiciaire. Les procédures simplifiées d'aménagement des peines visent la modulation des peines de personnes sous écrou. Dans le prolongement de la procédure applicable aux personnes libres, ces modalités d'octroi particulières s'inscrivent dans la volonté de réduire la surpopulation carcérale. Elles se distinguent toutefois des premières en poursuivant également l'objectif d'« éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire⁵⁸⁹ ». Dans un premier temps, les procédures simplifiées destinées aux personnes détenues ont procédé à l'expérimentation d'une diversification des acteurs décisionnels. Après la loi du 15 août 2014, elles ont toutefois laissé place à l'élaboration de procédures d'examen obligatoires des dossiers par le juge.

101 L'expérimentation d'une diversification des acteurs décisionnels. La « nouvelle procédure d'aménagement des peines⁵⁹⁰ », introduite par la loi dite Perben II, était engagée à l'initiative du directeur des services pénitentiaires d'insertion et de probation, qui avait la charge d'examiner le dossier de toutes les personnes visées à l'ancien article 723-19 du code de procédure pénale⁵⁹¹. Là encore, il s'agissait d'analyser automatiquement les dossiers des personnes éligibles. Cependant, le juge de l'application des peines n'était plus maître de la procédure. À la suite de cette évaluation, le directeur des services pénitentiaires d'insertion et de probation devait, si la situation et la personnalité de la personne détenue le permettaient, élaborer un projet d'aménagement de peine, puis le transmettre au procureur de la République. Dans le sillage de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il

⁵⁸⁸ JANAS Michaël, « Les dispositions relatives au prononcé et à l'application des peines dans la loi n° 2009-1436 du 24 octobre 2009 dite loi pénitentiaire. – Entre aménagement de peine et libérations anticipées, de l'individualisation à l'industrialisation des aménagements de peines », *Dr. pén.*, n° 1, 2010, étude 1.

⁵⁸⁹ III, art. 707 du CPP.

⁵⁹⁰ Art. 723-20 ancien et s. du CPP et D. 147-17 ancien et s. du CPP.

⁵⁹¹ « Les personnes détenues condamnées à une ou des peines d'emprisonnement dont le cumul est inférieur ou égal à deux ans ou condamnées à une ou des peines d'emprisonnement dont le cumul est inférieur ou égal à cinq ans et dont le reliquat de peine est inférieur ou égal à deux ans bénéficient, sauf impossibilité matérielle et si leur personnalité et leur situation le permettent, d'une semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'un placement sous surveillance électronique ou d'une libération conditionnelle, conformément à la procédure prévue par le présent paragraphe. » : art. 723-19 ancien du CPP.

revenait ensuite au procureur de la République, s'il estimait la proposition justifiée, de la transmettre au juge de l'application des peines pour qu'il procède à l'« homologation⁵⁹² » de la requête⁵⁹³. Enfin, et c'est là où le bât blesse, le procureur de la République pouvait, dans le silence du juge, enjoindre au directeur des services pénitentiaires d'insertion et de probation de ramener l'aménagement à exécution. Une partie de la doctrine avait dès lors analysé cette procédure comme une « déjuridictionnalisation⁵⁹⁴ » de l'application des peines, en ce que, dans cette hypothèse, c'était le ministère public qui décidait de l'individualisation de la peine par une mesure d'administration judiciaire. Cette faculté n'était pour autant possible qu'en l'absence de réponse du juge de l'application des peines. Ce mode d'octroi s'analyse alors d'avantage en une redistribution des rôles, dans laquelle le juge n'a plus la part du lion, qu'en un pouvoir autonome de modulation de la peine procédant d'une déjuridictionnalisation.

En plus de cette procédure générale, le législateur avait créé en parallèle un dispositif *ad hoc*, destiné à substituer aux derniers mois d'incarcération un placement sous surveillance électronique, pour les personnes condamnées au maximum à cinq ans d'emprisonnement et n'ayant pas bénéficié d'une mesure d'aménagement dans les six mois précédant l'expiration de la peine⁵⁹⁵. Ayant pour objet d'éviter les sorties dites sèches, ce « sas de sortie » était « mis en œuvre par le directeur des services pénitentiaires d'insertion et de probation sous l'autorité du procureur de la République⁵⁹⁶ ». Le juge était dès lors cantonné à un rôle de recours pour le justiciable, si la surveillance électronique de fin de peine n'avait pas été mise en place. Cette mesure, qui n'était pas « au sens de la loi un aménagement de peine⁵⁹⁷ », devait ainsi être octroyée sans débat ni intervention juridictionnelle, « sauf en cas d'impossibilité matérielle, de refus de l'intéressé, d'incompatibilité entre sa personnalité et la nature de la mesure ou de risque de récidive⁵⁹⁸ ». De ce fait, cet hybride entre procédure et mesure a été fortement critiqué pour avoir instauré un système d'aménagement prétendument automatique, inefficace pour la prévention de la récidive, voire dangereux, en ce que les décisions ne

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ En cas de décision défavorable au projet d'aménagement, le juge devait motiver son ordonnance de refus, susceptible d'appel par la personne condamnée et le procureur de la République devant le président de la chambre de l'application des peines : ancien art. 723-22 du CPP.

⁵⁹⁴ HERZOG-EVANS Martine, « Les décrets de la partie application des peines de la loi pénitentiaire : déjuridictionnalisation forcenée et maquis processuel », *op. cit.* ; GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §736. Un autre auteur parle d'une « déjudiciarisation » : CÉRÉ Jean-Paul, « Virage ou mirage pénitentiaire ? À propos de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *JCP G*, n° 50, 2009, p. 552.

⁵⁹⁵ V. l'ancienne section VIII intitulée « modalités d'exécution des fins de peines d'emprisonnement en l'absence de tout aménagement de peine » aux anciens art. 723-28 et D. 147-30-61 du CPP.

⁵⁹⁶ Al. 2, ancien art. 723-28 du CPP.

⁵⁹⁷ VICENTINI Jean-Philippe, « Les aménagements de peines dans la loi pénitentiaire », *Gaz. Pal.*, n° 28, 2010, p. 25.

⁵⁹⁸ Al. 1, ancien art. 723-28 du CPP.

seraient pas individualisées⁵⁹⁹.

Contrairement à la procédure de l'article 723-15 du code de procédure pénale, les procédures simplifiées applicables aux personnes condamnées incarcérées ont finalement été abrogées par la loi du 15 août 2014. Les causes avancées ont été, d'une part, pour la procédure de l'article 723-19 du code de procédure pénale, le faible nombre de mesures prononcées, mis en avant comme l'indicateur de son rejet par les acteurs de l'exécution des peines, sans mesurer la relation causale avec la pénurie chronique de moyens dont souffrent les services pénitentiaires d'insertion et de probation⁶⁰⁰. D'autre part, concernant les deux procédures d'aménagement simplifiées destinées aux personnes incarcérées, c'est l'absence d'individualisation judiciaire de la peine, présentée comme la condition *sine qua non* d'une modulation efficace pour prévenir la récidive, qui a été invoquée. La loi du 15 août 2014 a finalement tiré les conséquences de l'évolution des rapports de force entre les différents acteurs de la procédure pénale *post sententiam*⁶⁰¹, en opérant des « rééquilibrages [...] entre les différentes autorités compétentes pour décider d'un aménagement de peine ou simplement en faire une proposition étayée⁶⁰² ». Au sortir de la réforme de 2014, les juges de l'application des peines se sont ainsi trouvés renforcés dans leurs prérogatives et s'est imposée avec eux une conception absolue de l'individualisation judiciaire, rejetant tous les mécanismes décisionnels concurrents de ceux maîtrisés par le juge⁶⁰³. Essuyant des critiques appuyées depuis des années, malgré l'impératif de réduction de la surpopulation carcérale et le principe de progressivité de l'exécution de la peine, la loi du 15 août 2014 a sonné le glas de la diversification des acteurs décisionnels, par la création d'une procédure générale d'examen obligatoire des dossiers, entièrement entre les mains du juge de l'application des peines.

⁵⁹⁹ Le président de l'association nationale des juges de l'application des peines opposait « un juge orfèvre de la peine » à ce qu'il nommait « l'industrialisation des aménagements de peine » : JANAS Michaël, « Les dispositions relatives au prononcé et à l'application des peines », *Gaz. Pal.*, n° 28, vol. 27, 2009, p. 30-32.

⁶⁰⁰ En 2011, 820 personnes avaient bénéficié d'une procédure simplifiée d'aménagement des peines de l'article 723-19 du CPP ; l'année suivante, elles n'étaient plus que 684 : BUREAU DES ÉTUDES ET DE LA PROSPECTIVE, *Séries statistiques des personnes placées sous main de justice. 1980-2014*, DAP, Ministère de la justice, 2014, p. 47. En revanche, la surveillance électronique de fin de peine était une mesure dont l'usage s'intensifiait. En 2011, 3069 personnes avaient effectivement été placées sous surveillance électronique au titre de la surveillance électronique de fin de peine ; en augmentation avant l'abrogation du dispositif, 3958 personnes avaient bénéficié de cette mesure l'année suivante : *ibid.*

⁶⁰¹ Pour une analyse des rapports de force entre les acteurs de la procédure pénale et leurs conséquences sur l'évolution de celle-ci v. : PONCELA Pierrette, « Le combat des gladiateurs. La procédure pénale au prisme de la loi Perben II », *op. cit.*, p. 473-493.

⁶⁰² PONCELA Pierrette, « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *op. cit.*, p. 195.

⁶⁰³ À ce titre, il convient de rappeler que certaines « organisations professionnelles de magistrats ou syndicales pénitentiaires ont appelé au boycott des procédures simplifiées d'aménagement de peine et de la [surveillance électronique de fin de peine] » : SENNA Éric, « La surveillance électronique de fin de peine », *AJ Pénal*, n° 4, 2011, p.171.

102 L'élaboration de procédures d'examen obligatoire. En supprimant les procédures simplifiées d'aménagement destinées aux personnes incarcérées, le législateur a renié la pratique d'individualisation reposant sur la coopération entre les services pénitentiaires et le ministère public. La réforme de 2014 consacre par là une conception de la modulation judiciaire dans laquelle seules les procédures d'octroi maîtrisées par le juge sont admises à concourir à la prévention de la récidive, en substituant des mesures de suivi aux sorties sèches. Par conséquent, les procédures abrogées ont été compensées par la création de dispositifs d'examen obligatoire des dossiers des personnes incarcérées par le juge.

En matière de libération conditionnelle, une obligation annuelle d'examen des situations existait d'ores et déjà pour les personnes éligibles à cette mesure, condamnées à une peine égale ou inférieure à dix ans ou pour laquelle la durée de détention restant à subir est inférieure à trois ans⁶⁰⁴. Refusant de faire le choix d'une libération de plein droit, contrairement à d'autres pays européens⁶⁰⁵, le législateur a introduit une seconde obligation s'étendant aux personnes condamnées à plus de cinq ans d'emprisonnement et prenant cette fois-ci la forme d'un débat contradictoire devant intervenir aux deux tiers de la peine à subir⁶⁰⁶. Souhaitant généraliser l'examen des dossiers pour les personnes éligibles à une mesure d'individualisation, le législateur a adjoint à ces procédures *ad hoc* une obligation générale pour les personnes condamnées à une peine égale ou inférieure à cinq ans et qui ont exécuté les deux tiers de leur sanction. En s'attachant exclusivement à la lettre de l'article 720 du code de procédure pénale, il serait plus juste de parler d'une mesure *ad hoc*, car la libération sous contrainte n'est pas appréhendée par le code comme une procédure⁶⁰⁷. Cependant, elle ne dispose pas de modalités d'exécution propres, de sorte que le juge de l'application des peines est obligé d'indiquer la forme qu'elle prendra par référence à d'autres modalités. À l'instar de la surveillance électronique de fin de peine, la libération sous contrainte doit donc être regardée comme un hybride entre une mesure et un mode d'octroi, en ce que l'un et l'autre de ces aspects sont déterminants. Disposant d'un périmètre quasi-

⁶⁰⁴ Art. 730 du CPP.

⁶⁰⁵ V. : COMMISSION SUR LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE, *La libération conditionnelle. Rapport à Madame le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, op. cit., p. 9-13 ; TOURNIER Pierre-Victor, « Les systèmes de libération sous condition dans les États membres du Conseil de l'Europe Entre principe d'égalité et individualisation, le pragmatisme », *Champ pénal* [en ligne], vol. 1, 2004, 10 p. ; *La libération conditionnelle*, Document de travail du Sénat, Série de législation comparée, n° LC 152, Paris, Sénat, 2005, 43 p.

⁶⁰⁶ Al. 1, art. 730-3 du CPP. À défaut, l'inertie du juge peut donner lieu à la saisine de la chambre de l'application des peines par le justiciable, le procureur de la République ou d'office : al. 2, art. 730-3 du CPP.

⁶⁰⁷ En ce sens : BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, op. cit., §1345-1352. *Contra* v. : ROBERT Jacques-Henri, « Réforme pénale. Punir dehors. Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *Dr. pén.*, n° 9, 2014, étude 16, §68 ; GRIFFON-YARZA Laurent, « La libération sous contrainte, nouvel oxymore juridique », *AJ Pénal*, n° 2, 2015, p. 82 ; COTTE Bruno, *Pour une refonte du droit des peines. Rapport à Madame La Garde des Sceaux Ministre de la Justice*, Paris, 2015, p. 27.

identique, il est difficile de ne pas voir en ce dispositif une itération des procédures simplifiées destinées aux personnes détenues⁶⁰⁸. L'unique changement significatif réside effectivement dans l'identité de l'acteur mettant en œuvre la procédure, ce qui laisse entrevoir la rationalité sous-jacente à la réforme.

Afin de comprendre la rationalité de la loi du 15 août 2014, il est essentiel de relever l'importance de deux énoncés en relation dans les discours de politique pénale qui ont soutenu la réforme. D'une part, une sortie sans suivi judiciaire est un facteur important de récidive, et, d'autre part, seule l'individualisation judiciaire est capable d'assurer une prévention effective de la commission de nouvelles infractions. Ces deux énoncés – l'un soulignant un problème et l'autre sa solution – ne sont, en soi, ni vrai ni faux, en ce qu'il est impossible de les vérifier ou de les réfuter⁶⁰⁹. En revanche, ils sont présentés et pris pour vrai, c'est-à-dire que les discours fondés sur ces énoncés produisent des « effets de vérité⁶¹⁰ ». Combinés, ces énoncés forment la « proposition théorique établie comme indiscutable⁶¹¹ » que l'individualisation judiciaire est l'unique moyen de prévenir le risque de récidive induit par les sorties sèches. Rejetant tout autre pratique de la modulation, ce dogme a été la condition de possibilité de la réforme, résultant de la rencontre des discours désavouant les procédures reposant sur la coopération des services pénitentiaires et du ministère public,

⁶⁰⁸ MARGAINE Clément, « Droit pénitentiaire 2 », *RPDP*, n° 1, 2018, p. 115. D'ailleurs, la libération sous contrainte souffre de difficultés de mise en œuvre analogues à celles de la procédure de l'article 723-19 du CP. Sur ce point v. : FICARA Julien, « De nouveaux dispositifs de lutte contre la surpopulation carcérale ? », *AJ Pénal*, n° 7-8, 2018, p. 347-348. Pour cette raison, le législateur a modifié la lettre de l'article 720 du CPP, en faisant explicitement du refus d'octroi l'exception, sans pour autant que cette reprise implique une modification du régime de la libération sous contrainte : art. 720 du CPP, dans sa rédaction postérieure à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁶⁰⁹ Le protocole nécessaire pour démontrer et quantifier cette corrélation implique, pour comparer des situations égales en tout point à l'exception de la cause analysée, d'accorder des mesures à des personnes ne présentant pas les caractéristiques requises, et inversement, afin de pouvoir isoler et mesurer l'apport de l'absence de suivi ou d'individualisation judiciaire dans la prévention de la récidive. Autrement dit, il est nécessaire d'attribuer arbitrairement des mesures d'individualisation pour être certain que la différence dans le taux de récidive est due à l'objet juridique, et non aux caractéristiques des personnes et de leur situation que les critères d'octroi visent.

⁶¹⁰ FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10. À titre d'exemple, l'Association nationale des juges de l'application des peines dans ses propositions, lors de l'élaboration de la réforme pénale de 2014, énonçait que les recommandations du jury de la conférence de consensus « constitue[nt] désormais la référence de toute politique en matière de prévention de la récidive et doit constituer le point de départ d'une véritable réforme de modernisation de la justice pénale », et concluait en indiquant que « la conférence de consensus constitue un véritable tournant dans notre histoire pénale » : ANJAP, *Propositions de réforme pénale. Mai 2013*, 2013, p. 1 ; 11. Il est également possible de relever le poids de ces énoncés dans les propositions de cette association pour la réforme de 2018 v. : DANGLES Cécile, *Propositions de l'ANJAP sur la réforme de l'exécution et de l'application des peines novembre 2017. Sortir de l'ambiguïté : la césure du procès pénal*, 2017, p. 3-5.

⁶¹¹ CNRS (1976-1994), *Trésor de la langue française informatisé, Dictionnaire de la langue du XIX^e et XX^e siècle*, *op. cit.* : <http://www.cnrtl.fr/definition/dogme>.

portés notamment par de nombreux juges de l'application des peines, et le choix du gouvernement de légitimer la réforme sur les pratiques de l'individualisation judiciaire.

103 La prohibition de la modulation automatique. La consécration du dogme de l'individualisation judiciaire en droit de l'application des peines, par la disqualification des pratiques de modulation relevant d'une « recomposition du rôle des acteurs en droit de l'exécution des peines⁶¹² », a été la condition de possibilité de la suppression des procédures simplifiées d'aménagement destinées aux personnes incarcérées. Néanmoins, cette conception fut également la contrainte pour élaborer de nouvelles procédures poursuivant à leur tour l'impératif de réduction de la surpopulation carcérale et le principe de progressivité de la peine. Dès lors, l'aménagement en fin de peine demeure un temps à part entière de la modulation judiciaire, mais ne met plus en œuvre une pratique singulière de l'individualisation. Si la modulation tend à être systématique pour les courtes et moyennes peines, l'aménagement de la temporalité et de la matérialité de la peine n'est admis que s'il correspond au dogme consacré de l'individualisation judiciaire : seul le juge est considéré légitime pour apprécier les critères d'octroi d'une mesure affectant la peine. Malgré la surpopulation carcérale et la consécration de l'emprisonnement ferme comme sanction de « dernier recours⁶¹³ », l'automatisme est limitée à l'examen des dossiers et à leur inscription au rôle de la juridiction. C'est la raison pour laquelle la seule procédure simplifiée ayant prospéré est celle où le juge de l'application des peines garde la maîtrise du processus décisionnel plutôt que de se muer en une autorité d'enregistrement et de recours de l'activité des services pénitentiaires d'insertion et de probation et du parquet⁶¹⁴.

⁶¹² PONCELA Pierrette, « La surveillance électronique de fin de peine. Un symbole des évolutions du droit de l'exécution des peines », *RSC*, n° 3, 2011, p. 686.

⁶¹³ Al. 2, art. 132-19 du CP.

⁶¹⁴ Le projet de loi pour la confiance dans l'autorité judiciaire déplace toutefois certaines des lignes que nous avons tracées : Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, 25 mai 2021, n° 612. Le 5° de l'article 9 du projet souhaite en effet faire de la libération sous contrainte une mesure de libération automatique, ne pouvant plus être écartée qu'en raison d'une impossibilité matérielle résultant de l'absence d'hébergement. À l'instar de l'attribution administrative des crédits de réduction de peine, l'objet de l'individualisation judiciaire se déplace de l'opportunité de la libération à la détermination du régime probatoire et à l'appréciation des causes de retrait ou de révocation. La libération conditionnelle apparaît ainsi devenir une étape pré-déterminée du parcours d'exécution des courtes et moyennes peines. Toutefois, à côté de cette modification et de l'exclusion de certaines personnes détenues du champ de cette nouvelle itération de la libération sous contrainte, le projet de loi transforme également profondément les effets de cette modalité d'exécution judiciaire. L'article 9 du projet précise en effet qu'en cas de retrait ou de révocation de la mesure la durée de la peine restant à exécuter au jour de la libération pourra être remise à exécution en tout ou partie. Autrement dit, sur le modèle du régime de la libération conditionnelle, le temps durant lequel la personne condamnée est assujettie en milieu ouvert ne sera plus compté au titre de l'exécution de la peine. De cette façon, le législateur étend d'une part le champ de la disjonction entre le temps de l'exécution de la peine et celui de l'assujettissement et, d'autre part, le mécanisme de crédit caractérisant

*

104 Une modulation judiciaire protéiforme. L'évolution des modalités d'octroi des mesures d'individualisation judiciaires est arbitrée par les rapports de force entre les acteurs de l'application des peines et la conception de l'individualisation consacrée par les discours de politique pénale. Ces facteurs ont conduit au développement d'un cadre procédural constitué d'un ensemble de modalités d'octroi hétérogènes, opérant différentes conciliations entre les exigences du procès équitable, l'impératif de gestion des flux et les principes directeurs de l'exécution des peines. Ces compromis façonnent les usages des mesures d'individualisation judiciaires et nourrissent la complexité de la dialectique entre l'exécution de la peine et sa modulation. Pour autant, l'appréciation judiciaire s'est imposée, par l'apologie de son rôle dans la prévention de la récidive, comme mode unique du prononcé des mesures d'individualisation, au détriment de la portée de la condamnation sur l'évolution du régime d'exécution.

**

105 La prééminence de l'appréciation judiciaire. La sanctification de l'individualisation judiciaire, comme pierre angulaire de la dialectique entre l'exécution de la peine et sa modulation, a emporté tant l'évolution des conditions que des modalités d'octroi. Restreint à la circonscription du périmètre des mesures et des procédures par le *quantum* de la peine, la faible portée de la condamnation dans la pratique de la modulation offre une place prééminente à l'appréciation judiciaire « de la personnalité et de la situation⁶¹⁵ » du sujet, afin de libéraliser les usages des modalités d'exécution. Au travers de la qualification des faits, la portée de la condamnation est en revanche prédominante dans le champ du droit dérogatoire (Section 2) de l'application des peines, pour entraver la logique modale de la peine et ainsi inverser la rationalité présidant à la dialectique entre l'exécution de la peine et sa modulation.

certaines mesures d'individualisation judiciaires. Sur la disjonction entre le temps de l'exécution de la peine et celui de l'assujettissement v. : *infra* n° 179 et s. Sur le mécanisme de la libération à crédit v. : *infra* n° 192 et s.

⁶¹⁵ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

SECTION 2. DU DROIT DÉROGATOIRE

106 Un agrégat de statuts spéciaux. De manière générale, la qualification d'une norme juridique de dérogatoire nécessite la caractérisation de deux critères. Le premier est formel et relatif au champ d'application de la règle de droit. Il ne peut y avoir de norme dérogatoire qu'à partir du moment où celle-ci n'est applicable que dans un champ déterminé et qu'elle exclut la mobilisation de la règle de droit commun. Néanmoins, si ce critère de la spécialité est indispensable, il n'est pas suffisant pour décrire et reconnaître les normes relevant du droit dérogatoire. Un second critère, matériel et relatif à l'objet de la règle de droit, doit être mobilisé pour distinguer la spécialité de l'exceptionnalité. Ainsi, ne doivent être considérées dérogatoires que les normes qui, par leur contenu, contreviennent à l'objet du droit commun.

En matière d'application des peines, nous désignons comme droit dérogatoire l'agrégat de statuts spéciaux qui définissent pour certaines catégories de personnes condamnées une condition juridique exceptionnelle⁶¹⁶. Ce droit dérogatoire de l'application des peines concerne différentes catégories de personnes, déterminées par le fondement de leur condamnation (personnes en état de récidive légale, personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit et personnes ayant commis des infractions de terrorisme), pour lesquelles le législateur tend à neutraliser la « logique modale⁶¹⁷ » de la peine privative de liberté. Dans le but de démontrer la pertinence de cette lecture dichotomique du régime d'octroi, nous constaterons, dans un premier temps, la multiplication et le renforcement des statuts spéciaux (§1), favorisant l'effritement du droit commun de l'application des peines. Puis, nous étudierons la rationalité commune présidant à la dialectique entre l'exécution et la modulation de la peine des catégories disqualifiées (§2) de personnes condamnées.

§1. DES STATUTS SPÉCIAUX

107 La catégorisation des personnes condamnées. Les statuts spéciaux ont en commun d'être applicables à des catégories identifiées de personnes condamnées. C'est la qualification des faits qui spécifie le périmètre d'application de ces ensembles cohérents de règles,

⁶¹⁶ Un statut est un « ensemble cohérent de règles applicables à une catégorie de personne [...] et qui en détermine, pour l'essentiel, la condition et le régime juridique » : CORNU Gérard, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 990.

⁶¹⁷ PONCELA Pierrette, « La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, VAN DROOGHENBROECK Sébastien (dir.), *op. cit.*

dérogeant au régime d'octroi commun des mesures d'individualisation judiciaires. À titre d'exemple, les « personnes condamnées pour une ou plusieurs des infractions mentionnées aux articles 421-1 à 421-6 du code pénal, à l'exclusion de celles définies aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 » du code pénal, ne peuvent pas bénéficier aux termes de l'article 723-1 du code de procédure pénale d'une semi-liberté ou d'un placement à l'extérieur. L'application de ces dispositions n'est donc pas déterminée par le savoir pénitentiaire, qui définit des catégories de population pénale, mais par l'infraction commise et les circonstances aggravantes caractérisées⁶¹⁸. Au sein du droit de l'application des peines, trois statuts spéciaux dérogeant au régime d'octroi de droit commun peuvent être identifiés. Nous aborderons en conséquence, successivement, l'émergence et le développement du statut des personnes en état de récidive légale (A), des personnes dangereuses condamnées pour crimes ou délits (B) et des personnes ayant commis des actes de terrorisme (C)⁶¹⁹.

A. Les personnes condamnées en état de récidive légale

108 Les conditions de possibilité d'un statut. L'état de récidive légale désigne le fait pour une personne de commettre une infraction, dans un délai donné, après une première condamnation pénale définitive. Le délai de récidive ainsi que les infractions requises pour caractériser l'état de récidive légale peuvent varier en fonction des différents cas prévus par la loi, mais ce dernier désigne toujours le renouvellement d'un comportement incriminé

⁶¹⁸ Une exception a toutefois été instituée par la loi du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés. Le nouvel article 721-1-2 du Code de procédure pénale dispose en effet que les « personnes condamnées à une peine privative de liberté pour une ou plusieurs infractions mentionnées aux articles 221-4, 222-3, 222-8, 222-10 et 222-12 du code pénal ne bénéficient pas des crédits de réduction de peine mentionnés à l'article 721 du présent code lorsque ces infractions ont été commises au préjudice d'une personne investie d'un mandat électif public, d'un magistrat, d'un militaire de la gendarmerie nationale, d'un militaire déployé sur le territoire national dans le cadre des réquisitions prévues à l'article L. 1321-1 du code de la défense, d'un fonctionnaire de la police nationale, des douanes ou de l'administration pénitentiaire, d'un agent de police municipale, d'un sapeur-pompier professionnel ou volontaire ou de toute autre personne dépositaire de l'autorité publique ». Dans cette hypothèse récente, l'inéligibilité au crédit de réduction de peine n'est pas seulement déterminée par le fondement de la condamnation, mais également par la qualité de la victime. Relevons par ailleurs qu'il s'agit moins de supprimer la possibilité pour ces personnes de bénéficier de réductions de peine, que de subordonner celles-ci à une bonne conduite en détention. Ces derniers sont en effet, d'une part, toujours éligibles aux réductions de peine supplémentaires pour « efforts sérieux de réadaptation sociale » et, d'autre part et contrairement aux personnes condamnées pour des infractions de terrorisme, sont éligibles à titre de substitution à des réductions de peine *sui generis* lorsqu'elles donnent « des preuves suffisantes de bonnes conduites » : al. 1, art. 721-1 du CPP ; al. 2, art. 721-1-2 du CPP. Cette réforme procède dès lors essentiellement à un retour à l'état du droit antérieur à la loi du 9 mars 2004 et à une diminution du *quantum* de peine pouvant être réduit.

⁶¹⁹ Ces différents statuts sont distincts, mais ne sont pas exclusifs les uns des autres. Une personne ayant commis un acte de terrorisme en état de récidive légale pourra se voir appliquer les dispositions participant au statut des personnes récidivistes, sans préjudice de l'application de celles appartenant au statut des personnes ayant commis des infractions de terrorisme.

considéré de ce fait plus répréhensible⁶²⁰. En visant par la qualification des faits la personne, la loi crée à la fois un fait social – la récidive – et une figure de politique pénale distincte du simple délinquant – le récidiviste –, qui ont été les conditions de possibilité de l'élaboration progressive d'un statut spécial dans l'ensemble du processus d'individualisation. Ce dernier a connu, depuis sa création, un essor longtemps apparu comme inexorable. Cependant, la loi du 15 août 2014 a amorcé le déclin du statut des personnes en état de récidive légale.

109 L'essor du statut. La prise en compte des personnes récidivistes, en tant que catégorie spécifique d'infracteur, est ancienne « sous l'appellation de *consuetudo delinquendi* (accoutumance à mal s'employer) proche du concept moderne de dangerosité⁶²¹ ». Il ne s'agissait néanmoins pas tant d'une catégorie juridique que d'une référence à une dangerosité, une amoralité, une incorrigibilité : « derrière un fait, on réprime une nature⁶²² ». À partir de 1549, le droit pénal appréhendait le malfaiteur qui recommence comme un « être exécrable, infâme, éminemment pernicieux, à la chose publique⁶²³ » et disposait de peines spéciales à son encontre pour certaines infractions⁶²⁴ ou de peines arbitrairement aggravées par le juge⁶²⁵. Ce n'est toutefois qu'après la révolution qu'un système d'aggravation des peines a été institué⁶²⁶. Depuis le code pénal de 1992, l'état de récidive légale est une circonstance aggravante générale et personnelle, prévues aux articles 132-8 et suivants du code pénal, qui aggrave les peines d'emprisonnement et d'amende encourues. Mais le régime de la récidive possède également des ramifications dans l'ensemble de la procédure pénale *post sententiam*, du mandat de dépôt⁶²⁷ à la réhabilitation⁶²⁸.

La « frénésie sécuritaire⁶²⁹ » du législateur contemporain a conduit à développer de

⁶²⁰ En matière délictuelle et criminelle, il existe une récidive générale et perpétuelle (art. 132-8 du CP), deux récidives générales et temporaires (al. 1 et 2, art. 132-9 du CP) et une récidive spéciale et temporaire (art. 132-10 du CP).

⁶²¹ RENAUT Marie-Hélène, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *RSC*, n° 2, 2000, p. 319.

⁶²² SOULA Mathieu, « Récidive et illusion rétrospective », *Criminocorpus. Revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines*, 2016.

⁶²³ Ordonnance du 5 janvier 1549, citée in FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, op. cit., p. 102.

⁶²⁴ *Ibid.*

⁶²⁵ SOULA Mathieu, « Récidive et illusion rétrospective », *Criminocorpus. Revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines*, op. cit.

⁶²⁶ Art. 10 et 11 du code pénal de 1791. Au XIX^e siècle, les personnes condamnées en état de récidive étaient en outre flétries de la lettre R sur l'épaule gauche, puis reléguées sur le fondement de la loi du 27 mai 1885 : art. 1^{er}, loi du 23 floréal an X (13 mai 1801) relative aux délit emportant peine de flétrissure, et aux tribunaux spéciaux qui en auront la connaissance ; loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes, JORF du 28 mai 1885, p. 2721-2722.

⁶²⁷ Art. 465-1 du CPP.

⁶²⁸ Art. 133-14 du CP ; art. 787 du CPP.

⁶²⁹ LAZERGES Christine, « 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*, n° 1, 2012, p. 274.

nombreuses dispositions spéciales pour les personnes condamnées en état de récidive légale, notamment dans le régime d'octroi des mesures d'individualisation. Au-delà du développement d'une discrimination des personnes en état de récidive légale lors du prononcé de la peine, notamment par l'institution de peines planchers⁶³⁰, le législateur a distingué la condition juridique des récidivistes en disposant de conditions d'octroi plus sévères pour certaines mesures d'individualisation et, jusqu'à la loi du 23 mars 2019, d'un périmètre d'applicabilité plus restreint pour la procédure simplifiée applicable aux personnes libres⁶³¹. Indifféremment de part et d'autre de la clôture du procès pénal, la prise en compte de la qualification des faits permet d'affirmer l'appartenance de la personne condamnée à la catégorie des individus « incorrigibles⁶³² », opposée à la figure du délinquant amendable⁶³³. L'état de récidive légale qualifie à travers les faits la personne, c'est la raison pour laquelle les effets juridiques de la récidive s'étendent à toutes les peines inscrites à l'écrou tant que la peine résultant d'une condamnation en état de récidive n'a pas été entièrement exécutée⁶³⁴. Procédant d'une stigmatisation des récidivistes, la prolifération inexorable de normes dérogatoires n'a pris fin qu'avec la loi du 15 août 2014, qui a entamé le déclin du statut des personnes en état de récidive légale.

110 Le déclin du statut. Sans supprimer ce statut, cette réforme a mis un point d'arrêt au mouvement législatif renforçant la différence de traitement des personnes en état de récidive légale, en supprimant certaines dispositions de leur statut⁶³⁵. En raison de la conception de

⁶³⁰ Concernant les peines planchers en matière de récidive v. : anciens art. 132-19-1 et 132-19-2 du CP.

⁶³¹ Al. 1, ancien art. 723-15 du CPP.

⁶³² SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, op. cit., p. 251.

⁶³³ COMMISSION SUR LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE, *La libération conditionnelle. Rapport à Madame le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, op. cit., p. 7.

⁶³⁴ De longue date, la chambre criminelle considère que le statut lié à l'état de récidive légale s'applique indifféremment à toutes les peines portées à l'écrou, si l'état de récidive légale a été retenu dans l'une des condamnations : Crim., 2 octobre 1987, Bull. Crim. n° 331. L'article D. 150-2 du CPP dispose depuis que les effets de la condamnation en état de récidive légale s'étendent aux autres peines exécutées dans la limite de l'expiration de la dite peine. La Cour de cassation a ainsi postérieurement modifié son attendu de principe, afin d'indiquer que l'application des conditions d'octroi spécifiques aux personnes en état de récidive légale est subordonnée au fait que la peine n'a pas encore été totalement exécutée : Crim., 15 mai 2013, n° 13-82.623, Bull. Crim. n° 109, Dr. pén. 2013. n° 7-8. comm. 119, obs. Peltier ; Gaz. Pal. 2013. n° 176, note Méza ; D. 2013. 2713, chron. Potaszkin. La précision apportée par le décret n° 2004-1364 est la bienvenue, néanmoins, elle ne limite pas les effets de la récidive à la condamnation fondée sur une infraction en état de récidive légale, ce qui peut avoir des effets disproportionnés. Le rattachement de l'état de récidive à la personne est notamment excessif lorsque est mise à exécution une courte peine d'emprisonnement, prononcée en état de récidive légale, alors qu'une peine criminelle est en cours d'exécution. En raison de la dernière condamnation portée à l'écrou, le statut des personnes en état de récidive légale déterminera en effet le régime d'exécution de la peine criminelle.

⁶³⁵ Les dispositions abrogées ou modifiées en matière de récidive par la loi du 15 août 2014 sont les suivantes : les peines minimales dites planchers (art. 132-19 et 132-19-1 du CP) ; la distinction sur la motivation de la peine d'emprisonnement sans sursis (ancien art. 132-24 du CP) ; la distinction opérée entre *primo* délinquant et récidiviste en matière de réduction de peine (art. 721 et 712-1 du CPP).

l'individualisation consacrée par la loi du 15 août 2014, et dans le cadre de la lutte contre la surpopulation carcérale, le législateur a choisi de supprimer la distinction opérée à l'ancien article 132-24 du code pénal, concernant la motivation des peines sans sursis et le principe de l'aménagement des peines d'emprisonnement ferme⁶³⁶. Le statut des personnes en état de récidive légale s'étendait donc toujours au régime des mesures d'individualisation judiciaires pour durcir les conditions de recevabilité des requêtes en aménagement. La loi du 15 août 2014 n'avait finalement procédé qu'à un ajustement, destiné à assurer la cohérence de la réforme sous-tendue par la recherche d'une plus grande individualisation des peines. L'objet de la réforme n'était donc ni de renier le traitement différentiel dont font l'objet les récidivistes, ni *a fortiori* d'effacer toutes traces de la « funeste obsession du législateur⁶³⁷ » pour la récidive durant les années 2000. La loi du 23 mars 2019 a ensuite poursuivi l'entreprise de déconstruction du statut des personnes en état de récidive légale dans le droit de l'application des peines, en supprimant toute discrimination de cette catégorie de personne condamnée de la procédure simplifiée d'aménagement applicable aux personnes libres, ainsi qu'au prononcé des mesures d'exécution des peines au cours de la peine. Nonobstant, il subsiste dans le droit de l'application des peines quelques vestiges du statut spécial des personnes en état de récidive légale, notamment concernant le temps d'épreuve en matière de libération conditionnelle⁶³⁸. Par conséquent, il est impossible d'annoncer le terme du traitement différentiel dont font l'objet les personnes récidivistes, d'autant que l'intérêt du législateur pour la récidive, lui, perdure invariablement.

La suppression de la majorité des dispositions spécialement applicables aux personnes en état de récidive légale constitue un déclin substantiel du statut et une progression vers la mise en conformité du régime d'octroi des mesures d'individualisation judiciaire avec les principes directeurs de l'exécution des peines. Pour autant, l'intérêt du législateur pour la

⁶³⁶ V. art. 132-19 et 132-24 anciens du CP. Par contre, le législateur avait choisi de maintenir une différence de traitement entre le *primo* délinquant et la personne en état de récidive légale aux articles 474 et 723-15 du CPP, ainsi qu'aux articles 723-1 et 723-7 du CPP, concernant les mesures d'exécution des peines prononcées au cours de l'exécution. Il était alors regrettable que le législateur n'ait pas laissé au juge de l'application des peines la même liberté d'apprécier l'opportunité d'aménager les courtes peines d'emprisonnement, et les petits reliquats restant à exécuter, que celle accordée à la juridiction de jugement.

⁶³⁷ PONCELA Pierrette, « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *op. cit.*, p. 190.

⁶³⁸ Al. 3 et 4, art. 729 du CPP. Les autres dispositions portent sur le *quantum* de réduction de temps d'épreuve relative à l'octroi d'une libération conditionnelle pour une personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité (art. 729-1 du CPP), à la rationalisation de l'obligation d'une expertise psychiatrique obligatoire préalable de l'article 712-21 du CPP (D. 49-26 du CPP) et pour le champ matériel de la surveillance judiciaire (art. 723-29 du CPP). À ces dispositions, il est possible d'ajouter les textes relatifs à d'autres mesures de sûreté, le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes et la rétention de sûreté. En outre, en l'absence pour l'heure de décret d'application relatif aux dispositions portant sur l'application des peines de la loi du 23 mars 2019, nombre d'articles relevant du droit antérieur demeurent : art. D. 48-2, D. 136, D. 147-7, D. 147-14 et R. 61-33 du CPP.

récidive n'a pas diminué, et tant que le taux de récidive sera le critère essentiel pour juger de la réussite ou de l'échec du système pénal⁶³⁹, cette question restera au centre des préoccupations du législateur⁶⁴⁰. La prévention de la commission de nouvelles infractions se poursuit par des pratiques en partie renouvelées, par un déplacement du curseur de la dissuasion par l'aggravation des peines à l'évaluation du risque de récidive et tend à réconcilier par là la modulation judiciaire et la lutte contre la récidive. Le juge se voit ainsi renforcer dans ses pouvoirs et ses prérogatives, déplaçant ainsi le point d'« équilibre entre la détermination légale de la sanction et la liberté d'adaptation octroyée au juge⁶⁴¹ ». Au demeurant, l'individualisation légale n'apparaît reculer que pour les personnes en état de récidive légale car la portée de la qualification des faits pour « les personnes dangereuses condamnées pour crimes ou délits⁶⁴² » (B) demeure considérable.

B. Les personnes dangereuses condamnées pour crimes ou délits

111 Une catégorie enfantée par la question de la récidive. Le second foyer de discours de politique pénale, ayant rendu possible l'élaboration d'un droit dérogatoire de l'application des peines, est un dérivé de la question de la récidive. Il s'agit de la « dangerosité pénale⁶⁴³ ». Fruit des liaisons dangereuses entre décideurs publics, médias et opinion publique, cette notion désigne la cristallisation des discours de politique pénale sur certaines qualifications, considérées comme particulièrement répréhensibles, dont la réitération serait donc particulièrement dommageable, et qui entraîne sur l'auteur de l'infraction un « stigmatisme⁶⁴⁴ », déterminant l'élaboration d'un traitement différencié pour les « personnes dangereuses

⁶³⁹ L'article 7 de la loi pénitentiaire a d'ailleurs procédé à la création d'un observatoire de la récidive et de la désistance « chargé de collecter et d'analyser les données statistiques relatives aux infractions, à l'exécution des décisions de justice en matière pénale, à la récidive et à la réitération, [qui] établit un rapport annuel et public comportant les taux de récidive et de réitération en fonction des catégories d'infraction et des peines prononcées et exécutées, ainsi qu'une estimation de ces taux par établissement pour peines. »

⁶⁴⁰ Sur le pénalocentrisme v. : CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, op. cit. ; PONCELA Pierrette, « La question de la récidive », *RSC*, n° 3, 2005, p. 613. PONCELA Pierrette, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », op. cit., p. 95.

⁶⁴¹ VERGÈS Étienne, RIBEYRE Cédric, ROBERT Anne-Gaëlle, « Chronique législative », *RSC*, n° 4, 2007, p. 853.

⁶⁴² Art. 723-29 du CPP.

⁶⁴³ PONCELA Pierrette, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », op. cit., p. 94.

⁶⁴⁴ GOFFMAN Erving, KIHM Alain (trad.), *Stigmatisme: les usages sociaux des handicaps*, Paris, Éditions de Minuit, « Le Sens commun », 1975, 175 p. « Le mot stigmatisme servira donc à désigner un attribut qui jette un discrédit profond, mais il faut bien voir qu'en réalité c'est en termes de relations et non d'attribut qu'il convient de parler. » : *ibid.*, p. 13. L'appréhension spécifique des infractions relevant de la dangerosité pénale distingue, au sein de l'ensemble des personnes condamnées, une catégorie d'infractions discréditées par rapport aux autres, du fait du fondement de leur condamnation. Cette spécificité entraîne alors une modification de la manière dont sont perçues et considérées ces personnes par les gouvernants, ce qui contribue à susciter un besoin de légiférer chez les décideurs publics.

condamnées pour crimes ou délits⁶⁴⁵ ». Ce nouvel ensemble normatif procède ainsi de la consécration d'une notion de dangerosité pénale, qui provoque l'élaboration d'un statut pour les délinquants dangereux.

112 La consécration d'une notion de dangerosité pénale. Le statut des personnes condamnées pour certains délits et crimes aggravés est plus difficilement identifiable que celui applicable aux personnes en état de récidive légale, en ce que son champ *rationae materiae* varie en fonction des dispositions. Au premier abord ce statut paraît en conséquence moins uniforme que le premier, cependant il désigne bien tout autant une catégorie de condamnés ayant comme dénominateur commun de faire l'objet d'une politique pénale spécifique⁶⁴⁶. La consécration d'une catégorie de personnes dangereuses s'est d'ailleurs effectuée dans la continuité de l'affirmation de la récidive comme « l'un des problèmes les plus graves posés aux pouvoirs publics dans un État de droit⁶⁴⁷ ». Sa différence intrinsèque, ayant conduit à sa distinction en politique pénale, est la capacité des actes commis à faire événement. La commission d'une infraction grave érigée en fait divers est constamment l'argument de la démonstration fallacieuse de l'insécurité et de l'inefficacité du système pénal, qui détermine en retour une intervention des pouvoirs publics par la constitution de commissions d'étude et la création de dispositions spécifiques à ces qualifications. Cette dynamique, ayant contribué à forger notre économie punitive contemporaine, a conduit progressivement à l'élaboration d'un statut spécial, initié par « la catégorisation des délinquants sexuels⁶⁴⁸ », en réponse à la consécration de la notion de dangerosité pénale.

Avec cette expression, Pierrette PONCELA se départit des autres formes de la dangerosité (psychiatrique, criminologique et pénitentiaire). Par « dangerosité pénale⁶⁴⁹ », il s'agit de ne désigner que la dangerosité qui « apparaît dans les discours de politique pénale et que l'on retrouve dans les dispositifs juridiques⁶⁵⁰ ». C'est en effet par la cohérence des discours de politique pénale et des modifications législatives que l'on peut circonscrire ce deuxième statut, regroupant des dispositions au périmètre variable, mais se recoupant pour

⁶⁴⁵ Art. 723-29 du CPP.

⁶⁴⁶ Pour une analyse historique sur cette question v. : KALUSZYNSKI Martine, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal*, Vol. V, 2008, 19 p.

⁶⁴⁷ CARTIER Marie-Elisabeth, *Favoriser la réinsertion et limiter les risques de récidives : rapport de Madame Marie-Elisabeth Cartier sur la Prévention de la récidive des criminels*, *op. cit.*

⁶⁴⁸ LETURMY Laurence, « La répression de la délinquance sexuelle », in *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), *op. cit.*, p. 147.

⁶⁴⁹ PONCELA Pierrette, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », *op. cit.*, p. 94.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

l'essentiel. Ce statut vise les personnes condamnées pour les infractions considérées aujourd'hui par les pouvoirs publics, les médias et l'opinion publique comme les plus graves⁶⁵¹. Parmi les figures classiques de la dangerosité pénale, nous retrouvons les atteintes à la vie aggravées et les infractions sexuelles et violentes, particulièrement à l'encontre de mineurs de quinze ans ou d'agents publics dans l'exercice de leur fonction ou en raison de celle-ci. Du fait de la pluralité des champs d'application des mesures⁶⁵², nous ne précisons le périmètre exact du statut qu'au fur et à mesure de l'explicitation des principales dispositions qui le composent. Néanmoins, si le périmètre d'applicabilité des différentes mesures peut varier, elles ont comme point commun de viser exclusivement les personnes condamnées à une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru⁶⁵³.

Créé postérieurement et dans la lignée du rapport de la commission présidée par Marie-Élisabeth CARTIER⁶⁵⁴, le suivi socio-judiciaire « emporte, pour le condamné, l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines et pendant une durée déterminée par la juridiction de jugement, à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive⁶⁵⁵ ». En tant que peine encourue, cette peine complémentaire est à la fois le critère d'identification et d'application du statut des personnes dangereuses⁶⁵⁶. Cette « peine pas comme les autres⁶⁵⁷ » constitue effectivement la traduction juridique des discours de politique pénale en établissant une « présomption de dangerosité⁶⁵⁸ » des personnes condamnées pour les infractions pour lesquelles elle est encourue. Le suivi socio-judiciaire encouru, critère d'application du statut des personnes dangereuses, est l'élément de réponse représentant le mieux la politique du législateur quant à la dangerosité pénale : un suivi judiciaire de longue durée, s'émancipant de la durée de la

⁶⁵¹ Les infractions considérées les plus graves et réprimées le plus sévèrement évoluent avec le temps au travers des mœurs, du contexte politique et des discours de politique pénale. À la suite de la révolution française et dans le code pénal de 1791, ce n'était pas les infractions d'atteintes aux personnes qui étaient les plus importantes mais les atteintes à la sûreté de l'État. L'accent était mis sur la protection des nouvelles institutions démocratiques et moins sur la protection des personnes et des biens. Sur les rationalités sous-tendant les incriminations et leurs évolutions v. : LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, LENOËL Pierre, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, op. cit. ; PONCELA Pierrette, LASCOUMES Pierre, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte ?*, op. cit.

⁶⁵² L'alinéa 4 de l'article 721 du CPP vise par exemple les personnes condamnées pour l'une des infractions listées à l'article 706-47 du CPP, alors que l'article 730-2 du CPP ne s'applique qu'aux personnes ayant commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13 du CPP.

⁶⁵³ Pour une liste des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru v. : art. D. 147-31 du CPP.

⁶⁵⁴ DARBÉDA Pierre, « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », *RSC*, n° 3, 2001, p. 625.

⁶⁵⁵ Al. 1, art. 131-36-1 du CP.

⁶⁵⁶ « La liste des infractions faisant encourir une peine de suivi socio-judiciaire constitue ainsi le socle initial à partir duquel se dessinent les figures de la dangerosité » : BOUVIER Jean-Claude, « Détecter et prévenir », *Délibérée*, n° 3, vol. 5, 2018, p. 47.

⁶⁵⁷ COUVROT Pierre, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC*, n° 2, 1999, p. 376-383.

⁶⁵⁸ D'AMBROSIO Luca, « De l'incapacitation à l'exclusion ? Dangerosité et droit pénal en Italie », op. cit., p. 180.

peine privative de liberté et mobilisant le savoir comme les pratiques psychiatriques et criminologiques. Par l'intermédiaire du suivi socio-judiciaire encouru, l'évolution du champ d'applicabilité des dispositions dérogatoires épouse ainsi parfaitement l'extension des incriminations concernées par la notion invasive de dangerosité pénale. Ce qui n'était lors de sa création en 1998 qu'une peine encourue pour certaines infractions⁶⁵⁹, essentiellement à caractère sexuel, peut aujourd'hui être prononcée et/ou modifier le régime d'exécution de la peine privative de liberté d'une personne condamnée pour les délits de trafic d'armes ou encore l'ensemble des infractions en matière de terrorisme. Cette incroyable extension du suivi socio-judiciaire élargit le périmètre du droit dérogatoire et constitue la marque du développement d'une « économie punitive de la dangerosité⁶⁶⁰ », qui nourrit l'élaboration d'un statut pour les délinquants dangereux.

- 113 L'élaboration d'un statut pour les délinquants dangereux.** Le statut des personnes dangereuses condamnées pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru se caractérise d'abord par l'instauration d'un régime d'octroi plus sévère, particulièrement accès sur le commencement et la poursuite de soins à la dimension psychiatrique marquée⁶⁶¹, comme l'illustre le régime d'octroi de la libération conditionnelle. L'alinéa 5 de l'article 729 du code de procédure pénale dispose que cette mesure ne peut être prononcée que si la personne a accepté de suivre le traitement qui lui aura éventuellement été proposé par le juge et, le cas échéant, si elle suit régulièrement ce traitement médical et psychologique pouvant aller jusqu'à la prescription de médicament inhibiteur de libido⁶⁶². De même, la personne incarcérée devra s'engager à suivre ce traitement une fois libérée, afin de pouvoir bénéficier de l'octroi de cette modalité d'exécution. Mais, l'article 730-2 du code de procédure pénale dispose également de conditions d'octroi spécifiques pour des personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, à une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle égale ou inférieure à quinze ans pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru ou à une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle

⁶⁵⁹ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs instituant le suivi socio-judiciaire.

⁶⁶⁰ PONCELA Pierrette, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », *op. cit.*, p. 107.

⁶⁶¹ Au-delà des frontières de l'application des peines, les personnes condamnées ou poursuivies, pour l'une des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru, sont soumises au répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires : art. 706-56-2 du CPP.

⁶⁶² Un médecin doit déterminer si un traitement est possible pour la personne condamnée. C'est toutefois ensuite le JAP qui propose seul un traitement médical et psychologique, alors même que ce dernier n'a été ni prononcé dans le cadre d'une injonction de soin, ni prévu par le prononcé d'un suivi socio-judiciaire.

égale ou supérieure à dix ans pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13 du code de procédure pénale. Cette disposition donne au tribunal de l'application des peines une compétence d'attribution spéciale pour le prononcé d'une libération conditionnelle pour l'une de ces personnes condamnées et celle-ci ne peut intervenir qu'« après une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité réalisée dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues et assortie d'une expertise médicale⁶⁶³ ».

Le statut des personnes dangereuses est ensuite caractérisé, en cas de risque de récidive, par l'ouverture de la faculté de prononcer des mesures de sûreté, prenant la forme de modalités d'exécution ou de mesure autonome prolongeant l'assujettissement au-delà de la durée de la peine prononcée par la juridiction de jugement⁶⁶⁴. Ces mesures sont exclusivement applicables aux personnes dangereuses, c'est-à-dire ayant commis certaines des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru, présentant un risque de récidive élevé. Les premières mesures de sûreté dans le droit pénal *post-sentenciel* ont été des modalités d'exécution : la surveillance judiciaire et le placement sous surveillance électronique mobile⁶⁶⁵. Le législateur s'est ensuite engouffré dans la brèche ouverte par la décision de conformité à la constitution de ces premières mesures pour en développer d'autres, ayant un lien toujours plus ténu avec la condamnation⁶⁶⁶. La rétention de sûreté et la surveillance de sûreté ont ainsi pu voir le jour, malgré le principe de légalité des délits et des peines, en mobilisant le risque de récidive élevé comme motif légitimant le suivi ou l'incarcération de la personne condamnée après l'exécution de sa peine⁶⁶⁷. Contrairement au statut des personnes en état de récidive légale, aucun signe de déclin du statut des personnes dangereuses n'est perceptible. *A contrario*, la loi du 3 juin 2016 a une nouvelle fois élargi le champ des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru pour l'étendre aux personnes ayant commis des actes de terrorismes (C).

⁶⁶³ 2°, al. 1, art. 730-2 du CPP. Afin de mieux mesurer les conséquences potentielles de cette disposition, à la fois tragique et absurde, voir les raisons du suicide de Pierre-Juste MARNY : PONCELA Pierrette, « La surveillance électronique de fin de peine. Un symbole des évolutions du droit de l'exécution des peines », *RSC*, n° 3, 2011, p. 689.

⁶⁶⁴ Certaines mesures ne peuvent toutefois être prononcées que par une juridiction *ad hoc* : la juridiction régionale de la rétention de sûreté.

⁶⁶⁵ La surveillance judiciaire ou le placement sous surveillance électronique mobile modifie les conditions d'exécution de la peine, au travers du régime d'épreuve d'une mesure d'individualisation, telles que les réductions de peine ou une libération conditionnelle. Sur la surveillance judiciaire v. : art. 723-29 et s. du CPP ; *infra* n° 145. Sur le placement sous surveillance électronique mobile v. : art. 131-36-9 du CP ; 723-29 ; 731-1 ; 763-3 du CPP.

⁶⁶⁶ CC, Décision n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *Gaz. Pal.* 2005. n° 354, note Schoettl ; *RSC* 2006. 124, chron. Bück ; *AJ Pénal* 2006. 826, chron. Ogier-Bernaud, Severino ; *D.* 2006. 966, note Rouvillois ; *AJDA* 2006. 457, obs. Rouvillois.

⁶⁶⁷ Art. 706-53-13 et s. du CPP.

C. Les personnes ayant commis des actes de terrorisme

114 Une consécration récente. En 2016⁶⁶⁸, le législateur est intervenu à deux reprises pour aggraver les peines en matière de terrorisme au travers des peines encourues⁶⁶⁹, de la période de sûreté⁶⁷⁰, ainsi que *via* diverses dispositions instaurant pour la première fois des conditions et modalités d'octroi spéciales en matière de terrorisme⁶⁷¹. Antérieurement, seule l'organisation d'une politique d'aménagement uniforme pouvait être relevée. La consécration radicale d'un statut draconien pour les personnes ayant commis des actes de terrorisme en droit de l'application des peines est ainsi récente⁶⁷², contrairement aux procédures dérogatoires pour ces qualifications dans le reste de la procédure pénale⁶⁷³.

115 L'organisation d'une politique d'aménagement uniforme. En 2006⁶⁷⁴, le législateur choisissait de confier au tribunal judiciaire de Paris l'application des peines en matière de terrorisme. L'article 706-22-1 du code de procédure pénale dispose depuis d'une compétence exclusive, ou seulement concurrente dans l'hypothèse où la compétence de l'article 706-17 du code de procédure pénale en matière de poursuite, d'instruction et de

⁶⁶⁸ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

⁶⁶⁹ En *sus* de l'augmentation de peines principales, l'article 421-8 du CP dispose désormais que les « personnes coupables des infractions définies aux articles 421-1 à 421-6 [du même code] peuvent également être condamnées à un suivi socio-judiciaire ». Ensuite, loi du 21 juillet 2016 modifie l'article 422-4 du CP pour rendre obligatoire le prononcé de l'interdiction du territoire français pour les personnes condamnées pour l'une des infractions définies au Titre II du Livre IV du CP relatif au terrorisme. Toutefois, l'alinéa 2 de cet article dispose que la juridiction de jugement peut décider de ne pas prononcer ces peines par une décision spécialement motivée « en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ».

⁶⁷⁰ V. : *supra* n° 73.

⁶⁷¹ Art. 720-1 (suspension et fractionnement de peine), 720-5 (relèvement et réduction de la période de sûreté), 721-1-1 (crédits de réduction de peine), 723-1 (semi-liberté et placement à l'extérieur), 730-2-1 (libération conditionnelle) du CPP et art. 421-7 (période de sûreté) du CP.

⁶⁷² MARGAINE Clément, « Le régime d'application de la peine pour les djihadistes », *RPDP*, n° 1, 2018, p. 40.

⁶⁷³ Concernant « la naissance d'un droit spécial des aménagements de peine en matière de terrorisme » « au service de l'élimination » v. : BONIS-GARÇON Évelyne, « À propos de l'article 8 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 : vers la création d'un droit spécial des aménagements de peine pour les condamnés pour terrorisme », *Dr. pén.*, n° 12, 2016, étude 26 ; PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », *RSC*, n° 3, 2016, p. 565-576. V. également : GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §56 ; HERZOG-EVANS Martine, « Lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 et exécution des peines : communication, (im)précisions, et répression », *AJ Pénal*, n° 10, 2016, p. 470-474.

⁶⁷⁴ Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers ; Décr. n° 2006-385 du 30 mars 2006 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif au traitement de la récidive des infractions pénales.

jugement n'a pas été exercée⁶⁷⁵, au profit des juridictions de l'application des peines parisiennes⁶⁷⁶. « Le choix du législateur de centraliser ces procédures d'application des peines, comme l'ont été les procédures d'instruction et les juridictions de jugement mais aussi les services de police compétents, vise à renforcer le caractère d'exception des procédures appliquées aux personnes poursuivies pour terrorisme⁶⁷⁷. » Anciennement composée d'un unique magistrat, puis de « deux juges d'application des peines anti-terroristes⁶⁷⁸ », la juridiction parisienne sera dorénavant dotée d'un « service spécifique dirigé par un premier vice-président, composé de trois magistrats spécialisés [...] dans une logique de coordination plus claire avec toute la chaîne anti-terroriste⁶⁷⁹ ».

En matière d'application des peines, le choix d'une « compétence exclusive⁶⁸⁰ » en matière de terrorisme se traduit par une scission de l'office et de l'institution du juge de l'application des peines. Privé de sa compétence, le juge du lieu d'incarcération ou de résidence de la personne condamnée n'exerce, en principe, qu'une fonction consultative et d'intermédiaire pour la juridiction parisienne⁶⁸¹. Néanmoins, si la loi attribue le pouvoir décisionnel aux seuls magistrats du tribunal judiciaire de Paris, les dispositions réglementaires autorisent ces derniers à déléguer le suivi d'une mesure d'individualisation ou la présidence de la commission de l'application des peines⁶⁸². Finalement plus qu'une compétence spéciale, il s'agit d'une compétence bicéphale asymétrique : d'un côté, le juge de l'application des

⁶⁷⁵ Cette modification est intervenue seulement en 2016, sans doute pour prendre en compte l'accroissement du contentieux en raison de la multiplication des délits en matière de terrorisme : art. 9, Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. En novembre 2019, les juges compétents en matière de terrorisme étaient au nombre de quatre et se partageaient 519 dossiers relevant du milieu fermé, et 275 du milieu ouvert : COUR DES COMPTES, *Les moyens de la lutte contre le terrorisme. Exercices 2015-2019*, Paris, 2020, p. 115. À titre de comparaison, l'unique juge spécialisé en 2013 avait à sa charge, en 2013, 160 dossiers : CGLPL, *Prise en charge pénitentiaire des personnes « radicalisées » et respect des droits fondamentaux*, Paris, 2020, p. 26.

⁶⁷⁶ V. également sur l'application des peines en matière de terrorisme : art. D. 49-75 et s. du CPP ; DACG, *Circ. relative à la centralisation de l'application des peines en matière de terrorisme*, 27 juin 2006, JUSD0630055C, BOMJ n° 102, 5 p.

⁶⁷⁷ BIANCHI Virginie, « La loi du 23 janvier 2006 ou l'extension à l'application des peines de la compétence nationale en matière de terrorisme », *Gaz. Pal.*, n° 138, 2006, p. 4. Sur ce mouvement de centralisation de l'application des peines en matière de terrorisme v. : MARGAINE Clément, « Le régime d'application de la peine pour les djihadistes », *op. cit.*, p. 33-36.

⁶⁷⁸ PREMIER MINISTRE, *Plan d'action contre le terrorisme*, Paris, 2018, p. 22.

⁶⁷⁹ *Ibid.* L'élargissement des moyens pour l'application des peines en matière de terrorisme est concomitante à la création d'un parquet national anti-terroriste destiné à « renforcer l'action publique dans la lutte contre le terrorisme » : *ibid.*, p. 28. Sur le parquet national anti-terroriste v. : art. L. 217-1 et s. du code de l'organisation judiciaire.

⁶⁸⁰ MARGAINE Clément, « Le régime d'application de la peine pour les djihadistes », *op. cit.*, p. 33.

⁶⁸¹ Al. 3, art. 706-22-1 du CPP.

⁶⁸² Dans ce cas, c'est au JAP de Paris de transmettre les informations utiles au juge territorialement compétent, afin que ce dernier puisse présider au mieux la commission d'application des peines. Ensuite, l'avis de la commission et du JAP sont transmis à la juridiction parisienne, afin qu'elle puisse prendre sa décision : art. D. 49-78 du CPP.

peines compétent en vertu de l'article 712-10 du code de procédure pénale effectue les tâches quotidiennes relatives au suivi d'une personne condamnée ; de l'autre, le juge de la capitale dispose du pouvoir de décision, qu'il exécutera par principe par l'intermédiaire d'un moyen de télécommunication⁶⁸³, pour une personne qu'il ne suit qu'à distance, ou pas du tout, dans le cadre d'une délégation du suivi d'une mesure d'individualisation⁶⁸⁴. L'opportunité de l'attribution d'une compétence exclusive à la juridiction de Paris est dès lors peu convaincante eu égard aux impératifs de l'office du juge de l'application des peines qui exige connaissance et proximité avec la personne condamnée, les services pénitentiaires, les services de police et les acteurs privés locaux concourant à l'exécution de la peine. En plus de mettre en péril la qualité de l'exercice des fonctions du juge de l'application des peines, la loi de 2006 conduit à diverses incongruités : la prise d'une décision par le juge parisien après des débats en commission présidés par un autre magistrat, la tenue de deux dossiers par deux greffes distincts pour deux juges différents, ou encore, longtemps, l'insuffisance du nombre de magistrats spécialisés pour réunir le tribunal de l'application des peines, sans le renfort de juges non spécialisés⁶⁸⁵. Ainsi, il est aisé d'envisager que la rationalité de cette compétence spéciale est ailleurs que dans une meilleure administration de la justice et, sans doute, dans la volonté de faciliter l'émergence d'une politique d'application des peines propre à cette juridiction, malgré l'absence de dispositions dérogatoires jusqu'en 2016.

À la lecture des travaux parlementaires, ce sont bien les effets de la forme sur le fond qui étaient recherchés, puisque la Commission des lois de l'Assemblée nationale relevait que l'organisation juridictionnelle précédente n'était pas « satisfaisante » au motif, notamment, qu'« elle ne permet pas d'assurer un suivi toujours homogène des condamnés, en particulier au regard de l'aménagement des peines⁶⁸⁶ ». L'objectif semblait bien être la recherche d'une uniformisation de la jurisprudence pour les personnes condamnées à des actes de terrorismes, alors même qu'en 2006, les juridictions parisiennes n'appliquaient aucune disposition

⁶⁸³ Art. D. 49-80 du CPP. « Lorsque les circonstances l'imposent », le JAP, le procureur de la République et le greffier de la juridiction peuvent se déplacer à l'établissement pénitentiaire ; l'extraction de la personne condamnée n'est, elle, prévue qu'« à titre exceptionnel » : *ibid.*

⁶⁸⁴ La juridiction parisienne peut déléguer le suivi de la personne condamnée, mais dispose toujours du pouvoir de décision, que ce soit pour une modification ou une révocation d'une mesure. Sur le rejet d'un pourvoi invoquant l'incompétence de la juridiction parisienne pour modifier les termes du régime probatoire après la décision de délégation v. : Crim., 30 mars 2011, n° 10-86.999, inédit, AJ Pénal. 2011. 477, obs. Herzog-Evans.

⁶⁸⁵ Sur la mise en œuvre de cette compétence spécialisée : Note du 17 mai 2006 relative à la mise en œuvre des dispositions relatives à la centralisation à Paris de l'application des peines concernant les personnes condamnées pour actes de terrorismes, DAP, n° 000436.

⁶⁸⁶ COURTOIS Jean-Patrick, *Rapport fait au nom de la commission des Lois sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Paris, Commission des lois du Sénat, n° 117, 2005, p. 89.

spécifique, ni ne possédaient de moyens dédiés. Cette hypothèse est en outre partagée par Vincent LE GAUDU, Vice-président du tribunal judiciaire de Paris et unique juge de l'application des peines en matière de terrorisme jusqu'en 2016⁶⁸⁷, qui justifie le choix du législateur par « la nécessité d'une jurisprudence unifiée et d'une prise en charge homogène⁶⁸⁸ ». Au-delà d'une jurisprudence homogénéisée, c'est une politique d'application des peines distincte de celle du reste de la population pénale qui était recherchée pour les auteurs d'infraction de terrorisme⁶⁸⁹. Le résultat est d'ailleurs éloquent puisque, de l'aveu du Vice-président chargé de l'application des peines au tribunal judiciaire de Paris, la chambre de l'application des peines rejette systématiquement les demandes de libération conditionnelle à mi-peine, au motif « qu'il faut attendre un certain niveau d'exécution de la peine pour obtenir un aménagement⁶⁹⁰ ». Au-delà de ce déni de justice, et au travers de l'audition de ce magistrat, il est possible d'esquisser une politique d'application des peines spéciale empreinte de nombreux automatismes⁶⁹¹. Impossible par ailleurs de ne pas relever le vœux explicitement exprimé d'une législation dérogatoire et, en particulier, d'un « critère d'ordre public permettant d'écarter une demande au motif que la personne est condamnée pour des faits de terrorisme et qu'il y a un risque de trouble à l'ordre public⁶⁹² ».

Du simple fait du fondement de leur condamnation, les personnes relèvent d'une politique d'aménagement des peines plus sévère, en dépit des principes directeurs de l'exécution des peines n'autorisant aucune prise en compte de la qualification des faits dans les usages des modalités d'exécution⁶⁹³. L'attribution d'une compétence exclusive à la juridiction parisienne a ainsi permis l'émergence d'une politique d'aménagement spéciale

⁶⁸⁷ « Audition de Vincent LE GAUDU, Vice-président chargé de l'application des peines au TGI de Paris, à huis clos le 6 avril 2016 », in *Rapport fait au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015. Tome 2 : Comptes rendus des auditions*, FENECH Georges, PIETRASANTA Sébastien, Paris, Assemblée nationale, n° 3922, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 juillet 2016, p. 544.

⁶⁸⁸ « En adoptant ce texte, le législateur a manifesté la volonté de centraliser auprès des juridictions de l'application des peines de Paris le suivi de toutes les personnes condamnées. » : *ibid.*, p. 543. « Cette spécialisation se justifie surtout par la nécessité d'une jurisprudence unifiée et d'une prise en charge homogène. » : *ibid.*, p. 551.

⁶⁸⁹ Pour deux illustrations de cette politique d'application des peines en matière d'obligation de s'abstenir de toute intervention publique relative à l'infraction commise v. : *infra* n° 401.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 548.

⁶⁹¹ Les automatismes pouvant être relevés portent, notamment, sur le rejet des mesures d'aménagement de peine distinctes de la libération conditionnelle, l'usage systématique de mesures d'individualisation à titre probatoire du prononcé d'une mesure de libération conditionnelle, « le délai d'épreuve est systématiquement allongé » et le recours fréquent aux services de police pour contrôler les personnes en milieu ouvert : *ibid.*, p. 545.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ D'autres États européens, tel l'Espagne, font eux le choix d'un régime spécial légal, en matière d'octroi des mesures d'individualisation judiciaires et en matière pénitentiaire : GARRO CARRERA Enara, « Absurdités de la politique criminelle espagnole antiterroriste. Réflexions critiques sur la stratégie pénale et pénitentiaire pour lutter contre l'« ancien » et le « nouveau » terrorisme », *op. cit.*, p. 161.

pour les personnes ayant commis des actes de terrorisme, supplée dorénavant par la consécration radicale d'un statut draconien.

116 La consécration radicale d'un statut draconien. Comme le souligne Évelyne BONIS-GARÇON⁶⁹⁴, il ne fait aucun doute à la lecture des nouvelles dispositions que le législateur a souhaité « créer un véritable régime complet d'application des peines spécifique aux personnes condamnées pour terrorisme qui soit plus rigoureux que le régime de droit commun⁶⁹⁵ ». Ce statut en matière d'application des peines prive de nombreuses mesures d'individualisation les personnes « condamnée[s] à une peine privative de liberté pour une ou plusieurs infractions mentionnées aux articles 421-1 à 421-6 du code pénal, à l'exclusion de celles définies aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 du même code⁶⁹⁶ ». Crédits de réduction de peine, fractionnement et suspension de peine, semi-liberté ainsi que placement à l'extérieur ne peuvent plus être prononcés en matière de terrorisme. La « boîte à outils » des juridictions de l'application des peines ne comporte alors plus que la libération conditionnelle, les réductions de peine supplémentaires et la détention sous surveillance électronique. De surcroît, la libération conditionnelle pour ces personnes ne peut plus être prononcée que par le tribunal de l'application des peines, « après un avis d'une commission chargée de procéder à une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité de la personne condamnée⁶⁹⁷ ». En outre, le tribunal de l'application des peines peut dorénavant refuser de prononcer une mesure de libération conditionnelle sur le fondement d'un « critère élastique du trouble grave à l'ordre public⁶⁹⁸ », destiné à justifier le refus de l'individualisation de la peine de personne correspondant pourtant aux critères d'octroi⁶⁹⁹. Ainsi, il semblerait que le refus d'une mesure

⁶⁹⁴ BONIS-GARÇON Évelyne, « À propos de l'article 8 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 : vers la création d'un droit spécial des aménagements de peine pour les condamnés pour terrorisme », *op. cit.*

⁶⁹⁵ MERCIER Michel, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, Paris, Sénat, enregistré à la présidence du Sénat le 20 juillet 2016, p. 26.

⁶⁹⁶ Art. 720-1, 721-1-1, 723-1, 730-2-1 du CPP. Contrairement à ces dispositions, les articles concernant la période de sûreté sont uniquement « applicables aux crimes ainsi qu'aux délits punis de dix ans d'emprisonnement prévus au » chapitre consacré aux actes de terrorismes : art. 421-7 du CP.

⁶⁹⁷ Art. 730-2-1 du CPP.

⁶⁹⁸ BOUVIER Jean-Claude, « Une application des peines très spéciale ou le parachèvement de l'exception antiterroriste », *Délibérée*, n° 2, 2017, p. 22.

⁶⁹⁹ MARGAINE Clément, « Le régime d'application de la peine pour les djihadistes », *op. cit.*, p. 41. L'introduction de ce critère était appelée de ses vœux par Camille HENNETIER, vice-procureur du TGI de Paris, souhaitant que, malgré un « dossier très bien construit », les juges puissent refuser les requêtes des personnes « qui pratiquent la *taqiya*, la théorie de la dissimulation, et savent se présenter sous un jour très favorable au juge de l'application des peines ou aux travailleurs sociaux » au motif qu'elles « n'ont pas fait œuvre d'un amendement sincère » : citée in MERCIER Michel, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et*

d'application des peines pour une personne ayant commis des infractions de terrorismes soit devenu une mesure de police administrative⁷⁰⁰.

Par l'élaboration d'un statut spécial pour l'application des peines en matière de terrorisme, le législateur démontre une nouvelle fois sa volonté d'allonger les peines pour certaines catégories de personnes condamnées et réduit drastiquement la capacité de la juridiction d'application des peines à participer à l'acte de juger. La loi du 3 juin 2016 a d'ailleurs rendu possible le prononcé d'une peine perpétuelle réelle pour certains actes de terrorisme⁷⁰¹ et une modification des conditions du relèvement de la période de sûreté pour garantir son « exceptionnalité⁷⁰² ». *In fine*, ce statut draconien des auteurs d'infractions de terrorisme contribue à l'effritement du droit commun de l'application des peines, tout en complétant le dispositif dérogatoire en procédure pénale pour les infractions de terrorisme.

*

117 Le développement d'une économie punitive de la dangerosité. La prise en compte de la dangerosité et du risque de récidive qui en découle a déterminé un mouvement d'aggravation des peines, dès la fin des années 1970, au travers de la période de sûreté⁷⁰³. Suite au développement de ce dispositif permettant au prononcé d'affecter l'exécution de la peine – en parallèle de l'allongement et de la diversification des peines – l'élaboration d'une « économie punitive de la dangerosité⁷⁰⁴ » s'est poursuivie par le développement et le renforcement de statuts spéciaux, définissant un régime d'octroi dérogatoire pour certaines catégories disqualifiées (§2) de personnes condamnées.

§2. DES CATÉGORIES DISQUALIFIÉES

118 Une présomption de dangerosité. Du fait des discours de politique pénale et en raison de l'infraction commise, des catégories de personnes condamnées sont disqualifiées.

les garanties de la procédure pénale, Paris, Sénat, n° 491, enregistré à la Présidence du Sénat le 23 mars 2016, p. 104. Pour une position identique du Vice-président du TGI de Paris en charge de l'application des peines v. : *Rapport fait au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015. Tome 2 : Comptes rendus des auditions*, op. cit., p. 545.

⁷⁰⁰ Sur ce critère v. : *infra* n° 121.

⁷⁰¹ L'article 421-7 du CP dispose que la Cour d'assises peut par décision spéciale prononcer une période de sûreté de trente ans ou une période de sûreté perpétuelle.

⁷⁰² PONCELA Pierrette, « Les naufragés du droit pénal », *APC*, n° 38, 2016, p. 14. Sur cette procédure de relèvement exceptionnelle v. : *infra* n° 125.

⁷⁰³ Sur la période de sûreté comme vecteur d'aggravation de la peine v. : *infra* n° 73.

⁷⁰⁴ PONCELA Pierrette, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », op. cit., p. 107.

La disqualification est le processus par lequel un sujet ou un objet est suffisamment stigmatisé pour emporter des « effets de vérité⁷⁰⁵ » à son égard et, dès lors, des conséquences sur son statut ou son régime dans la procédure pénale. En droit de l'application des peines, les personnes relevant d'un statut spécial sont disqualifiées en ce que, du seul fait de l'infraction commise, est établie à leur encontre une « présomption de dangerosité⁷⁰⁶ », emportant et légitimant une condition juridique exceptionnelle. C'est pour répondre à leur dangerosité pénale qu'ont été instaurées, progressivement, des conditions et des modalités d'octroi constituant un régime d'octroi dérogatoire prenant le contrepied du régime commun. Par l'analyse comparative des statuts identifiés précédemment, nous souhaitons mettre à jour cet objet commun aux dispositions applicables aux catégories de personnes disqualifiées et gouvernant le droit dérogatoire de l'application des peines⁷⁰⁷. D'une rationalité fondée sur l'adaptation « au fur et à mesure de l'exécution, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation⁷⁰⁸ » de la personne condamnée, pour assurer « un retour progressif à la liberté⁷⁰⁹ », nous passons à un régime disposant d'une moindre éligibilité (A) aux mesures d'individualisation judiciaires, au service d'une meilleure neutralisation (B) du sujet.

A. Une moindre éligibilité

119 La restriction de la place du pouvoir d'appréciation du juge. En disposant de conditions et de modalités d'octroi plus sévères, le régime dérogatoire détermine une moindre éligibilité des personnes disqualifiées aux mesures d'individualisation. Corrélativement, cela signifie que la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger est réduite et aliénée. La place et la valeur du pouvoir d'appréciation du juge est en effet limitée par des conditions de fond (1) et des conditions de formes spéciales (2).

⁷⁰⁵ FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

⁷⁰⁶ D'AMBROSIO Luca, « De l'incapacitation à l'exclusion ? Dangerosité et droit pénal en Italie », *op. cit.*, p. 180.

⁷⁰⁷ « Il est d'usage de distinguer la question du pourquoi punir de celle de comment punir. Cependant, la recherche des sens donnés à la peine dans les discours de politique pénale s'accommode mal d'une telle distinction. En effet, c'est le plus souvent à l'occasion de modifications introduites dans les formes de peines et dans les modalités de leur exécution que le pouvoir politique est conduit à parler du sens de la peine ; il est même le plus sûr indicateur d'une éventuelle réponse donnée au pourquoi. » : CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁰⁸ II, art. 707 du CPP.

⁷⁰⁹ III, art. 707 du CPP.

1. Des conditions de fond spéciales

120 La réduction du champ de la modulation judiciaire. En raison de l'infraction commise, le droit de l'application des peines subordonne l'individualisation judiciaire de la peine des personnes disqualifiées à des conditions plus strictes. Les statuts spéciaux institués par le législateur restreignent, voire interdisent, le prononcé de certaines mesures d'individualisation. Bien que les dispositions spéciales aient une géométrie variable, elles sont parfaitement identifiables comme une pierre du régime d'octroi dérogatoire, en ce qu'elles partagent un objet commun consistant à circonscrire drastiquement l'octroi des mesures d'individualisation, par des conditions de recevabilité restreintes et des cas d'inéligibilité.

121 Des conditions de recevabilité restreintes. La présomption de dangerosité affectant les personnes condamnées relevant du droit dérogatoire de l'application des peines modifie la dialectique entre l'exécution de la peine et la modulation judiciaire⁷¹⁰. Dans ce régime propre à ces catégories de personnes condamnées disqualifiées, l'ambition de contrôle du risque et la volonté de rétribution accrue des actes sont omniprésentes au point de tendre à mettre en parenthèse la logique modale inhérente à la peine privative de liberté. Nous retrouvons ainsi les deux aspects de la période de sûreté dans les dispositions des statuts spéciaux : obstacle à la modulation et aggravation de la peine⁷¹¹. À ce titre, le régime d'octroi des réductions de peine supplémentaires est exemplaire⁷¹². Les personnes condamnées pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, qui refusent ou ne suivent pas régulièrement un traitement proposé par le juge de l'application des peines en détention, ne peuvent bénéficier de réductions de peine supplémentaires⁷¹³. Quant aux personnes ayant été condamnées pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47, dont le casier judiciaire faisait mention d'une telle condamnation lorsque leur condamnation est devenue définitive⁷¹⁴, elles ne

⁷¹⁰ Sur le périmètre du droit dérogatoire de l'application des peines v. : *supra* n° 107 et s.

⁷¹¹ Sur la période de sûreté v. : *supra* n° 71 et s.

⁷¹² Le régime pour les crédits de réduction de peine est identique à la différence près qu'en raison de l'attribution automatique de ces réductions, ce qui est pour les réductions de peine supplémentaires une condition d'octroi est pour les crédits de réduction de peine un motif de retrait. V. : al. 2, art. 721 du CPP.

⁷¹³ Al. 1, art. 721-1 du CPP. Cette disposition est d'ailleurs étendue depuis la loi du 15 août 2014 aux personnes dont la juridiction de jugement a reconnu que leur discernement était altéré lors de la commission des faits. Les personnes condamnées à une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru sont donc sur un pied d'égalité avec les personnes ayant leur discernement partiellement aboli. Une personne ayant commis un acte de terrorisme relève donc du même régime d'octroi des réductions de peine supplémentaires que les personnes atteintes de troubles psychiques ou neuro-psychiques.

⁷¹⁴ Al. 4, art. 721-1 du CPP.

peuvent par principe voir leur « efforts sérieux de réadaptation sociale⁷¹⁵ » récompensés. Ainsi, le statut spécial visant ces personnes détermine une condition d'octroi supplémentaire pour les premières, et déclare par principe les secondes inéligibles à bénéficier de réductions supplémentaires du *quantum* de leur peine, sauf décision spéciale du juge après l'avis de la commission d'application des peines⁷¹⁶. Le régime de l'octroi des réductions de peine supplémentaires illustre dès lors parfaitement, d'une part, que les différents statuts ont en commun de disposer de conditions de recevabilité plus strictes que le droit commun de l'application des peines, et, d'autre part, que leurs dispositions sont graduées en fonction du degré de disqualification des personnes, et non en fonction de leur personnalité ou de leur situation.

Cette identité d'objet comme cette gradation des statuts ressort également clairement de la lecture comparée des articles 730-2 et 730-2-1 du code de procédure pénale. L'un et l'autre prévoient, respectivement pour les personnes dangereuses visées et les auteurs d'infraction de terrorisme, des conditions et modalités d'octroi spéciales pour la libération conditionnelle. Cette dernière ne peut d'abord être prononcée que par le tribunal de l'application des peines, après une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité. Ensuite, et antérieurement à la décision du Conseil constitutionnel ayant abrogé l'alinéa 5 de l'article 730-2-1 du code de procédure pénale⁷¹⁷, la libération ne pouvait être prononcée qu'après une mesure d'aménagement à titre probatoire pour une période d'au moins un an, si elle n'est pas assortie d'un placement sous surveillance électronique mobile⁷¹⁸. Néanmoins, concernant les personnes condamnées pour des infractions de terrorisme, la juridiction de l'application des peines peut en outre « s'opposer à la libération conditionnelle si cette libération est susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public⁷¹⁹ ». Ce nouveau critère d'octroi, ou plutôt cette « clause de refus⁷²⁰ », a été introduit à la suite de demandes de certains magistrats spécialisés, pour mettre le juge en mesure de refuser les demandes de libération conditionnelle

⁷¹⁵ Al. 1, art. 721-1 du CPP.

⁷¹⁶ Al. 4, art. 721-1 du CPP.

⁷¹⁷ CC, Décision n° 2019-799/800 du 6 septembre 2019, M^{me} Alaitz A. et autre, préc.

⁷¹⁸ À la suite de l'arrêt du Conseil constitutionnel, cette modalité obligatoire ne demeure que lorsque « la personne a été condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité ou lorsqu'elle a été condamnée soit à une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle égale ou supérieure à quinze ans pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, soit à une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle égale ou supérieure à dix ans pour une infraction mentionnée à l'article 706-53-13 » : art. 730-2 du CPP. Le prononcé à titre probatoire d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur ou de placement sous surveillance électronique avant une libération conditionnelle est également possible en droit commun, ce n'est toutefois pas une obligation pour la juridiction : al. 2, art. 723-1 ; al. 2, art. 723-7 ; 1°, art. D. 535 du CPP.

⁷¹⁹ Al. 2, art. 730-2-1 du CPP.

⁷²⁰ ALIX Julie, « Radicalisation et droit pénal », *RSC*, n° 3, 2020, p. 775.

des personnes pratiquant la *taqîya*⁷²¹. Au-delà de ces motifs circonstanciés, ce nouveau critère surprend en raison du flou incontestable de sa définition et des doutes certains sur son opportunité. Difficile en effet d'imaginer ce que peut désigner ce critère en dehors du risque de récidive d'ores et déjà mobilisable par les juridictions. La formulation de ce dernier est d'ailleurs de nature à induire en erreur, puisque le risque grave de trouble à l'ordre public visé est celui causé par la libération. Est-ce à dire que c'est l'émotion suscitée par la libération qui serait visée⁷²² ? Au vu des travaux précédant la loi, il n'en est rien, mais ces derniers ne précisent pas ce qu'il faut entendre par ce critère⁷²³. Seule sa nécessité face aux djihadistes est soulignée. *In fine*, c'est sans doute l'objectif de ce critère qui explique que ce dernier soit inintelligible. Sa finalité n'est autre que de permettre à l'autorité judiciaire « d'opposer une fin de non-recevoir à une demande de libération conditionnelle⁷²⁴ » à une personne qui présente pourtant une requête idéale. À la lecture d'une audition du vice-président du tribunal judiciaire de Paris en charge de l'application des peines, on comprend qu'il s'agit par là de compenser l'introduction de l'obligation de l'organisation d'un débat contradictoire au deux tiers de la peine⁷²⁵, destinée à favoriser l'aménagement des peines. Émettre une requête recevable, appuyée par une excellente conduite en détention et un projet sérieux de réinsertion, ne semble ainsi plus suffire pour obtenir, y compris après avoir exécuté les deux tiers de sa peine, un placement sous surveillance électronique à titre probatoire d'une libération conditionnelle. En conséquence, si le sujet ne démontre pas un changement d'idéologie politique, ou de convictions « politico-religieu[s] »⁷²⁶, et ne convainc pas d'un

⁷²¹ « *Taqiya* : Mesure de prudence inscrite dans le Coran qui permet soit de pratiquer sa foi dans le secret, soit de dissimuler sa pratique à d'autres communautés, voire qui autorise à enfreindre des règles religieuses essentielles en cas de forces majeures (échapper à des persécutions, techniques guerrières ...). Cet usage est devenu courant sur nos territoires et au sein des établissements pénitentiaires rendant la tâche de repérage plus complexe concernant l'engagement islamiste. » : « Annexe 6 : Notions et définitions générales », in Note relative au guide d'utilisation des outils d'aide au repérage pluridisciplinaire d'un risque de radicalisation violente en établissement pénitentiaire, DAP, version du 8 novembre 2016, p. 36.

⁷²² Dans ce cas, impossible de considérer ce critère comme un motif pénologique de nature à justifier la poursuite de l'exécution d'une longue peine.

⁷²³ Un critère identique existe à l'article 729 du CPP pour refuser une libération conditionnelle pour une personne de plus de 75 ans dispensée de temps d'épreuve. Toutefois, l'exposé des motifs de la loi pénitentiaire introduisant cet alinéa est tout aussi silencieux. En revanche, il est pertinent de noter que dans cet alinéa le risque de trouble grave est dissocié d'un « risque grave de renouvellement de l'infraction » : art. 729 du CPP.

⁷²⁴ MARGAINE Clément, « Le régime d'application de la peine pour les djihadistes », *op. cit.*, p. 41.

⁷²⁵ « Audition de Vincent LE GAUDU, Vice-président chargé de l'application des peines au TGI de Paris, à huis clos le 6 avril 2016 », in *Rapport fait au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015. Tome 2 : Comptes rendus des auditions*, FENECH Georges, PIETRASANTA Sébastien, *op. cit.*, p. 545 ; art. 730-3 du CPP.

⁷²⁶ PONCELA Pierrette, « Religion et prison, je t'aime moi non plus », *RSC*, n° 1, 2015, p. 156.

« amendement sincère⁷²⁷ », alors ce nouveau critère d'octroi équivaut à l'un des cas d'inéligibilité.

122 Des cas d'inéligibilité. Les statuts dérogatoires sont institués et développés au rythme des discours de politique pénale disqualifiant des groupes de personnes condamnées. Nouveau « monstre⁷²⁸ » de notre société, le terroriste est assujéti à un statut draconien le privant de l'éventuel bénéfice de la plupart des mesures d'individualisation et le rendant moins éligible à celles qui demeurent envisageables. La recrudescence des attentats et, corrélativement, l'obsession développée pour la radicalisation, ont conduit à développer parmi les auteurs d'infractions de terrorisme la figure d'un terroriste islamiste prosélyte, inamendable et incorrigible, à côté de celle du jeune seulement endoctriné et/ou souffrant de troubles psychiatriques et encore « susceptible d'évoluer⁷²⁹ ».

L'instauration par la loi n° 2016-731 du 21 juillet 2016 répond finalement à une simple interrogation posée par la Commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme⁷³⁰ : « Faut-il continuer à faire bénéficier les [condamnés pour des faits de terrorisme] des réductions de peine dans les mêmes conditions que les personnes incarcérées pour d'autres infractions, y compris des infractions causant un faible trouble à l'ordre public ? Est-il acceptable qu'ils soient éligibles aux mesures d'aménagement de peine autres que la libération conditionnelle [...] dans les conditions de droit commun ?⁷³¹ ». Ce n'est donc pas seulement le risque de récidive qui est invoqué pour justifier l'instauration de cas d'inéligibilité, mais également l'absence de mérite. Ainsi, c'est aussi la réprobation des auteurs d'infractions de terrorisme qui détermine l'aggravation de la

⁷²⁷ HENNETIER Camille, Vice-procureur du TGI de Paris, citée in MERCIER Michel, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, op. cit., p. 104.

⁷²⁸ FOUCAULT Michel, *Les anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975)*, op. cit., p. 51 : « La notion de monstre est essentiellement une notion juridique – juridique, bien sûr, au sens large du terme, puisque ce qui définit le monstre est le fait qu'il est, dans son existence même et dans sa forme, non seulement violation des lois de la société, mais violation des lois de la nature. Il est, sur un double registre, infraction aux lois dans son existence même. Le champ d'apparition du monstre est donc un domaine qu'on peut dire « juridico-biologique ». D'autre part, dans cet espace, le monstre apparaît comme un phénomène à la fois extrême et extrêmement rare. Il est le point de retournement de la loi, et il est, en même temps, l'exception qui ne se trouve que dans des cas précisément extrêmes. Disons que le monstre est ce qui combine l'impossible et l'interdit. ».

⁷²⁹ URVOAS Jean-Jacques, *Rapport sur la mise en œuvre de la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, op. cit., p. 22.

⁷³⁰ BOUVIER Jean-Claude, « Une application des peines très spéciale ou le parachèvement de l'exception antiterroriste », op. cit., p. 23.

⁷³¹ FENECH Georges, PIETRASANTA Sébastien, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015. Tome 1*, Paris, AN, n° 3922, enregistré à la Présidence de l'AN le 5 juillet 2016, p. 209.

répression de ces actes, au travers d'une modification du régime d'exécution de la peine⁷³².

La participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger est dès lors strictement bornée par une individualisation légale, fondée sur la présomption des caractéristiques de l'individu, et non leur évaluation. La peine prononcée par la juridiction de jugement est de cette façon verrouillée par le législateur pour priver la personne du bénéfice de la logique modale. Il ne s'agit toutefois pas de préserver la portée de la condamnation à la peine privative de liberté, mais bien de modifier celle-ci, dans le sens de l'aggravation de l'acte de punir, en modifiant le régime de l'exécution de la peine. Le droit de l'application des peines permet ainsi d'aggraver les peines prononcées en disposant de conditions de fond plus strictes, mais également en prévoyant des conditions de forme spéciales (2) pour les personnes relevant du régime d'octroi dérogatoire des mesures d'individualisation judiciaires.

2. Des conditions de forme spéciales

123 La complexification des modalités d'octroi. L'individualisation légale dont font l'objet ces catégories de personnes disqualifiées restreint drastiquement la modulation judiciaire. En dépit de cette stricte circonscription de la participation du juge de l'application des peines à l'acte de juger, toute possibilité de modulation n'est pas retirée aux personnes condamnées, y compris pour les auteurs d'infractions de terrorisme. Cependant, le juge devra à cette fin respecter des conditions de forme spécifiques. La dangerosité pénale supputée des personnes disqualifiées a en effet conduit le législateur à encadrer le pouvoir d'appréciation du juge en multipliant les avis et expertises obligatoires, ainsi qu'en adjoignant une procédure exceptionnelle significative pour le relèvement de la période de sûreté des personnes ayant commis des actes de terrorisme criminels.

124 La multiplication des avis et expertises obligatoires. Le régime d'octroi dérogatoire non seulement diminue le champ de la modulation judiciaire, mais aliène la liberté du juge dans l'instruction des requêtes. L'importante marge de manœuvre dont dispose d'ordinaire le juge laisse ainsi place à un processus décisionnel structuré autour d'actes d'instruction obligatoires. Dans de nombreux cas, la juridiction de l'application des peines devra impérativement recueillir, en *sus* des avis exigés d'ordinaire, des avis et des expertises sur la dangerosité du sujet, avant d'être libre de statuer sur la requête en aménagement. L'article

⁷³² Rappelons que ces modifications ne concernent pas les personnes radicalisées ayant commis des infractions de droit commun ou celles définies aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 du CP.

712-21 du code de procédure pénale dispose, par exemple, que les personnes condamnées à un suivi socio-judiciaire ne peuvent se voir accorder une mesure d'individualisation, sans au préalable avoir fait l'objet d'une expertise psychiatrique, dont l'objet est de déterminer si le sujet peut faire l'objet d'un traitement⁷³³. Pour celles condamnées pour l'une « des infractions violentes ou de nature sexuelle mentionnée à l'article 706-47 du CPP », l'expertise ordonnée préalablement à l'octroi d'une mesure devra « se prononcer spécialement sur le risque de récidive du condamné »⁷³⁴. L'avis d'un médecin, fondé sur le savoir psychiatrique, est alors obligatoirement requis pour que le juge puisse apprécier si une personne reconnue pleinement responsable de ses actes doit être ou non libérée. Or, les modalités d'octroi ne sont pas neutres et contribuent à déterminer les usages des mesures d'individualisation judiciaires⁷³⁵. De cette prolifération de nouvelles obligations découle ainsi le risque que ces conditions de forme spéciales ne deviennent des conditions de fond travesties⁷³⁶.

Le danger est dès lors qu'avec la recrudescence du recours à des expertises obligatoires, le juge ne soit tenté de lire, entre les lignes de la loi, la volonté du législateur de subordonner la décision d'octroi à l'avis conforme de l'expert. Malgré l'absence de toute altération du discernement, les statuts des personnes dangereuses systématisent le recours aux expertises psychiatriques. La simple commission de certaines infractions semble ainsi faire des personnes condamnées « des anormaux⁷³⁷ » nécessitant, afin de prédire l'éventualité de leur renouvellement, le recours au savoir psychiatrique. Les effets de véridiction produit par le discours des experts, y compris en l'absence de matérialisation d'un risque de récidive, peut alors justifier le refus de l'octroi d'une mesure d'individualisation, malgré un projet de réinsertion solide⁷³⁸. Le régime d'octroi dérogatoire ne se contente pas de rendre moins

⁷³³ Sur les exceptions à l'obligation d'une expertise psychiatrique obligatoire préalable v. : art. D. 49-26 du CPP.

⁷³⁴ Al. 3, art. 712-21 du CPP.

⁷³⁵ « Ce sont d'ailleurs les procédures qui spécifient les mesures plutôt que leur contenu intrinsèque. » : PONCELA Pierrette, « La surveillance électronique de fin de peine. Un symbole des évolutions du droit de l'exécution des peines », *op. cit.*, p. 689. L'activité législative très intense en matière procédurale peut alors être perçue, à tort ou à raison, comme des moyens de pression sur les pratiques judiciaires et la politique d'application des peines. Madame Martine LEBRUN, ancienne présidente de l'Association nationale des juges de l'application des peines, résume ainsi cette perception : « Quand on a d'un côté une telle pression qui nous dit (pour les longues peines) « on va mettre tout un tas de barrières pour que vous n'osiez pas signer une sortie », et de l'autre (pour les peines de moins de cinq ans) tout un mouvement qui dit « de toute façon sans vous, l'administration pourrait faire aussi bien », vous imaginez que ce n'est pas très confortable ... » : LEBRUN Martine, « Discussion », in *Les droits de la personne détenue : après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, BOUSSARD Sabine (dir.), Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires Actes », 2013, p. 276.

⁷³⁶ PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 565-576.

⁷³⁷ FOUCAULT Michel, *Les anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975)*, *op. cit.*

⁷³⁸ Les effets des discours des experts sur l'usage des mesures d'individualisation sont particulièrement mis en lumière dans l'arrêt *Murray c. Pays-bas*, qui traite de la question de la conventionnalité des peines perpétuelles infligées aux personnes atteintes de troubles mentaux : CEDH, 10 décembre 2013, *Murray c. Pays-Bas*, n° 10511/10, Dr. pén. 2016. n° 7-8. comm. 120, note Peltier ; RSC 2016. 582, note Roets ; D. 2016. 1542, note

éligibles certaines personnes condamnées, il alimente un double mouvement de « pathologisation⁷³⁹ » du passage à l'acte et de déresponsabilisation des juges vis-à-vis des savoirs psychiatrique et criminologique, en imposant de nouvelles obligations de recueil d'avis et d'expertise médicale de la dangerosité.

125 L'adjonction d'une procédure exceptionnelle significative. Ce risque de faire évoluer l'office du juge vers un enregistrement des décisions fondées sur des savoirs hétérogènes au droit pénal se ressent particulièrement dans les procédures exceptionnelles, instituées pour les personnes condamnées à des crimes terroristes. La procédure de réduction ou de relèvement d'une période de sûreté de trente ans ou perpétuelle pour les auteurs d'infraction de terrorisme est à ce titre la plus probante. Dans le cadre de cette procédure assurément longue et complexe, le tribunal de l'application des peines ne peut réduire la période de sûreté, « à titre exceptionnel » et « sur avis d'une commission de cinq magistrats de la Cour de cassation chargée d'évaluer s'il y a lieu de mettre fin à l'application de la dite

Renucci ; RPDP 2016. 421, chron. Céré ; *ibid.*, chron. Peltier ; AJ Pénal 2016. 322, note Vouleli, Van Zyl Smit ; RPDP 2016. 953, chron. Habouzit. Cet arrêt a pour objet la prise en charge de la personne condamnée souffrant de troubles mentaux durant sa détention et, plus précisément, du lien de causalité entre la constatation d'un risque de récidive élevé, ayant systématiquement justifié le refus des demandes d'élargissement du sujet, et les troubles mentaux qui avaient été constatés durant la phase de jugement par une évaluation psychiatrique. Dans cette affaire, la Cour conclut à une violation de l'article 3, car elle considère que l'absence d'évaluation et de traitement en détention des troubles du requérant avait privé ce dernier de la possibilité que soit constaté qu'il avait suffisamment progressé sur la voie de l'amendement et, ainsi, de toute chance d'élargissement. Le problème que nous souhaitons mettre en exergue est qu'à aucun moment le risque de récidive n'a été remis en question, malgré que celui-ci soit exclusivement fondé sur le savoir psychiatrique, ainsi qu'en dépit de l'absence de matérialisation de ce risque, et du fait de la bonne conduite du requérant en détention durant plusieurs décennies. Ainsi, bien que le requérant ait été reconnu responsable de ses actes lors du jugement, seule la constatation de l'évolution de son état mental par un expert pouvait déterminer le terme de sa détention. L'effet de véridiction du discours de l'expert emporte alors en l'espèce la subordination du terme de la peine perpétuelle d'une personne reconnue responsable de ses actes à une pratique médicale. Nous pouvons en conclure que la Cour accepte et valide dès lors la figure du criminel portant la double étiquette de l'homme responsable et du dangereux malade.

⁷³⁹ FOUCAULT Michel, « L'évolution de la notion d' « individu dangereux » dans la psychiatrie légale », *op. cit.*, p. 408. Nous désignons par cette expression le mouvement consistant à considérer de plus en plus que le passage à l'acte a pour cause des troubles mentaux. Cette évolution des conceptions des causes du passage à l'acte est clairement visible dans le mouvement d'extension du champ d'application du suivi socio-judiciaire. Ce mouvement de pathologisation entretient des liens étroits avec les confusions ayant cours dans le savoir pénal sur les connaissances psychiatriques. Sur cette question et du point de vue de psychiatres v. : SENON Jean-Louis, MANZANERA Cyril, « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », *AJ Pénal*, n° 9, 2007, p. 367-372 ; SENON Jean-Louis, MANZANERA Cyril, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ Pénal*, n° 4, 2008, p. 176-180. Sur cette question et du point de vue de sociologues v. : PROTAIS Caroline, MOREAU Delphine, « L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé », *Champ pénal* [en ligne], Séminaire du GERN « Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité » (2008-2009), 2009. Sur les origines de cette « psychiatrisation de la délinquance » v. : *ibid.*, p. 403-422 ; FOUCAULT Michel, *Les anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975)*, *op. cit.* Concernant un type de déviance particulier v. : CODACCIONI Vanessa, « La pathologisation de l'activisme radical. De l'OAS à Action directe, les examens psychiatriques à la Cour de sûreté de l'État », *Genèses*, n° 2, vol. 107, 2017, p. 10-31.

décision de la cour d'assises », qu'après avoir recueilli à la fois « l'avis des victimes ayant la qualité de parties civiles lors de la décision de condamnation » et l'« expertise d'un collège de trois experts médicaux inscrits sur la liste des experts agréés près la Cour de cassation, chargé de procéder à une évaluation de la dangerosité du condamné⁷⁴⁰ ». À ces conditions de formes s'ajoutent, d'une part, les conditions ordinaires de l'incarcération durant une période de vingt ou trente ans et de la manifestation de gages sérieux de réinsertion sociale⁷⁴¹, ainsi que, d'autre part, l'impératif que la réduction de la période de sûreté ne soit pas susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public. Nous retrouvons alors ce critère de police administrative déjà mobilisé dans le régime d'octroi de la libération conditionnelle dans cette procédure de relèvement, qui n'emporte pourtant en aucun cas la libération de la personne⁷⁴².

La mobilisation par le législateur de ce critère de police administrative dans cette procédure de relèvement confirme que ce n'est pas le renouvellement de l'infraction qui est visé, mais les troubles à l'ordre public que pourrait causer en elle-même la décision du juge, puisque le détenu n'est pas libéré après celle-ci. Justifiée par la pratique de dissimulation de certaines personnes condamnées, l'instauration de cette condition n'a nullement pour objet la prévention d'un risque de récidive car, quand bien même il serait mis fin à la période de sûreté, les critères généraux permettent au juge de refuser l'octroi d'une libération conditionnelle, malgré la caractérisation d'un projet de réinsertion sérieux. Ce qui n'est pas possible en revanche, c'est de poursuivre l'incarcération de la personne condamnée au-delà de la période dite rétributive, correspondant à la période de sûreté, sans « motif légitime d'ordre pénologique⁷⁴³ ». C'est pourtant l'objectif de l'instauration de ce critère que de garantir la poursuite de la détention en dépit de la caractérisation des autres conditions du relèvement de la période de sûreté. Le risque de trouble grave à l'ordre public, que pourrait éventuellement causer la décision du tribunal, est un motif ne visant précisément rien et donc susceptible de tout recouvrir pour toujours pouvoir être mobilisé. Une fois la finalité préventive écartée, l'objet de ce critère est alors évident : il s'agit d'accorder au juge un pouvoir arbitraire de refus, destiné à aggraver la peine par l'intermédiaire de son exécution et à poursuivre l'objectif d'élimination de cette catégorie d'infracteurs.

Les statuts spéciaux s'inscrivent à contre-courant de la conception de l'individualisation consacrée par les principes directeurs de l'exécution des peines, en ce

⁷⁴⁰ Art. 720-5 du CPP.

⁷⁴¹ Al. 3, art. 720-4 du CPP.

⁷⁴² Sur ce critère en matière de libération conditionnelle v : *supra* n° 116 ; 121.

⁷⁴³ « motifs légitime d'ordre pénologique » : CEDH [GC], 9 juillet 2013, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, préc., §128.

qu'ils disposent de conditions de fond et de forme définissant une condition juridique exorbitante du droit commun pour les personnes disqualifiées. Déterminés par des discours de politique pénale faisant d'une catégorie d'infracteurs une catégorie de dangereux délinquants, ces statuts procèdent d'une individualisation légale, participant d'une « économie punitive de la dangerosité⁷⁴⁴ » et recherchant l'aggravation des peines prononcées au service d'une meilleure neutralisation (B).

B. Une meilleure neutralisation

126 Une modulation de la peine au service de son aggravation. S'inscrivant dans la rationalité prospective de la peine⁷⁴⁵, la neutralisation cherche à mettre fin aux troubles à l'ordre public causés par l'infraction et à éviter son renouvellement, en mettant la personne condamnée au ban de la société grâce au caractère hétérotopique de la prison⁷⁴⁶. Pour restreindre cette fonction à sa stricte nécessité, le droit de l'application des peines intervient pour mettre la « logique modale⁷⁴⁷ » au service de la modération de l'acte de punir. Le régime d'octroi dérogatoire recherche cependant quant à lui à déterminer une plus grande neutralisation, jusqu'à aboutir à l'élimination définitive de l'infracteur. Les statuts spéciaux modulent ainsi la participation du juge à l'acte de juger en fonction des catégories de personnes condamnées, pour tendre à faire de l'adaptation de la peine une exception. Le régime d'octroi dérogatoire des mesures d'individualisation judiciaires procède alors tantôt d'une logique modale entravée (1), tantôt d'une logique modale empêchée (2).

1. Une logique modale entravée

127 La mutabilité de la peine diminuée. Les statuts spéciaux entravent le droit de l'application des peines dans la poursuite de son objet, en ce qu'ils organisent une moindre éligibilité des catégories de personnes disqualifiées aux mesures d'individualisation. Cette circonscription drastique du champ dans lequel le juge peut participer à l'acte de juger, par un

⁷⁴⁴ PONCELA Pierrette, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », *op. cit.*, p. 107.

⁷⁴⁵ PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 57-64.

⁷⁴⁶ Les hétérotopies sont des « contre-espaces, [d]es utopies situées, [d]es lieux réels hors de tous les lieux » : FOUCAULT Michel, « Les hétérotopies », in *Le corps utopique, Les hétérotopies*, Paris, Édition lignes, 2009, p. 25. La prison est un espace de la société, dans la société, et, en même temps, un « espace absolument autre » dont la frontière est marquée et les circulations avec le reste de la société strictement contrôlées : *ibid.*

⁷⁴⁷ PONCELA Pierrette, « La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 363-375. Sur la logique modale de la peine privative de liberté v. : *supra* n° 6-8.

régime d'octroi dérogatoire des mesures d'individualisation judiciaires, s'analyse à la fois comme une individualisation légale et anthropologique de l'acte de punir.

128 Une individualisation légale. Alors que la prise en compte du fondement de la condamnation va à l'encontre des principes directeurs de l'exécution des peines, souhaitant faire de l'évaluation « de la personnalité et de la situation⁷⁴⁸ » du sujet la pierre angulaire de la modulation, les statuts spéciaux replacent au centre du processus d'individualisation la qualification des faits. Il en découle le caractère spécial des dispositions composant le régime d'octroi dérogatoire des mesures d'individualisation judiciaires. Et de la recherche d'une meilleure neutralisation procède le caractère exorbitant de ces statuts. La loi dispose effectivement pour les catégories de personnes disqualifiées d'une condition juridique exceptionnelle. Il ne s'agit pas seulement d'appliquer des règles distinctes, mais de prendre le contre-pied de l'objet de l'application des peines, en rendant plus difficile la modération de l'acte de punir par la modulation judiciaire, par l'intermédiaire de l'individualisation légale de la peine. Dans son célèbre cours, SALEILLES distinguait les individualisations judiciaire et administrative⁷⁴⁹. L'auteur rejetait en revanche l'existence de l'individualisation légale, en considérant que les dispositions législatives d'atténuation ou d'aggravation de la peine ne pouvaient pas connaître des individus, mais uniquement du degré de responsabilité⁷⁵⁰. Cependant, nombre de dispositions du droit de l'application des peines, si elles ont pour critère d'application le fondement de la condamnation, traitent en réalité de caractéristiques prêtées aux individus, de sorte qu'il ne soit plus possible d'exclure l'individualisation légale par cet argument. L'interdiction d'octroyer des réductions de peine supplémentaires à une personne condamnée pour l'une des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru, si elle refuse de suivre un traitement médical ordonné par le juge de l'application des peines, est à ce titre éloquente⁷⁵¹. Il reste cependant à déterminer si les effets de cette prise en compte des caractéristiques présumées des individus sont bien dirigés vers l'adaptation de la peine, et non simplement vers le régime d'octroi des mesures d'individualisation judiciaires.

L'analyse des dispositions des statuts spéciaux applicables aux personnes disqualifiées conduit à répondre positivement à cette interrogation. D'abord, les dispositions spéciales

⁷⁴⁸ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

⁷⁴⁹ SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, op. cit., p. 197-278.

⁷⁵⁰ SALEILLES comme CANNAT parlent à ce titre d'une « fausse individualisation », en ce que « l'automatisme est substitué au pouvoir d'appréciation du juge » et « conduit à une individualisation de hasard, faite avec l'espoir que l'on tombera juste » : *ibid.*, p. 197 ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, op. cit., p. 179.

⁷⁵¹ Al. 1, art. 721-1 du CPP.

peuvent directement impacter la durée de l'acte de punir. L'exclusion des auteurs d'infraction de terrorisme du bénéfice des crédits de réduction de peine en est le meilleur exemple. À peine prononcée égale, une personne condamnée pour une infraction de terrorisme et une autre pour des faits de droit commun n'auront pas à exécuter le même *quantum* d'incarcération en raison de cette cause d'inéligibilité⁷⁵². Ensuite, l'aggravation de la peine peut résulter, indirectement, des conditions et modalités d'octroi plus sévères. L'individualisation légale peut premièrement modifier la peine minimale à subir avant de pouvoir bénéficier d'une libération anticipée. C'est notamment l'hypothèse de l'allongement du temps d'épreuve devant s'écouler avant que la personne condamnée en état de récidive légale puisse solliciter une libération conditionnelle⁷⁵³. En second, un obstacle supplémentaire pour obtenir un élargissement peut résulter de la prise en compte de la qualification des faits et aggraver la peine en rendant improbable la libération, à l'instar des personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité pour un crime terroriste⁷⁵⁴. Pire, les modalités d'octroi spéciales peuvent également déterminer l'impossibilité de toute libération anticipée, comme l'a récemment relevé le Conseil constitutionnel⁷⁵⁵. Les personnes étrangères condamnées pour des infractions de terrorisme, sous le coup d'une mesure d'éloignement du territoire, se trouvaient en effet dans l'impossibilité d'exécuter, au préalable et à titre probatoire, une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur ou de placement sous surveillance électronique indispensable au prononcé d'une libération conditionnelle, en raison de l'incompatibilité entre ses mesures. Les sages de la rue Montpensier ont dès lors considéré que les dispositions ayant « pour conséquence de priver les personnes en cause de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en particulier dans le cas où elles ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, [...] sont manifestement contraires au principe de proportionnalité des peines⁷⁵⁶ ». À cette occasion, le Conseil constitutionnel a ainsi fermement rappelé que le « régime juridique d'exécution⁷⁵⁷ » influe sur la portée de la peine encourue et que la logique modale de la peine est indispensable à sa constitutionnalité.

Par la prise en compte du fondement de la condamnation, la loi peut ainsi individualiser à la fois la peine et son régime d'exécution. De manière identique à

⁷⁵² Pour une peine prononcée de huit ans d'emprisonnement, la différence entre les peines à subir s'élèvera à un an et cinq mois.

⁷⁵³ Al. 4, art. 729 du CPP. Une nouvelle fois, à peine prononcée égale, deux personnes présentant des caractéristiques identiques ne pourront prétendre, et donc potentiellement obtenir, une libération au même moment. La durée de l'acte de punir est donc impactée par le régime d'octroi.

⁷⁵⁴ V. : *infra* n° 132.

⁷⁵⁵ CC, Décision n° 2019-799/800 du 6 septembre 2019, M^{me} Alaitz A. et autre, préc.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, consid. 8.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, consid. 5.

l'individualisation judiciaire ou administrative, l'individualisation légale est une pratique catégorielle qui cherche à adapter le régime d'exécution aux caractéristiques, réelles ou supposées, d'un groupe d'individus. La différence, au-delà de l'acteur procédant au calcul, réside alors dans le fait que l'étiquette, apposée sur l'individu et déterminant son statut, n'est pas le résultat d'une évaluation, mais d'une « présomption de dangerosité⁷⁵⁸ » instituée par la loi et découlant de la qualification des faits. L'individualisation légale s'analyse donc par ailleurs comme une individualisation anthropologique procédant à l'« objectivation⁷⁵⁹ » du sujet par l'infraction commise.

129 Une individualisation anthropologique. Les dispositions dérogatoires étudiées, graduées en fonction des infractions commises, ont comme finalité commune et principale de neutraliser l'infracteur. Les statuts ont comme critère d'application l'infraction commise, mais les conditions d'octroi dérogatoires imposées répondent à la dangerosité de l'individu établie par les discours de politique pénale. La personne condamnée, pour bénéficier d'une mesure d'individualisation judiciaire, devra démontrer l'existence de nombreux gages sérieux d'efforts de réadaptation sociale et d'amendement, afin de pouvoir contrebalancer ce constat. En somme, l'individualisation légale reconnaît en la commission de l'infraction une « présomption irréfragable de dangerosité⁷⁶⁰ », qui se matérialise dans le régime d'octroi des mesures d'individualisation par des conditions de fond et de forme supplémentaires, ou plus sévères, pour les personnes relevant d'un statut spécial⁷⁶¹. Le mécanisme de l'individualisation légale marginalise ainsi l'appréciation judiciaire de la personnalité et de la situation de la personne condamnée dans le régime d'octroi, du fait de la prise en compte de la caractérisation de l'individu par la qualification des faits. À l'instar de Pierrette PONCELA, nous constatons par conséquent « des catégories de personnes véritablement « réifiées » par l'infraction initiale commise⁷⁶² ».

Par l'élaboration de statuts spéciaux, ce sont des « formes d'individualisation anthropologiques⁷⁶³ » que l'on pratique, c'est-à-dire que l'on se réfère aux caractéristiques

⁷⁵⁸ D'AMBROSIO Luca, « De l'incapacitation à l'exclusion ? Dangerosité et droit pénal en Italie », *op. cit.*, p. 180.

⁷⁵⁹ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187 ; 189 ; 193.

⁷⁶⁰ CEDH, 13 juin 2019, *Viola c. Italie* (n° 2), n° 77633/16, Dr. pén. 2020. n° 4. chron. 4, Dreyer, §128.

⁷⁶¹ Le caractère irréfragable de cette présomption n'emporte pas l'absence de possibilité de libération, mais l'impossibilité pour le juge d'écarter le statut spécial applicable à la personne condamnée. Autrement dit, l'appréciation judiciaire peut toujours permettre l'élargissement de la personne condamnée, elle devra néanmoins répondre de conditions et de modalités d'octroi plus sévères.

⁷⁶² PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 565-576.

⁷⁶³ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 119.

des individus pour définir une condition juridique différenciée. Au premier abord, nous pourrions croire que la prééminence de la qualification des faits serait préférable, au vu des garanties du droit pénal moderne. Il n'en est rien car le régime d'octroi dérogatoire ne préserve pas la portée de la condamnation, il détermine l'aggravation de l'acte de punir par l'extension de la portée de la peine. En entravant la logique modale, les statuts spéciaux ne protègent pas la condamnation de possibles altérations, mais dénaturent la peine privative de liberté en tendant à la priver de sa mobilité, indissociable de sa modernité comme de sa constitutionnalité. Nous pourrions également voir dans la prise en compte par la loi des caractéristiques de la personne une meilleure individualisation, par l'extension de celle-ci à la détermination de la peine par la loi et au-delà du calcul de la peine fondé sur les termes anthropologico-juridiques⁷⁶⁴. Ce n'est pourtant pas la transcription de la pratique louée par SALEILLES à laquelle a procédé le législateur, mais à sa dénaturation. L'individualisation légale ne repose pas sur une prise en compte de la personne par le juge, comme c'est le cas lors de l'audience de jugement ; seules les caractéristiques présumées chez l'individu en raison de la qualification des faits motivent le choix du législateur. Le critérium de l'application de la peine n'est plus la personne et sa situation, ou du moins uniquement de manière subsidiaire à la qualification des faits et dans des conditions plus strictes que pour le reste des personnes condamnées. Pour les personnes disqualifiées se sont les caractéristiques présumées, en raison de l'appartenance à une catégorie d'infracteurs, qui déterminent le plus l'acte de punir.

En multipliant les obstacles aux usages des modalités d'exécution judiciaires, le droit de l'application des peines poursuit l'objectif d'une meilleure neutralisation des personnes condamnées. Mais lorsque c'est l'inéligibilité totale et perpétuelle qui est organisée, c'est l'élimination du sujet qui est recherchée par le dispositif d'exécution. D'une logique modale entravée, nous entrons alors dans le champ d'une logique modale empêchée (2).

⁷⁶⁴ « C'est le crime que l'on punit, mais c'est la considération de l'individu qui détermine le genre de mesure qui convient. La responsabilité, fondement de la peine, et l'individualisation, critérium de son application : telle est la formule du droit pénal moderne. » : SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, op. cit., p. 164 ; « Pour assurer l'ordre voulu, l'État n'a pas le droit de punir, mais le devoir de rendre sociaux les individus ; cette œuvre ne peut se faire par des peines, mais par des mesures préventives, éducatives, curatives ; la mesure de défense sociale doit être adaptée à l'individu par rapport à sa personnalité (antisociabilité subjective) et non pas être fonction de l'entité de l'infraction » : GAMMATICI Filippo, « La notion de responsabilité dans le système de défense sociale », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, A. Pédone, 1975, t. 2, « Études de science pénale et de politique criminelle », p. 110.

2. Une logique modale empêchée

130 Un double mouvement d'atténuation des garanties en matière de réclusion

criminelle à perpétuité réelle. La neutralisation définitive des personnes condamnées est synonyme en droit français de la réclusion criminelle à perpétuité, et plus encore de la peine perpétuelle réelle, c'est-à-dire d'une peine privative de liberté perpétuelle assortie d'une période de sûreté perpétuelle. Ce dispositif est le résultat de la recherche d'une sécurité absolue, par un jugement se voulant irrémédiable sur l'individu, au détriment d'une peine modulable durant son exécution en fonction de l'évolution du sujet. En dépit de l'indétermination de sa durée, l'emprisonnement à vie n'emporte aucun constat d'inconventionnalité⁷⁶⁵, sous réserve de ce qui est communément appelé un « droit à l'espoir⁷⁶⁶ ». Seulement, si les principes applicables en matière de peine perpétuelle n'ont pas été revus depuis 2013⁷⁶⁷, un double mouvement de réduction des garanties – jurisprudentiel et légal – doit être mis en exergue. D'un côté, la Cour européenne des droits de l'Homme valide et accompagne la politique de neutralisation des États par l'atténuation de l'effectivité des principes applicables. De l'autre, le dispositif français d'élimination des personnes condamnées à la peine de perpétuité réelle semble avoir atteint son paroxysme en 2016, avec l'élaboration d'une peine incompressible pour les auteurs de crimes terroristes.

131 L'atténuation de l'effectivité des principes applicables. En soi, les peines perpétuelles ne sont pas prohibées dans le Conseil de l'Europe⁷⁶⁸. Il relève de la marge de manœuvre des États en matière de justice pénale de prévoir ce type de peine pour les infractions graves commises par les majeurs, à condition qu'il n'existe pas de « nette disproportion⁷⁶⁹ » entre la sanction et l'incrimination. Cependant, l'absence de possibilité de modulation de la peine au cours de son exécution emporte la qualification de traitement

⁷⁶⁵ DANTI-JUAN Michel, « Droit pénitentiaire 1 », *RPDP*, n° 1, 2018, p. 105.

⁷⁶⁶ « Opinion concordante de M^{me} la juge POWER-FORDE », in CEDH [GC], 9 juillet 2013, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, préc.

⁷⁶⁷ Sur le cheminement jurisprudentiel jusqu'à l'arrêt *Vinter et autres v. : Royaume-Uni*, n° 46295/99, RSC 2004. 166, note Massias ; D. 2003. 919, chron. Céré ; AJDA 2003. 1490, note Rollin ; CEDH, [GC], 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, n° 21906/04, RSC 2008. 692, chron. Roets ; RSC 2009. 431, chron. Poncela ; D. 2009. 1453, obs. Renucci ; PONCELA Pierrette, « Chronique de l'exécution des peines. Choix de jurisprudence - Juridictions administratives, européennes et judiciaires - Janvier 2008 à mars 2009 », *RSC*, n° 2, 2009, p. 431-441 ; PONCELA Pierrette, « Longues, trop longues peines », *RSC*, n° 3, 2013, p. 625-634.

⁷⁶⁸ MARGAINE Clément, « Peines perpétuelles et réinsertion des détenus dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme », in *Le Droit à la réinsertion des personnes détenues. Actes de colloque du 28 et 29 janvier 2016*, SCHMITZ Julia (dir.), *op. cit.*, p. 63.

⁷⁶⁹ CEDH, 17 janvier 2012, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130-10 et 3896/10, §87-89.

inhumain et dégradant. La Cour européenne des droits de l'Homme subordonne la conventionnalité des peines perpétuelles réelles à l'article 3 de la Convention à un cumul de conditions garantissant que ces sanctions sont compressibles *de jure* et *de facto*⁷⁷⁰. Les États doivent garantir aux personnes condamnées, dès le prononcé de la peine, une chance d'élargissement et une possibilité de réexamen périodique dont la première occurrence doit intervenir « dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine perpétuelle⁷⁷¹ ». Ce dispositif doit ainsi permettre de vérifier si la poursuite de la détention est toujours justifiée par un motif légitime d'ordre pénologique (châtiment, dissuasion, protection du public, amendement, *etc.*). Si l'arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, dont découle la formulation de ces principes, est un apport important à la protection des justiciables, on peut regretter la pauvreté des exigences de la juridiction strasbourgeoise eu égard à la marge de manœuvre conséquente concédée aux États pour prévoir la nature et les modalités du réexamen périodique. Un recours devant une autorité politique disposant d'un pouvoir discrétionnaire est par exemple suffisant pour caractériser une peine compressible *de jure* et *de facto*⁷⁷². Aussi insatisfaisante que soit la position de la Cour, les justiciables semblaient pouvoir se prévaloir de cette jurisprudence en ce que, d'une part, elle traçait clairement la frontière entre les peines perpétuelles conventionnelles et les traitements inhumains ou dégradants, et, d'autre part, elle laissait espérer un accroissement futur des exigences relatives à la procédure d'examen, notamment quand à sa nature.

A contrario des espoirs entretenus par l'arrêt *Vinter*, le mouvement d'accroissement des garanties en matière de peines perpétuelles a pris fin. Bien que les principes applicables énoncés par la Cour demeurent inchangés depuis 2013, le contrôle de ces exigences dans les affaires postérieures ont mis en lumière la précarité de leur portée. Il semble en effet que les juges strasbourgeois évitent, autant que faire se peut, de constater une violation de l'article 3 de la Convention, particulièrement sur un point déjà clair dans la jurisprudence de la Cour. D'abord, la Cour européenne des droits de l'Homme a démontré dans l'affaire *Hutchinson* le caractère chancelant de l'exigence d'une chance d'élargissement distincte d'une libération

⁷⁷⁰ CEDH [GC], 9 juillet 2013, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, préc., §108.

⁷⁷¹ CEDH [GC], 13 novembre 2014, *Bodein c/ France*, n° 40014/10, préc., §61.

⁷⁷² Il s'agit de l'hypothèse des arrêts *Vinter* et *Hutchinson* : CEDH [GC], 9 juillet 2013, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, préc. ; CEDH, [GC], 17 janvier 2017, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, n° 57592/08, D. 2017. 1274, chron. Céré ; Dr. pén. 2017. n° 3. comm. 51, note Bonis-Garçon ; Gaz. Pal. 2017. n° 10. 32, note Andriantsimbazovina.

pour motif humanitaire⁷⁷³. En refusant de constater une violation de l'article 3, dans une affaire identique à celle de l'arrêt *Vinter*, la Cour considère compressible, en fait et en droit, la peine d'un requérant qui ne peut être élargi que par une autorité politique, dont un règlement (*Prison order* n° 4700) indique, pourtant, qu'elle ne peut procéder à la libération d'une personne condamnée que pour un motif humanitaire. Alors même que ce texte n'a jamais été abrogé, la Cour considère l'état du droit anglais conforme à l'article 3 de la Convention du fait qu'un arrêt d'une Cour d'appel indique que les pouvoirs du ministre doivent être interprétés conformément à la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁷⁷⁴. En l'absence de tout contrôle de l'opportunité de la décision du pouvoir exécutif, le respect de l'exigence d'une chance d'élargissement ne tient qu'à l'engagement de principe que les droits des justiciables seront respectés. Ensuite concernant le moment de la caractérisation de la violation, les juges rappellent systématiquement que la violation de l'article 3 de la Convention est caractérisée dès le prononcé de la peine⁷⁷⁵. La Cour n'en tire cependant aucune conséquence dans les arrêts *Hutchinson*⁷⁷⁶ et *Murray*⁷⁷⁷. Enfin, l'appréciation de la Cour s'est également montrée décevante dans son contrôle du délai avant

⁷⁷³ CEDH, 3 février 2015, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, n° 57592/08, Dr. pén. 2015. n° 4. comm. 61, note Bonis-Garçon ; JCP G 2015. n° 7. 195, obs. Gonzalez ; RPDP 2016. 129, chron. Habouzit ; CEDH, [GC], 17 janvier 2017, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, n° 57592/08, préc.

⁷⁷⁴ DESCAMPS Louise, « Dix ans de jurisprudence européenne sur l'emprisonnement à perpétuité : un bilan en demi-teinte », RSC, n° 1, 2021, p. 66.

⁷⁷⁵ « Dès lors, dans le cas où le droit national ne prévoit aucun mécanisme ni aucune possibilité de réexamen des peines de perpétuité réelle, l'incompatibilité avec l'article 3 en résultant prend naissance dès la date d'imposition de la peine perpétuelle et non à un stade ultérieur de la détention » : CEDH [GC], 9 juillet 2013, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, préc., §122.

⁷⁷⁶ « Dans son opinion dissidente, la juge KALAYDJIEVA relève une incohérence troublante. Dans l'énoncé des principes applicables, la Cour rappelle qu'une éventuelle violation de l'article 3 prend naissance dès le prononcé de la peine. Pourtant, les juges strasbourgeois se fondent sur un arrêt de 2014 pour écarter la solution de l'arrêt *Vinter et autres*. Ainsi, ils accordent à la jurisprudence *R v. Newell* ; *R v. McLoughlin* un effet rétroactif incompatible avec les exigences de l'article 3 de la Convention. Or, les personnes condamnées doivent immédiatement être en mesure de connaître les modalités auxquelles elles peuvent espérer être libérées. De ce point de vue, rien ne permet de dissocier la situation de Monsieur Hutchinson de celle des requérants de l'affaire *Vinter et autres* entre le prononcé de sa peine et la décision de la cour d'appel sur laquelle se fondent les juges strasbourgeois. » : HABOUZIT Francis, GIANNOULIS Vissarion, SIDHOUM-RAHAL Djohar, BEAUVAIS Pascal (dir.), « Droit européen des droits de l'homme (CEDH) (chron.) », RPDP, n° 1, 2016, p. 137. Malheureusement, l'arrêt de grande chambre a préféré faire l'impasse sur cette contradiction entre les principes applicables et la décision de la Cour : CEDH, [GC], 17 janvier 2017, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, n° 57592/08, préc.

⁷⁷⁷ « Il faut se souvenir que l'arrêt de chambre avait refusé d'examiner la compressibilité de la peine, avant l'introduction du mécanisme de réexamen en 2011, au motif que le requérant n'avait introduit sa requête que trente-trois ans après le début de sa détention. Cette raison, qui revient à opposer une cause de forclusion fictive à une personne souffrant de troubles mentaux, est indigne de la Cour et il est regrettable que la grande chambre n'ait pas voulu désavouer ce raisonnement. Elle circonscrit pareillement son appréciation à la période postérieure à l'introduction de la requête du requérant en 2010. Nous ne pouvons alors que constater, avec regrets, la volonté des juges strasbourgeois de limiter la portée du droit à une chance d'élargissement et à un réexamen de la peine en refusant de contrôler leur existence dès le prononcé de la peine. » : HABOUZIT Francis, FABRIZI Andrea, MIGNOT-MAHDAVI Rebecca, LASSALLE Maxime, BEAUVAIS Pascal (dir.), « Droit européen des droits de l'homme (CEDH) », RPDP, n° 4, 2016, p. 953-965. Concernant l'arrêt de chambre v. : CEDH, 10 décembre 2013, *Murray c. Pays-Bas*, n° 10511/10.

le premier réexamen des motifs pénologiques légitimant la détention. Ce dernier doit intervenir « dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine perpétuelle⁷⁷⁸ ». Or, l'article 720-4 du code de procédure pénale ne prévoit la possibilité d'une demande de réduction ou de relèvement de la période de sûreté perpétuelle qu'après trente ans. Une nouvelle fois, la Cour a esquivé le constat de violation dans l'affaire *Bodein* en considérant qu'« au regard de la marge d'appréciation des États en matière de justice criminelle et de détermination des peines, [...] cette possibilité de réexamen de la réclusion à perpétuité est suffisante⁷⁷⁹ ».

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, dès le lendemain de l'arrêt de Grande chambre *Vinter*, démontre une portée des principes applicables fortement malmenée par les juges strasbourgeois. Du fait de cette précarisation des garanties consacrées, la valeur des principes applicables s'en trouve également dépréciée et la sécurité juridique pour les personnes condamnées, atteinte. À ce tableau aussi décevant qu'inquiétant, au niveau du Conseil de l'Europe, s'ajoute la nouvelle procédure exceptionnelle de l'article 720-5 du code de procédure pénale, procédant à l'élaboration d'une peine incompressible pour les personnes ayant commis des crimes terroristes.

132 L'élaboration d'une peine incompressible. Certaines dispositions dérogatoires de l'application des peines aggravent les peines prononcées à l'encontre des auteurs d'infractions de terrorisme par des « restrictions aux mesures d'aménagement des peines étirant jusqu'à l'absurde la rétribution de l'acte commis⁷⁸⁰ ». En contradiction avec les principes de l'application des peines, ces dispositions visant à l'élimination, en ce qu'elles emportent une neutralisation définitive, sont considérées comme des outils dans la lutte contre le terrorisme, ou plutôt contre les terroristes⁷⁸¹. Il s'agit de mesures contre les individus en ce qu'elles restreignent et encadrent tellement le pouvoir de modulation des juridictions de l'application des peines que tout octroi d'une mesure d'application des peines semble « improbable⁷⁸² ». En s'inspirant d'une formule de Reynald OTTENHOFF, nous pourrions dire que les dispositions destinées aux personnes condamnées pour des actes de terrorismes mettent entre parenthèse le

⁷⁷⁸ CEDH [GC], 13 novembre 2014, *Bodein c/ France*, n° 40014/10, préc., §61.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ PONCELA Pierrette, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », *op. cit.*, p. 111.

⁷⁸¹ Le gouvernement dans son dernier plan d'action exprime en effet la volonté de « renforcer l'exécution des peines anti-terroristes » : PREMIER MINISTRE, *Plan d'action contre le terrorisme*, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁸² PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 565-576.

droit de l'application des peines⁷⁸³. Leur objet n'est pas d'améliorer ce droit, il s'agit de le contre-carrer, afin d'éliminer les personnes ayant commis ce type d'infractions de notre société. À ce titre, la procédure exceptionnelle de réduction de la période de sûreté de trente ans et perpétuelle en matière de terrorisme insinue une nouvelle fois le doute sur la conventionnalité du régime de la peine perpétuelle réelle française.

La longueur et la complexité de cette procédure menée par le Tribunal de l'application des peines de Paris, mobilisant un collège d'experts médicaux et une commission composée de conseillers de la Cour de cassation, complexifient grandement les modalités de relèvement de la période de sûreté. De surcroît, le législateur subordonne cette mesure à une condition supplémentaire tenant au fait que « la réduction de la période de sûreté n'est pas susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public⁷⁸⁴ ». Par conséquent l'article 720-5 du code de procédure pénale doit d'abord être interrogé quant à l'exigence de compressibilité *de jure* de la peine. Il n'est pas certain qu'un risque de trouble à l'ordre public causé par la réduction d'une période de sûreté puisse être considéré par la Cour européenne des droits de l'Homme comme l'un des « motifs légitimes d'ordre pénologique⁷⁸⁵ » permettant de poursuivre légitimement l'emprisonnement d'une personne condamnée. Un risque de trouble grave à l'ordre public ne peut être considéré comme tel, à partir du moment où ce n'est pas la personne condamnée qui serait la cause de ce trouble éventuel, mais le fait que sa période de sûreté serait réduite. Si la peine peut avoir pour objectif la protection du public, les risques doivent avoir pour origine la personne condamnée et un « lien de causalité clair et suffisant entre la condamnation du requérant et son maintien en détention⁷⁸⁶ » doit être démontré⁷⁸⁷. De plus, les doutes déjà évoqués sur les faits désignés par ce critère rendent difficiles de savoir à quelles conditions la période de sûreté peut être relevée⁷⁸⁸. Or, les justiciables doivent

⁷⁸³ « Si tel devait être l'avenir, les guillemets dans lesquels l'analyse de la loi du 9 septembre 1986 nous a conduit à enfermer certains mots ne pourraient, cette fois, que conduire à mettre l'ensemble du droit pénal français entre parenthèses. » : OTTENHOFF Reynald, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *RSC*, n° 3, 1987, p. 619.

⁷⁸⁴ 3°, art. 720-5 du CPP.

⁷⁸⁵ CEDH [GC], 9 juillet 2013, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, *préc.*, §128.

⁷⁸⁶ CEDH, 10 décembre 2013, *Murray c. Pays-Bas*, n° 10511/10, §80.

⁷⁸⁷ Sur le fondement de l'article 5 de la Convention, la Cour exige qu'il existe un lien de causalité suffisant entre la condamnation et la poursuite de la détention après l'expiration de la période punitive. Dans l'arrêt *Stafford*, le prolongement de la détention du requérant avait été justifié par des risques d'atteinte aux biens alors même que l'emprisonnement perpétuel était fondé sur une condamnation pour meurtre. C'est la raison pour laquelle la Cour dans cette affaire avait conclu à la violation de l'article 5§1 de la Csdh. V. CEDH, [GC], 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, n° 46295/99, *préc.*, §64-65 ; 81-83. En outre, concernant le critère du « caractère acceptable de la libération pour le public », elle a souligné qu'elle ne voyait « pas comment le souci de préserver la confiance du public dans la justice pénale pourrait légitimement commander le maintien en détention d'un prisonnier qui a effectué la peine requise à titre de sanction de l'infraction et qui ne représente plus aucun risque pour le public » : *ibid.*, §80.

⁷⁸⁸ V. : *supra* n° 121 ; 125

toujours être en mesure de savoir à quelles conditions ils peuvent être libérés. En tout état de cause, cette condition particulièrement floue contribue ensuite à rendre *de facto* incompressible la peine de perpétuité réelle infligée aux personnes ayant commis des crimes terroristes. L'accumulation et la nature des exigences devant être réunies pour seulement lever l'obstacle à la formulation d'une requête d'une mesure de libération anticipée doit conduire à un constat d'une incompressibilité de la peine. Au demeurant, la seule attribution de ce contentieux à une juridiction disposant d'une compétence spéciale, devant appliquer une procédure dérogatoire, fait peser de lourds soupçons sur l'existence, *de facto*, d'une chance d'élargissement. Malgré l'incongruité du critère relatif à l'ordre public – particulièrement pour une mesure ne procédant pas à la libération –, et les insurmontables complications procédurales érigées en obstacle à l'élargissement des personnes détenues, il n'est pourtant pas certain que la Cour constate une violation de la Convention, tant la marge de manœuvre réservée aux États est conséquente en la matière sensible du terrorisme.

Sans nul doute, chacun des statuts spéciaux étudiés tend à la neutralisation des personnes condamnées par la définition d'une condition juridique exceptionnelle au sein de l'application des peines, mais celui dédié aux personnes ayant commis des actes de terrorisme recherche, pour les infractions les plus graves, l'élimination de leur auteur en retirant à leur peine toute mobilité, et peut-être par là, toute chance à ces derniers de se transformer. Par le régime d'octroi dérogatoire, le droit de l'application des peines opère finalement un retournement sur lui-même, inversant ainsi ce qui constitue l'exception et le principe. L'individu reste au cœur du processus d'individualisation, cependant, d'un côté, il sera question pour le régime d'octroi relevant du droit commun de son évolution en accord avec les principes directeurs de l'exécution des peines et, de l'autre, de sa prétendue nature en raison de l'infraction commise, illustrant un rapprochement avec les mesures de sûreté par l'« objectivation⁷⁸⁹ » des personnes disqualifiées grâce à l'établissement d'une « présomption légale irréfragable d'incorrigibilité⁷⁹⁰ ».

*

- 133 Une condition juridique exceptionnelle pour les personnes disqualifiées.** Les différents statuts spéciaux se rassemblent dans l'identité de leur finalité consistant à limiter les possibilités de libération des catégories de personnes disqualifiées, en disposant de conditions et de modalités d'octroi plus sévères et plus lourdes que pour les autres condamnés. En

⁷⁸⁹ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, op. cit., p. 187 ; 189 ; 193.

⁷⁹⁰ ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 267.

fonction du fondement de la condamnation, les possibilités de libération des personnes condamnées et la capacité des juges de l'application des peines à participer à l'acte de juger varient : l'individualisation légale prend alors plus ou moins le pas sur l'individualisation judiciaire. Les statuts spéciaux ont de ce fait légalisé, et donc rendu automatique, la prise en compte du fondement de la condamnation dans l'application des peines. Ils empêchent ainsi le procès de mettre entièrement fin au litige et l'application des peines d'assurer pleinement la modulation de la sanction en fonction de l'évolution de la personne, pour corriger le calcul de la peine opéré par la juridiction de jugement durant l'acte de punir⁷⁹¹.

**

134 La prédominance du fondement de la condamnation. Dans le droit dérogatoire, le rôle du juge est strictement circonscrit par la prédominance de la qualification des faits. Le fondement de la condamnation fonctionne comme une « présomption de dangerosité⁷⁹² » à l'encontre des catégories de personnes disqualifiées. Dès lors, ce qui se trouve renforcé par la référence accrue à la condamnation, ce n'est pas tellement le lien entre la sanction et la responsabilité, mais celui qui unit la peine aux caractéristiques de l'individu. L'infraction ne qualifie pas seulement les faits, elle disqualifie également la personne qui les a commis. La stigmatisation issue du fondement de la condamnation neutralise ainsi nombre des efforts de réinsertion de la personne condamnée, tant la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger est limitée. Au travers des conditions et des procédures d'octroi dérogatoires, on retrouve d'ailleurs à la fois la réprobation du législateur pour les actes commis par la personne condamnée et sa méfiance envers le pouvoir du juge. Par sa finalité de neutralisation, comme par son objet tendant à limiter le pouvoir du juge, le droit dérogatoire opère selon une rationalité inverse du droit commun, qui nourrit un mouvement de polarisation de l'individualisation judiciaire.

⁷⁹¹ Il est alors possible de dire que « la réprobation sociale qui se manifeste lors de la condamnation est ainsi étendue au-delà de ce qui est nécessaire ; ces catégories de condamnés sont, [de droit], traitées comme des parias de l'individualisation et de l'objectif général de réinsertion sociale » : PONCELA Pierrette, « Le chantier de l'exécution des peines est ouvert. Quelques remarques sur la loi du 15 juin 2000 », *op. cit.*, p. 887-891.

⁷⁹² D'AMBROSIO Luca, « De l'incapacitation à l'exclusion ? Dangerosité et droit pénal en Italie », *op. cit.*, p. 180.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

135 Une pratique commune de la modulation judiciaire. Le régime d'octroi des mesures d'individualisation judiciaires est le produit de deux sous-ensembles normatifs, correspondant aux deux rationalités antagonistes gouvernant les rapports entre l'exécution de la peine et sa modulation. Alors que le régime de droit commun recherche l'adaptation de la peine au fur et à mesure de l'acte de punir, les statuts spéciaux entravent et neutralisent la logique modale de la peine privative de liberté. Toutefois, la dichotomie proposée entre le régime d'octroi de droit commun et les statuts spéciaux ne doit pas être pensée comme la délimitation de deux pratiques distinctes d'individualisation judiciaire. Premièrement, les dispositions du régime d'octroi sont distribuées entre deux pôles, deux extrêmes en tension issus des discours de politique pénale, ayant en commun de tendre à l'aliénation de la liberté du juge. D'un côté, nous retrouvons la modulation systématique des petits reliquats de peine restant à exécuter qui déplace l'objet de l'appréciation judiciaire vers l'individualisation du régime probatoire, de l'autre, la volonté du législateur de rendre exceptionnel l'élargissement des auteurs de crimes terroristes. En second, les usages des modalités d'exécution s'inscrivent dans un processus d'individualisation cohérent et concordant avec le calcul de la peine, indexé sur l'appréciation judiciaire « de la personnalité et de la situation⁷⁹³ » du sujet. Ainsi, si le droit de l'application des peines procède bien d'une construction dichotomique, la modulation judiciaire n'en relève pas moins d'une pratique unique de l'individualisation, précarisant la dichotomie entre l'acte de juger et l'acte de punir pour libéraliser les conditions d'exécution de la peine.

L'étude de l'octroi des mesures d'individualisation, si elle est essentielle à la compréhension de l'exercice du pouvoir de punir de l'État, en ce qu'elle démontre un morcellement de l'acte de juger, ne peut permettre à elle seule de connaître de l'apport des usages des modalités d'exécution aux pratiques punitives contemporaines. Après avoir considéré la modulation judiciaire dans ses rapports avec l'acte de juger, à partir des conditions et des modalités de la poursuite de la détermination de la peine, il convient alors de rechercher les effets et les conséquences des usages des modalités d'exécution judiciaires sur l'acte de punir, en s'interrogeant sur l'exécution des mesures d'individualisation (Chapitre 2).

⁷⁹³ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

CHAPITRE 2. L'EXÉCUTION DES MESURES D'INDIVIDUALISATION

136 Un processus d'individualisation. La précarisation de la dichotomie entre l'acte de juger et l'acte de punir, déterminée par la diversification des modalités d'exécution et l'intensification de leurs usages, donne lieu à l'entrelacement de ces actions inhérentes à l'exercice du pouvoir de punir sous la forme d'un « processus d'individualisation⁷⁹⁴ ». Comme nous l'avons démontré dans un premier chapitre, la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger emporte une libéralisation des conditions d'exécution, de plus en plus indexée sur « l'évolution de la personnalité et de la situation⁷⁹⁵ » du sujet, afin de mettre la « logique modale⁷⁹⁶ » de la peine au service de la prévention spéciale des infractions. Nous souhaitons désormais explorer les transformations de l'acte de punir que détermine ce changement de paradigme de la modulation judiciaire, à partir des effets et des conséquences des usages des modalités d'exécution. En prenant la mesure de la libéralisation des conditions d'exécution permise par les mesures d'individualisation judiciaires, il s'agira de constater la mise à distance de l'acte de punir de la condamnation et l'atténuation de la portée des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État qu'elle implique.

137 Une segmentation de l'acte de punir. En raison de l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir, le cours de la peine n'est pas régulier et immuable. Les juridictions de l'application des peines usent des mesures d'individualisation judiciaires pour ajuster le calcul de la peine⁷⁹⁷. Ce processus d'individualisation, qui procède du morcellement de l'acte de juger, emporte la segmentation de l'acte de punir⁷⁹⁸. La peine privative de liberté n'est dès lors plus un temps uniforme, mais une succession de régimes d'exécution, s'enchaînant au rythme des usages des modalités d'exécution judiciaires. Ces mesures d'individualisation ont comme point commun d'opérer, immédiatement ou non, la libération de la personne ou d'adapter les conditions de son assujettissement en milieu ouvert. Conformément au principe d'un « retour progressif à la liberté⁷⁹⁹ », la sortie de l'établissement pénitentiaire ne

⁷⁹⁴ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 279.

⁷⁹⁵ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

⁷⁹⁶ PONCELA Pierrette, « La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.* ; PONCELA Pierrette, « Le déploiement des aménagements de peine », *op. cit.*, p. 95.

⁷⁹⁷ Sur les mesures d'individualisation judiciaires v. : *supra* n° 60.

⁷⁹⁸ Sur le morcellement de l'acte de juger v. : *supra* n° 57.

⁷⁹⁹ III, art. 707 du CPP.

correspond plus qu'exceptionnellement à l'expiration de la peine. Le franchissement de la frontière carcérale est le plus souvent déterminé par l'octroi d'une modalité d'exécution, poursuivant l'impératif « d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire⁸⁰⁰ ». Cet élargissement n'équivaut pas pour autant au terme de la peine, mais à une « période probatoire⁸⁰¹ », afin « d'éviter la commission de nouvelles infractions⁸⁰² ». Le dispositif d'exécution accorde en effet aux juridictions de l'application des peines la faculté d'adapter le régime d'exécution de la peine privative de liberté, ainsi que de suspendre, fractionner et surseoir à l'exécution de la peine⁸⁰³, afin de substituer à l'emprisonnement une période probatoire, durant laquelle la capacité du sujet à « agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société⁸⁰⁴ », sera éprouvée.

138 Des mesures d'exécution et d'application des peines. Si les mesures d'individualisation ont pour objet commun de moduler la peine, elles affectent sa matérialité et sa temporalité de différentes manières⁸⁰⁵. D'un côté, nous pouvons distinguer les mesures d'exécution des peines, qui modifient le régime d'exécution – plus ou moins durablement – sans affecter l'écoulement du *quantum* de la peine (placement sous surveillance électronique, semi-liberté, placement à l'extérieur, libération sous contrainte, permission de sortir et autorisation de sortie sous escorte⁸⁰⁶). Dans cette hypothèse, la personne condamnée demeure sous écrou et l'écoulement de la durée de la peine ne fait l'objet d'aucun aménagement⁸⁰⁷. De l'autre, il est possible de rassembler le reste des mesures d'individualisation judiciaires sous l'expression de mesures d'application des peines, en ce que, à la différence des mesures d'exécution, elles affectent le cours de l'exécution de la peine. Cette sous-catégorie des mesures d'individualisation regroupe les différentes réductions de peine, mais aussi le fractionnement et la suspension de peine, ainsi que la libération conditionnelle, qui ont comme point commun de modifier la date de la levée de l'écrou, en introduisant des périodes

⁸⁰⁰ III, art. 707 du CPP.

⁸⁰¹ Pour un usage de cette expression concernant les effets de la libération conditionnelle v. : BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine, op. cit.*, §1253 et s. ; PIN Xavier, *Droit pénal général. 2021, op. cit.*, §613.

⁸⁰² Al. 1, II, art. 707 du CPP.

⁸⁰³ Art. 132-28 du CP ; art. 132-27 du CP ; art. 132-29 et s., 132-40 et s. et 132-57 du CP ; 720-1 et s. du CPP.

⁸⁰⁴ II, art. 707 du CPP.

⁸⁰⁵ Sur la matérialité et la temporalité de la peine v. : *supra* n° 59.

⁸⁰⁶ Art. 723-1 et s. et 723-7 et s. du CPP ; art. 720 du CPP ; art. 723-3 et 723-6 du CPP.

⁸⁰⁷ L'acte d'écrou est l'acte d'enregistrement de la personne au registre d'un établissement pénitentiaire. Tenu par le greffe sous la responsabilité du chef d'établissement, ce registre autorise l'octroi d'un numéro d'écrou à la personne détenue et le contrôle des actes judiciaires fondant l'ordre d'incarcération. Sur le registre et les formalités d'écrou : art. D. 148 et s. du CPP ; DUROCHÉ Jean-Philippe, PÉDRON Pierre, *Droit pénitentiaire, op. cit.*, §346-352.

durant lesquelles l'exécution du *quantum* de la peine est suspendue, de manière temporaire ou définitive⁸⁰⁸.

139 Des périodes probatoires. La modulation judiciaire prend toujours la forme d'une réduction de la peine à subir ou d'une transformation de ses conditions d'exécution, subordonnée au respect d'un régime probatoire. Les mesures d'exécution et d'application des peines procèdent ainsi à un élargissement conditionné de la personne condamnée. Cependant, selon que la modalité d'exécution judiciaire lève ou non l'écrou, l'achèvement de la période probatoire aura des conséquences différentes sur la durée de l'acte de punir. Autrement dit, les mesures d'individualisation judiciaires affectent toujours la matérialité de la peine par l'établissement de périodes probatoires ; en revanche, seules les mesures d'application des peines peuvent affecter la temporalité de la peine en déplaçant le terme de celle-ci.

Dans un premier temps, l'étude des effets des mesures d'individualisation judiciaires sur l'acte de punir conduira à explorer sa segmentation par l'établissement de périodes probatoires (Section 1). L'analyse de la modulation de la matérialité et de la temporalité de la peine permettra de considérer la portée des usages des modalités d'exécution sur la teneur de l'acte de punir et de relever la dissociation artificielle, instituée par les mesures d'application des peines, entre le temps de l'exécution de la peine et celui de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. De cette manière, nous entendons démontrer la nécessité d'adopter une conception matérielle de la peine, pour appréhender l'ampleur de la libéralisation des conditions d'exécution.

Dans un second temps, l'observation des conséquences des mesures d'individualisation judiciaires sur l'acte de punir conduira à mettre en exergue le caractère paradoxal de la modulation par le déplacement du terme de la peine (Section 2). Du fait de l'introduction de périodes d'assujettissement ne participant pas de l'exécution de la peine *stricto sensu*, les mesures d'application des peines affranchissent partiellement l'acte de punir des termes de la condamnation et ouvrent ainsi la voie à une modulation de la peine *in pejus* par un report du terme de la peine. À partir de ce constat, nous espérons convaincre de l'atténuation de la portée des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État, par l'ampleur de la libéralisation des conditions d'exécution, opérée par le truchement des modalités d'exécution entre la peine et l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

⁸⁰⁸ Art. 721 et s. du CPP ; art. 720-1 et s. ; art. 729 et s. du CPP. En raison de la levée de l'écrou, les personnes condamnées ne sont plus assujetties au règlement intérieur de l'établissement pénitentiaire, contrairement aux personnes bénéficiant d'une mesure d'individualisation affectant seulement la matérialité de la peine.

SECTION 1. L'ÉTABLISSEMENT DE PÉRIODES PROBATOIRES

140 Un acte de punir segmenté. L'adaptation du régime d'exécution, « au fur et à mesure de l'exécution de la peine⁸⁰⁹ », contribue à créer des ruptures dans la temporalité de la peine. Indéniablement, la peine privative de liberté correspond à un acte de punir segmenté par la succession des régimes d'exécution modulant la matérialité de l'assujettissement. Le régime d'octroi des mesures d'individualisation judiciaires tend d'ailleurs à faire de l'instauration de périodes probatoires un principe, « afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire⁸¹⁰ ». Ces périodes sont symptomatiques de l'usage des modalités d'exécution pour libéraliser l'acte de punir, dont la forme n'est plus définitivement déterminée par la condamnation, afin de mettre la modulation judiciaire au service de la prévention spéciale des infractions, en assujettissant le justiciable à une épreuve destinée à faire de lui une « personne responsable⁸¹¹ ». La recherche d'une constitution corrélative du sujet et de sa peine plus intense prend dès lors la forme d'un processus d'individualisation, caractérisé par l'instauration (§1) et l'interruption des périodes probatoires (§2).

§1. L'INSTAURATION DES PÉRIODES PROBATOIRES

141 La dissociation de la libération de la personne et de l'expiration de la peine. Déterminée par une mesure d'exécution ou d'application des peines, la sortie de prison n'équivaut plus à l'expiration de la peine. Les mesures d'individualisation judiciaires instaurent effectivement des périodes probatoires, sorte de purgatoire avant le terme de l'assujettissement, durant lesquelles le sujet doit respecter différentes obligations pour maintenir son inscription dans le milieu ouvert⁸¹². Il convient dès lors d'étudier l'apport de ces mesures à la définition des pratiques punitives auxquelles donne lieu la condamnation, pour connaître de l'ampleur de la libéralisation des conditions d'exécution, et les comparer, afin d'interroger la pertinence de la dichotomie entretenue entre les modalités impliquant ou non la levée de l'écrou. Principale manifestation du changement de paradigme de la modulation judiciaire, ces périodes sont caractérisées tant par la teneur (A) que la durée de la probation (B) à laquelle est assujettie la personne condamnée.

⁸⁰⁹ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

⁸¹⁰ III, art. 707 du CPP.

⁸¹¹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

⁸¹² Art. 720 et s. du CPP ; art. 729 et s. du CPP. Sur les mesures d'individualisation des peines v. : *supra* n° 60.

A. La teneur de la probation

142 La probation commune aux mesures d'individualisation judiciaires. Durant l'exécution des mesures d'individualisation judiciaires, les personnes condamnées demeurent placées sous main de justice, en ce qu'elles ont l'obligation de respecter des mesures de contrôle, ainsi que des obligations et interdictions particulières⁸¹³. L'instauration de périodes probatoires, que celles-ci soient fondées sur des mesures d'exécution ou d'application des peines, est en conséquence indissociable de l'affirmation de la mise à l'épreuve du sujet en milieu ouvert comme un substitut à l'incarcération et un vecteur de diversification des pratiques punitives auxquelles donne lieu la condamnation. Dès lors, la distinction entre les mesures affectant l'écoulement du *quantum* de la peine et les autres est-elle encore justifiée ? En vue de démontrer qu'elle est aujourd'hui artificielle, il sera nécessaire d'examiner le régime probatoire (1), avant de pouvoir en déduire la nature de la probation (2).

1. Le régime probatoire

143 Les suivis judiciaires. Le régime probatoire est le résultat d'un double mouvement de développement des suivis judiciaires, inhérent au changement de paradigme de la modulation judiciaire. Dans un premier temps, le champ d'application « du régime de la mise à l'épreuve⁸¹⁴ » du sursis mise à l'épreuve – aujourd'hui « régime de la probation⁸¹⁵ » du sursis probatoire – a été élargi aux mesures d'individualisation. Dans un second temps, ces obligations et interdictions ont été complétées par d'autres dispositions venant restreindre la liberté du sujet dans le milieu ouvert. Le régime probatoire, destiné à s'assurer du sujet et à vérifier qu'il est capable d'« agir en personne responsable⁸¹⁶ », découle ainsi de l'essor et du renforcement des suivis judiciaires.

⁸¹³ Les personnes placées sous main de justice sont celles prises en charge par l'administration pénitentiaire, dans le milieu fermé ou ouvert, après une décision judiciaire. Il peut donc tout autant s'agir d'une personne sous contrôle judiciaire qu'une personne suivie après l'expiration de la peine sous le régime de la surveillance de sûreté. Sur les interdictions et obligations particulières v. : *infra* n° 389 et s ; 404 et s.

⁸¹⁴ Paragraphe 2 de la sous-section relative au sursis-mise à l'épreuve aux articles 132-43 et s. du CP, dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 mars 2019.

⁸¹⁵ Paragraphe 2 de la sous-section relative au sursis probatoire aux articles 132-43 et s. du CP.

⁸¹⁶ II, art. 707 du CPP.

144 L'essor des suivis judiciaires. La première mesure d'individualisation date de la première loi Bérenger du 14 août 1885⁸¹⁷. Ce n'est cependant pas la création de la libération conditionnelle, mais celle du sursis avec mise à l'épreuve, accompagnée de l'institution d'un juge de l'application des peines, qui a consacré le premier suivi judiciaire en 1958⁸¹⁸. À l'origine, l'assujettissement en milieu ouvert n'était donc nullement lié à une mesure de libération anticipée, mais à une modalité du prononcé de l'emprisonnement, prenant les traits d'une peine alternative⁸¹⁹. Ce type de pratique a ensuite progressivement été étendu dans le domaine de l'application des peines et des sanctions présentencielle, mais ce n'est qu'à partir des années quatre-vingt-dix que le suivi judiciaire s'est fortement développé dans le régime des mesures d'individualisation. Cet essor a dès lors entamé un déplacement du suivi des personnes sortantes de prison d'une logique d'assistance à une logique de contrôle⁸²⁰. Peu étonnant par conséquent que cette période coïncide avec la réorganisation des services pénitentiaires, conduisant à l'unification des comités de probation et des services sociaux-éducatifs des établissements pénitentiaires⁸²¹ et aux prémices de la transformation des pratiques des travailleurs sociaux, devenus agents de probation⁸²². Une chose est certaine, l'« assistance aux libérés⁸²³ » pour favoriser la réinsertion a laissé place à la mise à l'épreuve

⁸¹⁷ SANCHEZ Jean-Lucien, « Les lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) », *op. cit.*

⁸¹⁸ Ord. n° 58-1296 du 23 décembre 1958 modifiant et complétant le code de procédure pénale. La loi du 14 août 1885 disposait toutefois du principe d'une « surveillance spéciale des libérés conditionnels », son application fut néanmoins marquée par « l'absence de contrôle des libérés conditionnels » : art. 6, loi du 14 août 1885 sur les moyens de prévenir la récidive (libération conditionnelle, patronage, réhabilitation), *préc.* ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, *op. cit.*, p. 112. Sur la surveillance des condamnés libérés au XIX^e siècle v. : PETIT Jacques-Guy, *Ces peines obscures : la prison pénale en France (1780-1875)*, Paris, Fayard, 1990, p. 538-541.

⁸¹⁹ Techniquement, les sursis sont des modalités du prononcé de la peine, l'analyse de leur objet conduit cependant une partie de la doctrine à les qualifier de « peines alternatives » : PONCELA Pierrette, « Le droit des aménagements de peine, essor et désordres », *op. cit.*, p. 25. Une autre choisit de les qualifier de « modalités d'exécution de la peine » : BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §508 et s. ; §629 et s.

⁸²⁰ Sur la logique d'assistance et l'histoire du suivi des personnes condamnées v. : CANNAT Pierre, « Le service social des prisons dans le système pénitentiaire français », *Revue internationale de politique criminelle*, 1954, 19 p. ; FAUGERON Claude, LE BOULAIRE Jean-Michel, « La création du service social des prisons et l'évolution de la réforme pénitentiaire en France de 1945 à 1958 », *Dév. & Soc.*, n° 4, vol. 12, 1988, p. 317-359 ; PERRIER Yves, « Le milieu ouvert, prémices d'une construction », in *L'administration pénitentiaire, 1945, 1975, 2015. Naissance des réformes, problématiques, actualité*, DAP, Paris, Ministère de la Justice, « Collection Travaux et Documents », 2017, vol. 84, p. 153-165.

⁸²¹ Décr. n° 99-276 du 13 avril 1999 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie. Décrets) et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation ; COUVROT Pierre, « Quelques propos sur les nouveaux services pénitentiaires d'insertion et de probation », *RSC*, n° 3, 1999, p. 626.

⁸²² Sur l'évolution de la profession de conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation v. : DE LARMINAT Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, Paris, Presses universitaires de France, « Partage du savoir », 2014, 216 p. Plus largement sur l'histoire des pratiques probationnaires v. : PERRIER Yves, *La probation de 1885 à 2005. Sanctions et mesures dans la communauté*, Paris, Dalloz, 2013, 1310 p.

⁸²³ PONCELA Pierrette, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *RSC*, n° 3, 2007, p. 883-894. L'assistance aux libérés avait été généralisée après la seconde guerre mondiale au travers de l'institution des « comités d'assistance et de placement de libérés » : AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », *op. cit.*, p. 23.

généralisée des personnes suivies en vue de la prévention de la récidive⁸²⁴.

Au fondement de cette révolution copernicienne, nous retrouvons les rapports de multiples commissions⁸²⁵, missionnées pour trouver une solution à l'insécurité et la récidive. Ces « comités d'études⁸²⁶ » successifs vont être à l'origine de toutes les grandes réformes pénales des années quatre-vingt-dix et deux mille et dessiner de cette façon, collectivement mais d'une manière non ordonnée, une nouvelle pénalité centrée sur la gestion des risques au travers de l'allongement des peines et de la multiplication des suivis⁸²⁷. De tous ces travaux, le rapport de la Commission présidée par Marie-Élisabeth CARTIER est sans doute le plus emblématique du rôle des commissions dans l'orientation des réformes multipliant, puis généralisant les suivis judiciaires pour toutes les personnes condamnées⁸²⁸. Ce rapport de 1994 fut d'ailleurs à l'origine de plusieurs dispositions de la loi du 9 mars 2004, qui donna « une impulsion déterminante au mouvement d'amplification des suivis judiciaires [en formulant] pour la première fois le principe d'un suivi pour les sortants de prison⁸²⁹ », devenu depuis également la norme pour l'exécution des courtes peines d'emprisonnement⁸³⁰.

L'essentiel du régime d'épreuve de ces suivis judiciaires est constitué par les « mesures référentes du [sursis probatoire]⁸³¹ ». Il s'agit des dispositions des articles 132-44 et 132-45 du code pénal auxquelles renvoient les différents régimes des mesures

⁸²⁴ En parlant de l'éventualité de la substitution de fonctionnaires aux délégués au patronage, l'un des pères de la réforme pénitentiaire de 1945 indiquait avec perspicacité que la « création d'organismes officiels verrait naître des bureaux où le libéré ne serait bientôt plus qu'un assujéti et non pas un protégé. Lentement réapparaîtrait la surveillance de haute police. » : CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, *op. cit.*, p. 277.

⁸²⁵ Sur le rôle des rapports de commission dans la politique pénale v. : PONCELA Pierrette, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in *op. cit.*, p. 93-113 ; PONCELA Pierrette, LASCOUMES Pierre, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte ?*, Paris, Presses universitaires de France, « Les voix du droit », 1998, p. 97-196. Sur les faits divers et la communication législative v. : WYVEKENS Anne, « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe-l'œil (ou les habits neufs de l'empereur) », *Dév. & Soc.*, n° 4, Vol. 34, 2010, p. 518-520.

⁸²⁶ PONCELA Pierrette, « Le détail et l'évènement. Réformes législatives, comités d'études et parlementaires », in *op. cit.*, p. 278.

⁸²⁷ CARTIER Marie-Élisabeth, *Favoriser la réinsertion et limiter les risques de récidives : rapport de Madame Marie-Élisabeth Cartier sur la Prévention de la récidive des criminels*, Paris, Rapport à Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 1994 ; CABANEL Guy-Pierre, *Pour une meilleure prévention de la récidive, rapport au Premier ministre*, Paris, Rapport à Monsieur le Garde des sceaux, Ministère de la Justice, 1995, 133 p. ; WARSMANN Jean-Luc, *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie de prison*, *op. cit.* ; CLÉMENT Pascal, LÉONARD Gérard, *Rapport d'information sur le traitement de la récidive des infractions pénales*, Paris, Assemblée nationale, 2004, 87 p. ; FENECH Georges, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, Paris, Ministère de la Justice, 2005, 79 p. ; BURGELIN Jean-François, *Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive*, Paris, Ministère de la Justice, Ministère de la santé et des solidarités, 2005, 87 p. ; GARRAUD Jean-Paul, *Réponses à la dangerosité*, Paris, Premier ministre, 2006, 187 p.

⁸²⁸ CARTIER Marie-Élisabeth, *Favoriser la réinsertion et limiter les risques de récidives : rapport de Madame Marie-Élisabeth Cartier sur la Prévention de la récidive des criminels*, *op. cit.*

⁸²⁹ PONCELA Pierrette, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *op. cit.*, p. 883-894.

⁸³⁰ Art. 132-19 du CP et 723-15 du CPP.

⁸³¹ GIACOPELLI Muriel, « La promotion du milieu ouvert par l'aménagement des peines », *op. cit.*, p. 89.

d'individualisation. Le premier énonce les « mesures de contrôle⁸³² » auxquelles la personne suivie est systématiquement soumise⁸³³, le second les obligations et interdictions particulières que le juge « peut imposer spécialement au condamné⁸³⁴ ». Au fur et à mesure de l'extension de ce régime aux mesures d'individualisation, les obligations particulières se sont multipliées. Au nombre de quatorze lors de l'entrée en vigueur du code pénal, elles sont aujourd'hui vingt-cinq et vont de l'obligation « d'établir sa résidence en un lieu déterminé⁸³⁵ » à celle de « respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, destinée à permettre sa réinsertion et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté⁸³⁶ ». Cette obligation, autorisant l'expérimentation d'un traitement des personnes radicalisées, illustre parfaitement tant la diversité que la gravité des ingérences dans les libertés individuelles dont dispose le régime de la probation, en ce qu'elle peut prendre la forme d'un internement dans un « établissement d'accueil adapté⁸³⁷ ». De surcroît, le nombre de ces mesures référentes ne cesse de s'accroître, comme l'illustre l'importation des obligations de la contrainte pénale par la loi du 23 mars 2019, alors même que d'autres dispositions interviennent pour rechercher le renforcement des suivis judiciaires.

145 Le renforcement des suivis judiciaires. Aujourd'hui, le régime de la probation est entièrement applicable à l'ensemble des mesures d'individualisation judiciaires⁸³⁸, à l'exception des crédits de réduction de peine, des réductions de peine supplémentaires et des réductions de peines exceptionnelles. L'article 721-2 du code de procédure pénale autorise

⁸³² Art. 132-44 du CP. Il s'agit notamment de l'obligation de répondre aux convocations : 1°, art. 132-44 du CP.

⁸³³ Il convient de noter que, contrairement au sursis probatoire, ces mesures ne sont pas obligatoires et doivent être prononcées par les juridictions de l'application des peines : BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine, op. cit.*, §701. L'article D. 533 du CPP dispose toutefois que le « condamné faisant l'objet d'une libération conditionnelle doit obligatoirement se soumettre aux mesures de contrôle prévues par l'article 132-44 du code pénal », ce qui emporte pour certain un « flou juridique » : MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation, op. cit.*, p. 19. En tout état de cause, si le prononcé des mesures de contrôle n'est donc pas toujours automatique, il est en revanche systématique : HERZOG-EVANS Martine, *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*, §615.16.

⁸³⁴ Art. 132-45 du CP. Dans ce cas, le JAP doit prononcer chaque obligation qu'il souhaite imposer à la personne suivie et, conformément au principe de légalité, ne peut choisir que les mesures énumérées dans la liste de l'article 132-45 du CP. Dans un arrêt en date du 23 juin 1999, la chambre criminelle a rappelé au visa de cette disposition que le juge « ne peut imposer que les obligations prévues par ce texte » : Crim., 23 juin 1999, n° 98-87.147, Bull. crim. n° 155. Pour une confirmation v. : Crim., 27 septembre 2000, n° 99-87.435, inédit.

⁸³⁵ 2°, art. 132-45 du CP.

⁸³⁶ 22°, art. 132-45 du CP.

⁸³⁷ *Ibid.* Sur le programme de prise en charge auquel correspond cette obligation v. : *infra* n° 431.

⁸³⁸ Art. 132-26 du CP (détention à domicile sous surveillance électronique à titre de modalité d'exécution) ; art. 720 (libération sous contrainte) ; art. 720-1 (suspension et fractionnement de peine) ; art. 720-1-2 du CPP (suspension de peine médicale) ; art. 723-4 du CPP (placement à l'extérieur, semi-liberté et permissions de sortir) ; art. 723 du CPP (placement sous surveillance électronique durant l'exécution de la peine) ; art. 731 du CPP (libération conditionnelle).

néanmoins une application partielle du régime du sursis probatoire pour les crédits de réduction de peine et les réductions de peine supplémentaires. Afin d'éviter les sorties sans suivi judiciaire, cette disposition octroie au juge la possibilité de prononcer les mesures de contrôle de l'article 132-44 du code pénal, ainsi que les obligations énoncées au 2° et du 7° au 14° de l'article 132-45 du code pénal. Dans son principe, ce « dispositif de suivi des personnes sortant de prison⁸³⁹ » s'apparente alors à la surveillance judiciaire chargée d'éviter pareillement une remise en liberté sans suivi. Le législateur par l'introduction de ces « réductions de peine conditionnelles⁸⁴⁰ » a souhaité offrir au juge la possibilité de rattraper les personnes n'ayant bénéficié d'aucune autre mesure d'individualisation. En droit commun, l'application du régime de la probation durant les réductions de peine reste limitée à l'hypothèse où « une personne [...] n'a pu bénéficier d'une mesure de libération sous contrainte ou d'une libération conditionnelle⁸⁴¹ ». En revanche, les personnes condamnées à une peine égale ou supérieure à sept ans pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru et celles condamnées à une peine d'une durée égale ou supérieure à cinq ans pour une infraction commise une nouvelle fois en état de récidive légale peuvent être assujetties au régime de la probation à travers une mesure de surveillance judiciaire⁸⁴². Cette « modalité d'exécution de la peine⁸⁴³ », « ordonn[ée] à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré⁸⁴⁴ », autorise en effet la juridiction de l'application des peines à établir un régime probatoire durant la durée des crédits de réduction de peine et réductions de peine supplémentaires qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait⁸⁴⁵. Ce dispositif destiné aux « personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit⁸⁴⁶ » comprend les mesures référentes du sursis probatoire, mais également la possibilité de prononcer un placement sous surveillance électronique mobile, une assignation à résidence pour les personnes condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'un des crimes mentionnés à l'article 706-53-13 du code de

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ Circ. du 7 avril 2015 relative à l'application des dispositions des articles 706-56, 721 à 721-3, 723-18, D.115 à D.117-3 et D. 147-6 à D.147-9 du code de procédure pénale relatifs aux réductions de peines, DAP-2005-01 PMJ4/07-04-2005, JUSK0540037C, BOMJ n° 98, p. 21.

⁸⁴¹ I, al. 1, art 721-2 du CPP.

⁸⁴² Art. 723-29 du CPP.

⁸⁴³ CC, Décision n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *préc.*, consid. 13 ; GIACOPELLI Muriel, « De l'individualisation de la peine à l'indétermination de la peine, *op. cit.*, p. 244.

⁸⁴⁴ Art. 732-29 du CPP.

⁸⁴⁵ La seule mesure ne pouvant pas être accompagnée d'un régime probatoire au titre de l'exécution de la peine privative de liberté sont les réductions de peine exceptionnelles de l'article 721-3 du CPP.

⁸⁴⁶ « Section 9 : Dispositions relatives à la surveillance judiciaire de personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit », Chapitre II, Titre II du Livre V du CPP. Sur cette catégorie v. : *supra* n° 111-113.

procédure pénale et une injonction de soins, de principe lorsqu'une expertise médicale a conclu à la possibilité d'un traitement⁸⁴⁷.

Ces obligations particulières plus attentatoires à la liberté individuelle, empruntées au régime du suivi socio-judiciaire, ne sont pas l'apanage des réductions de peine devenues le support d'une surveillance judiciaire. « L'artifice de la peine complémentaire encourue⁸⁴⁸ » du suivi socio-judiciaire intervient également, premièrement, dans le régime de la libération conditionnelle depuis la loi 2005⁸⁴⁹. Lorsque le suivi socio-judiciaire n'a pas été prononcé, la personne libérée sous conditions peut être assujettie aux obligations de l'article 131-36-9 du code pénal⁸⁵⁰. Le prononcé de cette mesure autorise dès lors le juge à contourner la décision de la juridiction de jugement de ne pas prononcer le suivi socio-judiciaire, en faisant fi du principe de légalité et de son corollaire de non-rétroactivité de la loi pénale de fond plus sévère⁸⁵¹. *A fortiori* lorsque le suivi socio-judiciaire a été prononcé, l'ensemble des obligations particulières constituant son régime probatoire pourra être imposé au probationnaire dès son élargissement. Qu'il soit prononcé à titre de peine complémentaire ou seulement encouru, le suivi socio-judiciaire se révèle au fil des réformes pénales être une modalité d'exécution de la peine privative de liberté, confirmant qu'il n'est pas une « peine pas comme les autres⁸⁵² ». En second, la peine encourue du suivi socio-judiciaire emporte, depuis la loi du 23 mars 2019, la possibilité pour le juge de soumettre la personne suivie à une injonction de soins. Alors qu'elle n'était auparavant possible que dans le cadre de la libération conditionnelle et de la surveillance judiciaire, la fusion du sursis mise à l'épreuve et de la contrainte pénale a élargi son périmètre à tous les suivis judiciaires, à l'exception du dispositif de l'article 721-2 du code de procédure pénale. La suppression de la contrainte pénale a en

⁸⁴⁷ Art. 732-29 du CPP. Cette injonction de soins de principe, prévue au dernier alinéa de l'article 723-30 du CPP, pose d'ailleurs problème, car le refus du traitement peut emporter le retrait des réductions de peine conformément à l'article 723-35 du CPP. Le juge peut alors retirer les réductions de peines antérieurement accordées au condamné en l'absence de comportement fautif. La juridiction de l'application des peines peut dès lors faire de l'adhésion au traitement proposé dans le cadre de la surveillance judiciaire une condition de retrait des crédits de réduction de peine et des réductions de peine supplémentaires. En revanche, le refus de soins de la personne condamnée n'est qu'un refus d'octroi pour les autres mesures telle la libération conditionnelle.

⁸⁴⁸ PONCELA Pierrette, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *op. cit.*, p. 883-894.

⁸⁴⁹ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

⁸⁵⁰ L'alinéa 1 de l'article 731-1 du CPP dispose que la « personne faisant l'objet d'une libération conditionnelle peut être soumise aux obligations prévues pour le suivi socio-judiciaire si elle a été condamnée pour un crime ou un délit pour lequel cette mesure est encourue ». L'alinéa 2 quant à lui prévoit la possibilité de prononcer un placement sous surveillance électronique mobile pour les personnes condamnées à une peine d'au moins sept ans d'emprisonnement pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru.

⁸⁵¹ Dans le cadre de la peine du suivi socio-judiciaire, les obligations de l'article 131-16-9 du CP ne peuvent être prononcées pour réprimer des faits constitués antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 1998. En revanche, dans le cadre d'une mesure d'individualisation d'une personne condamnée pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, ces obligations peuvent être prononcées immédiatement.

⁸⁵² COUV RAT Pierre, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC*, n° 2, 1999, p. 376.

effet été l'occasion de l'intégration de l'injonction de soins à l'article 132-45 du code de procédure pénale. Or par renvoi, les obligations et interdictions particulières du régime du sursis probatoire sont applicables aux mesures d'individualisation.

En outre, la personne peut également être assujettie durant sa période probatoire à des obligations relatives aux victimes et aux parties civiles. De manière générale, l'article 712-16-2 du code de procédure pénale dispose de la possibilité pour le juge d'assortir « toute décision [...] d'une interdiction d'entrer en contact avec la victime ou la partie civile et de paraître à son domicile et à son lieu de travail », s'il existe un risque que l'auteur de l'infraction se trouve en présence de la victime et si cette rencontre paraît devoir être évitée « au regard de la nature des faits et de la personnalité de l'intéressé »⁸⁵³. De manière spéciale, le II de l'article 721-2 du code de procédure pénale prévoit que le juge peut ordonner que la personne bénéficiant de réductions de peine soit soumise, après sa libération et durant une durée qui ne peut excéder celle des réductions attribuées et octroyées, à l'interdiction de recevoir, de rencontrer ou d'entrer en relation avec la victime et à l'obligation d'indemniser la partie civile. À la lecture de ces textes, s'impose d'abord le constat de la redondance des interdictions de rencontre. D'un côté, le II de l'article 721-2 du code de procédure pénale se recoupe avec les dispositions de l'article 712-16-2 du code de procédure pénale ; de l'autre, ces deux obligations n'apportent rien de plus que l'article 132-45 du code pénal, qui dispose notamment de l'obligation de s'abstenir d'entrer en relation avec certaines personnes, dont la victime. L'accumulation de ces dispositions semble alors apporter plus à la complexité du droit de l'exécution des peines qu'elles ne contribuent à la protection de l'ordre public. Ensuite concernant l'obligation d'indemniser la partie civile, il convient de souligner que cette obligation fait écho au 2° du IV de l'article 707 qui dispose qu' « au cours de l'exécution de la peine la victime a le droit [...] d'obtenir la réparation de son préjudice, par l'indemnisation de celui-ci ou par tout autre moyen adapté ». Le développement des droits des victimes aboutit ainsi à la création d'un mécanisme de réparation du préjudice issu de l'infraction, indépendant de l'action civile et des règles encadrant la réparation du dommage⁸⁵⁴. Dès lors, il est difficile de percevoir ce mécanisme comme un outil renforçant les voies d'exécution civiles ou comme une voie de seconde chance pour la partie civile qui n'aurait pas demandé à l'audience de jugement l'indemnisation de son préjudice. Cette disposition, élargissant le champ du 5° de l'article 132-45 du code pénal, semble plutôt être

⁸⁵³ Al. 1, art. 712-16-2 du CPP. L'alinéa 2 de cette disposition rend néanmoins obligatoire, sauf décision contraire de la juridiction, le prononcé de cette interdiction pour les personnes condamnées pour l'une des infractions visées à l'article 706-47 du CPP.

⁸⁵⁴ Sur l'obligation d'indemnisation de la victime v. : *infra* n° 414.

un moyen de rajouter à la peine à travers le régime probatoire, au risque de limiter la capacité du procès à mettre fin au litige entre les parties. L'indemnisation, entendue au sens large et incluant explicitement la « justice restaurative⁸⁵⁵ », s'inscrit dans l'idée que le procès et la condamnation ne suffisent pas à rétablir « l'équilibre social troublé par l'infraction⁸⁵⁶ ». Ce mécanisme participe dès lors comme d'autres à la diminution de la portée de la condamnation afin de pouvoir, le plus longtemps possible, rappeler l'auteur de l'infraction à son acte.

Par un mouvement de généralisation de la probation, l'ensemble des mesures d'individualisation autorise désormais l'instauration d'un suivi judiciaire. À ce premier mouvement succède un processus de consolidation des régimes probatoires applicables, alimenté par la dimension invasive des statuts spéciaux. D'une part, les modalités du prononcé de la peine tendent à fusionner avec les peines de suivi, au risque de créer prochainement un régime de suivi unique et universel, alternativement ou en *sus* de la peine privative de liberté⁸⁵⁷. D'autre part, les régimes probatoires des mesures d'individualisation s'uniformisent dans le sens de leur aggravation⁸⁵⁸. En raison de ces deux mouvements symptomatiques du changement de paradigme de la modulation judiciaire, la distinction entre les mesures procédant ou non à la levée de l'écrou apparaît d'ores et déjà artificielle. Il convient toutefois de s'interroger sur la nature de la probation (2), avant de conclure à une dissociation inopportune du temps de l'exécution de la peine de celui de l'acte de punir.

2. La nature la probation

146 Une double nature. À la suite de l'instauration d'une période probatoire, la personne condamnée est libérée, tout en demeurant placée sous main de justice jusqu'à l'expiration de sa peine. Les suivis judiciaires sont en effet à la fois un substitut à l'emprisonnement et le support d'une autre forme de l'acte de punir. Quelque soit le type de mesure

⁸⁵⁵ 2°, IV, art. 707 du CPP.

⁸⁵⁶ Circ. du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions applicables le 1^{er} octobre 2014 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁵⁷ Le rapport *Pour une refonte du droit des peines* avait notamment proposé la fusion du sursis-mise à l'épreuve et du suivi socio-judiciaire au travers d'une nouvelle peine complémentaire générale, le « suivi socio-judiciaire probatoire ou de probation », qui en matière de délit commis par un *primo*-délinquant disposerait d'une durée de suivi de 3 ans au maximum : COTTE Bruno, *Pour une refonte du droit des peines. Rapport à Madame La Garde des Sceaux Ministre de la Justice*, *op. cit.*, p. 45. Pour l'heure, le législateur n'a fusionné que le sursis-mise à l'épreuve et la contrainte pénale dans la nouvelle peine de sursis-probatoire : art. 80, loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁸⁵⁸ Concernant le mouvement d'uniformisation des mesures de contrôle, initié à partir de 2004, et ses limites v : MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 33-39.

d'individualisation déterminant l'élargissement, la probation est tant une technique d'assujettissement qu'une pratique punitive, ce qui interroge la valeur de la levée de l'écrou déterminée par les mesures d'application des peines.

147 Une technique d'assujettissement. L'extension du recours au suivi judiciaire est concomitante à l'émergence de la politique de diversification des sanctions pénales au sein du Conseil de l'Europe. À partir de 1992, le Comité des ministres recommande aux États membres de développer les « sanctions et mesures appliquées dans la communauté⁸⁵⁹ » dans le but de promouvoir les suivis judiciaires comme alternatives à la prison⁸⁶⁰. À juste titre, le Conseil de l'Europe désigne par cette expression les sanctions ayant comme point commun de soumettre les personnes condamnées dans le milieu ouvert à des normes comportementales dont le respect est surveillé et contrôlé. Commune aux sanctions présentencielles, aux peines et aux mesures d'individualisation, la technique du suivi judiciaire visée par cette catégorie propose de ne plus reléguer les personnes placées sous main de justice à l'espace carcéral, mais de conditionner leur maintien dans le milieu ouvert.

Dans *Vocabulaire juridique*, l'assujettissement est défini comme l'« action de soumettre une personne à une obligation » et le « résultat de cette action »⁸⁶¹. En ce qu'elles soumettent le justiciable à un régime probatoire, les mesures d'individualisation judiciaires poursuivent l'assujettissement fondé sur la condamnation sous la forme d'un suivi judiciaire dans le milieu ouvert. Il s'agit d'un « ensemble de moyens spécifiques⁸⁶² » destinés à définir et assurer la mise en œuvre d'un régime probatoire, comprenant des obligations de conduite, ainsi que des modalités de surveillance et de contrôle de leur respect par le probationnaire. L'instauration d'une période probatoire, par le prononcé d'une mesure d'individualisation judiciaire, correspond donc concomitamment à un élargissement de l'établissement

⁸⁵⁹ Cette catégorie « se réfère à des sanctions et mesures qui maintiennent le délinquant dans la communauté et qui impliquent une certaine restriction de sa liberté par l'imposition de conditions et/ou d'obligations, et qui sont mises à exécution par des organismes prévus par les dispositions légales en vigueur. Cette notion désigne les sanctions décidées par un tribunal ou un juge et les mesures prises avant la décision imposant la sanction ou à la place d'une telle décision, de même que celles consistant en une modalité d'exécution d'une peine d'emprisonnement hors d'un établissement pénitentiaire. » : Recommandation R (92) 16 du Comité des ministres aux États membres relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté ; Recommandation Rec (2000) 22 du Comité des ministres aux États membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et les mesures applicables dans la Communauté ; Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation ; Recommandation CM/Rec (2017) 3 relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté.

⁸⁶⁰ Recommandation R (92) 16 du Comité des ministres aux États membres relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté ; Recommandation CM/Rec (2017) 3 relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté.

⁸⁶¹ « Assujettissement », in *Vocabulaire juridique*, CORNU Gérard (dir.), *op. cit.*, p. 96.

⁸⁶² « Technique – technique juridique », in *ibid.*, p. 591.

pénitentiaire et à la soumission de la personne libérée à un régime probatoire. Par conséquent, la libération, y compris résultant d'une mesure d'application des peines opérant la levée de l'écrou, ne correspond plus qu'au passage d'une technique d'assujettissement à une autre.

Les mesures d'individualisation affectant la temporalité de la peine ont en conséquence deux effets complémentaires. D'une part, ces mesures d'application des peines suspendent l'écoulement du *quantum* de la sanction, et, d'autre part, elles assujettissent la personne condamnée à un régime probatoire. De cette double fonction découle une dissociation du temps de la peine et de l'assujettissement que les mesures d'exécution des peines n'opèrent pas. L'usage des modalités d'exécution autorise en effet à assujettir la personne condamnée à un régime probatoire, potentiellement très attentatoire aux libertés individuelles, en dehors du temps de l'exécution de la peine privative de liberté. Dans le cadre d'une mesure d'individualisation poursuivant une « logique de préservation de la durée de la peine⁸⁶³ », telle une suspension de peine, le maintien de la personne sous main de justice se justifie par le besoin de s'assurer de la personne dont la peine ne prend pas fin. Concernant les mesures s'inscrivant dans une « logique de réduction de la durée de la peine⁸⁶⁴ », telles que la libération conditionnelle ou les réductions de peine, cette dissociation entre le temps de la peine et celui de l'assujettissement est en revanche problématique⁸⁶⁵.

La poursuite de l'assujettissement de la personne condamnée sur le fondement d'une mesure d'individualisation dont l'effet est de réduire la durée de la peine est antinomique : l'exécution de la peine prend fin, tandis que l'assujettissement de la personne placée sous main de justice se poursuit sous une nouvelle forme. La généralisation de la mise à l'épreuve à toutes les mesures d'individualisation, conformément au principe d'un « retour progressif à la liberté⁸⁶⁶ », remet en cause l'effet de réduction de la durée de la peine de certaines modalités d'exécution, puisque désormais la libération n'est plus le synonyme de l'expiration de la peine, mais de l'assujettissement à un suivi judiciaire. Or, lorsque cette technique d'assujettissement intervient à la suite d'une condamnation pénale, elle constitue le support d'une pratique punitive, prolongeant l'acte de punir sous une nouvelle forme.

148 Une pratique punitive. La forme du suivi judiciaire est commune aux sanctions pénales en milieu ouvert, peu important qu'elles interviennent avant, pendant ou après la

⁸⁶³ PONSEILLE Anne, « La peine et le temps », *op. cit.*, p. 70.

⁸⁶⁴ *Ibid.*

⁸⁶⁵ V. : *infra* n° 178 et s.

⁸⁶⁶ III, art. 707 du CPP.

condamnation. Les obligations auxquelles peuvent être soumises la personne placée sous main de justice sont en outre similaires, voir partagées entre les deux régimes⁸⁶⁷. Toutefois, il convient de distinguer le contrôle judiciaire et l'assignation à résidence sous surveillance électronique des peines et des modalités d'exécution de la peine privative de liberté, en ce que ces dernières mettent en œuvre une pratique punitive : la probation. Cette pratique a été expérimentée dès l'après-guerre, puis elle s'est développée au travers des mesures et sanctions dans la communauté⁸⁶⁸. Pour le Conseil de l'Europe, elle « consiste en toute une série d'activités et d'interventions, qui impliquent suivi, conseil et assistance dans le but de réintégrer socialement l'auteur d'infraction dans la société et de contribuer à la sécurité collective⁸⁶⁹ ». Une définition moins politique peut être empruntée à Xavier DE LARMINAT qui nous indique que cette notion désigne « l'ensemble des mesures pénales n'impliquant pas d'enfermement mais induisant des formes de contrôle et d'accompagnement en milieu ouvert, sans isoler le justiciable du contexte social dans lequel il évolue⁸⁷⁰ ». Toutefois, cette définition s'attache essentiellement à délimiter le périmètre de la probation, et non à définir sa substance. La probation, c'est une pratique ayant pour objet de mettre à l'épreuve la capacité de la personne suivie à s'intégrer à l'ordre social, par l'intermédiaire d'un régime individualisé de mesures de contrôle et d'obligations réglementant sa vie⁸⁷¹.

Suite au constat que ces sanctions et mesures appliquées dans la communauté prennent la forme commune du suivi judiciaire et définissent un régime analogue d'obligations, la légitimité de la dichotomie opérée pourrait laisser perplexe. Il faut toutefois considérer que l'intervention du procès pénal transforme l'expérience produite par le suivi judiciaire. La mise à l'épreuve du probationnaire est une pratique punitive en ce que l'assujettissement auquel donne lieu la sanction pénale est fondé sur une condamnation. Certes, certaines obligations peuvent prendre la forme d'une mesure de sûreté ou d'une mesure de soins pouvant bénéficier

⁸⁶⁷ On retrouve par exemple dans les deux régimes l'obligation de « [n]e pas détenir ou porter une arme » ou de « [r]especter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, destinée à permettre sa réinsertion et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté » : 14° des art. 138 du CPP et 132-45 du CP ; 18° de l'art. 138 du CPP et 20° de l'art. 132-45 du CP.

⁸⁶⁸ REBOUL Marcel, « Grandeur et misère de l'expérience toulousaine de la "Probation" », *RSC*, n° 3, 1954, p. 497-518.

⁸⁶⁹ Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation.

⁸⁷⁰ DE LARMINAT Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, *op. cit.*, p. 2. Il convient toutefois de préciser dès à présent que les pratiques distinguées du milieu ouvert et du milieu fermé ne sont pas antinomiques. L'auteur précise d'ailleurs rapidement dans son ouvrage qu'« il est important de ne pas séparer trop artificiellement probation et prison, dont les frontières sont loin d'être totalement hermétiques comme en atteste la part de plus en plus importante des mesures dont une partie se déroule en détention et l'autre en milieu ouvert » : *ibid.*, p. 16. Sur cette question v. : FOUCAULT Michel, « "Alternatives" à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social : une entrevue avec Michel Foucault », *op. cit.*

⁸⁷¹ Sur la réglementation de la vie v. : *infra* n° 197-198 ; 368 et s.

à la personne condamnée. Néanmoins, la peine est une sanction pouvant poursuivre plusieurs fonctions et finalités, dont la protection de l'ordre public et l'amendement du sujet. La seule dimension toujours présente, mais non nécessairement prééminente, est la rétribution, en ce que la peine est toujours une réaction sociale à un acte prohibé par la société⁸⁷² ; « punir c'est rétribuer⁸⁷³ » l'infraction commise par une peine. Tout assujettissement fondé sur une condamnation pénale doit être considéré comme une pratique punitive, car cette expérience est toujours un « non » opposé au comportement infractionnel⁸⁷⁴.

Dès lors, la probation peut comporter des mesures de sûreté, des mesures d'assistance et de soins, elle n'en reste pas moins une pratique punitive. Le critère mis en œuvre n'est pas matériel – il ne s'agit pas de viser la substance de la sanction – mais formel, en ce que tout assujettissement fondé sur une condamnation pénale doit être analysé comme une pratique punitive⁸⁷⁵. Pour autant, il ne s'agit pas de dire que les modalités d'exécution intervenant durant l'acte de punir sont des peines. Dans le cadre de l'exécution de la peine privative de liberté, plusieurs mesures d'individualisation judiciaires peuvent se succéder et se combiner pour participer conjointement à la détermination de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. C'est notamment le cas d'une personne condamnée à une peine privative de liberté, bénéficiant de crédits de réduction de peine et de réductions de peine supplémentaires, qui seront exécutés sous le régime de la surveillance judiciaire. Les mesures d'individualisation, dans la continuité du sursis probatoire et d'autres peines alternatives, prennent la forme de multiples suivis judiciaires au service de la probation. Ainsi, elles participent des « nouvelles modalités pour sanctionner les auteurs d'infractions pénales⁸⁷⁶ ».

⁸⁷² « La peine est toujours rétributive » : JIMÉNEZ DE ASÚA Louis, « La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) », *RSC*, n° 1, 1954, p. 29-30 ; « la notion de rétribution est l'autre nom de la peine : punir c'est toujours rétribuer » : VAN DE KERCHOVE Michel, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, *op. cit.*, p. 161.

⁸⁷³ PONCELA Pierrette, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *op. cit.*, p. 60.

⁸⁷⁴ « La peine est négation. La peine est la négation d'une négation. La peine nie cette négation du droit qu'est le crime ou le délit, ou la contravention, selon la répartition tripartite des infractions à la loi pénale en droit français. » : CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, *op. cit.*, p. 26.

⁸⁷⁵ Précisons à ce titre que la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté, qui permettent de maintenir sous main de justice une personne après l'expiration de sa peine, ne doivent pas être considérées comme participant à l'acte de punir : art. 706-53-19 et R. 53-8-44 et s. du CPP. L'assujettissement autorisé par ces mesures n'est effectivement pas fondé sur la condamnation, mais seulement permis par celle-ci. Certes, elles ne sont pas complètement indépendantes de la condamnation, et elles s'inscrivent dans la continuité de l'acte de punir, mais « le lien de causalité entre l'infraction précédemment commise et la mesure appliquée est trop distendu pour avoir une quelconque valeur » : ALIX Julie, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, GUIDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine (dir.), *op. cit.*, p. 67. Du fait de la « césure entre la peine effectuée en réponse à la première infraction et [ces mesures de sûreté prononcées] pour parer le risque de récidive », elles ne constituent pas des pratiques punitives, malgré qu'elles prolongent l'assujettissement de la personne condamnée : PARIZOT Raphaële, « CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'Homme », in *ibid.*, p. 115.

⁸⁷⁶ PONCELA Pierrette, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *op. cit.*, p. 883-894.

Cette volonté de « punir dehors⁸⁷⁷ » a été consacrée en 2014 par la création de la contrainte pénale, dont l'objectif affiché était de libérer la probation de ses liens avec le milieu carcéral, en lui donnant la forme d'une peine alternative autonome, contrairement au sursis mise à l'épreuve⁸⁷⁸. Depuis, le législateur a fait machine arrière sur le statut à donner à ces pratiques punitives décidées par la juridiction de jugement. Pour autant, la prétention d'instituer une peine de milieu ouvert autonome, de nature à enrayer la surpopulation carcérale, n'a pas pris fin avec l'échec anticipée de la contrainte pénale, et a donné lieu à la création de la peine de détention à domicile sous surveillance électronique⁸⁷⁹.

149 La dissociation artificielle du temps de l'exécution de la peine de celui de l'acte de punir. La poursuite de l'assujettissement dans le milieu ouvert repose sur une technique d'assujettissement – le suivi judiciaire – et constitue une pratique punitive – la probation. Cette double nature éclaire d'un jour nouveau l'écoulement de la durée de la peine. La période probatoire instituée par les mesures d'application des peines est certes un temps qui n'est pas compté au titre de l'exécution de la peine, mais ce n'est pas pour autant un temps libre. La teneur de la probation démontre que le dispositif dissocie le temps de l'exécution de la peine de celui de l'acte de punir. En conséquence, la distinction opérée par le régime des mesures d'individualisation entre les modalités d'exécution qui suspendent l'exécution du *quantum* de la peine et les autres apparaît dorénavant injustifiée. À partir de ce constat, la nécessité d'une conception matérielle de la peine s'impose pour appréhender l'ensemble des pratiques punitives fondées sur la condamnation. Nous désignons dès lors par acte de punir, non seulement le temps correspondant à l'exécution de la peine *stricto sensu*, mais également les périodes probatoires instaurées par les mesures procédant à la levée de l'écrou. Après ce constat d'une distinction artificielle entre le temps de l'exécution de la peine et celui de l'acte de punir, il convient d'étudier la durée de la probation (B), afin de vérifier que les mesures n'affranchissent pas l'acte de punir des limites temporelles de la peine prononcée.

⁸⁷⁷ LAZERGES Christine, « Avant propos », *APC*, n° 35, « Punir dehors », 2013, p. 3

⁸⁷⁸ Sur la distinction entre cette peine alternative et cette modalité du prononcé de la peine v. : BADINTER Robert, BEAUVAIS Pascal, « À propos de la nouvelle réforme pénale », *D.*, n° 32, 2014, p. 1829-1830 ; GRIFFON-YARZA Laurent, « La contrainte pénale : premiers éléments d'analyse pratique », *Dr. pén.*, n° 10, 2014, étude 18 ; PELTIER Virginie, « Les “boîtes à outils” de Madame Taubira. À propos de la loi du 15 août 2014 », *JCP G*, n° 36, 2014, p. 883 ; PONCELA Pierrette, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », *op. cit.* ; ROBERT Jacques-Henri, « Réforme pénale. Punir dehors. Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *op. cit.*

⁸⁷⁹ Art. 131-4-1 du CPP ; art. 713-42 et s. du CPP. Pour une qualification de cette sanction comme une « peine autonome dépendante » v. : BOURGEOIS Jérémy, « Une nouvelle peine autonome de détention à domicile sous surveillance électronique ? », *Dr. pén.*, n° 11, 2018, étude 27. V. également : ROBERT Anne-Gaëlle, « La peine de détention à domicile sous surveillance électronique : une fausse bonne idée ? », *RSC*, n° 3, 2020, p. 577-588.

B. La durée de la probation

150 La détermination de la durée de l'épreuve. Que les mesures d'individualisation judiciaires affectent ou non la temporalité de la peine, elles instaurent pour la personne une période – dont la durée est déterminée par la loi ou par le juge – durant laquelle « le maintien de la liberté est subordonnée⁸⁸⁰ » au respect d'un régime probatoire. Conformément au principe de légalité et à l'autorité de la chose jugée, la durée de la probation sera le plus souvent limitée au reliquat de peine restant à exécuter lors du prononcé de la mesure. Cependant, certaines modalités d'exécution ne circonscrivent pas la durée de la « période de probation⁸⁸¹ » en fonction du temps de la peine, autorisant ainsi le juge à prolonger l'acte de punir hors des limites temporelles de la peine prononcée par la juridiction de jugement. Conséquemment, nous étudierons successivement la durée de la probation indexée sur le temps de la peine (1), avant d'analyser les hypothèses où celle-ci en est dissociée (2).

1. La durée de la probation indexée sur le temps de la peine

151 La durée de la probation limitée par le temps de la peine. La durée de la probation peut d'abord être déterminée en fonction du temps de la peine. La période probatoire est dès lors fixée par rapport à la peine à subir ou au reliquat non exécuté au jour du prononcé de la mesure. C'est notamment le cas pour les mesures d'exécution des peines qui n'affectent que la matérialité de la sanction. Ayant en commun avec ces modalités d'exécution d'opérer le passage d'un mode d'assujettissement à un autre pour le reste de l'acte de punir, les mesures d'application des peines aménageant le *quantum* de la peine délimitent en principe la durée de la probation en fonction du temps de la peine.

152 Les mesures d'exécution des peines. Les mesures d'exécution des peines (surveillance électronique, semi-liberté, placement à l'extérieur⁸⁸², libération sous contrainte⁸⁸³, permission de sortir et autorisation de sortie sous escorte⁸⁸⁴) ont pour effet de libérer la personne condamnée sans mettre fin à l'exécution de l'emprisonnement. Ces mesures d'individualisation opèrent soit un changement de régime d'exécution de la peine,

⁸⁸⁰ Al. 1, art. 732 du CPP. Sur le régime probatoire v. : *supra* n° 142 et s. ; 372 et s. ; 404 et s.

⁸⁸¹ CARPENTIER Yan, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, *op. cit.*, §504.

⁸⁸² Art. 723-1 et s. et 723-7 et s. du CPP.

⁸⁸³ Art. 720 du CPP.

⁸⁸⁴ Art. 723-3 et 723-6 du CPP.

soit une sortie ponctuelle dans le cas d'une permission de sortir, mais dans tous les cas la personne demeure sous écrou. En ce qu'elles libèrent le détenu condamné, au sens strict du passage de la frontière carcérale, ces modalités d'exécution emportent systématiquement l'instauration d'une période probatoire. La présence d'une personne exécutant sa peine dans le milieu ouvert est effectivement indissociable de la probation, ou à défaut, d'une surveillance rapprochée comme c'est le cas pour les autorisations de sortir sous escorte ou les extractions judiciaires. Du fait que les mesures d'exécution des peines n'affectent ni l'écoulement, ni le *quantum* de la peine, la période probatoire qu'elles instaurent s'inscrit nécessairement dans les limites de la durée de la peine privative de liberté prononcée par la juridiction de jugement. De toute évidence, la durée des permissions de sortir sera bien plus courte compte tenu de leur objet. *A contrario*, la durée de la période probatoire établie par la semi-liberté, le placement à l'extérieur et la détention sous surveillance électronique sera toujours équivalente au reliquat de peine restant à subir au jour du prononcé de la mesure, puisque celles-ci n'affectent que la matérialité de la peine. Une exception doit toutefois être relevée. Lorsque ces mesures sont prononcées à titre probatoire d'une libération conditionnelle, la durée de la probation sera déterminée par le juge, et non par la durée restant à exécuter, mais restera, en tout état de cause, dans les limites de la peine à subir⁸⁸⁵. Les mesures d'exécution des peines instaurent, comme les mesures d'application des peines, une période probatoire. La durée de celle-ci est non seulement limitée à la peine prononcée par la juridiction de jugement, mais au-delà par la durée de la peine à subir. Suspendant la computation de la sanction, les mesures d'application des peines aménageant le *quantum* de la peine ne peuvent par définition s'inscrire dans le temps de la peine à subir, en revanche, elles sont circonscrites à la durée de la peine prononcée par la juridiction de jugement.

153 Les mesures d'application des peines aménageant le *quantum* de la peine : le cas des réductions de peine. À l'instar des mesures d'individualisation affectant uniquement la matérialité de la sanction, si les réductions de peine peuvent modifier la technique d'assujettissement mise en œuvre durant le reliquat de peine restant à exécuter, la durée de la peine n'en demeure pas moins une limite indérogeable. La probation décidée par le juge dans le cadre de l'article 721-2 du code de procédure pénale « ne peut excéder le total des réductions de peines⁸⁸⁶ » et, dans le cadre de la surveillance judiciaire, cette durée « ne peut

⁸⁸⁵ Cette durée ne peut excéder un an et peut intervenir une année avant l'expiration du temps d'épreuve de la libération conditionnelle : al. 2, art. 723-1 et 723-7 du CPP.

⁸⁸⁶ I et II, art. 721-2 du CPP.

excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine et aux réductions de peines supplémentaires dont la personne a bénéficié et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait⁸⁸⁷ ». Le temps de la mise à l'épreuve peut ainsi être librement déterminé par le juge dans les limites de ces réductions⁸⁸⁸. Il convient dès lors d'observer les *quanta* de réduction de peine attribués lors de l'inscription au registre d'écrou et ceux pouvant être octroyés par le juge pour connaître la durée maximale de la probation fondée sur les réductions de peine⁸⁸⁹. Que ce soit pour les crédits de réduction de peine ou les réductions de peine supplémentaires, le nombre de jours et de mois pouvant être octroyés est indexé sur le *quantum* de la peine⁸⁹⁰. Plus la peine sera longue, plus la durée de la probation fondée sur les réductions de peine pourra être importante, sans qu'elle ne soit pour autant obligatoire ou nécessairement égale au reliquat de peine restant à exécuter, contrairement aux mesures d'exécution des peines⁸⁹¹, à la manière d'autres mesures dont la durée de la probation est dissociée du temps de la peine (2).

2. La durée de la probation dissociée du temps de la peine

154 La durée de l'épreuve libérée du temps de la peine. Les mesures affranchissant le temps de la période probatoire du reliquat de peine restant à exécuter sont de deux types. Il s'agit d'abord de la libération conditionnelle, dont le régime ne limite pas strictement le temps de la probation au reliquat de peine restant à exécuter, puis des mesures d'individualisation

⁸⁸⁷ Art. 723-29 du CPP.

⁸⁸⁸ CARPENTIER Yan, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, *op. cit.*, §505.

⁸⁸⁹ Nous n'évoquerons pas dans la suite de ces développements les réductions de peine exceptionnelles, car elles ne peuvent pas être le support d'une probation. Toutefois à titre de comparaison, l'alinéa 1 de l'article 721-3 du CPP dispose que le tribunal de l'application des peines peut accorder une réduction de peine équivalant au tiers de la peine prononcée ou une réduction du temps d'épreuve de cinq ans pour les personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité.

⁸⁹⁰ Concernant d'abord le crédit de réduction de peine, l'article 721 du CPP accorde automatiquement une réduction « calculé[e] sur la durée de la condamnation prononcée à hauteur de trois mois pour la première année, de deux mois pour les années suivantes et, pour une peine de moins d'un an ou pour la partie de peine inférieure à une année pleine, de sept jours par mois » : al. 1, art. 721 du CPP. Ensuite, les réductions de peine supplémentaires sont calculées sur la durée de peine exécutée et leur montant, à la discrétion du juge, ne peut excéder « trois mois par année d'incarcération ou sept jours par mois lorsque la durée d'incarcération restant à subir est inférieure à une année » : al. 2, art. 721-1 du CPP. Enfin, les réductions de peine exceptionnelles peuvent s'élever au « tiers de la peine prononcée » : art. 721-3 du CPP. Une autre différence importante entre ces deux réductions de peine doit être soulignée. La période probatoire pour les crédits de réduction de peine commence dès l'inscription au registre d'écrou, y compris en cas de détention provisoire, puisque ces réductions peuvent être retirées pour mauvaise conduite en détention. V. : *infra* n° 167.

⁸⁹¹ Le juge peut prononcer une mise à l'épreuve dans le cadre de l'article 721-2 ou de la surveillance judiciaire durant une durée inférieure à celle des réductions de peine. Dans ce cas, il dispose de la faculté de prolonger le suivi judiciaire dans les limites des réductions de peines n'ayant pas fait l'objet d'une mesure de retrait. V. par exemple : dernier al., art. 723-34 du CPP.

judiciaires qui affectent l'écoulement du *quantum* de la peine, du fait qu'elles préservent la durée de la sanction tout en instaurant des périodes probatoires.

155 Les mesures d'application des peines aménagement le *quantum* de la peine : le cas de la libération conditionnelle. La mise à l'épreuve du sujet durant la mesure de libération conditionnelle, plus que pour toute autre mesure d'individualisation, prend la forme d'un sursis prononcé par le juge pour le reliquat de peine restant à exécuter au jour de la libération. À la manière du sursis probatoire, le code dispose de conditions relatives à la durée de la probation et notamment d'un minimum et d'un maximum⁸⁹². La durée de la probation ne peut être inférieure « à la durée de la partie de la peine non subie au moment de la libération⁸⁹³ », et ce contrairement au dispositif de suivi pour les personnes sortant de prison. S'il s'agit d'une peine temporaire, le délai d'épreuve ne peut être inférieur « à la durée de la partie de la peine non subie au moment de la libération⁸⁹⁴ », dans la limite d'une période probatoire d'un maximum de dix années qui peut dépasser la durée de la peine non subie, c'est-à-dire prononcée par la juridiction de jugement, d'une année⁸⁹⁵. En présence d'une réclusion criminelle à perpétuité, la loi dispose en revanche que la période probatoire ne peut être inférieure à cinq ans ni supérieure à dix ans⁸⁹⁶. Le code prévoit ainsi par l'article 732 du code de procédure pénale une durée maximale de la période d'épreuve circonscrite, ni au *quantum* de peine restant à subir au jour de l'octroi de la libération conditionnelle, ni au *quantum* de peine prononcée par la juridiction de jugement.

Si pour l'essentiel la libération conditionnelle correspond au reliquat de peine non exécuté au jour de la libération, le juge a la possibilité d'étendre la période probatoire au-delà

⁸⁹² À titre de comparaison, l'article 132-42 du CP dispose que la durée de la mise à l'épreuve dans le cadre d'un sursis probatoire ne peut être inférieure à 12 mois ni supérieure à 3 ans, ou 5 ans pour une personne en état de récidive légale et 7 ans pour une personne condamnée une nouvelle fois en état de récidive légale. La durée d'épreuve n'est donc pas déterminée par référence à la durée de l'emprisonnement prononcée et peut, en conséquence, être plus courte comme plus longue que celle-ci.

⁸⁹³ Al. 2, art. 732 du CPP.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ L'expression « durée de la peine non subie » de l'article 732 du CPP doit être distinguée de la notion de « peine restant à subir » de l'article 729 du CPP. La première date de l'ordonnance du 23 décembre 1958 modifiant et complétant le code de procédure pénale et désigne la différence entre le temps de peine exécutée et la durée de la peine prononcée par la juridiction de jugement. La seconde expression date de la loi du 16 décembre 1992 et désigne le temps de détention restant à subir avant la libération. Comme l'a souligné la chambre criminelle, les crédits de réduction de peine attribués lors de l'inscription au registre d'écrou doivent être pris en compte dans la computation de « la peine restant à subir » : Crim., 4 février 2004, n° 03-84.556, Bull. Crim. n° 33 ; Crim., 28 avril 2011, n° 10-88.890, Bull. crim. n° 81, préc. En outre, l'article D. 116 du CPP dispose que les « réductions de peine supplémentaires et les réductions de peine exceptionnelles s'imputent sur la détention restant à subir, le décompte s'effectuant à compter de la date de libération ».

⁸⁹⁶ Al. 2, art. 732 du CPP.

du *quantum* de la peine déterminée par la juridiction de jugement⁸⁹⁷. Dès lors, non seulement les mesures d'individualisation affectant la temporalité de la peine dissocient le temps de l'assujettissement de celui de la peine exécutée, mais elles autorisent également dans le cas de la libération conditionnelle l'affranchissement de l'acte de punir de la limite temporelle de la peine prononcée⁸⁹⁸. Cette disjonction entre le temps de la peine et celui de l'assujettissement subi est grandement similaire au mécanisme du sursis probatoire, puisque ces deux types de modalités – respectivement du prononcé et de l'exécution de la peine – substituent à un *quantum* de la peine une période probatoire qui ne correspond pas nécessairement à la durée de la peine qui ne sera pas exécutée. Cependant, le sursis probatoire est une modalité du prononcé de la sanction, qui prend la forme d'une peine alternative prononcée lors du procès, alors que la libération conditionnelle est une mesure d'individualisation prononcée durant l'exécution de la peine. Si la légitimité de l'octroi au juge de jugement de l'opportunité de prononcer une peine alternative ne fait pas débat, la détermination par le juge d'une période probatoire ayant pour conséquence que la personne soit assujettie pour un temps plus long que celui arrêté par la juridiction de jugement pose question.

La participation de la juridiction de l'application des peines à l'acte de juger est circonscrite par la condamnation⁸⁹⁹, sans pour autant être impérativement limitée par la durée de la peine prononcée par la juridiction de jugement. Appréhendée par le code comme un temps qui ne correspond pas à l'exécution de la peine, la période probatoire instaurée par les mesures d'application des peines échappe au contrôle de légalité. Présentée par les discours de politique pénale comme une pratique plus douce que l'incarcération et nécessaire pour prévenir la récidive, la probation se substitue à l'incarcération sans soulever d'interrogation

⁸⁹⁷ CARPENTIER Yan, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, *op. cit.*, §496. Notons que « l'instrumentalisation » de cet aspect du régime de la libération conditionnelle a déjà fait l'objet d'une censure de la part de la Cour de cassation : BONIS-GARÇON Évelyne, « De l'instrumentalisation de la libération conditionnelle », *Dr. pén.*, n° 12, 2015, comm. 172. Un tribunal de l'application des peines avait accordé une libération conditionnelle à une personne condamnée à une interdiction du territoire français et avait fixé le début de la mesure au jour de l'expiration de la peine. Manifestement, la mesure d'application des peines avait pour objet de permettre durant la période probatoire à la personne de demander le relèvement de cette peine complémentaire. La Cour d'appel a infirmé ce jugement en considérant que la libération conditionnelle était « sans fondement juridique et sans objet » puisqu'elle ne visait qu'à « permettre au détenu, par l'application des dispositions de l'article 729-2 du code de procédure pénale d'échapper à l'exécution d'une peine complémentaire d'interdiction du territoire français devenue définitive ». La chambre criminelle considéra par la suite que la Cour d'appel n'avait méconnu aucun texte puisque « la mesure de libération conditionnelle n'avait aucune portée effective » : *Crim.*, 23 septembre 2015, n° 14-85.708, *Bull. Crim.* n° 236, *Dr. pén.* 2015, n° 12, comm. 172, note Bonis-Garçon. Sur la condition des étrangers en détention v. : BOESEL Delphine, ESCUILLÉ Camille, « Étrangers en détention. Exécution et aménagement des peines », *AJ Pénal*, n° 1, 2016, p. 22-24.

⁸⁹⁸ « En 1996, plus de 50 % des décisions d'admission à la libération conditionnelle ont prévu une prolongation (3 463 sur 6 374). » : CÉRÉ Jean-Paul, « Prospective sur la répartition juridictionnelle des compétences en droit de l'exécution des peines », *op. cit.*, p. 888.

⁸⁹⁹ Sur la circonscription du champ de la modulation judiciaire v. : *supra* n° 67 et s.

quand à sa nécessité et sa proportionnalité au regard de l'infraction commise⁹⁰⁰. De surcroît, le régime des mesures d'individualisation judiciaires autorise le juge à modifier « les dispositions de la décision⁹⁰¹ », il faut comprendre « les modalités d'exécution et les conditions auxquelles l'octroi et le maintien de la liberté est subordonné, ainsi que la nature et la durée des mesures d'assistance et de contrôle⁹⁰² », ce qui illustre une nouvelle fois la plasticité du régime de la probation, et particulièrement de la libération conditionnelle⁹⁰³.

156 Les mesures d'application des peines aménageant l'écoulement du *quantum* de la peine. L'assujettissement de la personne à un régime probatoire peut ensuite être étendu hors la limite temporelle de la peine par les modalités aménageant l'écoulement de son *quantum*. Répondant d'une logique de préservation du *quantum* de la sanction à exécuter, les mesures de suspension et de fractionnement de peine, puisqu'elles instaurent des périodes probatoires sans réduire la durée de la peine à subir, assujettissent potentiellement la personne condamnée durant une période plus longue que celle prononcée par la juridiction de jugement⁹⁰⁴. Cette nouvelle illustration de la dissociation entre le temps de l'assujettissement et celui de la peine ne répond pas pour autant au même objet. L'intervention du juge dans l'écoulement du temps de la peine n'instaure pas un délai probatoire à l'issue duquel la sanction expirera en cas d'absence de retrait ou de révocation. Il s'agit d'intercaler dans l'exécution de la peine des périodes probatoires, afin de préserver un élément constitutif de la situation du sujet. La période probatoire pourrait alors être considérée comme une mesure de sûreté pour s'assurer de la personne durant le temps où l'exécution de sa peine est suspendue. Cependant, l'ensemble du régime de la probation des articles 132-44 et 132-45 du code pénal demeure applicable⁹⁰⁵, et non simplement les mesures de contrôle ou les mesures du régime du

⁹⁰⁰ Rares sont ceux qui ont pressenti comme Gilles DELEUZE les dangers de ce type d'assujettissement. « Face aux formes prochaines de contrôle incessant en milieu ouvert, il se peut que les plus durs enfermements nous paraissent appartenir à un passé délicieux et bienveillant. » : DELEUZE Gilles, *Pourparlers. 1972-1990*, 2^e, Paris, Les Éditions de Minuit, « Reprise », 2003 (1990), p. 237.

⁹⁰¹ Dernier al., art. 732 du CPP.

⁹⁰² Al. 1, art. 732 du CPP.

⁹⁰³ PRADEL Jean, « L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal », *RSC*, n° 4, 1977, p. 752.

⁹⁰⁴ D'un côté, l'article 720-1 du CPP dispose de la suspension et du fractionnement des peines inférieures ou égales à deux ans, durant une période n'excédant pas quatre ans et par fractions ne pouvant être inférieures à deux jours, en raison d'un motif d'ordre médical, familial, professionnel ou social. De l'autre, la disposition suivante prévoit une suspension de peine médicale, pour toutes les peines privatives de liberté, lorsque le pronostic vital de la personne est engagé ou si son état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention.

⁹⁰⁵ Toutefois, l'assujettissement de la personne condamnée à ces obligations est facultatif, y compris pour les mesures de contrôle de l'article 132-44 du CP.

contrôle judiciaire⁹⁰⁶, ce qui permet à la période probatoire d'assurer la continuité de la prise en charge. L'assujettissement ininterrompu du justiciable après sa condamnation démontre ainsi la continuité de l'acte de punir, qui n'est pas suspendu par ces mesures contrairement à l'écoulement de la durée de la peine à subir. Se succèdent dès lors des périodes probatoires et des temps d'exécution de la peine, dont l'addition définit un acte de punir susceptible d'être plus long que la durée de la peine prononcée par la juridiction de jugement⁹⁰⁷.

157 La dissociation du délai probatoire de la durée de la peine restant à exécuter.

L'étude de la durée de la probation met en exergue la dissociation du délai probatoire de la durée de la peine restant à exécuter. Non seulement la période probatoire n'est pas toujours un temps d'exécution de la peine, mais cette dernière peut s'étendre au-delà de la durée de la peine prononcée par la juridiction de jugement, qui n'est plus une limite indérogeable à la pratique de la modulation judiciaire. Le prononcé d'une modalité d'exécution par les juridictions de l'application des peines peut ainsi, y compris pour une mesure tendant à la réduction du *quantum* de la peine, permettre de contourner le principe de légalité. La prédominance de la rationalité prospective de la peine légitime cet affranchissement de l'acte de punir de la durée de la peine et autorise ainsi des pratiques punitives partiellement libérées des termes de la condamnation.

*

158 La détérioration du lien entre la condamnation et l'acte de punir. L'élargissement de l'établissement pénitentiaire n'est dorénavant plus le rituel représentant l'expiration de la peine, mais un événement, parmi d'autres, dans l'écoulement de la durée de la peine. Correspondant à l'instauration d'une période probatoire, cette étape dans l'acte de punir met en exergue la mutabilité des conditions d'exécution, destinée à la constitution corrélative du sujet et de sa peine, « afin de lui permettre d'agir en personne responsable [...] et d'éviter la commission de nouvelles infractions⁹⁰⁸ ». L'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir rend ainsi possible l'indexation de l'évolution des conditions d'exécution sur les nécessités de la prévention spéciale. Par cette révolution du paradigme de la modulation judiciaire, la portée de la condamnation est grandement affaiblie, conduisant à la détérioration

⁹⁰⁶ Art. 138 du CPP.

⁹⁰⁷ L'acte de punir sera effectivement plus long que la peine prononcée par la juridiction dès que la durée cumulée des périodes probatoires est supérieure aux remises de peine dont bénéficie la personne condamnée.

⁹⁰⁸ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

du lien entre la peine et l'acte de punir. La condamnation à la peine privative de liberté tend de ce fait à prendre la forme d'une autorisation de prise en charge par le dispositif d'exécution. Elle n'est dès lors que le point de départ du processus d'individualisation et l'élargissement seulement l'une de ces étapes, d'autant que les personnes libérées peuvent être réincarcérées à la suite de l'interruption des périodes probatoires (§2).

§2. L'INTERRUPTION DES PÉRIODES PROBATOIRES

159 Des modes d'extinction des périodes probatoires. Une période probatoire est un délai durant lequel la personne doit respecter le régime d'obligations défini par la juridiction ayant prononcé et/ou modifié la mesure d'individualisation. Cette période peut d'abord s'achever du simple fait de l'écoulement du temps, c'est l'hypothèse de l'expiration du délai probatoire. Néanmoins, la mesure instituant un suivi judiciaire peut aussi faire l'objet d'une décision de retrait ou de révocation conduisant à l'interruption du délai. La période probatoire instaurée par la juridiction de jugement ou le juge de l'application des peines peut ainsi s'achever prématurément, en raison de la survenance de différentes causes d'interruption (A), constatées par diverses modalités (B) judiciaires.

A. Les causes d'interruption

160 Un régime à géométrie variable. Les motifs de retrait ou de révocation des mesures d'individualisation constituent le *verso* du régime probatoire auquel sont assujetties les personnes élargies. À l'instar de ce dernier, les causes d'interruption de la période probatoire ne forment pas un régime unique commun à toutes les mesures d'individualisation, mais un ensemble hétérogène de dispositions, se recoupant pour l'essentiel tout en présentant des disparités. Dans cet agglomérat, il est cependant possible de classer en deux catégories les causes d'interruption de la période probatoire, selon que celles-ci visent ou non un comportement fautif du probationnaire. Une mesure d'individualisation peut effectivement être retirée ou révoquée à la suite d'une faute (1), comme en raison d'une disconvenance (2) entre la mesure de libération et la situation ou le comportement de la personne.

1. Une infraction

161 Un comportement infractionnel. La période probatoire correspond à un délai durant lequel le sujet voit sa capacité à « agir en personne responsable⁹⁰⁹ » mise à l'épreuve. L'élargissement de la prison durant cette période est subordonné au respect du régime probatoire défini à la fois par la loi et le juge. Un acte en contradiction avec les obligations expressément prévues par la loi et notifiées dans la décision de la juridiction de l'application des peines constitue dès lors une infraction. Cette cause d'interruption de la période d'épreuve peut prendre la forme d'une condamnation pénale ou d'une violation d'une obligation.

162 Une condamnation pénale. La commission d'une infraction semble être un motif de révocation évident puisque la personne suivie, en adoptant un comportement prohibé, porte atteinte à la valeur sociale protégée par l'incrimination et emporte ainsi la conviction qu'elle ne se réinsère pas dans la société. Cette faute pénale constituait d'ailleurs l'essentiel du régime de la libération conditionnelle lors de sa création en 1885 et correspond encore aujourd'hui à celui du sursis simple⁹¹⁰. Malgré son apparente évidence, la commission d'une infraction n'est pas un motif de révocation pour toutes les mesures d'individualisation affectant la temporalité de la peine. À titre d'exemple, les réductions de peine de l'article 721-1 du code de procédure pénale, y compris lorsque le juge fait usage de l'article 721-2 du même code, ne peuvent être retirées sur le fondement de la commission d'une infraction pénale⁹¹¹. L'impossibilité pour ce dernier de retirer ou révoquer certaines mesures sur ce fondement ne doit pourtant pas être considérée comme une erreur du législateur.

Le refus d'accorder au juge le pouvoir de révoquer toutes les mesures d'individualisation pour la commission d'une nouvelle infraction est un choix de politique

⁹⁰⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

⁹¹⁰ L'alinéa 1 de l'article 132-36 du CP dispose que la juridiction de jugement peut révoquer, partiellement ou totalement, la peine privative de liberté assortie d'un sursis simple lorsque la personne se voit de nouveau condamnée pour une peine privative de liberté sans sursis.

⁹¹¹ En revanche, les réductions de peine de l'article 721 du CPP peuvent être retirées en raison d'une « nouvelle condamnation à une peine privative de liberté pour un crime ou un délit commis par le condamné après sa libération » pendant la durée de son crédit de réduction de peine. En outre, il convient de relever l'exception des infractions relatives au refus de se soumettre à un prélèvement biologique. Le III de l'article 706-56 du CPP dispose effectivement que la commission de ces infractions « entraîn[e] de plein droit le retrait de toutes les réductions de peine dont cette personne a pu bénéficier et interdi[t] l'octroi de nouvelles réductions de peine ». La portée de cette disposition est néanmoins atténuée par l'article D. 117-4 du CPP qui dispose de la possibilité pour la juridiction de jugement de relever la personne condamnée, en tout ou partie, du retrait des réductions de peine et de l'interdiction de bénéficier de nouvelles réductions de peine. Notons par ailleurs que l'article 9 du projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, abroge le III de l'article 706-56 du CPP : Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, 25 mai 2021, n° 612.

pénale qui permet de hiérarchiser les régimes probatoires. En poursuivant avec l'exemple des réductions de peine supplémentaires, si une mesure de surveillance judiciaire a été ordonnée, la commission d'une faute pénale devient une cause d'interruption de la période probatoire, à condition toutefois qu'il s'agisse d'une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru⁹¹². Il existe en effet différentes formulations du critère de la commission d'une infraction, qui autorisent un second niveau de distinction entre les mesures. Au demeurant, si la commission d'une infraction est toujours une atteinte à la valeur protégée par l'incrimination, elle n'est pas nécessairement la preuve d'un échec de la mesure de libération anticipée. Un acte commis en état de réitération ou de récidive légale peut être une étape dans un parcours de réinsertion, à l'instar d'une violation d'une obligation du régime probatoire.

163 Une violation d'une obligation. L'adoption d'un comportement en contradiction avec l'une des mesures de contrôle ou l'une des obligations particulières prononcées par le juge est une cause d'interruption de la période probatoire pour l'ensemble des mesures d'individualisation⁹¹³. Nommé à tour de rôle « méconnaissance⁹¹⁴ », « violation⁹¹⁵ », « inobservation⁹¹⁶ » ou « manquement⁹¹⁷ », le non respect des obligations constituant le régime probatoire est toujours un motif de retrait ou de révocation, malgré la diversité des termes employés pour désigner cette cause. Bien entendu, seules les obligations prononcées par le juge sont des motifs de révocation de la mesure d'élargissement et ces dernières doivent, en vertu du principe de légalité, être interprétées strictement⁹¹⁸. Une exception, soulignant les défauts du droit de l'application des peines, apparaît toutefois à la lecture du code. Le régime du fractionnement et de la suspension de peine ne prévoit pas de révocation possible pour l'inobservation des obligations prononcées par la juridiction de l'application des peines. Le régime des mesures d'individualisation s'étant construit par stratification et

⁹¹² Al. 3, art. 723-35 du CPP.

⁹¹³ Art. D. 49-25 CPP.

⁹¹⁴ V. par exemple : al. 6, art. 707-53-13 du CPP.

⁹¹⁵ *Ibid.*

⁹¹⁶ V. par ex. : al. 6, I, art. 721-2 du CPP ; al. 1, art. 733 du CPP.

⁹¹⁷ Al. 2, art. 132-47 du CP.

⁹¹⁸ Dans un arrêt du 31 mars 2005, la chambre criminelle a cassé l'arrêt d'une Cour d'appel, au visa des articles 132-44, 132-45 et 132-47 du CP et 739 du CPP, en rappelant par un attendu de principe « que la juridiction appelée à se prononcer sur la révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve ne doit se déterminer qu'au regard des obligations légalement imposées au condamné » : Crim., 31 mars 2005, n° 04-84.455, Bull. crim. n° 116, D. 2005. 2986, chron. Roujou de Boubée ; AJ Pénal 2005. 247, obs. Herzog-Evans. En l'espèce, les juges d'appels avaient révoqué le sursis-mise à l'épreuve d'une personne en raison de l'exercice d'« activité bénévole le mettant en contact avec des mineurs et qu'il n'a pas satisfait à l'obligation d'exercer une activité professionnelle régulière ». Or, la juridiction de jugement n'avait prononcé à l'encontre du sursitaire que l'interdiction d'exercer une activité professionnelle en contact avec des mineurs. La Cour de cassation sanctionne en conséquence, d'une part, l'analogie entre une activité bénévole et une activité professionnelle, et, d'autre part, la sanction d'une obligation qui n'a pas été prononcée par la juridiction de jugement.

s'appliquant à de multiples types de sanctions, il se caractérise avant tout par l'agglomérat des textes propres à chaque mesure⁹¹⁹. Cette qualité du régime des mesures d'individualisation explique l'hétérogénéité des textes et l'absence de disposition légale générale prévoyant la méconnaissance des obligations comme un motif de révocation.

Les seules dispositions générales dans le droit de l'application des peines sont celles relatives aux juridictions. À ce titre, l'article D. 49-25 du code de procédure pénale, inséré dans un paragraphe relatif aux « Dispositions communes aux différentes juridictions de l'application des peines⁹²⁰ », dispose que « si le condamné ne satisfait pas aux obligations qui lui sont imposées [...], le juge ou le tribunal de l'application des peines peut décider [...] de retirer ou de révoquer » une mesure relevant de sa compétence⁹²¹. La tentation est grande de voir en cette disposition un fondement général pour les décisions de retrait ou de révocation résultant de la violation d'une obligation du régime probatoire. Néanmoins, une Cour d'appel a eu l'occasion de rappeler qu'un « simple décret [...] ne saurait entraîner une cause de retrait supplémentaire [...] pour un soit-disant vide juridique, ou une lacune de la loi⁹²² ». Dans l'attente d'une confirmation de cette solution par la Cour de cassation, ou par une demande d'abrogation de cet article réglementaire, rappelons que la doctrine considère cette disposition comme « un texte introductif ne pouvant en aucun cas suppléer la loi⁹²³ » et ne pouvant, dès lors, être le fondement d'un motif de révocation *praeter legem*⁹²⁴.

Que ce soit la commission d'une incrimination ou la violation d'une obligation, les motifs de révocation constituant une infraction traduisent le manque d'uniformité du régime des mesures d'individualisation. Ce défaut inhérent au droit de l'application des peines s'illustre, pareillement, dans les causes d'interruption de la période probatoire prenant en compte une disconvenance (2) entre la situation ou le comportement d'une personne condamnée et l'opportunité de son maintien dans le milieu ouvert.

⁹¹⁹ Soulignons ici la particularité de la suspension de peine médicale pour laquelle le régime probatoire et ses motifs de révocation ne sont pas prévus par la loi, mais par les articles D. 147-1 et suivants du CPP.

⁹²⁰ Art. D. 49-11 et s. du CPP.

⁹²¹ L'article 712-4 du CPP dispose également que le JAP peut retirer ou révoquer par ordonnance ou jugement motivé les mesures relevant de sa compétence. Toutefois, il est impossible de se fonder sur cet article pour retirer ou révoquer une mesure car ce dernier ne cite aucune cause justifiant une telle décision.

⁹²² CHAP de Paris, 22 mars 2007, n° 06/10055.

⁹²³ HERZOG-EVANS Martine, « Le règlement ne saurait suppléer à la loi s'agissant de retirer un aménagement de peine », *AJ Pénal*, n° 5, 2007, p. 235.

⁹²⁴ STACHELE François, *Pratique de l'application des peines*, Paris, Litec, 1995, §294 ; HERZOG-EVANS Martine, *La gestion du comportement du détenu : essai de droit pénitentiaire*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 404 et s. ; HERZOG-EVANS Martine, *Droit de l'exécution des peines*, 5^e éd., Paris, Dalloz, « Dalloz action », 2016, §731.103 ; 733.151.

2. Une disconvenance

164 Une situation impropre à la poursuite de l'épreuve. Par disconvenance entre la mesure d'individualisation et la situation ou le comportement du probationnaire, il s'agit de désigner l'inopportunité du maintien de la personne en milieu ouvert, mise en lumière par la survenance de faits nouveaux. Une modification de la situation personnelle ou matérielle de la personne libérée, un comportement inconciliable avec une démarche de réinsertion, ou bien démontrant un risque important de récidive, peuvent constituer un motif de retrait ou de révocation. Ces changements de circonstance de nature à justifier une réincarcération, ou un prolongement de la détention dans le cas des crédits de réduction de peine, sont l'altération des conditions d'octroi de la mesure d'individualisation, l'inconduite notoire de la personne condamnée dans le milieu ouvert, ou sa mauvaise conduite en détention.

165 L'altération des conditions d'octroi. L'élargissement de la personne condamnée, après une mesure d'individualisation judiciaire, est subordonné au respect du régime probatoire, mais parfois également à celui des conditions d'octroi de la mesure. Contrairement au sursis probatoire qui ne peut être révoqué qu'à la suite d'un comportement infractionnel, la libération de la personne peut parfois être révoquée si les conditions du prononcé de la mesure, justifiant l'individualisation de la peine, ne sont pas maintenues durant l'écoulement du délai probatoire. Subordonnée à l'existence d'une pathologie engageant le pronostic vital ou d'un état de santé durablement incompatible avec le maintien en détention, la suspension de peine pour motif médical peut être révoquée après l'amélioration de l'état de santé de la personne, constatée par une expertise médicale que le juge peut ordonner à tout moment⁹²⁵. Le régime des mesures d'individualisation autorise ainsi ponctuellement à retirer ou révoquer une suspension de peine ou une libération anticipée en raison d'un changement de circonstance démontrant que l'une des conditions d'octroi n'est plus réunie. Cette possibilité doit toutefois être prévue expressément, comme à l'alinéa 1 de l'article 733 du code de

⁹²⁵ Art. 720-1-1 du CPP. D'ailleurs, si la mesure affecte la temporalité d'une peine criminelle, l'alinéa 8 de l'article 720-1-1 du CPP prescrit au magistrat d'ordonner une expertise tous les six mois pour s'assurer du maintien de cette condition d'octroi. De plus, l'instruction ministérielle du 17 juillet 2018 précise que le JAP peut être prévenu de l'amélioration de l'état de santé de la personne par « toute personne intéressée à la procédure » et recommande, d'une part, que l'expertise soit effectuée par un médecin ayant « une bonne connaissance du milieu carcéral » et, d'autre part, qu'elle soit effectuée par le « même expert que celui missionné initialement dans le cadre de l'instruction de la demande », afin que l'évolution de la situation médicale soit appréciée le plus exactement possible : Instruction ministérielle n° 201810028142 relative à la publication du guide méthodologique relatif aux aménagements de peine et à la mise en liberté pour raison médicale, Ministère de la Justice, Ministère des solidarités et de la santé, 17 juillet 2018, JUSK1821900J, p. 54.

procédure pénale, qui dispose que la libération conditionnelle n'ayant pas encore reçu exécution peut être révoquée si les conditions légales ne sont plus remplies par le détenu⁹²⁶. Plus généralement, la libération conditionnelle pourra être subordonnée à l'exécution à titre probatoire d'une mesure d'exécution des peines dont l'interruption fait office de condition résolutoire pour l'octroi⁹²⁷. Relevons par ailleurs qu'en matière de surveillance électronique, l'article 723-13 du Code de procédure pénale dispose également que cette mesure peut-être retirée en cas « de refus par le condamné d'une modification nécessaire des conditions d'exécution, soit à la demande du condamné ». Le régime de certaines mesures d'individualisation permet donc de sanctionner, par une mesure de retrait ou de révocation, une « infraction aux conditions⁹²⁸ » d'octroi, mais un changement de circonstances durant la période probatoire peut également être appréhendé par le motif d'inconduite notoire.

166 L'inconduite notoire. Aux articles 733 et 723-13 du code de procédure pénale, traitant respectivement des motifs de révocation de la libération conditionnelle et de la détention sous surveillance électronique, est énoncée une cause d'interruption de la période probatoire que l'on ne retrouve pas dans les autres régimes des mesures d'individualisation. Dans un texte comme dans l'autre, l'inconduite notoire est énumérée dans la liste des motifs de révocation de ces mesures aux côtés de l'hypothèse d'une nouvelle condamnation ou d'une violation des obligations du régime probatoire. Dénuée de toute définition normative, la signification de cette cause est difficile à appréhender. Autonome des autres motifs, elle ne peut viser une nouvelle condamnation ou une inobservation d'une obligation. Littéralement, inconduite notoire désigne une « conduite qui n'est pas conforme à la morale, aux règles⁹²⁹ » et qui est « connu[e] ou constaté[e] par un grand nombre de personnes⁹³⁰ » ou « qui a la force de l'évidence⁹³¹ ». Singulièrement, cette cause de révocation désignerait une faute morale, ou du moins une faute d'une nature distincte de celles des autres motifs de révocation. C'est cependant une autre interprétation de cette expression qui est retenue. Les arrêts portés devant la Cour de cassation démontrent que les juges de l'application des peines utilisent ce motif

⁹²⁶ C'est également le cas de la libération conditionnelle prononcée à l'encontre d'une personne à l'encontre de laquelle une mesure d'éloignement du territoire a été prononcée qui pourra être « subordonnée à la condition que cette mesure soit exécutée » : al. 1, art. 729-2 du CPP.

⁹²⁷ Al. 2, art. 723-1 du CPP ; al. 2, art. 723-7 du CPP ; al. 2, art. 730-2 du CPP ; al. 3, art. 730-2-1 du CPP.

⁹²⁸ Al. 1, art. 733 du CPP.

⁹²⁹ CNRS (1976-1994), *Trésor de la langue française informatisé, Dictionnaire de la langue du XIX^e et XX^e siècle*, *op. cit.* : <http://www.cnrtl.fr/definition/inconduite>.

⁹³⁰ *Ibid.* : <http://www.cnrtl.fr/definition/notoire>.

⁹³¹ « Notoire », in *Vocabulaire juridique*, CORNU Gérard (dir.), *op. cit.*, p. 693-694.

pour viser une faute pénale qui n'a pas encore donné lieu à une condamnation⁹³².

Cette cause d'interruption de la période probatoire est retenue lorsqu'une faute pénale revêt un caractère d'évidence, en raison de faits flagrants⁹³³ ou de leur reconnaissance par la personne placée sous main de justice⁹³⁴. Dès lors, la notion d'inconduite notoire pour les juridictions du fond « ne se résume pas à de simples soupçons de commission d'une infraction⁹³⁵ ». L'intérêt du recours à ce motif est en conséquence circonscrit à la révocation des mesures des personnes ayant commis une infraction, antérieurement à une condamnation pénale et lorsqu'aucune détention provisoire n'a été prononcée⁹³⁶, en cas d'alternative aux poursuites ou en l'absence de poursuites. Au cœur des préoccupations des juges de l'application des peines, la prévention de la commission de nouvelles infractions les conduit à interpréter les faits en termes de risques : des faits peu graves comme une ivresse sur la voie publique peuvent dès lors justifier la révocation d'une mesure d'individualisation pour une personne condamnée pour des infractions d'atteintes aux personnes commises sous l'empire d'un état alcoolique⁹³⁷. L'inconduite notoire est dès lors moins un outil pour sanctionner une faute, qu'un moyen pour les magistrats d'apprécier une nouvelle fois l'opportunité de la mesure d'individualisation prononcée eu égard au comportement du sujet. Ce motif de révocation les autorise ainsi à révoquer une mesure de libération conditionnelle ou de détention à domicile sous surveillance électronique en l'absence de condamnation pénale ou de violation d'une obligation du régime probatoire.

L'usage fait par les juridictions du fond de la notion d'inconduite notoire ne balaye pas pour autant l'ambiguïté inhérente à cette expression, en ce que les arrêts portant sur des décisions de révocation motivées par cette cause, quasi-exclusivement de rejet⁹³⁸, n'en

⁹³² Crim., 28 mars 2001, n° 00-82.284, inédit ; Crim., du 21 mai 2003, n° 02-81.861, Bull. Crim. n° 106 ; Crim., 6 février 2013, n° 12-83.588, inédit ; Crim., 21 mai 2014, n° 13-87.317, inédit ; Crim., 3 septembre 2014, n° 13-83.542, inédit, Dr. pén. 2014. n° 11. comm. 143, note Bonis-Garçon ; Crim., 25 mai 2016, n° 15-80.839, inédit.

⁹³³ V. par exemple : Crim., 25 mai 2016, n° 15-80.839, inédit.

⁹³⁴ V. par exemple : Crim., 6 février 2013, n° 12-83.588, inédit.

⁹³⁵ BONIS-GARÇON Évelyne, « Motifs de révocation de la libération conditionnelle », *Dr. pén.*, n° 11, 2014, comm. 143.

⁹³⁶ En cas d'incarcération, y compris résultant d'une détention provisoire pour autre cause, le délai probatoire de la libération conditionnelle est suspendu sans méconnaître l'article 6§2 de la Cesdh : Crim., 18 décembre 2013, n° 13-80.554, Bull. Crim. n° 262, D. 2014. 1235, chron. Herzog-Evans ; Dr. pén. 2014. n° 3. Chron. 3, chron. Bonis-Garçon. « Qu'en effet, en vertu des articles 722-2 et 733, alinéas 2 et 3, du code de procédure pénale, seule la délivrance d'un mandat ou l'incarcération du condamné est de nature à suspendre la mesure de libération conditionnelle » : Crim., du 21 mai 2003, n° 02-81.861, Bull. Crim. n° 106. Dès lors, l'interruption de la période probatoire peut intervenir lors de la condamnation pénale, sans risque que la libération ne devienne définitive en raison de l'expiration du délai conformément au dernier alinéa de l'article 733 du CPP.

⁹³⁷ Entretien avec Madame LEDUC, Directrice du service de l'application des peines au TGI de Bobigny, JAP, réalisé dans les locaux du service le 17 février 2017.

⁹³⁸ La décision de la chambre criminelle du 3 septembre 2014 est bien un arrêt de cassation, mais il précise l'office du juge plus que la notion d'inconduite notoire : Crim., 3 septembre 2014, n° 13-83.542, inédit, préc. Dans cette affaire, les juges du fond n'ont pas retenu l'inconduite notoire car les faits n'étaient pas évidents en

proposent aucune définition. D'ailleurs, une question prioritaire de constitutionnalité avait été formulée à ce sujet en confrontant l'article 733 du code de procédure pénale au principe de légalité et au principe de clarté et d'intelligibilité de la loi. Néanmoins, par un arrêt cinglant, la Cour de cassation a dénié reconnaître à la question un caractère sérieux au motif, qu'« à l'évidence », la disposition « est rédigée en des termes clairs et précis », de sorte « que son interprétation se fasse sans risque d'arbitraire »⁹³⁹. Déroutant, cet arrêt qui s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel de « recul du principe de légalité »⁹⁴⁰ précise que l'objet de ce motif de révocation est de « laisse[r] au juge, dont c'est l'office, le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer *a priori* de façon exhaustive »⁹⁴¹. Soit la chambre criminelle pense que le législateur ne saurait substituer à « inconduite notoire » les mots « infractions flagrantes », soit elle considère le champ des comportements pouvant constituer une inconduite notoire bien plus vaste et divers que jusqu'alors illustré par les décisions dont a eu à connaître la Cour de cassation⁹⁴².

L'inconduite notoire peut-elle viser la « radicalisation »⁹⁴³ du probationnaire ? La manifestation de l'absence de repentir ou d'interrogation de la personne sur les faits commis est-elle de nature à constituer une inconduite notoire justifiant une nouvelle incarcération⁹⁴⁴ ?

raison des dénégations de la personne libérée. La Cour de cassation casse cet arrêt au motif que les juges d'appel se sont limités à indiquer qu'il était « prématuré » de caractériser l'inconduite notoire alors qu'ils auraient dû rechercher si les faits dont ils étaient saisis n'étaient pas constitutifs d'une inobservation des obligations de la libération conditionnelle, de nature à entraîner la révocation de la mesure. Il ressort de cette décision que l'office du juge consiste à caractériser tous les motifs de révocation possibles, même si l'interruption de la période probatoire reste une faculté et non une obligation pour la juridiction. Selon Évelyne BONIS-GARÇON, en soulignant que de simples soupçons de la commission d'une infraction ne suffisent pas, la Cour d'appel avait fait un pas en avant vers une définition de la notion d'inconduite notoire. Toutefois, « En se plaçant sur un autre terrain, la chambre criminelle ne nous permet pas de savoir si des éléments telle la certitude de la commission d'une infraction laquelle ferait, par exemple, l'objet d'une enquête de flagrance, ou la reconnaissance par l'agent de faits dont on le soupçonne dans le cadre d'une composition pénale ou d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, seraient de nature à caractériser l'inconduite notoire. » : BONIS-GARÇON Évelyne, « Motifs de révocation de la libération conditionnelle », *op. cit.*

⁹³⁹ Crim., 15 janvier 2014, n° 13-83.542, inédit, préc.

⁹⁴⁰ CONTE Philippe, « La question prioritaire de constitutionnalité et le petit bricoleur (ou l'apport de la clef de 12 à la clarification de la loi pénale) », *Dr. pén.*, n° 4, 2013, étude 8.

⁹⁴¹ Crim., 15 janvier 2014, n° 13-83.542, inédit, préc.

⁹⁴² Un commentateur note d'ailleurs que l'argument de la Cour est peu convainquant car « le législateur a bien su prévoir l'ensemble des comportements fautifs en matière pénale au sein du code pénal et d'autres codes. De même, a-t-il su prévoir, au sein des articles R. 57-7-1 à R. 57-7-3 du code de procédure pénale, l'ensemble des fautes disciplinaires pouvant être reprochées aux personnes détenues. » : CÉRÉ Jean-Paul, HERZOG-EVANS Martine, PÉCHILLON Éric, « Exécution des peines. Mai 2013 - avril 2014 », *D.*, n° 21, 2014, p. 1245.

⁹⁴³ La notion de radicalisation est définie par le ministère de la Justice comme « un processus d'identification personnelle ou collective à des idées politiques ou politico-religieuses extrêmes qui impliquent la volonté de transformer la société par la violence » : URVOAS Jean-Jacques, *Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, *op. cit.*, p. 3. Sur la question de la définition de la radicalisation v. : SAAS Claire, « Radicalisation : répression et « sécurisation » », *AJ Pénal*, n° 3, p. 116.

⁹⁴⁴ Ces comportements sont parfois invoqués dans la motivation des décisions rejetant une mesure d'individualisation. V. par exemple : Crim., 22 Juin 2016, n° 15-82.638, inédit. Certaines personnes condamnées

À ce jour, il est impossible de répondre à ces questions et impossible *a fortiori* pour la personne libérée de connaître précisément les conditions auxquelles elle peut être de nouveau incarcérée, en dépit des exigences résultant de l'article 5§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁹⁴⁵. Le principe de légalité et la sécurité juridique s'en trouvent nécessairement atteints, d'autant que par l'intermédiaire de cette cause équivoque, il est possible de fonder une décision sur un comportement échouant à caractériser une faute prévue par les autres conditions de révocation ou de retrait⁹⁴⁶. L'inconduite notoire semble dès lors se substituer à la notion de « mauvaise conduite⁹⁴⁷ » applicable en détention.

167 La mauvaise conduite. Applicable à la quasi-totalité des mesures d'individualisation ne procédant pas à la levée de l'écrou, la « mauvaise conduite » est un motif de retrait de la semi-liberté, du placement à l'extérieur, des permissions de sortir, des autorisations de sortir sous escorte et des crédits de réduction de peine⁹⁴⁸. Miroir de l'inconduite notoire en détention, elle se révèle comporter une problématique identique. En l'absence de définition, il est difficile de savoir précisément ce que recouvre cette « notion aux contours particulièrement flous⁹⁴⁹ ». À tout le moins, il se déduit de la lettre de l'article D. 115-9 du code de procédure pénale que la mauvaise conduite doit être caractérisée par un « événement⁹⁵⁰ ». Le champ d'application de ce motif de retrait pourrait laisser croire que la

ont d'ailleurs interdiction de s'exprimer publiquement sur les faits ayant donné lieu à leur condamnation dans le cadre de leur probation. Sur cette interdiction v. : *infra* n° 401.

⁹⁴⁵ « il est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de « légalité » fixé par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé » : CEDH, [GC] 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres c. Italie*, n° 16483/12, JCP G 2017. n° 1-2, doctr. 32, chron. Sudre ; RFDA 2017. 753, chron. Labayle, Sudre ; AJDA 2017. 157, chron. Burgorgue-Larsen, §92. V. également : CEDH, [CG] 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03, RSC 2010. 685, note Margénaud ; D. 2010. 970, obs. Rebut ; D. 2010. 1386, note Renucci ; D. 2010. 1386, note Hennion-Jacquet ; Gaz. Pal. 2010. n° 117. 15, note Matsopoulou ; Dr. Pén. 2010. n° 6. étude 12, note Thierry, §80 ; CEDH, [GC] 23 février 2012, *Creangă c. Romania*, n° 29226/03, §120 ; CEDH, [GC] 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, n° 42750/09, préc., §125.

⁹⁴⁶ Tout en relevant la possibilité de sanctionner un « comportement légal mais considéré comme notoirement déviant », un auteur argue que ce fondement est en général cantonné à l'hypothèse de la commission d'une infraction pénale n'ayant pas fait l'objet d'une condamnation définitive : MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, op. cit., p. 127.

⁹⁴⁷ Art. 721 ; 723-2 ; 723-7-1 ; D. 49-25 du CPP.

⁹⁴⁸ Concernant le crédit de réduction de peine, la mauvaise conduite n'est un motif de retrait que durant le temps de l'exécution de la peine, c'est-à-dire durant l'emprisonnement, y compris sous la modalité de la semi-liberté et du placement à l'extérieur, de la détention et du placement sous surveillance électronique. En l'absence de régime probatoire prononcé sur le fondement de l'article 721-2 du CPP ou de la surveillance judiciaire, les crédits de réduction de peine ne peuvent ensuite être retirés qu'en raison d'une nouvelle condamnation pénale.

⁹⁴⁹ ROUBAUD Julie, « Sanctions disciplinaires et rôle des autorités judiciaires », *AJ Pénal*, n° 11, 2005, p. 405.

⁹⁵⁰ « L'ordonnance du juge de l'application des peines retirant le bénéfice du crédit de réduction de peine ne peut intervenir au-delà d'un délai d'un an à compter de la date du dernier événement caractérisant la mauvaise conduite du condamné. » : art. D. 115-9 du CPP.

mauvaise conduite est subordonnée au prononcé d'une sanction disciplinaire, mais il n'en est rien⁹⁵¹. Si la mauvaise conduite de la personne condamnée peut être caractérisée par une ou plusieurs sanctions disciplinaires⁹⁵², cette notion ne se réduit pas à ces sanctions⁹⁵³. « La faute ne se confond donc pas avec la mauvaise conduite, tout comme la sanction disciplinaire ne se confond pas avec le retrait d'un crédit de réduction de peine⁹⁵⁴. » Le « juge prononce cette sanction pour tenir compte du comportement général du condamné en détention⁹⁵⁵ », et non spécialement des fautes disciplinaires, au titre de l'application de la peine⁹⁵⁶.

Une circulaire relative à l'application des réductions de peine indique d'ailleurs que la « mauvaise conduite pourra notamment être caractérisée par la commission d'un incident mais également par le comportement général du détenu en détention ou pendant la mesure d'aménagement de peine sous écrou⁹⁵⁷ ». Ainsi a pu être mobilisé par une chambre de l'application des peines, pour caractériser la mauvaise conduite d'un condamné, le fait par ce dernier d'exercer « une influence négative sur ses co-détenus en contestant le système

⁹⁵¹ Le champ d'application de la mauvaise conduite est identique à celui des fautes disciplinaires qui, aux termes de l'article R. 57-7-4 du CPP, peuvent être caractérisées par des faits commis à l'extérieur de l'établissement. Le critère d'application des fautes disciplinaires étant l'écrou, et non l'incarcération, les articles R. 57-7-1 à R. 57-7-3 du CPP sont applicables aux personnes bénéficiant d'une mesure d'individualisation affectant la matérialité de la peine : art. D. 124 du CPP. Singulièrement, en raison de sa nature, la détention à domicile sous surveillance électronique ne peut être retirée par le JAP en raison d'une mauvaise conduite, cette dernière pourra toutefois durant la durée de la mesure justifier un retrait de crédits de réduction de peine : art. D. 115-7 du CPP. En revanche, elle peut être révoquée pour inconduite notoire sur le fondement de l'article 723-13 du CPP, le doute existe sur la question de savoir si une faute disciplinaire peut dès lors caractériser une inconduite notoire.

⁹⁵² V. par exemple : Crim., 24 janvier 2007, n° 06-84.818, inédit.

⁹⁵³ La sanction de la mauvaise conduite du condamné par un retrait de réduction de peine n'exige pas une sanction disciplinaire. La chambre criminelle a eu l'occasion d'indiquer que la Cour d'appel qui confirme une décision de retrait fondée sur des infractions disciplinaires, malgré l'annulation par la juridiction administrative des sanctions prononcées, « fait l'exacte application de [l'art. 721, al. 3, du CPP] dès lors que cette annulation ne remettait pas en cause l'existence de fautes caractérisant une mauvaise conduite » : Crim., 18 mars 2009, n° 08-83.325, inédit. La Cour a depuis cassé des arrêts dans des affaires identiques. Il ne faut toutefois pas conclure à un revirement de jurisprudence car ces décisions sont exclusivement fondées sur l'absence de réponse de la Cour d'appel aux observations écrites du condamné : Crim., 21 septembre 2016, n° 15-83.954, inédit, AJ Pénal 2017. 49, obs. Herzog-Evans ; Crim., 9 mai 2018, n° 17-83.089, inédit. En raison de l'absence de subordination de la mauvaise conduite à une sanction disciplinaire, le recours formé contre la décision d'une commission de discipline n'interdit pas au JAP de prendre une ordonnance de retrait de crédits de réduction de peine en raison des fautes disciplinaires de la personne condamnée : Crim., 16 novembre 2016, n° 15-87.121, inédit.

⁹⁵⁴ BARBIER Gilas, LAURENT Benoît, GUÉHO Géraldine, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation. Chambre criminelle », *D.*, n° 24, 2015, p. 1395.

⁹⁵⁵ Pdt de la CHAP de Douai, ord. du 16 septembre 2015, citée in Crim., 16 novembre 2016, n° 15-87.121, inédit.

⁹⁵⁶ Il convient toutefois de relever qu'une partie des JAP subordonne la décision et le *quantum* de retrait des crédits de réduction de peine à la sanction disciplinaire et au nombre de jours de placement en cellule disciplinaire : POINSIGNON Frédéric, « Retrait de crédit de réduction de peines par le JAP : mode(s) d'emploi ? », *AJ Pénal*, n° 1, 2013, p. 28-34 ; FALXA Joana, « Retrait de crédits de réduction de peine et procès équitable : L'art de l'esquive », *AJ Pénal*, n° 9, 2015, p. 444.

⁹⁵⁷ Circ. du 7 avril 2005 relative à l'application des dispositions des articles 706-56, 721 à 721-3, 723-18, D.115 à D.117-3 et D. 147-6 à D.147-9 du code de procédure pénale relatifs aux réductions de peines, *op. cit.*, p. 11.

carcéral et que ce comportement caractérise une absence d'effort de réadaptation⁹⁵⁸ ». Certes, ces éléments ont été mobilisés dans cette affaire à la suite de fautes disciplinaires, il n'empêche que ces arguments à l'appui de la mauvaise conduite du détenu posent problème. D'une part, la contestation du système carcéral, si elle ne se matérialise pas par des fautes pénales ou disciplinaires, relève de la liberté d'opinion protégée notamment au titre de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et de l'article 26 de la loi pénitentiaire. D'autre part, si la réadaptation sociale est l'une des finalités de la peine et que les efforts de la personne en ce sens peuvent être récompensés par l'octroi d'une mesure d'individualisation, l'absence d'effort ne constitue pas une faute de quelque nature que ce soit. Au même titre que l'inconduite notoire, la notion de mauvaise conduite semble moins une manière de sanctionner un comportement fautif qu'un moyen pour le juge de renouveler son appréciation sur l'opportunité de prononcer une mesure d'individualisation.

De cette fonction, et de l'absence de définition de cette notion, découle un doute sur les événements pouvant être pris en compte pour caractériser la mauvaise conduite⁹⁵⁹. Le prosélytisme dans le respect du règlement intérieur de l'établissement est-il susceptible de caractériser la mauvaise conduite ? Le refus de se conformer à l'obligation d'activité de l'article 27 de la loi pénitentiaire peut-il être mobilisé par la commission d'application des peines ? Le caractère flou du motif de mauvaise conduite s'analyserait dès lors comme un instrument de sanction *infra*-disciplinaire. Impossible d'ailleurs de trouver de la sérénité dans la teneur du contrôle de la Cour de cassation que l'un de ses conseillers référendaires qualifie de « léger⁹⁶⁰ ». En revanche, l'analyse des motifs des ordonnances dont a eu à connaître la Cour rassure sur l'usage effectué jusqu'alors par les Cours d'appel de la notion de mauvaise

⁹⁵⁸ Pdt de la CHAP de Paris, ord. du 21 mai 2012, citée in Crim., 26 février 2014, n° 12-86.227, inédit.

⁹⁵⁹ Ayant eu à connaître de la conformité de cette notion au principe de légalité, le Conseil d'État a conclu que « les dispositions des alinéas cités au point 1 de l'article 721 du CPP [...] définissent de façon suffisamment claire et précise la mauvaise conduite du détenu » : CE, 6^e-1^{ère} SSR, 18 février 2015, n° 375765, inédit, D. 2015. 1122, chron. Céré ; D. 2015. 2465, chron. Garé ; AJ Pénal 2015. 195, note Herzog-Evans, Péchillon. Dans sa motivation, les conseillers d'État décrivent, plus qu'ils ne définissent, la notion de mauvaise conduite en énumérant les obligations et interdictions qui s'imposent aux détenus, en visant par exemple l'ensemble de celles définies au Titre II du Livre V du CPP relative à « la détention ». Le Conseil d'État semble avoir suivi sur ce point le rapporteur public qui dans ses conclusions demandait à la juridiction de se « placer dans le cadre de [la] jurisprudence d'Assemblée Min. de l'intérieur c/ B... du 7 juill. 2004 » dans laquelle il est rappelé que, « lorsqu'il est appliqué aux sanctions administratives, le principe de légalité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les infractions soient définies par référence aux obligations auxquelles est soumise une personne en raison [...] de l'institution dont elle relève ». Ce raisonnement du Conseil d'État n'est toutefois pas convainquant car, d'une part, l'ordonnance de retrait prise par le juge n'est pas une sanction administrative et, d'autre part, l'expression de mauvaise conduite ne renvoie pas à la réglementation de la détention. Au demeurant, toutes les interdictions et obligations qui s'imposent aux personnes détenues ne peuvent donner lieu à une sanction disciplinaire. Il est dès lors étonnant que des manquements moins graves à la réglementation puissent aboutir à un allongement de la peine à subir.

⁹⁶⁰ BARBIER Gilas, LAURENT Benoît, GUÉHO Géraldine, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation. Chambre criminelle », *op. cit.*

conduite. La totalité des décisions sont fondées, partiellement, ou le plus souvent exclusivement, sur des fautes disciplinaires, que celles-ci aient été ou non sanctionnées par la commission de discipline⁹⁶¹. La pratique des juridictions de l'application des peines est, pour le meilleur et pour le pire, liée aux constatations du personnel pénitentiaire. Les décisions de retrait motivées par la mauvaise conduite sont en conséquence l'enregistrement des constats effectués par l'administration sur l'attitude de la personne qui doit, au-delà de l'absence de commission d'infractions disciplinaires, adhérer au fonctionnement pénitentiaire. Par un arrêt du 15 avril 2015, la Cour de cassation rappelle effectivement que le crédit de réduction de peine n'a pas pour objet d'inciter à un comportement négatif – ne pas commettre de fautes – mais à un comportement positif défini par le fait « d'observer la bonne conduite nécessaire au fonctionnement normal de l'établissement carcéral⁹⁶² ».

Dès lors, on comprend que la notion de mauvaise conduite n'a pas pour objectif de définir clairement et précisément à quelles conditions peut être retirée une mesure, mais de contribuer à faire de l'adhésion du sujet au dispositif d'exécution un critère de l'individualisation de la peine. Le problème réside alors dans le fait que l'individualisation, affectant notamment la durée de la peine, intervient ici par le prononcé d'une sanction consistant à retirer une mesure fondée sur une notion floue, ne présentant pas les garanties nécessaires à la sécurité juridique. À l'instar des conditions d'octroi des mesures d'individualisation, les causes d'interruption des périodes probatoires échouent à prévenir tout risque d'arbitraire dans la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger. Avant d'entreprendre l'analyse des conséquences de l'établissement de périodes probatoires dans l'acte de punir, il reste cependant à considérer les conditions de la poursuite du processus d'individualisation par l'étude des modalités d'interruption (B) de la probation.

B. Les modalités d'interruption

168 Une décision d'opportunité. Le retrait et la révocation d'une mesure d'individualisation peuvent être motivés par différentes causes. Cependant, la décision d'interrompre la période probatoire demeure une simple faculté. Peu importe le motif, les

⁹⁶¹ V. par ex. : Crim., 24 janvier 2007, n° 06-84.818, inédit ; Crim., 18 mars 2009, n° 08-83.325, inédit ; Crim., 29 avril 2009, n° 09-80.044, inédit, Dr. pén. 2010. n° 3. 2, chron. Garçon ; Crim., 26 février 2014, n° 12-86.227, inédit ; Crim., 15 avril 2015, n° 14-80.417, Bull. Crim. n° 94 ; Crim., 22 juin 2016, n° 15-87.418, Bull. Crim. n° 198, AJ Pénal 2016. 500, obs. Herzog-Evans ; Crim., 21 septembre 2016, n° 15-83.954, inédit, préc. ; Crim., 16 novembre 2016, n° 15-87.121, inédit ; Crim., 9 mai 2018, n° 17-83.089, inédit.

⁹⁶² Crim., 15 avril 2015, n° 14-80.417, Bull. Crim. n° 94, préc. Sur cette notion *lato sensu* de la bonne conduite v. : *infra* n° 345.

juridictions de l'application des peines peuvent choisir de retirer ou révoquer la mesure, partiellement ou totalement, ou déterminer qu'il n'y pas lieu de réincarcérer la personne⁹⁶³. En revanche, concernant les modalités d'interruption de la période probatoire, il convient de distinguer entre l'ordonnance de retrait (A) et le jugement de retrait ou de révocation (B).

1. L'ordonnance de retrait

169 La nature de la décision de retrait. Le retrait des crédits de réduction de peine peut être décidé par le juge en commission d'application des peines, à la suite de sa saisine par le chef d'établissement ou sur réquisitions du procureur de la République⁹⁶⁴. Ce procédé de retrait est identique à celui de l'octroi des réductions de peine supplémentaires déjà étudié⁹⁶⁵. Cependant, il convient de revenir sur cette procédure en s'interrogeant sur la nature de la décision de retrait. Les critiques formulées lors de l'analyse de cette modalité d'exercice des fonctions du juge gagnent en effet en force lorsqu'elles sont envisagées en tant que modalités d'interruption d'une période probatoire, déterminant une « modification substantielle de la durée de l'exécution de la peine⁹⁶⁶ ». Dès lors, il est nécessaire de rechercher si cette ordonnance peut être considérée comme une décision portant sur une accusation en matière pénale, puis si le retrait qui en découle est une sanction ayant le caractère d'une punition. Cet examen de la nature de la décision de retrait révèle une coloration pénale contestée et un caractère punitif dénié.

170 Une coloration pénale contestée. Les incongruités procédurales déjà relevées⁹⁶⁷, ainsi que le cumul des sanctions disciplinaires avec les décisions de retrait, ont conduit des requérants à soulever des moyens fondés sur l'article 6 de la Convention européenne de

⁹⁶³ Concernant les crédits de réduction de peine, le JAP ne peut retirer qu'un nombre de jours proportionné à la durée de détention examinée en commission d'application des peines. Cependant, dans la limite du « montant maximal de retrait susceptible d'être ordonné », le juge est libre de déterminer le nombre de jours à retirer : art. D. 115-14-1 du CPP.

⁹⁶⁴ Al. 2, art. 721 du CPP. Il convient néanmoins de distinguer la procédure de retrait selon le motif invoqué : en cas de mauvaise conduite, le JAP se prononcera sur le retrait des crédits de réduction de peine selon la procédure de l'article 721-5 du CPP, alors qu'en cas de nouvelle condamnation, c'est la juridiction de jugement qui pourra ordonner le retrait des réductions de peine.

⁹⁶⁵ Art. 712-5 et D. 49-27 et s. du CPP. V. : *supra* n° 89-90.

⁹⁶⁶ ANTIER Maxime, « Exécution des peines - Le crédit de réduction de peine : un anachronisme juridique », *op. cit.* Pour une peine privative de liberté de deux ans, le crédit de réduction de peine s'élève à cinq mois ; pour une peine de quinze ans de réclusion criminelle, le crédit de réduction de peine s'élève à 31 mois.

⁹⁶⁷ « Présidée par le JAP, en présence du procureur de la République et du chef d'établissement, membres de droit, et d'un représentant du service pénitentiaire d'insertion et de probation, la commission d'application des peines statue dans le cadre d'une procédure qui, au-delà d'être non-publique et secrète, n'est pas contradictoire. » : *ibid.*

sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans le contentieux de l'application des peines. Si les atteintes aux exigences du procès équitable semblent évidentes, il en va autrement de l'application de l'article 6 de la Convention, subordonnée à l'existence d'une « accusation en matière pénale ». Afin d'éviter un contournement du texte de la Convention, la Cour a développé une interprétation autonome de cette notion dans le but d'étendre les garanties ordinairement attachées à la procédure pénale à d'autres procédures répressives⁹⁶⁸. Ce mouvement de pénalisation a été initié, dans son volet européen⁹⁶⁹, par l'arrêt *Engel* et précisé par l'arrêt *Öztürk*⁹⁷⁰. Les trois critères, alternatifs mais qu'il est possible de combiner pour déterminer si une procédure statue sur une accusation en matière pénale⁹⁷¹, sont la qualification juridique en droit interne, la nature de l'infraction, ainsi que la nature et le degré de sévérité de la sanction⁹⁷². Ayant eu à connaître de sanctions pénitenciaires anglaises, hautement similaires au retrait de crédits de réduction de peine, la Cour de Strasbourg avait conclu à la coloration pénale des procédures, en raison de la gravité des sanctions pouvant être prononcées⁹⁷³. Dans les deux décisions, il était question de la sanction d'un comportement d'un détenu en allongeant la durée de l'emprisonnement au-delà de la date initiale de libération⁹⁷⁴. La Grande chambre analyse dans son arrêt *Ezeh et Connors* cet allongement de la peine subie comme la conséquence « d'une procédure disciplinaire séparée sans lien juridique avec leur condamnation et leur peine initiales » et comme « une

⁹⁶⁸ CEDH, 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, §80-82 ; CEDH [GC], 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, n° 73053/01, AJDA 2007. 902, chron. Flauss, §43 : « De surcroît, en adoptant une interprétation autonome de la notion d'« accusation en matière pénale » par application des critères *Engel*, les organes de la Convention ont jeté les bases d'une extension progressive de l'application du volet pénal de l'art. 6 à des domaines qui ne relèvent pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal ».

⁹⁶⁹ À la jurisprudence de la CEDH sur l'article 6 de la Convention, il convient d'ajouter la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'article 8 de la DDHC étendant les exigences des principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité à toutes les « sanctions ayant le caractère d'une punition » : CC, Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988, consid. 15 ; CC, Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, consid. 36.

⁹⁷⁰ CEDH, 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72 ; CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*, n° 8544/79.

⁹⁷¹ CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c. France*, n° 12547/86, RFDA 1995. 1172, chron. Labayle, Sudre ; AJDA 1994. 511, chron. Flauss ; LPA 1994. n° 46, note Flauss

⁹⁷² CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*, n° 8544/79, §50.

⁹⁷³ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, n° 7819/77 et 7878/77 ; CEDH, [GC], 9 octobre 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, n° 39665/98 et 40086/98, Dr. pén. 2004. n° 6. étude 7, note Vergès ; RSC 2004. 173, note Massias ; D. 2003. 919, chron. Céré ; AJ Pénal 2004. 36, obs. Céré. Dans le premier arrêt, il s'agissait d'une « perte de remise de peine », dans le second, il était question, après une réforme du droit pénitenciaire au Royaume-Uni, de « jours de détention supplémentaires » repoussant la date à laquelle la personne condamnée pouvait bénéficier de droit d'une décision de libération anticipée.

⁹⁷⁴ Une différence importante dissocie toujours ces sanctions de notre retrait de crédits de réduction de peine : les sanctions anglaises sont des sanctions administratives disciplinaires, alors que la décision de retrait en France est une décision judiciaire prise au titre de l'application de la peine. Les sanctions disciplinaires françaises ne peuvent conduire à une privation de liberté plus longue, mais uniquement à un régime de détention plus sévère au travers d'un placement en cellule disciplinaire. V. : art. R. 57-7-33 du CPP.

nouvelle privation de liberté infligée à des fins punitives après un verdict de culpabilité »⁹⁷⁵. Autrement dit, ce n'est pas parce que les sanctions prononcées interviennent dans l'exécution de la peine qu'elles ne sont pas une nouvelle privation de liberté fondée sur un comportement distinct de celui ayant donné lieu à la condamnation.

En dépit de cette jurisprudence, la Cour de cassation a en 2014 exclu toute applicabilité de l'article 6 de la Convention, comme de l'article 49-3 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, aux ordonnances de retrait de crédits de réduction de peine⁹⁷⁶. Dénué de motivation, cet arrêt lapidaire rejette l'application de ces fondements en se bornant à énoncer que ces dispositions « ne peuvent être opposées en la matière⁹⁷⁷ ». Dans le silence de la chambre criminelle se caractérise l'affirmation implicite du caractère disciplinaire de l'accusation sur laquelle statue le juge. Sans aucun doute, la qualification en droit interne de la mauvaise conduite n'est pas une incrimination. Il semble ensuite possible de conclure, eu égard à son objet et son but, que la nature de l'infraction sanctionnée par la décision de retrait est disciplinaire. L'interdiction de mauvaise conduite est en effet limitée aux personnes détenues et à la protection du bon ordre de l'établissement pénitentiaire. Malgré le but répressif de la sanction, consubstantiel à l'action de sanctionner une mauvaise conduite, le champ *rationae personae* et *rationae materiae* de l'infraction tend à caractériser sa nature disciplinaire. Le critère décisif ne peut être dès lors que la gravité de la sanction, qui s'analyse le plus souvent comme la possibilité de prononcer une privation de liberté⁹⁷⁸. Deux analyses de l'effet de la décision de retrait sont en concurrence. D'un côté, il est possible de considérer que le retrait de crédits de réduction de peine n'ordonne pas une privation de liberté distincte de la peine prononcée par la juridiction de jugement. De l'autre, il est possible de faire valoir, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'Homme, que l'emprisonnement qui résulte de la décision de retrait a un fondement distinct de la peine, et qu'ainsi, elle ordonne une privation de liberté autonome, de nature à caractériser le critère de gravité de la

⁹⁷⁵ CEDH, [GC], 9 octobre 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, n° 39665/98 et 40086/98, préc., §123 ; §124.

⁹⁷⁶ Crim., 26 février 2014, n° 12-86.227, inédit.

⁹⁷⁷ *Ibid.* D'ailleurs, la chambre criminelle avait déjà énoncé que « le juge saisi n'est pas appelé à décider du bien-fondé d'une accusation en matière pénale » pour conclure que « le président de la chambre de l'application des peines ne fait qu'appliquer les dispositions de l'article 712-12 du code de procédure pénale qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions conventionnelles invoquées » : Crim., 10 juin 2009, n° 08-86.641, inédit.

⁹⁷⁸ « Dans une société attachée à la prééminence du droit, ressortissent à la « matière pénale » les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important. » : CEDH, 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, §82. Le critère du degré de sévérité de la sanction s'entend essentiellement d'une sanction privative de liberté encourue, des amendes au montant élevé peuvent néanmoins également, par leur sévérité, caractériser la coloration pénale de l'infraction : CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10 et al., note Stasiak ; RSC 2015. 159, note Marguénaud ; Rev. sociétés 2014. 675, note Matsopoulou ; RPDP 2014. 927, chron. Peltier, §99.

sanction. Rejetant toute applicabilité de l'article 6 de la Convention, la juridiction suprême assimile le retrait de crédits de réduction de peine à un placement en cellule disciplinaire qui n'ajoute rien à la peine subie par la personne condamnée.

Il existe toutefois sur ce point « une divergence d'analyse entre la Cour de cassation et le Conseil d'État⁹⁷⁹ ». Dans le cadre d'une demande d'abrogation, ce dernier a effectivement conclu à l'application de l'article 6 de la Convention aux décisions de retrait de crédits de réduction de peine au regard de « leurs conséquences pour la durée de l'emprisonnement⁹⁸⁰ ». Si l'emprisonnement subi dans l'hypothèse de décisions de retrait n'est pas supérieur au *quantum* de la peine privative de liberté prononcée par la juridiction de jugement, il dépasse néanmoins la durée de l'incarcération à laquelle donne lieu la peine après l'application par le greffe de l'article 721 du code de procédure pénale. À la suite de cette décision, la Cour de cassation n'a pas admis l'applicabilité de l'article 6. En revanche, les juges du quai de l'horloge ont choisi de répondre au moyen tiré de la violation du droit au procès équitable en rejetant les arguments du demandeur plutôt que le fondement du moyen⁹⁸¹. Cette décision peut sembler être un pas en avant dans l'application des exigences du procès équitable aux ordonnances du juge de l'application des peines, elle cristallise en réalité le problème car la Cour de cassation refuse de conclure à une quelconque violation en ne faisant, par exemple, aucun état de la présence du procureur de la République lors de la décision de retrait en première instance, alors qu'elle constitue manifestement une rupture de l'égalité des armes⁹⁸². Au-delà du critère de la gravité de la sanction, c'est la reconnaissance même d'une atteinte au droit au procès équitable qui pose problème, et qui avait déjà conduit la Cour, un mois auparavant, à refuser de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la constitution de l'article 712-5 du code de procédure pénale, notamment au regard de l'insuffisance des garanties d'indépendance de la commission d'application des peines dans laquelle le procureur est membre de droit et de l'absence d'avocat, au motif,

⁹⁷⁹ BARBIER Gilas, LAURENT Benoît, GUÉHO Géraldine, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation. Chambre criminelle », *D.*, n° 24, 2015, p. 1395.

⁹⁸⁰ CE, 6^e-1^{ère} SSR, 24 octobre 2014, n° 368580, *Gaz. Pal.* 2014. n° 352. 20, note Roussel ; *AJDA* 2014. 1374, note Falxa ; *AJ Pénal* 2014. 39, note Céré, consid. 4.

⁹⁸¹ *Crim.*, 15 avril 2015, n° 14-80.417, *Bull. Crim.* n° 94, préc. : « Qu'en effet, [...] le retrait, total ou partiel, de ce crédit est décidé par un juge, qui n'est pas lié par la décision disciplinaire prise par l'administration pénitentiaire, et dont l'ordonnance est susceptible d'appel, la décision du président de la chambre de l'application des peines pouvant ensuite faire l'objet d'un pourvoi en cassation, de sorte que sont pleinement assurés l'exercice des droits de la défense et l'équité de la procédure ; ».

⁹⁸² Comme l'indique un magistrat, la procédure disciplinaire dans les établissements pénitentiaires est bien plus respectueuse des droits de la défense, alors même que l'enjeu n'est pas l'allongement de la privation de liberté, contrairement au contentieux du retrait des crédits de réduction de peine : ANTIER Maxime, « Exécution des peines - Le crédit de réduction de peine : un anachronisme juridique », *op. cit.*

qu'« à l'évidence, les règles applicables respectent les droits et libertés garantis par la Constitution qu'invoque la question prioritaire de constitutionnalité⁹⁸³ ».

Par sa jurisprudence, la Cour de cassation indique que le retrait de crédits de réduction de peine relève, au sens européen, du domaine disciplinaire et, qu'au demeurant, cette décision relative à l'application des peines est prise conformément à une procédure respectant les exigences du procès équitable. Cette affirmation implicite du caractère disciplinaire de l'accusation s'articule parfaitement avec la négation expresse du caractère répressif de la sanction pour retirer au justiciable tout recours aux droits et libertés fondamentaux pour remettre en cause la procédure du prononcé d'une décision allongeant la durée de la peine infligée. À la coloration pénale contestée s'adjoint par conséquent un caractère punitif dénié.

171 Un caractère punitif dénié. La position défendue par la Cour de cassation n'est pas seulement que le retrait n'a pas de coloration pénale, mais qu'il n'est que la prise en compte de l'attitude de la personne en détention pour l'application de la peine. La décision de retrait est ainsi assimilée à un refus d'octroi. Le retrait ne découlerait pas d'une « accusation » car il s'agirait de l'enregistrement de l'inconvenance entre le comportement de la personne et la mesure de réduction de peine, qui lui avait été accordée à titre précaire, dans la poursuite de l'« objectif d'individualisation de la peine »⁹⁸⁴. C'est la raison pour laquelle c'est le Conseil d'État, et non la chambre criminelle, qui a permis la saisine du Conseil constitutionnel⁹⁸⁵. La conception de la chambre criminelle est cependant conforme à celle du Conseil constitutionnel qui considère « qu'un tel retrait ne constitue [...] ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition⁹⁸⁶ ». Plutôt que d'analyser à l'instar de la Cour européenne des droits de l'Homme que la décision de retrait ordonne une nouvelle privation de liberté, les juges de la rue Montpensier préfèrent souligner qu'elle n'a pour seule « conséquence que le condamné exécute totalement ou partiellement la peine telle qu'elle a été prononcée par la juridiction de jugement⁹⁸⁷ ». Ainsi énoncée, la position des sages nie le caractère répressif de la sanction de sorte que les exigences du principe de légalité, de ses corollaires et du principe

⁹⁸³ Crim., 15 mars 2011, n° 11-90.005, inédit. Dans le même sens v. : Crim., 31 octobre 2012, n° 12-85.591, inédit ; Crim., 9 janvier 2013, n° 12-86.832, inédit, Dr. pén. 2013. n° 4. comm. 68, note Bonis-Garçon ; Crim., 7 août 2013, n° 13-84.500, inédit ; Crim., 9 octobre 2013, n° 13-85.760, inédit.

⁹⁸⁴ Crim., 18 juin 2014, n° 14-82.820, inédit.

⁹⁸⁵ CE, 6^e-1^{ère} SSR, 14 mai 2014, n° 375765, inédit, préc.

⁹⁸⁶ CC, Décision n° 2014-408 QPC du 11 juillet 2014, M. Dominique S. [Retrait de crédit de réduction de peine en cas de mauvaise conduite du condamné en détention], Dr. pén. 2014. n° 10. comm. 134, note Bonis-Garçon ; Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2015. n° 46. 195, chron. Surrel ; Gaz. Pal. 2014. n° 352. 20, note Roussel ; D. 2014. 2423, chron. Ginestet ; RPDP 2014. 927, chron. Peltier ; RPDP 2015. 641, chron. Renoux, Magnon, consid. 7.

⁹⁸⁷ *Ibid.*

de nécessité soient inapplicables. Il est en effet bien difficile d'adhérer à l'idée qu'une sanction allongeant la durée de l'emprisonnement que doit subir la personne, en raison de sa mauvaise conduite, pourrait ne pas être une sanction ayant le caractère d'une punition. Certes, la décision de retrait n'a pas pour objet d'allonger la peine prononcée par la juridiction de jugement. Cependant, en retirant des crédits de réductions de peine, elle prolonge l'acte de punir au-delà de la date initiale de libération. Ces réductions sont attribuées à titre précaire lors de la mise sous écrou de la personne et emportent des effets juridiques dès cet instant. L'attribution administrative des crédits de réduction de peine ne correspond pas à une information indiquant à quelle date le condamné peut prétendre à être libéré s'il observe une bonne conduite, elle détermine la date de libération en vertu des réductions de peine dont il bénéficie de droit du fait de la loi⁹⁸⁸. La Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ne tirent pas toutes les conséquences du retrait des crédits de réduction de peine attribués de plein droit, car ils refusent de prendre en compte le prolongement de la peine à subir qui a pour fondement, non pas la condamnation, mais la mauvaise conduite en détention.

La négation du caractère répressif de cette sanction s'inscrit dans l'idée que la décision de la commission d'application des peines ne serait que la prise en compte de l'attitude du sujet au titre de l'application des peines. Mais, à partir du moment où les crédits de réduction de peine contribuent à définir la peine à subir, il est impossible de considérer que la décision de retrait n'ordonne pas une privation de liberté supplémentaire qui ne se fonde pas sur la condamnation. La Cour de cassation et le Conseil constitutionnel assimilent une décision de retrait à une décision de refus d'octroi sous prétexte que la durée de l'emprisonnement supplémentaire ne dépasse pas la durée prononcée par la juridiction de jugement. Pourtant, le code de procédure pénale dispose dans sa partie réglementaire que la décision de retrait « n'a pas pour effet de remettre à exécution la ou les peines auxquelles correspondait le crédit de réduction de peine ayant été retiré⁹⁸⁹ ». L'acte de punir se prolonge sur le fondement d'un titre d'écrou différent de celui de la condamnation, consubstantiel à la décision de retrait⁹⁹⁰, ce qui

⁹⁸⁸ La date de libération est notifiée aux détenus condamnés de sorte que, si elle n'est pas définitivement acquise, elle n'est pas non plus simplement hypothétique. De plus, ces réductions de peine peuvent emporter des effets juridiques avant leur computation et leur notification. Le JAP, le procureur de la République et même la juridiction de jugement peuvent, si la personne condamnée libre a exécuté une détention provisoire, prendre en compte, au titre de l'article 723-15 du CPP, la peine restant à subir eu égard à la durée de la détention provisoire effectuée, des crédits de réduction de peine auxquels donne droit le *quantum* de la peine prononcée et des réductions de peine supplémentaires susceptibles d'être octroyées : art. 474, 723-15, D. 147-12, D. 147-14 du CPP ; Crim., 18 mars 2015, n° 14-84.689, Bull. Crim. n° 61, préc. Sur l'attribution administrative des crédits de réduction de peine v. : *supra* n° 92.

⁹⁸⁹ Art. D. 115-12 et D. 115-17 du CPP.

⁹⁹⁰ De ce fait, le caractère précaire de l'octroi des réductions de peine ne tient plus. Les réductions accordées ne peuvent être retirées, seule une nouvelle privation de liberté équivalente peut être ordonnée.

confirme tant le caractère répressif de la sanction de retrait que sa coloration pénale⁹⁹¹. Toutefois, il ne s'agit pas de dire qu'il n'est pas possible de redéfinir la peine à subir en fonction de l'attitude de la personne en détention, mais que cette participation du juge de l'application des peines à l'acte de juger doit s'exercer dans le respect du droit au procès équitable, et que les comportements pouvant donner lieu à un allongement de la peine à subir, dans les limites de la peine prononcée, doivent être définis clairement et précisément.

En raison de la négation du caractère répressif de la sanction par le Conseil constitutionnel, les principes fondés sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et leurs corollaires ne peuvent plus être mobilisés. La décision des sages fait ainsi obstacle à l'analyse du motif de mauvaise conduite eu égard aux exigences de clarté et de précision du principe de légalité. À cet ensemble de conséquences directes s'adjoignent, en outre, des conséquences indirectes résultant de l'influence de la décision du Conseil constitutionnel sur les autres juridictions. Antérieurement à la décision du 11 juillet 2014⁹⁹², le Conseil d'État considérait sérieuse la question analysant que la notion de mauvaise conduite n'est pas « précisément définie⁹⁹³ », les conseillers estiment dorénavant, alors même qu'ils statuent sur le fondement de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, que les dispositions légales et réglementaires « définissent de façon suffisamment claire et précise la mauvaise conduite du détenu, qui est susceptible de justifier le retrait du bénéfice d'un crédit de réduction de peine⁹⁹⁴ ». La négation du caractère répressif de la décision de retrait par le Conseil constitutionnel emporte également des effets sur l'application du principe *ne bis in idem*. Dans un arrêt du 25 mars 2015, le Conseil d'État devait notamment statuer sur un moyen arguant que les articles réglementaires précisant les conditions du retrait du crédit de réduction de peine dans

⁹⁹¹ Comme le rappelle la circulaire du 7 avril 2005, l'effet de la décision de retrait n'emporte pas, conformément à l'article D. 115-12 CPP, la remise à exécution de la peine pour laquelle le crédit a été attribué. En conséquence, « les effets rattachés à la condamnation sur laquelle le crédit de réduction de peine a été calculé ne jouent pas pendant l'exécution du retrait ou du fait de son inscription sur la fiche pénale » : Circ. relative à l'application des dispositions des articles 706-56, 721 à 721-3, 723-18, D.115 à D.117-3 et D. 147-6 à D.147-9 du code de procédure pénale relatifs aux réductions de peines, *op. cit.*, p. 13. À titre d'exemple, le statut de personne en état de récidive légale ne s'étend pas à la détention fondée sur le crédit de réduction de peine. De la même manière, en cas d'exécution successive de plusieurs peines, le *quantum* ayant fait l'objet d'une décision de retrait avant le terme de la première peine, ne sera mis à exécution qu'une fois que toutes les peines auront été exécutées. En somme, le retrait de crédits de réduction de peine n'a pas pour conséquence que la peine soit exécutée telle qu'elle a été prononcée, puisque l'acte de punir se poursuit sur un nouveau fondement, lié à la peine mais sans que les qualités attachées à la condamnation ne se transmettent à ce nouveau titre de détention.

⁹⁹² CE, 6^e-1^{ère} SSR, 14 mai 2014, n° 375765, inédit, préc.

⁹⁹³ CC, Décision n° 2014-408 QPC du 11 juillet 2014, M. Dominique S., préc., consid. 3.

⁹⁹⁴ CE, 6^e-1^{ère} SSR, 18 février 2015, n° 375765, inédit, préc., consid. 2. Ayant également eu à connaître postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel d'un moyen fondé sur l'article 8 de la DDHC, le Conseil d'État a écarté ce dernier en reprenant la position du Conseil constitutionnel : CE, 6^e-1^{ère} SSR, 25 mars 2015, n° 374401, recueil Lebon, consid. 10.

l'hypothèse d'une nouvelle condamnation étaient incompatibles avec l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 de la Convention⁹⁹⁵. Pour conclure à l'absence de violation du principe en cause, le Conseil d'État reprend à l'identique la formule du Conseil constitutionnel niant le caractère répressif de la décision de retrait⁹⁹⁶. Pourtant, les décisions de retrait de crédits de réduction de peine sont considérées par le Conseil d'État comme « relevant de la matière pénale⁹⁹⁷ », c'est-à-dire le critère d'application de l'article 4 du Protocole additionnel n° 7, tel qu'interprété par l'arrêt *Zolotoukhine*⁹⁹⁸. En conséquence, le Conseil aurait dû rechercher si les infractions portaient en substance sur les mêmes faits⁹⁹⁹. Au demeurant, la Cour de cassation avait déjà rejeté un moyen tiré de la violation du principe *ne bis in idem* concernant une décision de retrait pour mauvaise conduite fondée sur une sanction disciplinaire. La Cour casse en effet l'ordonnance d'une Cour d'appel disant n'y avoir lieu à une décision de retrait car le condamné ne saurait être sanctionné deux fois pour les mêmes faits aux motifs que, d'une part, les sanctions n'ont pas la même nature juridique et, d'autre part, qu'elles ne tendent pas au même but. Les juges précisent que la décision de retrait participe « de l'application individualisée de la peine¹⁰⁰⁰ », alors que les sanctions disciplinaires tendent à « assurer la tranquillité et la sécurité de l'établissement pénitentiaire¹⁰⁰¹ ».

Une nouvelle fois, on retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation l'idée que la décision de retrait ne serait pas une sanction répressive, mais une simple prise en compte du

⁹⁹⁵ CE, 6^e-1^{ère} SSR, 25 mars 2015, n° 374401, recueil Lebon.

⁹⁹⁶ Le retrait de crédit de réduction de peine pour une nouvelle condamnation ou pour mauvaise conduite « a pour conséquence que le condamné exécute totalement ou partiellement la peine telle qu'elle a été prononcée par la juridiction de jugement » : *ibid.*, consid. 12 ; CC, Décision n° 2014-408 QPC du 11 juillet 2014, M. Dominique S., préc., consid. 7.

⁹⁹⁷ CE, 6^e-1^{ère} SSR, 24 octobre 2014, n° 368580, préc., consid. 4.

⁹⁹⁸ CEDH, [GC], 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03, RSC 2009. 675, obs. Roets ; D. 2009. 2014, note Pradel.

⁹⁹⁹ En tout état de cause, après l'arrêt *A et B c. Norvège* introduisant le critère du « lien matériel et temporel suffisamment étroit », il convient de conclure à l'admission du cumul de ces sanctions portant en substance sur les mêmes faits en raison de leur caractère coordonné : CEDH, [GC], 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège*, n° 24130/11 et 29758/11, RSC 2017. 134, note Roets ; D. 2017. 128, chron. Renucci ; Gaz. Pal. 2016. n° 42. 18, note Sauron ; Gaz. Pal. 2017. n° 10. 31, note Andriantsimbazovina ; Dr. Pén. 2017. n° 4. chron. 4, chron. Dreyer ; JCP G 2017. n° 1-2, doct. 32, chron. Sudre ; AJ Pénal 2017. 45, note Robert.

¹⁰⁰⁰ Crim., 22 juin 2016, n° 15-87.418, Bull. Crim. n° 198, préc.

¹⁰⁰¹ *Ibid.* À l'instar de l'arrêt du 15 avril 2015 précité relatif à l'équité de la procédure de retrait de crédits de réduction de peine, la Cour d'appel ne conclut pas à l'inapplicabilité du principe, mais préfère indiquer qu'aucune atteinte n'est à relever. L'interdiction de sanctions de natures différentes étant fondée en droit interne sur l'article 8 de la DDHC, la Cour aurait effectivement pu se contenter d'indiquer que le retrait de crédits de réduction de peine n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition. Sur cette question : CC, Décision n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC du 18 mars 2015, EADS [M. John L. et autres], RSC 2015. 374, note Stasiak ; RSC 2015. 705, note De Lamy ; Revue des sociétés 2015. 380, note Matsopoulou ; RTD Com. 2015. 317, note Rontchevsky ; D. 2015. 894, note Le fur, Schmidt ; D. 2015. 1506, chron. Mascalini ; D. 2015. 1738, chron. Pradel ; D. 2015. 2465, chron. Ginestet ; Bulletin Joly Bourse 2005. n° 5. 204, note Bonneau ; Gaz. Pal. 2015. n° 132. 7, note Moulin ; Droit Administratif 2015. n° 6. comm. 39, note Perroud ; Dr. pén. 2015. n° 5. comm. 79, note Peltier ; Droit des sociétés 2015. n° 5 comm. 94, note Torck ; Droit des sociétés 2015. n° 5. comm. 99, note Salomon ; JCP G 2015. n° 13. 368, note Sudre ; JCP G 2015. n° 13. 369, note Robert.

déroulement de la détention dans l'application de la peine, alors que la décision de retrait a pour conséquence d'allonger la durée de l'acte de punir¹⁰⁰². La participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger s'opère ainsi en dehors des prescriptions du droit au procès équitable, et en l'absence de toute sécurité juridique, afin de préserver la souplesse de cet outil disciplinaire au détriment des droits des détenus. Salutairement, la précarité procédurale et substantielle introduite par la loi du 9 mars 2004 en matière d'ordonnance de retrait de crédits de réduction de peine n'a pas emporté une remise en cause des garanties conquises par la juridictionnalisation en matière de jugement de retrait ou de révocation (2).

2. Le jugement de retrait ou de révocation

172 Un enjeu accru. Le jugement de retrait ou de révocation est le miroir de la décision d'octroi¹⁰⁰³. Les modalités d'exécution prononcées par un jugement ne peuvent être retirées ou révoquées que par un jugement d'une juridiction de l'application des peines¹⁰⁰⁴. Avec le développement du recours au milieu ouvert et le renforcement du régime probatoire, l'enjeu entourant cette décision est devenu équivalent à celui inhérent au fait de statuer sur l'action publique. L'interruption d'une période probatoire peut en effet avoir pour conséquence une privation de liberté de plusieurs années. Il est dès lors nécessaire de comparer les garanties du justiciable dans la procédure traitant du contentieux relatif à la modulation judiciaire avec le reste de la procédure pénale *stricto sensu*. Contrairement à l'ordonnance de retrait, la jurisprudence de la Cour de cassation souligne une coloration pénale admise. L'observation de la procédure applicable à l'interruption de la période probatoire démontre pour autant une itération de la procédure pénale imparfaite¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰² L'affirmation de la Cour selon laquelle la décision de retrait ne donne lieu à « aucune privation de liberté distincte de la peine en cours d'exécution » est difficilement conciliable les dispositions du CPP qui indique que le retrait ne remet pas à exécution la peine qui avait donné lieu à l'attribution des crédits de réduction de peine. L'allongement de l'acte de punir n'est pas fondé sur la perte d'un « avantage », mais sur la sanction d'un comportement du justiciable : Crim., 15 avril 2015, n° 14-80.417, Bull. crim. n° 94, préc.

¹⁰⁰³ Le code de procédure pénale distingue les décisions de révocation, pour les mesures d'individualisation procédant à la levée de l'écrou, et les décisions de retrait.

¹⁰⁰⁴ Ce parallélisme des formes connaît tout de même une exception, lorsque la condamnation pour une nouvelle infraction est une cause d'interruption de la période probatoire. La mesure peut alors être également retirée ou révoquée par la juridiction de jugement, à la manière d'un sursis, dans trois hypothèses. Premièrement, la juridiction de jugement peut en cas de nouvelle condamnation retirer les crédits de réduction de peine : art. 721 du CPP. Deuxièmement, cette dernière, après avis du JAP, peut retirer les réductions de peines exécutées sous le régime de la surveillance judiciaire en cas de condamnation pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru : art. 723-35 du CPP. Troisièmement, les réductions de peines octroyées pourront également être retirées « en cas de condamnation pour un crime ou un délit volontaire commis à l'occasion d'une permission de sortir » : art. 723-5 du CPP.

¹⁰⁰⁵ Nous visons ici la procédure pénale entendue classiquement comme « l'ensemble des règles relatives à la constatation des infractions ainsi qu'à l'identification, l'appréhension, la poursuite et le jugement de leurs

173 Une coloration pénale admise. Le retrait ou la révocation des mesures d'individualisation relevant d'une procédure de jugement doivent contrairement aux ordonnances respecter le droit au procès équitable. C'est ce qu'il ressort de l'arrêt de la chambre criminelle du 15 avril 2015 rendu « sous la forme d'un arrêt de principe¹⁰⁰⁶ », au visa de l'article 6 de la Convention, ainsi que de l'article préliminaire du code de procédure pénale et de l'article 733 du code de procédure pénale¹⁰⁰⁷. Il était question dans cet arrêt du droit pour la personne de comparaître à l'audience de révocation de la libération conditionnelle lorsqu'elle en fait la demande. Dans un attendu de principe, la Cour a alors rappelé que « le respect des principes du contradictoire et de l'équilibre des droits des parties interdit à la chambre de l'application des peines prononçant sur une demande de révocation de libération conditionnelle de statuer sans que le condamné qui en fait la demande eut été mis en mesure de comparaître à l'audience¹⁰⁰⁸ ». La valeur et la portée de cet arrêt doivent être soulignées car il constitue un apport significatif, tant sur la question du droit à être appelé et entendu que sur l'applicabilité de l'article 6. Ainsi, le condamné qui en fait la demande a le droit d'être entendu, que le code prévoit ou non cette possibilité. Quant à l'applicabilité du droit au procès équitable sur le fondement de la Convention, il est pour la première fois clairement admis par la chambre criminelle en matière de jugement de retrait ou de révocation. Rien ne permet effectivement de douter que cette solution ne s'applique pas à toutes les mesures d'individualisation judiciaires relevant d'un jugement, et non à la seule libération conditionnelle. Ces mesures d'application et d'exécution des peines ont en effet toutes en commun de subordonner la liberté de la personne au respect d'un régime probatoire. De plus, la révocation de la libération conditionnelle étant intervenue durant le placement sous surveillance électronique à titre probatoire, rien n'indique alors que le contentieux du retrait des mesures ne procédant pas à la levée de l'écrou ne soit pas également considéré par la Cour de cassation comme statuant sur une accusation en matière pénale¹⁰⁰⁹.

auteurs » : DESPORTES François, LAZERGES-COUSQUER Laurence, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Paris, Economica, « Corpus. Droit privé », 2015, n°1. Cependant, nous adhérons pleinement à l'idée que l'exécution des peines est une « phase de la procédure pénale » destinée à la « mise en application de la réponse donnée » à l'infraction : PARIZOT Raphaële, « Motivation des décisions relatives aux aménagements de peine et place de la victime dans l'exécution des peines », *op. cit.*, p. 149. À ce titre, nous considérons le dispositif d'exécution de la peine privative de liberté comme un sous-dispositif de la procédure pénale : v. : *supra* n° 31.

¹⁰⁰⁶ GIACOPELLI Muriel, « La promotion du milieu ouvert par l'aménagement des peines », *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁰⁷ Crim., 15 avril 2015, n° 14-82.622, Bull. Crim. n° 92, Dr. pén. 2015. n° 6, comm. 91, note Bonis-Garçon.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ Depuis, la chambre criminelle a eu l'occasion de faire application des garanties du principe *ne bis in idem* de l'article 4 du protocole additionnel n° 7, indirectement rattachées à l'article 6 de la Convention, sans toutefois reconnaître explicitement la qualité d'accusation en matière pénale de retrait de mesure d'exécution des peines :

L'inférence contenue dans le visa de l'arrêt du 15 avril 2015 est que la saisine des juridictions de l'application des peines constitue une accusation en matière pénale. Ce constat s'oppose à la jurisprudence constante de la chambre criminelle sur les ordonnances de retrait dont la coloration pénale au sens européen est contestée en droit interne¹⁰¹⁰. Le retrait des crédits de réduction de peine est en effet interprété comme ne conduisant pas à une privation de liberté distincte de la peine prononcée par la juridiction de jugement et n'a, de ce fait, aucun caractère répressif selon la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. En ce qu'elles déterminent l'application de l'article 6 de la Convention, les causes d'interruption de la période d'épreuve doivent être considérées comme des infractions de nature à entraîner des « privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif¹⁰¹¹ ». Seul le critère de la gravité est en effet de nature à caractériser la coloration pénale des jugements de retrait ou de révocation, en ce qu'ils ne répriment pas la commission d'une incrimination, mais une infraction propre aux personnes condamnées assujetties à un régime probatoire. Néanmoins, la différence de nature entre la privation de liberté fondée sur l'ordonnance de retrait et sur le jugement interrompant la période probatoire ne convainc guère. Dans un cas comme dans l'autre, une faute ou une inconvenance est à l'origine d'une modification substantielle de la peine à subir. De ce fait, le refus de l'application des garanties du procès équitable semble moins justifié par une différence de nature des mesures fondées sur les effets juridiques de leur retrait que sur la volonté de préserver la flexibilité d'une procédure touchant au champ carcéral. Enregistrant essentiellement l'activité de l'administration pénitentiaire, les ordonnances de retrait sont à la lisière entre l'application et l'exécution des peines, ce qui explique sans doute l'antagonisme des solutions dans l'application de l'article 6 de la Convention par la Cour de cassation. En dehors de la commission d'une nouvelle infraction, le retrait de crédits de réduction de peine est en effet indissociable de la détention de la personne, elle n'appelle pas en conséquence une itération de la procédure pénale *stricto sensu*.

174 Une itération de la procédure pénale. Au sein du dispositif d'exécution s'impose le constat de l'élaboration progressive d'une « procédure pénale *bis*¹⁰¹² ». Par cette expression, nous n'entendons pas une nouvelle procédure dérogatoire, ayant pour objet la recherche des auteurs de certaines infractions, mais la reproduction de la structure de la procédure pénale

Crim., 3 mai 2018, n° 17-83.225, Bull crim. n° 81, D. 2018. 2259, chron. Ginestet ; Dr. pén. 2018. comm. 115, note Maron, Haas.

¹⁰¹⁰ V. : *supra* n° 170.

¹⁰¹¹ CEDH, 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, §82.

¹⁰¹² LAZERGES Christine, « La dérive de la procédure pénale », *RSC*, n° 4, 2003, p. 644 ; LAZERGES Christine, « La défense sociale nouvelle a 50 ans. L'actualité de la pensée de Marc Ancel », *RSC*, n° 1, 2005, p. 166.

stricto sensu et de ses principales mesures d'investigation et de prévention, après la clôture du procès pénal. Dans le champ de l'application des peines se dessinent effectivement une procédure pénale dédiée à l'enquête et la caractérisation de la commission des infractions propres au régime probatoire des mesures d'individualisation judiciaires. La soumission de la personne à un régime probatoire se traduit par la définition d'illégalismes propres aux condamnés s'inscrivant dans le milieu ouvert, destinés à les contrôler et à vérifier qu'ils agissent en « personne responsable¹⁰¹³ ». Au fur et à mesure du développement du milieu ouvert dans la pénalité, ces infractions au régime probatoire deviennent de plus en plus importantes du fait de leur enjeu pour la sécurité publique, et en raison de l'accroissement de l'enjeu pour les droits fondamentaux, au point de justifier pour le législateur l'élaboration d'un arsenal procédural similaire à celui destiné à la recherche des auteurs d'incriminations. C'est la raison pour laquelle nous pouvons observer dans le champ de l'application des peines la multiplication de mesures d'investigation dédiées à la recherche et la constatation de ces illégalismes, qui ne sont pourtant ni des infractions pénales, ni des comportements portant nécessairement atteinte à l'ordre public. À l'instar des développements substantiels tenant au contenu du régime probatoire¹⁰¹⁴, les mesures procédurales afférentes soulèvent de plus en plus d'interrogations quant au respect du droit des personnes à un procès équitable, que ce soit sur le plan des droits de la défense ou du droit à un juge impartial.

En vertu des articles 721-4 et D. 49-25 du code de procédure pénale, les juridictions de l'application des peines ont à connaître des contentieux du retrait et de la révocation des mesures qui relèvent de leur compétence. Pour cela, elles peuvent être saisies par le procureur de la République, la personne condamnée ou d'office par le juge¹⁰¹⁵. Ce dernier dispose en effet de la faculté de s'auto-saisir pour « accord[er], modifi[er], ajourn[er], refus[er], retir[er] ou révoqu[er]¹⁰¹⁶ » les mesures relevant de sa compétence¹⁰¹⁷. Ainsi, lorsqu'il constate des faits pouvant caractériser une cause de révocation de la période probatoire, le juge peut agir d'office, sans attendre les réquisitions du procureur de la République¹⁰¹⁸. Cette « prérogative

¹⁰¹³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁰¹⁴ V. : *supra* n° 142-145.

¹⁰¹⁵ Art. 712-4 et 712-7 du CPP.

¹⁰¹⁶ Art. 712-4 du CPP.

¹⁰¹⁷ Pour un exemple concernant une procédure d'octroi simplifiée v. : Crim., 19 janvier 2011, n° 10-84.929, inédit, AJ Pénal 2011. 313, obs. Herzog-Evans.

¹⁰¹⁸ La violation d'une obligation ne peut justifier un retrait ou une révocation uniquement si celle-ci a eu lieu avant l'expiration du délai d'épreuve. En revanche, sur le fondement de l'article 712-20 du CPP, la saisine de la juridiction de l'application des peines peut intervenir dans un délai d'un mois après l'achèvement de la mesure. Un problème d'articulation avec le régime de la libération conditionnelle est toutefois survenu puisque l'article 733 dispose que « si la révocation n'est pas intervenue avant l'expiration du délai prévu à l'article précédent, la

exorbitante du droit commun¹⁰¹⁹ » du juge de l'application des peines a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, dans une affaire concernant le retrait d'une mesure de semi-liberté, où le requérant invoquait notamment le principe d'impartialité. La Cour de cassation n'a d'abord pas considéré la question sérieuse au motif que « la décision du juge de l'application des peines de procéder [au débat contradictoire] ne préjuge pas de la révocation de la semi-liberté et n'affecte donc pas l'impartialité du juge¹⁰²⁰ ». Il est difficile de souscrire complètement à la motivation de la haute juridiction car le juge dispose, au-delà de l'organisation d'un débat contradictoire, de nombreux pouvoirs d'investigation lui permettant « de s'assurer qu'un condamné respecte les obligations qui lui incombent à la suite d'une telle décision¹⁰²¹ ». D'ailleurs, la chambre criminelle a ensuite renvoyé une question analogue au motif que l'article 712-4 du code de procédure pénale est « susceptible de porter atteinte au principe de la séparation des organes de poursuite et de jugement et au principe d'impartialité en ce qu'il permet au juge de l'application des peines de se saisir d'office aux fins de statuer seul, après débat contradictoire, sur la révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve prononcé par la juridiction de jugement¹⁰²² ». Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel rappelle qu'une juridiction ne saurait, en principe, disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, interdiction absolue lorsque l'objet de la procédure est le prononcé d'une sanction ayant le caractère d'une punition¹⁰²³. Or, les sages relèvent qu'en raison de l'office du juge de l'application des peines, chargé de fixer les principales modalités de l'exécution de la peine, la saisine d'office « n'introduit pas une nouvelle instance au sens et pour l'application des exigences précitées¹⁰²⁴ ». De la sorte, le Conseil constitutionnel semble considérer que l'intégralité des procédures d'application des peines durant l'acte de punir relève d'une instance unique, alors que les différentes décisions en cette matière, si elles réunissent les mêmes parties, ont des objets distincts (octroi d'une mesure d'individualisation,

libération est définitive ». La Cour de cassation a néanmoins tranché en faveur de la *lex generalis* : Crim., 4 juin 2008, n° 08-81.603, Bull. Crim. n° 142.

¹⁰¹⁹ GIACOPELLI Muriel, « La pénétration des règles du procès pénal devant les juridictions de l'application des peines : état des lieux », *RSC*, n° 4, 2015, §20.

¹⁰²⁰ Crim., 1 septembre 2011, n° 11-90.070, inédit, Dr. pén. 2012. n° 3. chron. 2, chron. Garçon ; AJ Pénal 2013. 484, obs. Herzog-Evans.

¹⁰²¹ Art. 712-16 du CPP.

¹⁰²² Crim., 9 août 2017, n° 17-90.014, inédit, Dr. pén. 2017. n° 11. comm. 172, note Bonis-Garçon.

¹⁰²³ CC, Décision n° 2017-671 QPC du 10 novembre 2017, M. Antoine L. [Saisine d'office du juge de l'application des peines], Constitutions 2018. 94, note Ponselle ; Dr. pén. 2018. n° 1. étude 1, note Carpentier ; D. 2017. 2523, note Tzutzuiano ; D. 2018. 1344, chron. Debaets, Jacquinet ; AJ Pénal 2017. 538, note Herzog-Evans, consid. 6. « Dans les autres cas, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité. » : *ibid.*

¹⁰²⁴ *Ibid.*, consid. 9.

modification du régime probatoire, retrait ou révocation, *etc.*). Cela signifie également par ailleurs que l'acte de mise à exécution de la peine constitue un acte introductif d'instance, alors même que les « devoirs et les pouvoirs de l'ensemble des parties à l'instance¹⁰²⁵ » dépendent des diverses procédures de l'application des peines. Par conséquent, à l'instar d'autres commentateurs¹⁰²⁶, nous ne pouvons adhérer à cette position qui apparaît comme une décision d'opportunité, destinée à contourner l'appréciation du caractère punitif des sanctions prises après la saisine d'office du juge. Dans un second temps, le Conseil constitutionnel indique que la « faculté pour un juge d'exercer certains pouvoirs d'office dans le cadre de l'instance dont il est saisi ne méconnaît pas le principe d'impartialité à la condition d'être justifiée par un motif d'intérêt général et exercée dans le respect du principe du contradictoire¹⁰²⁷ ». Il conclut ensuite que ce pouvoir du juge poursuit le motif d'intérêt général de protection de la société et de réinsertion de la personne condamnée et que, sous réserve qu'elle ait été mise en mesure de présenter ses observations¹⁰²⁸, il ne méconnaît pas le principe d'impartialité¹⁰²⁹. Ainsi, le Conseil subordonne l'absence d'atteinte à « une expression minimaliste du principe du contradictoire¹⁰³⁰ », sans s'expliquer sur la capacité du droit de discuter les prétentions des parties à remédier à un risque de pré-jugement.

En raison de ses pouvoirs d'investigation¹⁰³¹, et de sa capacité à ordonner des mesures préventives¹⁰³², il est difficile d'adhérer à la position du Conseil constitutionnel relative à

¹⁰²⁵ CADIET Loïc, NORMAND Jacques, AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 713.

¹⁰²⁶ HERZOG-EVANS Martine, « Quel avenir pour les procédures quasi juridictionnelles ? Conseil constitutionnel, 10-11-2017 n° 2017-671 QPC », *AJ Pénal*, n° 12, 2017, p. 538-540 ; CARPENTIER Yan, « Le clair-obscur de l'application des peines. Réflexions à propos de la décision QPC du 10 novembre 2017 du Conseil constitutionnel », *Dr. pén.*, n° 1, 2018, étude 1.

¹⁰²⁷ CC, Décision n° 2017-671 QPC du 10 novembre 2017, M. Antoine L. [Saisine d'office du juge de l'application des peines], *préc.*, consid. 10.

¹⁰²⁸ Cette réserve est sans conséquence pour les jugements ; en revanche, elle implique pour les ordonnances des articles 712-5 et 712-8 du CPP une modification des pratiques pour que les observations de la personne soient systématiquement recueillies lorsque le juge s'est saisi d'office. À ce titre, on peut regretter qu'à ce jour, ni le législateur, ni le pouvoir réglementaire, n'a pris de dispositions pour assurer le respect de cette réserve du Conseil constitutionnel.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, consid. 10-13.

¹⁰³⁰ PONSEILLE Anne, « La saisine d'office du juge de l'application des peines devant le Conseil constitutionnel. Conseil constitutionnel, 10 novembre 2017, n° 2017-671-QPC, M. Antoine L. et Conseil constitutionnel, 15 décembre 2017, n° 2017- 682-QPC, M. David P. », *Constitutions*, n° 1, 2018, p. 94-98.

¹⁰³¹ Sur les mesures d'investigation judiciaires v. : *supra* n° 460 et s.

¹⁰³² Au-delà de ces nombreuses mesures d'investigation, le juge peut également ordonner à l'encontre du condamné des mesures préventives avant de statuer sur la violation du régime probatoire et l'éventuel retrait ou révocation de la mesure d'individualisation qui pourrait s'ensuivre. En *sus* des mandats d'amener et d'arrêt mis à sa disposition par l'article 712-17 du CPP, le juge peut procéder à une mesure de réincarcération provisoire ou à une mesure de suspension, notamment lors du déferement de la personne devant lui à la suite d'une mesure de retenue. Concernant d'abord une mesure n'affectant que la matérialité de la peine, le juge peut, après l'avis du procureur de la République, ordonner sur le fondement de l'article 712-18 du CPP la suspension de la mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur ou de détention à domicile sous surveillance électronique. Néanmoins, à défaut de la tenue du débat contradictoire, relatif au retrait ou à la révocation de la mesure, dans un délai de

l'impartialité objective des juridictions de l'application des peines, qui considère que le cumul dans les mains du juge des fonctions d'instruction, de poursuites et de jugement ne peut conduire à aucun pré-jugement, sous réserve du recueil des observations du justiciable¹⁰³³. Cependant, il convient de pondérer le problème soulevé par cette partialité inhérente aux fonctions du juge. Il serait nécessaire dans l'idéal que le magistrat qui exerce les fonctions de surveillance et de contrôle ne soit pas celui qui prononce les jugements de retrait et de révocation. Néanmoins, le respect de l'essentiel du droit au procès équitable dans les procédures de jugement autorise à tempérer l'écueil tenant au cumul des fonctions. Cela dit, il faut également considérer qu'au fur et à mesure de l'accroissement de l'importance des sanctions exécutées dans le milieu ouvert et de l'augmentation du recours aux mesures d'investigation, l'impératif d'assurer l'impartialité objective du juge de l'application des peines deviendra de plus en plus prégnant, d'autant que l'enjeu peut être l'allongement de l'acte de punir de plusieurs années d'incarcération. Certains argueront qu'il est nécessaire pour bien juger, et dans la poursuite de l'objectif de réinsertion et de prévention de la récidive, de connaître la personne et qu'il est dès lors préférable d'avoir un juge qui cumule les fonctions d'instruction, de poursuites et de jugement. Néanmoins, à la lumière du revirement de position du législateur sur l'impartialité du juge des enfants, après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Conseil constitutionnel¹⁰³⁴, il convient de conclure par avance que lorsque la liberté d'aller et de venir est en jeu, la certitude du droit à l'impartialité doit toujours l'emporter sur l'hypothétique nécessité d'être partial.

Le jugement de retrait ou de révocation ne partage pas les écueils procéduraux de

quinze jours ou un mois, selon que la décision relève du juge ou du tribunal de l'application des peines, la personne sera remise en liberté. Concernant ensuite une mesure affectant la temporalité de la peine, le juge peut, après avoir recueilli l'avis du procureur de la République, ordonner sur le fondement de l'article 712-19 du CPP l'incarcération provisoire du condamné en cas d'inobservation des obligations¹⁰³². Sous réserve de la présence de l'avocat et de la mobilisation de l'aide juridictionnelle, les droits de la défense et du contradictoire sont bien respectés ; néanmoins, le cumul de fonctions entre les mains du juge de l'application des peines dans cette procédure interroge sur son impartialité objective, d'autant que l'enjeu peut être une nouvelle incarcération de plusieurs années ou d'une durée indéterminée en cas de réclusion criminelle à perpétuité.

¹⁰³³ En ce sens et pour l'abrogation de la faculté de la juridiction de l'application des peines de s'auto-saisir v. : CARPENTIER Yan, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, op. cit., §519 ; 540.

¹⁰³⁴ Anciennement, la primauté de la dimension éducative de la justice des mineurs justifiée en droit interne le cumul des fonctions d'instruction, de poursuites et de jugement du juge des enfants. Cependant, cette « dérogation » procédurale admettant, voire revendiquant, la partialité objective du juge des enfants a ensuite été remise en cause par la Cour européenne des droits de l'Homme, le Conseil constitutionnel et enfin par le législateur : CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*, n° 54729/00, RSC 2010. 687, note Roets ; D. 2010. 1324, note Bonfils ; LEFP 2010. n° 5. 7, obs. Bonfils ; CC, Décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants], RSC 2011. 728, note Lazerges ; RSC 2012. 227, note De Lamy ; AJ Famille 2011. 391, note Gebler ; AJ Pénal 2011. 596, note Perrier ; Gaz. Pal. 2011. n° 214. 10, note Borzeix ; CC, Décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs ; VERGÈS Étienne, « Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position », RSC, n° 1, 2012, p. 201.

l'ordonnance de retrait. Hormis le principe de la publicité, les exigences de l'article 6 de la Convention sont bien respectées. Toutefois, la traduction des mesures d'investigation et des sanctions présentencielles dans le droit de l'application des peines a progressivement créé une situation de cumul de fonctions entre les mains du juge. Ce dernier doit suivre le condamné, dispose de la faculté de s'auto-saisir de l'inobservation du régime probatoire, ordonne les investigations et les mesures préventives nécessaires et juge de l'existence d'un manquement et de l'opportunité d'un retrait ou d'une révocation, total ou partiel, des mesures d'individualisation. Du fait de cette concentration des fonctions dans la procédure de retrait et de révocation, une atteinte au droit à un juge impartial devrait être reconnue. Conséquemment, il serait nécessaire que le juge de l'application des peines ne puisse pour un même litige s'auto-saisir et statuer au fond¹⁰³⁵, ainsi que lorsqu'il a prononcé des mesures d'investigation ou une mesure provisoire, ce dernier soit obligé de saisir le tribunal de l'application des peines dans lequel il ne pourra siéger. À tout le moins, ces prescriptions devraient être retenues lorsqu'est en cause une interruption de la période probatoire instituée par une mesure d'application des peines dont la révocation entraîne une modification de la temporalité de la peine marquée par un nouveau placement sous écrou¹⁰³⁶. Ces propositions pour remédier à l'impartialité fonctionnelle, qui s'affirme de plus en plus, soulignent également un paradoxe tenant au fait que l'application de la peine, chargée de proposer une autre manière de punir dans le milieu ouvert, conduit finalement à établir, dans les méandres de l'exécution des peines, une nouvelle économie punitive.

175 L'élaboration d'une économie punitive au sein de l'exécution des peines. Si une amélioration certaine est à noter, les exigences de l'article 6 de la Convention ne s'appliquent pas pleinement et uniformément à toutes les modalités d'interruption des périodes probatoires. Les interactions entre l'activité pénitentiaire et l'application des peines sont à ce titre un obstacle non négligeable. Plus généralement, le développement d'une procédure pénale *bis* en matière d'application des peines prend de vitesse l'instauration des garanties fondées sur le droit au procès équitable. Il semble en effet que l'accroissement du rôle du milieu ouvert dans la pénalité entraîne l'établissement d'une économie punitive au sein même de l'exécution des peines. L'instauration de périodes probatoires n'est pas seulement le vecteur de la libération

¹⁰³⁵ Notons que c'est d'ores et déjà le cas pour le retrait de crédits de réduction de peine, que la cause soit une mauvaise conduite en détention ou la commission d'une infraction. V. : al. 3, art. 721 du CPP.

¹⁰³⁶ Sur la particularité des conséquences de l'extinction des périodes probatoires des mesures d'application des peines sur le terme de la peine v. : *infra* n° 178 et s.

des fonctions carcérales, mais également celui de la reproduction des mécanismes du droit pénal, amputés d'une partie de leurs garanties. Plus que jamais, l'avocat est dès lors essentiel à toutes les étapes du processus d'individualisation¹⁰³⁷.

*

176 Une nouvelle rupture dans l'acte de punir. L'interruption de la période probatoire est une nouvelle rupture introduite dans l'acte de punir, illustrant derechef l'indexation des conditions d'exécution sur les besoins de la prévention spéciale et détériorant un peu plus le lien entre les pratiques punitives et la condamnation. La décision de retrait ou de révocation constitue en effet une sanction de la violation du régime probatoire, réglementant la vie de la personne condamnée pour « lui permettre d'agir en personne responsable [...] et d'éviter la commission de nouvelles infractions¹⁰³⁸ ». À l'instar de l'instauration des périodes probatoires, l'interruption du délai est dès lors une nouvelle marque de l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir, sous la forme d'un processus d'individualisation, destiné à libéraliser les conditions d'exécution pour rechercher une meilleure efficacité de la peine.

**

177 La libéralisation de la matérialité de l'acte de punir. L'écoulement de la durée de la peine n'est pas régulier, il est ponctué de ruptures introduites par les mesures d'individualisation et correspondant à l'établissement de périodes probatoires, afin de rechercher la constitution corrélative du sujet et de sa peine. Pour autant, l'assujettissement de la personne est ininterrompu, de la mise à exécution de la peine jusqu'au terme de l'acte de punir, qui n'est plus impérativement compris dans la durée de la peine prononcée par la juridiction de jugement. De ce fait, l'instauration et l'interruption de périodes probatoires, non seulement libéralisent la matérialité de l'acte de punir, mais autorisent parfois le déplacement du terme de la peine (Section 2).

¹⁰³⁷ Sur le rôle de l'avocat et les droits de la défense dans l'application des peines v. : DANET Jean, LAVIELLE Bruno, « La juste peine », *Gaz. Pal.*, n° 146, 2000, p. 2 ; MAIL-FOUILLEUL Stéphane, « Les droits de la défense et le juge de l'application des peines », *Dr. pén.*, n° 2, 2001, chron. 7 ; PONCELA Pierrette, « Les droits de la défense durant l'exécution des peines privative de liberté », in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, OTTENHOFF Reynald (dir.), *op. cit.*, p. 267-272 ; BIANCHI Virginie, « L'avocat, la peine et l'application des peines: de nouvelles pratiques professionnelles », *AJ Pénal*, n° 10, 2008, p. 411-414 ; BIANCHI Virginie, « La défense des personnes condamnées à de longues peines », *AJ Pénal*, n° 6, 2015, p. 299-302 ; PELTIER Virginie, « L'avocat et la peine », *Dr. pén.*, n° 5, 2021, p. 33-36.

¹⁰³⁸ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

SECTION 2. LE DÉPLACEMENT DU TERME DE LA PEINE

178 Un terme mobile. Le terme de la peine privative de liberté désigne le moment où cette sanction expire et où la personne condamnée recouvre entièrement sa liberté. Ce dernier intervient lorsque la durée prononcée par la juridiction de jugement s'achève ou que l'expiration du délai probatoire emporte la libération définitive du justiciable. Il correspond en conséquence soit à un terme extinctif, soit à une condition extinctive. Autrefois pleinement déterminé lors du procès du simple fait du calcul de la peine, le temps séparant la mise à exécution de la sanction du terme de la peine privative de liberté n'est aujourd'hui qu'exceptionnellement équivalent à la durée de la peine prononcée par la juridiction de jugement. Jamais fixé définitivement, le terme de la peine peut se déplacer tout au long de l'exécution, au rythme de l'instauration et de l'interruption des périodes probatoires auxquelles donne lieu le prononcé des mesures d'application des peines. Les usages de ces mesures d'individualisation judiciaires ont effectivement pour conséquence d'emporter, au travers du déplacement du terme de la peine, une modulation qui peut aussi bien être *in mitius* qu'*in pejus*. Le dispositif d'exécution de la peine privative de liberté octroie ainsi aux juridictions d'application des peines la faculté d'assouplir comme d'aggraver l'acte de punir, indirectement, par leur participation à l'acte de juger. Afin d'analyser l'impact de l'établissement et de l'interruption des périodes probatoires sur la durée de l'acte de punir, il conviendra d'examiner la mobilité du terme de la peine (§1), avant de prendre la mesure de l'imprévisibilité du terme de la peine (§2) qu'elle provoque.

§1. LA MOBILITÉ DU TERME DE LA PEINE

179 La disjonction du temps de l'exécution de la peine de celui de l'acte de punir. La mobilité du terme de la peine est intrinsèquement liée aux mesures d'application des peines, car seules ces mesures d'individualisation sont capables d'affecter la temporalité de la peine¹⁰³⁹. L'instauration d'une période probatoire après la levée de l'écrou permet en effet de dissocier le temps de l'exécution de la peine de celui de l'assujettissement. Malgré la distinction de différentes logiques – préservation ou réduction de la durée de la peine¹⁰⁴⁰ –, ces mesures ont en commun de déplacer le terme de la peine. Il convient cependant de

¹⁰³⁹ Sur la distinction entre les mesures d'exécution des peines et les mesures d'application des peines v. : *supra* n° 138.

¹⁰⁴⁰ PONSEILLE Anne, « La peine et le temps », *op. cit.*, p. 82.

distinguer la situation des mesures d'application des peines aménageant uniquement l'écoulement du *quantum* de la peine. N'instituant pas une période probatoire à la suite de la peine à subir, la suspension et le fractionnement de peine ne déplacent le terme de celle-ci qu'en ce qu'elles diffèrent la poursuite de son exécution. De ce fait, que la période probatoire s'achève par un jugement de révocation ou du fait de son expiration, le terme de la peine sera toujours repoussé d'autant que la durée de la période probatoire. *A contrario*, la réalisation de l'objet des mesures réduisant le *quantum* de la peine est liée au déroulement de la poursuite de l'assujettissement dans le milieu ouvert. Selon que la période probatoire prenne fin après l'écoulement du délai ou de manière inopinée, les conséquences de la mesure d'individualisation diffèrent. De l'exécution de cette période probatoire dépend ainsi le sort du terme de la peine. Ce dernier peut aussi bien se déplacer dans le sens de l'adoucissement que de l'aggravation de la peine. Nous distinguerons dès lors ces deux hypothèses dans l'étude des conséquences de la disjonction du temps de la peine à subir et de l'assujettissement sur la durée de l'acte de punir¹⁰⁴¹. L'expiration de la période probatoire conduit à l'avancée du terme de la peine (A), alors que son interruption provoque le report du terme de la peine (B).

A. L'avancée du terme de la peine

180 L'hypothèse de l'expiration de la période probatoire. L'avancée du terme de la peine est l'objet des mesures d'application des peines réduisant le *quantum* de la peine à subir : libération conditionnelle et réductions de peine¹⁰⁴². La diminution effective de cette durée est toutefois subordonnée à l'expiration du délai probatoire. Si le premier effet de ces mesures d'individualisation judiciaires intervient nécessairement – l'instauration d'une période probatoire –, la réduction du *quantum* de la peine à subir par le déplacement du terme de la peine n'opère en revanche, définitivement, qu'à la suite de l'expiration de la période probatoire. La réduction du *quantum* de la peine (1) tient alors à l'effet rétroactif de l'expiration du délai probatoire (2).

¹⁰⁴¹ Pour une étude du caractère dissocié du terme de la peine et de celui de l'aménagement de peine v : CARPENTIER Yan, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, op. cit., §495 et s.

¹⁰⁴² Art. 729 et s. du CPP ; art. 721 et s. du CPP. Sur ces mesures v. : *supra* n° 153 ; 155.

1. La réduction du *quantum* de la peine

181 Une discordance entre le terme de la peine et l'achèvement de l'acte de punir. La réduction de la peine en laquelle consiste le déplacement du terme de la peine est subordonnée à la bonne exécution de la période probatoire. Cette absence d'effet immédiat de la diminution du *quantum* de la sanction illustre une nouvelle fois la disjonction entre la peine à subir et l'acte de punir, désignant l'ensemble des pratiques punitives auxquelles donne lieu la condamnation. La réduction opérée par les mesures d'application des peines ne porte à ce titre que sur la durée devant être exécutée avant d'être libéré, et non sur celle de l'acte de punir, puisque la computation de la peine n'embrasse pas la réalité de l'assujettissement fondée sur la condamnation. En conséquence, les mesures d'application des peines créent un décalage entre l'assujettissement et l'écoulement de la durée de la peine permettant d'en contourner l'indérogeabilité. L'analyse du régime des mesures d'individualisation réduisant le *quantum* de la peine démontre parfaitement que l'objet de ces mesures n'est pas de mettre en œuvre une « érosion¹⁰⁴³ » des peines, mais de moduler celles-ci pour définir un acte de punir en partie libéré du carcan du principe de légalité et de l'autorité de la chose jugée.

Dans l'hypothèse où le délai probatoire expire, le terme de la peine se déplace dans le sens d'une diminution de la peine à exécuter. La durée de la peine subie sera alors inférieure à la peine prononcée par la juridiction de jugement et son terme sera la date de la levée de l'écrou, et non celle où la personne a été libérée de tout assujettissement¹⁰⁴⁴. Rétroactivement, le terme de la peine est fixé à la date à laquelle la personne condamnée a été élargie de l'établissement pénitentiaire pour réintégrer le milieu ouvert. Ce qui est implicite dans le cas des réductions de peine est explicité par le code dans le régime de la libération conditionnelle : « la peine est réputée terminée depuis le jour de la libération conditionnelle¹⁰⁴⁵ ». Le terme de la peine ne correspond ainsi pas plus à la réalité matérielle de l'acte de punir que ses règles de computation, puisqu'il est fixé par l'effet rétroactif de l'expiration du délai probatoire (2).

¹⁰⁴³ Classiquement, l'« érosion des peines » est opposée à l'« aménagement des peines », la seconde expression étant contrairement à la première connotée positivement : KENSEY Annie, TOURNIER Pierre-Victor, « Aménagements des peines privatives de liberté, des mesures d'exception », *Questions pénales*, n° 3, vol. XIII, 2000, p. 3.

¹⁰⁴⁴ Au rythme de l'évolution du régime des mesures d'individualisation judiciaires, le milieu libre a en effet été réduit à l'espace dans lequel l'assujettissement de la personne condamnée se perpétue au travers de la probation : PONCELA Pierrette, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *op. cit.*, p. 883-894 ; ROBERT Jacques-Henri, « Réforme pénale. Punir dehors. Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *op. cit.*

¹⁰⁴⁵ Dernier al., art. 733 du CPP.

2. L'effet rétroactif de l'expiration du délai probatoire

182 Un effet rétroactif quant au terme de la peine. Dans notre pénalité contemporaine, l'octroi d'une mesure d'individualisation est précaire et son maintien subordonné à un régime probatoire. Il s'agit pour la personne condamnée de démontrer dans un premier temps son aptitude à être élargie, puis sa capacité à « agir en personne responsable¹⁰⁴⁶ », en respectant les mesures de contrôle et les obligations particulières réglementant sa vie dans le milieu ouvert¹⁰⁴⁷. Durant la période probatoire, le condamné est alors éprouvé jusqu'à obtenir sa libération définitive ou être réincarcéré pour subir tout ou partie du reliquat de peine restant à exécuter, au jour du prononcé de la mesure d'application des peines. En raison de ce caractère précaire de la réduction du *quantum* de la peine à subir, seule l'instauration de la période probatoire intervient dès l'octroi. La mesure d'application des peines ne produit ses effets sur le terme de la peine qu'à l'extinction de cette période. La réduction du *quantum* de la peine, virtuelle durant l'écoulement du délai probatoire, deviendra alors réelle en même temps que la libération devient définitive. Dans l'hypothèse de l'expiration du délai, l'effet de l'extinction de la période probatoire sur le terme de la peine est donc rétroactif.

183 Des effets quant à la peine dans le temps. L'effet rétroactif de l'expiration du délai probatoire met une nouvelle fois en exergue qu'une partie de l'assujettissement n'est pas pris en compte pour l'écoulement du *quantum* de la peine. Si l'on considère uniquement l'hypothèse de l'expiration de la période probatoire, la disjonction du temps de l'exécution de la peine et de l'acte de punir est favorable au justiciable, car le terme de la peine conditionne l'application des dispositifs juridiques relatifs à « la peine dans le temps¹⁰⁴⁸ ». En premier lieu, l'expiration de la peine est le moment à partir duquel court le délai de réhabilitation¹⁰⁴⁹. De plein droit ou après une décision judiciaire, la personne peut bénéficier, au titre de la réhabilitation, des effets prévus pour l'amnistie aux articles 133-10 et 133-11 du code pénal¹⁰⁵⁰. En second lieu, le terme de la peine est le point de départ du délai de récidive dans lequel doit intervenir une nouvelle infraction pour emporter les effets de la circonstance aggravante de l'état de récidive légale¹⁰⁵¹. En conséquence, bien que l'avancée du terme de la peine n'emporte nullement une diminution automatique de la durée de l'assujettissement, ce

¹⁰⁴⁶ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁰⁴⁷ Sur la teneur du régime probatoire v. : *supra* n° 142 et s. ; 372 et s. ; 404 et s.

¹⁰⁴⁸ PONSEILLE Anne, « La peine et le temps », *op. cit.*, p. 86-92.

¹⁰⁴⁹ Art. 133-12 et s. du CP.

¹⁰⁵⁰ Art. 133-10 du CP ; art. 133-11 du CP.

¹⁰⁵¹ Art. 132-8 et s. du CP.

dernier produit tout de même des effets juridiques favorables à la personne, au-delà d'une modification des conditions d'assujettissement, dans l'hypothèse où la période probatoire a été entièrement exécutée, sans faire l'objet d'une décision de retrait ou de révocation.

Néanmoins, il convient de nuancer sans attendre ce constat, car la mobilité du terme de la peine peut aussi emporter une aggravation de la situation juridique du justiciable. En cas d'interruption de la période probatoire, le point de départ de ces délais de réhabilitation et de récidive ne sera en effet ni la date correspondant à la durée de la peine prononcée par la juridiction de jugement, ni celle déterminée par le greffe judiciaire de l'établissement pénitentiaire lors de la mise à exécution de la peine. Dans l'hypothèse d'un retrait ou d'une révocation totale de la mesure, le point de départ du délai concernant la réhabilitation et la récidive légale sera reporté d'autant qu'a duré la période probatoire par rapport au terme initial de la peine. Indéniablement, la mobilité du terme de la peine est un outil à double tranchant pour le justiciable ; on comprend dès lors que certaines personnes se détournent de la libération conditionnelle¹⁰⁵², en préférant au pari qu'elle constitue la prévisibilité du terme de leur peine, non affectée par les effets d'une mesure d'application des peines.

184 Une transformation de l'objet des mesures. La disjonction entre le temps de la peine et celui de l'assujettissement, imposée par le régime des mesures d'application des peines, conduit à transformer l'objet de ces modalités d'exécution réduisant le *quantum* de la peine. Ces dernières n'ont plus principalement comme fonction de diminuer le temps durant lequel la personne sera assujettie, mais d'instaurer un sursis probatoire à l'exécution du reliquat de peine restant à exécuter. Les mesures d'application des peines affectant le *quantum* de la sanction réduisent toujours la durée de la peine. En revanche, l'effet principal est dorénavant la poursuite de l'assujettissement sous une autre forme et dans un autre espace que celui du territoire carcéral, pour assurer un retour progressif à la liberté. Qui plus est, cette réduction du *quantum* de la peine à subir, précaire, est dénuée d'une partie de sa valeur et de sa portée, par l'assujettissement de la personne condamnée à un régime probatoire et la précarité de ses effets¹⁰⁵³. L'octroi d'une mesure d'application des peines détermine *in fine*

¹⁰⁵² KENSEY Annie, TOURNIER Pierre-Victor, « Aménagements des peines privatives de liberté, des mesures d'exception », *op. cit.*, p. 2-3 ; KENSEY-BOUDADI Annie, « Réalité des aménagements de peines », *AJ Pénal*, n° 3, 2005, p. 107-110.

¹⁰⁵³ D'ailleurs, l'avancée du terme de la peine n'est pas incompatible avec un allongement de l'acte de punir, au-delà de la durée de la peine prononcée par la juridiction de jugement, dans certaines hypothèses où un retrait ou une révocation partielle est intervenue. Il s'agira de situations où la somme du *quantum* de la peine remis à exécution et de la période probatoire précédant la réincarcération est supérieure au *quantum* restant à subir au jour du prononcé de la mesure. Dans ce cas, malgré l'avancée du terme de la peine à une date antérieure à celle

avant tout la disjonction du temps de l'exécution de la peine et de l'assujettissement. Par conséquent, les décisions de retrait ou de révocation de la période probatoire sont de nature à déterminer un allongement de l'acte de punir, par le report du terme de la peine (B).

B. Le report du terme de la peine

185 L'hypothèse de l'interruption de la période probatoire. Le report du terme de la peine intervient suite au retrait ou à la révocation d'une mesure d'application des peines¹⁰⁵⁴. L'interruption de la période probatoire entraîne effectivement la réincarcération de la personne condamnée, pour tout ou partie du reliquat de peine restant à exécuter, au jour de la mise à exécution de la mesure d'individualisation judiciaire. À l'instar du cas précédent, la période probatoire n'est pas comptée au titre de l'exécution de la peine *stricto sensu*. Les conséquences de cette dissociation entre le temps de la peine et celui de l'assujettissement seront cependant différentes. L'extinction de la période probatoire conduit, dans l'hypothèse d'un retrait ou d'une révocation, à une aggravation de l'acte de punir en raison de la conjonction de l'effet immédiat de l'interruption de la période probatoire (1) et de la préservation du *quantum* de la peine (2) à subir, conduisant à un report du terme de la peine.

1. L'effet immédiat de l'interruption du délai probatoire

186 L'absence d'effet rétroactif de l'interruption du délai probatoire. À l'inverse de l'hypothèse de l'expiration, l'interruption de la période probatoire produit ses effets immédiatement. Le législateur n'a pas prévu que le temps que le probationnaire a passé assujetti en milieu ouvert puisse, en cas de retrait ou de révocation, être rétroactivement compté au titre de l'exécution de la peine. Si on comprend l'intérêt légitime de ne pas considérer la période probatoire dans l'hypothèse de son expiration, il est plus difficile d'accepter l'absence de sa prise en compte suite au retrait ou à la révocation de la mesure d'application des peines, en raison de la continuité de l'assujettissement. Or, en l'absence d'incarcération provisoire prononcée par le juge, la personne condamnée réintégrera

de la fin de tout assujettissement, l'acte de punir aura toute de même été prolongé par l'usage des mesures d'application des peines.

¹⁰⁵⁴ Le terme de la peine, dans l'hypothèse d'un retrait ou d'une révocation total par le juge de la mesure d'application, est repoussé d'autant que le nombre de jours et de mois qu'a duré la période probatoire. Dans l'hypothèse d'un retrait ou d'une révocation partiel, le terme de la peine est repoussé, par rapport à la date déterminée par le greffe judiciaire des établissements pénitentiaires, d'autant que la somme du *quantum* de la peine remise à exécution et de la durée de la période probatoire précédant la réincarcération dépasse la durée de la peine à subir restant à exécuter, au jour du prononcé de la mesure d'application des peines.

l'établissement pénitentiaire sans qu'il ne soit fait aucun cas de l'épreuve subie.

Cette distinction instituée dans le régime des mesures d'application des peines est tant anachronique qu'incohérente. Anachronique d'abord car cette caractéristique des mesures affectant la temporalité de la peine est héritée du XIX^e siècle. Le régime de la libération conditionnelle en 1885 ne prévoyait effectivement pour ainsi dire aucun assujettissement en milieu ouvert, ce qui justifiait la levée de l'écrou¹⁰⁵⁵. Il est à ce titre regrettable que le législateur n'ait pas indexé l'évolution du régime des mesures d'application des peines sur l'évolution de la teneur du régime probatoire. Incohérent ensuite car il est maintenu une différence de régime entre les mesures d'individualisation à l'heure où l'étendue du régime probatoire applicable dans chacune de ces modalités est en grande partie uniformisée. À titre d'exemple des incongruités produites, eu égard au degré d'ingérence du régime d'exécution, relevons qu'une personne assujettie à la détention à domicile sous surveillance électronique voit sa période probatoire comptée au titre de l'exécution de sa peine¹⁰⁵⁶, alors que ce ne sera pas le cas d'une personne placée sous surveillance électronique mobile dans le cadre d'une libération conditionnelle ou d'une surveillance judiciaire¹⁰⁵⁷.

À la manière du sursis probatoire, le temps d'épreuve ne produit ses effets juridiques que lorsque le délai est entièrement écoulé. Si ce dernier est interrompu avant son expiration, alors la période d'assujettissement en milieu ouvert n'aura été qu'une parenthèse dans le parcours d'exécution de la peine, durant laquelle l'écoulement du *quantum* a été suspendu. On perçoit ainsi une nouvelle fois que les mesures d'application des peines empruntent plus au régime des sursis, modalités du prononcé de la peine, qu'à celui des autres modalités d'exécution des peines. Effectivement, lorsque les mesures d'exécution des peines sont retirées par le juge de l'application des peines, le temps passé en milieu ouvert compte pour l'exécution de la peine. La personne condamnée ne peut dès lors être réincarcérée, selon les modalités d'emprisonnement ordinaires, que pour le reliquat de peine restant à exécuter au jour du jugement de retrait de la mesure d'individualisation judiciaire. En revanche, lorsque

¹⁰⁵⁵ Sur ce point v. : note n° 818.

¹⁰⁵⁶ « En cas de retrait de la décision de détention à domicile sous surveillance électronique, le condamné subit, selon les dispositions de la décision de retrait, tout ou partie de la durée de la peine qui lui restait à accomplir au jour de sa détention à domicile sous surveillance électronique. Le temps pendant lequel il a été placé sous surveillance électronique compte toutefois pour l'exécution de sa peine. » : art. 723-13 du CPP.

¹⁰⁵⁷ « Après révocation, le condamné doit subir, selon les dispositions de la décision de révocation, tout ou partie de la durée de la peine qu'il lui restait à subir au moment de sa mise en liberté conditionnelle, cumulativement, s'il y a lieu, avec toute nouvelle peine qu'il aurait encourue ; le temps pendant lequel il a été placé en état d'arrestation provisoire compte toutefois pour l'exécution de sa peine. » : al. 3, art. 733 du CPP. « En cas d'inobservation par le condamné des obligations et interdictions qui lui ont été imposées, le juge de l'application des peines peut, selon les modalités prévues par l'article 712-6, retirer tout ou partie de la durée des réductions de peine dont il a bénéficié et ordonner sa réincarcération. » : al. 1, 723-35 du CPP.

les juridictions d'application des peines révoquent une mesure d'application des peines, le reliquat pouvant être remis à exécution est celui au jour du prononcé de la mesure, du fait de la préservation du *quantum* de la peine (2) avant l'expiration du délai probatoire.

2. La préservation du *quantum* de la peine

187 **La suspension de l'écoulement du *quantum* de la peine durant la probation.**

L'échec de la probation, entériné par l'interruption du délai, prive le justiciable du bénéfice d'une réduction du *quantum* de la peine à subir. Le juge est libre de retirer ou révoquer seulement une partie du reliquat de peine restant à exécuter au jour de la mise à exécution de la mesure d'individualisation, cependant dans tous les cas, le temps effectué sous le régime probatoire ne sera pas imputé sur la durée de la peine exécutée. Par un regard trop hâtif sur le régime d'exécution des mesures d'application des peines, il serait possible de conclure que le jugement de révocation n'entraîne qu'un *statu quo* pour la personne condamnée et l'exécution de sa peine. Après tout, l'inobservation du régime probatoire n'entraîne pas un allongement de la peine prononcée. Le terme extinctif de la peine est certes repoussé, mais à l'instar des décisions de retrait de crédits de réduction de peine, la durée de la peine n'est pas modifiée. Toutefois, la dichotomie proposée entre la peine et l'acte de punir nous conduit derechef à effectuer un pas de côté et à renouveler notre regard sur les conséquences de l'interruption de la période probatoire. La réincarcération remet la personne condamnée dans la situation dans laquelle elle se trouvait antérieurement à la modulation judiciaire de sa peine, en faisant fi de la période durant laquelle elle a été assujettie dans le milieu ouvert¹⁰⁵⁸. La substitution d'une période probatoire ne correspond dès lors pas à un *statu quo*. Ce que propose le régime des mesures d'application des peines, ce n'est pas seulement un changement des conditions de l'assujettissement, mais un pari portant sur le sort du terme de la peine.

188 **Le contournement du *quantum* de la peine.** Le report du terme de la peine provoqué par l'interruption de la période probatoire n'allonge pas la peine prononcée par la juridiction de jugement, il prolonge en revanche l'acte de punir auquel donne lieu la condamnation. D'une part, la période probatoire ne sera pas prise en compte au titre de l'écoulement du *quantum* de la peine. D'autre part, l'exécution de la peine reprendra son cours suspendu au jour de la levée de l'écrou. Dans l'hypothèse d'un retrait ou d'une révocation d'une mesure

¹⁰⁵⁸ CARPENTIER Yan, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, op. cit., op. cit., §536.

d'application des peines, la durée de l'acte de punir est alors égale au cumul de la durée de la peine exécutée antérieurement à l'élargissement de la personne condamnée, de celle de la période probatoire à laquelle la juridiction de l'application des peines a mis fin, ainsi qu'au reliquat de peine restant à exécuter après la réincarcération. La durée effective de l'emprisonnement ne dépassera pas la durée de la peine prononcée, néanmoins, la durée de l'assujettissement peut, quant à elle, être considérablement allongée, sans égard pour le principe de légalité ou l'autorité de la chose jugée. Autrement dit, le *quantum* de la peine est préservé, sans que l'acte de punir ne soit limité par ce dernier.

189 La modulation de la peine *in pejus*. La disjonction entre le temps de la peine et celui de l'acte de punir explique tant l'effet immédiat de l'interruption de la période probatoire que la préservation du *quantum*, qui procède au report du terme de la peine. L'instauration de la période probatoire permet ainsi d'assujettir la personne condamnée avant sa libération définitive, sans pour autant dépasser la durée de la peine prononcée par la juridiction de jugement. Cependant, cet artifice, consistant à ne pas décompter dans l'écoulement de la peine une période durant laquelle la personne demeure placée sous main de justice, conduit à autoriser un acte de punir qui n'est plus limité par la durée de la peine prononcée lors du procès. La participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger affranchit ainsi partiellement l'acte de punir des termes de la condamnation pénale, en ce que le temps durant lequel la personne pourra être punie ne sera pas nécessairement enfermé dans la durée de la peine prononcée. L'usage des modalités d'exécution judiciaires permet ainsi aux juridictions de l'application des peines, non seulement de modifier les conditions d'exécution de la peine, mais également d'en modifier sa principale caractéristique, sa durée. L'aggravation de l'acte de punir peut dès lors intervenir par l'intermédiaire de mesures d'application des peines chargées d'en adoucir l'exécution pour mieux assurer la réinsertion et la prévention de la récidive. Loin de garantir la modération du pouvoir de punir, indispensable au respect des garanties du droit pénal moderne, la modulation judiciaire est une pratique pouvant conduire à une aggravation de la peine.

*

190 Un terme indéterminable. Lors de la mise à exécution de la peine, le terme de la condamnation est certain et déterminé par la durée de la peine prononcée par la juridiction de jugement, ou plutôt, déterminable au travers des règles de calcul de la peine à subir, usitées

par le greffe des établissements pénitentiaires. À l'exception de la peine de réclusion criminelle à perpétuité, le terme de la peine devrait ainsi être un événement prédéterminé, indérogeable en dehors d'une réduction du *quantum* de la peine et prévisible. Du fait de l'usage des mesures d'application des peines, il n'en est pourtant rien, car ces modalités d'exécution attribuent au terme de la peine un caractère mobile. Au terme extinctif auquel correspond l'écoulement du *quantum* de la peine, ces modalités d'exécution judiciaires substituent une condition extinctive emportant lorsqu'elle est réalisée l'expiration de la peine. Dès lors, l'achèvement de la peine n'est plus un événement déterminable, mais un événement conditionné à l'exécution de la période probatoire, chargée de déterminer si le condamné est suffisamment capable « d'agir en personne responsable¹⁰⁵⁹ » pour être libéré de sa peine. En l'absence de retrait ou de révocation, le terme de la peine est avancé et l'expiration de la période probatoire correspond à la fin de tout assujettissement. En revanche, si la période probatoire est interrompue, la suspension de l'écoulement de la peine prend fin et emporte le report du terme de la peine. Malgré le caractère certain du terme de la peine, il n'est pas possible de connaître à l'avance la date à laquelle l'acte de punir prendra fin. L'usage des mesures d'application des peines octroie à la peine un terme indéterminable, en ce qu'il est conditionné à un événement dont la survenance est soumise à l'absence de décision de retrait ou de révocation. Dès lors, si le terme de la peine demeure un événement certain, en ce que ce n'est pas son existence, mais le moment de sa réalisation qui est conditionné, la mobilité de ce dernier n'emporte pas moins l'imprévisibilité du terme de la peine (§2).

§2. L'IMPRÉVISIBILITÉ DU TERME DE LA PEINE

191 Un terme de la peine versatile. En raison de la disjonction du temps de la peine de celui de l'acte de punir, le juge, au travers du prononcé des mesures d'application des peines, octroie un caractère mobile au terme de la peine. La date de l'achèvement de tout assujettissement n'est dès lors plus dictée par la condamnation, ni impérativement limitée par celle-ci. Elle est le résultat du processus d'individualisation entre les mains des juridictions de l'application des peines. En conséquence, le terme de la peine devient imprévisible puisqu'il est subordonné aux usages des modalités d'exécution judiciaires. Il ne peut plus en effet être prédéterminé, car la succession de mesures élaborant l'acte de punir consiste en l'octroi d'une libération à crédit (A), qui détermine une fin de peine incertaine (B).

¹⁰⁵⁹ II, art. 707 du CPP.

A. Une libération à crédit

192 Une concession de liberté. L'élargissement de la personne avant l'écoulement de l'intégralité du *quantum* de peine est toujours une libération entravée et précaire, car elle correspond à l'instauration d'une période probatoire durant laquelle le condamné demeure placé sous main de justice. En d'autres termes, l'individu quitte l'établissement pénitentiaire « dorénavant endetté pour un certain temps¹⁰⁶⁰ ». L'inscription du sujet dans le milieu ouvert donne lieu à l'ouverture d'un crédit, destinée à « éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire¹⁰⁶¹ ». L'usage des mesures d'individualisation revient dès lors à l'octroi d'un capital de liberté (1), qui implique le remboursement d'une dette (2).

1. L'octroi d'un capital de liberté

193 L'octroi d'un crédit. Acte de rétribution d'une violation du contrat social, la peine est dans une conception rousseauiste la matérialisation de la dette contractée envers la société par l'adoption du comportement prohibé. Or, les mesures d'individualisation judiciaires substituent toujours un assujettissement en milieu ouvert à l'exécution d'une part de cette dette, afin de « préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée¹⁰⁶² ». Traditionnellement appréhendée comme une faveur à titre de récompense, l'opération de modulation de la peine s'entend plutôt désormais d'un crédit de liberté accordé au sujet, en vue d'exercer un pouvoir différent à son égard. Ce nouveau paradigme de l'individualisation est expressément visé par le législateur dans la dénomination du crédit de réduction de peine, mais il s'étend à toutes les mesures d'application des peines. Dans ce dernier, les personnes

¹⁰⁶⁰ PONCELA Pierrette, « Peine et crédit. Aménagement de la peine. Loi du 9 mars 2004 (suite) : réductions de peine, fins de peine et autres aménagements », *RSC*, n° 4, 2004, p. 955.

¹⁰⁶¹ III, art. 707 du CPP.

¹⁰⁶² Al. 1, II, art. 707 du CPP. En cela, le développement de la pratique de la modulation judiciaire de la peine illustre parfaitement la recrudescence de l'influence des philosophies utilitaristes dans notre pénalité depuis le mouvement de la « défense sociale nouvelle » : ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. (1956), Paris, Cujas, 1981, 381 p. L'imposition progressive de la dimension prospective de la peine dans les discours de politique pénale est d'ailleurs le vecteur qui sous-tend et légitime le développement de nouvelles pratiques punitives. Aucune théorie contemporaine de la peine ne fait aujourd'hui l'économie de la combinaison des rationalités punitives de rétribution et de dissuasion : HART Herbert, *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford university press, 1970 (1968), p. 235-237. Dans notre pénalité contemporaine, le régime d'octroi des mesures d'individualisation module l'importance de l'une et l'autre de ces rationalités punitives, rétributive et prospective ; moins le reliquat restant à exécuter est important plus est favorisée la modulation, œuvrant à une rationalité punitive tournée vers l'avenir, empreinte de l'objectif de prévention de la récidive par l'individualisation du régime d'exécution. V. : *supra* n° 65 et s.

condamnées demeurent débitrices de la durée « correspondant au temps de peine non effectué en détention¹⁰⁶³ » et doivent s'en acquitter en se soumettant à l'épreuve à laquelle correspond la mesure prononcée¹⁰⁶⁴. Autrement dit, la modulation judiciaire procède à la revalorisation du capital de liberté du sujet afin de mettre en œuvre d'autres pratiques punitives.

194 La revalorisation du capital de liberté. Traditionnellement, l'exécution de la peine privative de liberté correspond à l'assujettissement du condamné à l'institution carcérale. C'est en conséquence en référence à cette forme de l'acte de punir qu'il est nécessaire de penser la probation. Qualifiée par GOFFMAN d'institution totale¹⁰⁶⁵, la prison est destinée à régir l'ensemble des aspects de la vie des personnes prises en charge. Invariablement, ce type d'institution utilise divers procédés pour dominer la relation de pouvoir produite au sein des murs. La vie dans l'espace carcéral est nécessairement régie par un « jeu de pouvoir¹⁰⁶⁶ » puisqu'aucun opérateur social ne le possède complètement ; le pouvoir est une immanence, si bien qu'il ne peut y avoir de pouvoir absolu, ni d'obéissance totale¹⁰⁶⁷. Dès lors, il est possible de concevoir la liberté comme l'expression pour le sujet d'un pouvoir sur lui-même, qu'il préserve en échappant à la norme, par la résistance en gagnant une manche du jeu de pouvoir ou en refusant d'y prendre part¹⁰⁶⁸. À l'instar du pouvoir, la liberté n'est donc jamais absolument perdue, ni complètement acquise, de sorte que l'on puisse s'inspirer des travaux de BOURDIEU pour l'appréhender sous la forme d'un capital, afin mieux saisir l'évolution de la teneur de l'assujettissement. Par capital de liberté, il faut alors entendre un ensemble de ressources permettant d'agir dans la société : ce sont les éléments qui déterminent la capacité d'une personne à participer librement à la vie sociale et économique¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶³ PONCELA Pierrette, « Peine et crédit. Aménagement de la peine. Loi du 9 mars 2004 (suite) : réductions de peine, fins de peine et autres aménagements », *op. cit.*, p. 955.

¹⁰⁶⁴ PONCELA Pierrette, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *op. cit.*, p. 883-894.

¹⁰⁶⁵ GOFFMAN Erving, « On the Characteristics of Total institutions », in *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, New York, Anchor, 1961, p. 1-124. Concernant le point de vue du juriste sur ces institutions v. : LOSCHAK Danièle, « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », in *L'institution*, Paris, PUF, 1981, p. 125-184.

¹⁰⁶⁶ FOUCAULT Michel, « Le jeu de Michel Foucault », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, *op. cit.*, p. 300 ; FOUCAULT Michel, « La philosophie analytique de la politique », in *ibid*, p. 542.

¹⁰⁶⁷ FOUCAULT Michel, *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, *op. cit.*, p. 121-135. Pour une illustration de cette question dans l'institution carcérale v. : SALLE Grégory, CHANTRAINE Gilles, « Le droit emprisonné ? Sociologie des usages sociaux du droit en prison », *Politix*, n° 3, vol. 87, 2009, p. 93-117.

¹⁰⁶⁸ FOUCAULT Michel, « La philosophie analytique de la politique », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, *op. cit.*, p. 534-551.

¹⁰⁶⁹ Cette notion renvoie plus précisément à deux « espèces de capital », non « spécifique[s] », qui constituent des ressources de base pour les opérateurs sociaux, au même titre que le capital culturel : BOURDIEU Pierre, *Questions de sociologie*, 2^e éd., Les Éditions de Minuit, « Reprise », 2002 (1984), p. 55 ; 144. Ainsi, il convient de considérer que la capacité de chacun à agir librement est déterminée par un capital spatial, « c'est-à-dire l'ensemble intériorisé des modes de relation (intellectuelles et pratiques) à l'espace ressource », et un capital de sociabilité, qui est à distinguer du « capital social » de BOURDIEU, en ce que nous ne visons que les ressources

Par l'usage des mesures d'individualisation, le juge revalorise ce capital pour permettre aux personnes condamnées de prendre place différemment dans la société. Il s'agit donc moins de rendre la liberté à des personnes qui en ont été privée, que de faire varier la teneur de l'assujettissement. Les probationnaires voient également au travers du régime probatoire leur capital de liberté encadré par un ensemble de prescriptions spatio-temporelles, combiné à des obligations particulières, mais l'objectif du régime probatoire n'est pas, contrairement à l'institution carcérale, de chercher à régir tous les aspects de la vie du sujet. Pour autant, il ne faut pas considérer cet élargissement comme un gain, car il s'agit seulement de modifier les conditions de l'assujettissement afin de poursuivre les finalités de la peine autrement. Ce « mode de punir¹⁰⁷⁰ », destiné aux petits reliquats de peine restant à exécuter, illustre une rationalité punitive recherchant une meilleure dissuasion spéciale à moindre coût. Prenant le pas sur l'objectif de réinsertion, la prévention de la commission de nouvelles infractions conduit à généraliser l'usage des mesures d'individualisation et, corrélativement, à l'effritement du consensualisme en matière de modulation judiciaire.

195 L'effritement du consensualisme. Généralement, la contraction de ce crédit de liberté est subordonnée au consentement du sujet¹⁰⁷¹. De cette façon, la modulation judiciaire participe du mouvement de « contractualisation¹⁰⁷² » de la justice pénale, ou plutôt elle s'inscrit dans le « consensualisme¹⁰⁷³ », c'est-à-dire le paradigme de la « participation consensuelle¹⁰⁷⁴ ». De prime abord, l'exigence du consentement de la personne est essentielle

nécessaires à la création et la pérennisation de rapports sociaux interpersonnels : LUSSAULT Michel, *L'homme spatial: la construction sociale de l'espace humain*, op. cit., p. 187 ; BOURDIEU Pierre, *Questions de sociologie*, op. cit., p. 55-57. Le premier détermine la capacité à prendre place dans la société, le second la capacité à se socialiser librement avec d'autres opérateurs sociaux. Sur le capital spatial de la population pénale v. : *supra* n° 391-393. Sur le capital de sociabilité de la population pénale v. : *supra* n° 394-396.

¹⁰⁷⁰ BENTHAM Jeremy, DUMONT Étienne, *Théorie des peines et des récompenses : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, op. cit., p. 35.

¹⁰⁷¹ Sur ce point v. : *supra* n° 94.

¹⁰⁷² SALVAGE Philippe, « Le consentement en droit pénal », *RSC*, n° 4, 1991, p. 699-716.

¹⁰⁷³ « Un point de large consensus tout d'abord. Il ne s'agit pas de transposer dans le monde carcéral des conditions du monde libre ; dès lors, le consensualisme n'est pas un contractualisme, et le modèle du contrat ne peut pas non plus être repris tel quel. » : ROTH Robert, « Le consensualisme dans l'exécution de la sanction : la dernière chance de réhabilitation », in *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerckhove*, TULKENS Françoise, CARTUYELS Yves, GUILLAIN Christine (dir.), op. cit., p. 116-117. V. également : VAN DE KERCHOVE Michel, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, op. cit., p. 55 et s.

¹⁰⁷⁴ « La participation consensuelle est plus certainement une participation, sinon facultative, du moins non contrainte, voire non contentieuse, donc au moins « consentie », au mieux « concertée ». Il s'agit d'un engagement proposé et accepté. L'adjectif « consensuel » dérive en effet du terme consensus ou consentement, or le consentement est une manifestation de volonté qui s'accorde - à un acte de volonté ou à un acte d'autorité. » : PIN Xavier, « La participation consensuelle », in *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, Paris, Cujas, « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », vol. XXV, 2006, p. 31. La « participation consensuelle [...] procède légalement ou réglementairement d'une manifestation de volonté en vue de participer à la peine, et sans laquelle la peine - ou son aménagement - ne peut être mise à

eu égard à l'objectif de la mesure¹⁰⁷⁵. La modulation de la peine doit permettre d'exercer un pouvoir différent sur le sujet, afin que celui-ci adopte le comportement dicté et suggéré par l'institution pénitentiaire, sans coercition ni surveillance permanente. Si la recherche de l'accord du condamné n'est pas une condition générale prévue *de jure* par la loi¹⁰⁷⁶, elle s'impose *de facto* dans la pratique classique de la modulation judiciaire. Le consentement du sujet semble par ailleurs aller de pair avec l'idée de pari pénitentiaire sur le terme de la peine, émanant du régime des mesures d'application des peines. Toutefois, l'émergence de l'objectif d'éviter les sorties sèches et l'affirmation de l'impératif d'un retour progressif à la liberté ont conduit à multiplier les hypothèses d'imposition d'un suivi judiciaire au justiciable. Nul accord n'est requis pour attribuer des réductions de peine destinées à être le support d'une surveillance judiciaire¹⁰⁷⁷. Le consensualisme de l'aménagement de la peine cohabite en conséquence, au sein de la modulation judiciaire, avec la sommation faite au probationnaire de se conformer à des mesures de suivi. Le capital de liberté octroyé aux fins de la poursuite de l'acte de punir dans le milieu ouvert n'est dès lors pas tant un aménagement de la dette de l'infracteur qu'une modification des conditions de l'assujettissement, c'est-à-dire des modalités du remboursement de la dette (2).

2. Le remboursement d'une dette

196 L'acquittement de la dette. En matière de contrat de prêt, le débiteur est obligé à la fois au remboursement du capital prêté et au respect de la destination du crédit stipulée dans le contrat. Nous retrouvons défini dans le régime des mesures d'individualisation tant les modalités devant être respectées par le probationnaire afin d'être libéré de sa dette, que la

exécution. » : *ibid.*, p. 33. Sur la participation de la personne condamnée à l'exécution de sa sanction v. : ROTH Robert, « La participation du condamné à l'exécution de sa sanction, nouveau contrat social ou mercantilisation du droit ? » in *op. cit.*, p. 358-378 ; ROTH Robert, « Le consensualisme dans l'exécution de la sanction : la dernière chance de réhabilitation », in *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerckhove*, TULKENS Françoise, CARTUYELS Yves, GUILLAIN Christine (dir.), *op. cit.*, p. 115-124 ; VAN DE KERCKHOVE Michel, « Le consentement dans le champ de la sanction pénale : portée et enjeux », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), *op. cit.*, p. 397-406.

¹⁰⁷⁵ Sur le consentement en matière pénale : PIN Xavier, *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque des sciences criminelles », vol. 36, 2002, 724 p. ; DANTI-JUAN Michel, « Le consentement et la sanction », *op. cit.*, p. 367-381.

¹⁰⁷⁶ Le consentement de la personne condamnée est une condition spéciale prévue notamment pour la libération conditionnelle : al. 1, art. D. 531 du CPP.

¹⁰⁷⁷ Crim., 8 juin 2016, n° 15-84.205, Bull. Crim. n° 176, préc. L'imposition de la dimension prospective de la peine, nourrie de la philosophie utilitariste, est encore une fois très présente dans le régime des mesures d'application des peines. Dès la fin du XVIII^e siècle, BENTHAM affirmait qu'un « criminel, après avoir achevé son terme dans les prisons, ne doit point être rendu à la société sans précaution et sans épreuve » : BENTHAM Jeremy, *Traité de législation civile et pénale*, *op. cit.*, p. 327-328.

finalité de la revalorisation de son capital de liberté. Le remboursement de la dette, correspondant au *quantum* de peine non exécuté, s'effectue par la soumission au régime probatoire durant l'exécution de la mesure. Mais l'individu doit également respecter la destination de la revalorisation de son capital de liberté, c'est-à-dire « agir en personne responsable¹⁰⁷⁸ ». Les mesures d'individualisation recherchent ainsi tant la réglementation de la vie que la responsabilisation de la personne dans le milieu ouvert.

197 La réglementation de la vie. Dans ce nouveau mode de punir, le paiement de la dette correspond à la soumission du sujet à la réglementation de sa vie définie par le régime probatoire¹⁰⁷⁹. C'est la raison pour laquelle n'obtiennent une mesure d'individualisation que les personnes considérées solvables, c'est-à-dire celles qui semblent en mesure de répondre de leur dette dans le milieu ouvert en respectant les mesures de contrôle et les obligations particulières auxquelles elles sont soumises, sans une surveillance permanente. Bien entendu, la violation des obligations du régime probatoire fonctionne comme une condition résolutoire entraînant un retour à la situation antérieure à l'octroi de la mesure d'application des peines. Le sujet de l'acte de punir ne bénéficie de la revalorisation de son capital de liberté que s'il agit en « personne responsable¹⁰⁸⁰ ». Ce comportement, à la fois dicté et suggéré par le dispositif d'exécution, est défini par le régime probatoire et les usages des mesures d'individualisation judiciaires. À cet égard, l'inconduite notoire n'est finalement que l'équivalent d'un abus de confiance caractérisé par le fait de ne pas avoir adopté une conduite « respectueuse des règles et des intérêts de la société¹⁰⁸¹ ». *In fine*, il ne s'agit pas seulement à la manière d'un sursis simple de sanctionner la commission de nouvelles infractions, ni uniquement de sanctionner l'adoption d'un comportement en violation des obligations du régime probatoire, mais, plus généralement et grâce notamment aux causes équivoques de la mauvaise conduite et de l'inconduite notoire, d'assujettir le condamné au respect d'un comportement positif. Comme le souligne Olivier RAZAC, l'« évolution de l'application des peines est à la recherche d'une responsabilisation du condamné¹⁰⁸² ».

¹⁰⁷⁸ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁰⁷⁹ Sur la substance de la réglementation de la vie et son évolution v. : *infra* n° 368 et s.

¹⁰⁸⁰ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *op. cit.*, p. 399. Pour le philosophe, la responsabilisation prend trois formes que sont l'acceptation des modalités d'exécution de sa peine, la participation au bon déroulement de sa peine et l'adhésion de la personne à l'exécution de sa peine par « la prise de conscience d'une responsabilité dans l'acte à l'origine de la peine et une volonté de ne pas reproduire cette situation » : *ibid.* Antérieurement et de manière plus générale, Philippe SALVAGE soulignait déjà l'avènement de la responsabilisation. « Idée force de la Défense sociale

198 La responsabilisation de la personne. La notion de « personne responsable¹⁰⁸³ » fait indubitablement écho à celle du « bon père de famille¹⁰⁸⁴ », aujourd'hui remplacée par les termes « raisonnable¹⁰⁸⁵ » ou « raisonnablement¹⁰⁸⁶ ». À ce titre, l'article 707 du code de procédure pénale ne vise pas le respect de l'ordre public, mais la conformité à un standard de comportement en référence à un individu abstrait. L'acte de punir n'a pas pour seul objectif de rétribuer un comportement infractionnel et de rechercher la réinsertion des personnes condamnées, il poursuit également la volonté de les normaliser en vue de l'apprentissage « du sens des responsabilités¹⁰⁸⁷ », c'est-à-dire du « calcul rationnel¹⁰⁸⁸ » présidant à la prise de décision d'une personne en mesure « de mener une vie responsable¹⁰⁸⁹ ». Le sujet doit apprendre à ne pas être un poids pour la société au travers de sa participation et de son adhésion à son propre assujettissement. L'acte de punir contient ainsi l'injonction de respecter les « intérêts de la société », en se subjectivant en tant que « personne responsable »¹⁰⁹⁰. En cela, la pratique de la modulation judiciaire s'inscrit dans une rationalité punitive néolibérale, poursuivant une meilleure efficacité de la peine par des procédés de subjectivation guère compatibles avec une recherche de modération du pouvoir de punir de l'État¹⁰⁹¹.

L'introduction de la technique du crédit dans notre pénalité contemporaine fait de la peine privative de liberté une sanction extensive¹⁰⁹². L'instauration de périodes probatoires octroyant une mobilité au terme de la peine doit effectivement se lire comme l'introduction

nouvelle, la responsabilisation du délinquant semble bien désormais être en marche. » : SALVAGE Philippe, « Le consentement en droit pénal », *op. cit.*

¹⁰⁸³ II, art. 707 du CPP.

¹⁰⁸⁴ V. par exemple : anciens art. 601, 1728 et 1729 du code civil.

¹⁰⁸⁵ V. par exemple : art. 1197 ou 1301-1 du code civil.

¹⁰⁸⁶ V. par exemple : art. 601 et 627 du code civil.

¹⁰⁸⁷ Annexe, in Recommandation CM/Rec (2017) 3 relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté, p.14.

¹⁰⁸⁸ BENTHAM considérait que les opérateurs sociaux déterminent leur conduite en fonction d'une arithmétique des avantages et des inconvénients. « Tout individu se gouverne, même à son insu, d'après un calcul bien ou mal fait de peines et de plaisirs. » : BENTHAM Jeremy, DUMONT Étienne, *Théorie des peines et des récompenses : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais, op. cit.*, p. 13. Les pratiques punitives contemporaines s'inspirent de cette conception utilitariste du gouvernement de soi en entreprenant le conditionnement du sujet, pour qu'il considère désirables et rationnels les comportements qualifiés de responsables par l'institution. Le nouvel exercice du pouvoir de punir semble en effet rechercher l'apprentissage par les personnes condamnées de la « capacité à opérer un choix responsable » et « à les aider à exercer un sens accru des responsabilités à l'égard de la communauté en général » : Annexe, in Recommandation CM/Rec (2017) 3 relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté, p. 14. Le type-idéal visait par l'article 707 du CPP ne serait alors peut être que l'« homme économique », rêvé par les philosophes utilitaristes et érigé par les décideurs politiques comme le citoyen idéal : LAVAL Christian, *L'homme économique : essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris, Gallimard, « Les Essais », 2007, 396 p.

¹⁰⁸⁹ Règle n°102.1, Recommandation R (92) 16 du Comité des ministres aux États membres relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté.

¹⁰⁹⁰ Al. 1, II, art. 707 du CPP. Sur la figure de la personne responsable v. : *infra* n° 363.

¹⁰⁹¹ Pour une définition de la rationalité punitive néolibérale v. : note n° **Erreur ! Signet non défini.**

¹⁰⁹² PONCELA Pierrette, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », *op. cit.*, p. 611-621.

dans le champ pénal de la rationalité néolibérale¹⁰⁹³, qui a émergé dans les années quatre-vingt et qui s'est déjà immiscée dans d'autres domaines de l'activité de l'État¹⁰⁹⁴. L'assistance aux personnes condamnées a dès lors laissé sa place à leur probation et au terme extinctif de la peine a été substituée une condition extinctive, conduisant à l'imprévisibilité de la date d'achèvement de l'acte de punir. Ce caractère précaire de l'aménagement du *quantum* de la peine est ce qui symbolise le mieux la libéralisation de l'exercice du pouvoir de punir de l'État et qui entraîne une fin de peine incertaine (B).

B. Une fin de peine incertaine

199 L'incertitude du terme de la peine. En raison de la dissociation du temps de la peine de celui de l'acte de punir, la participation des juridictions des peines à l'acte de juger précarise la certitude du terme de la peine. L'individualisation judiciaire autorise, non seulement l'adaptation du régime d'exécution et la réduction de la durée de la peine à subir, mais également la modulation *in pejus* de la sanction, au travers de l'allongement de l'acte de punir. Au fur et à mesure que s'impose un nouvel exercice du pouvoir de punir de l'État (1), capable d'organiser un contournement des principes du droit pénal moderne (2), se fait jour un mouvement d'atténuation des garanties du droit pénal moderne.

1. Un nouvel exercice du pouvoir de punir de l'État

200 La pratique ordalique de la modulation judiciaire. En raison de la rationalité punitive néolibérale, la modulation de la peine présente désormais une dimension ordalique. L'ordalie est l'« épreuve judiciaire employée au Moyen Âge pour établir l'innocence ou la culpabilité de l'accusé¹⁰⁹⁵ ». En ce qu'elles subordonnent le terme de la peine à une condition extinctive, les mesures d'application des peines correspondent parfaitement à la définition de ce mode de jugement où la solution du litige est déterminée par le résultat d'une épreuve. Bien entendu, le caractère mystique de celle-ci a laissé place à l'appréciation judiciaire du

¹⁰⁹³ Sur l'extension de la gouvernementalité néolibérale à l'institution pénitentiaire v. : *infra* n° 406 et s. Plus largement sur l'extension de cette « raison néolibérale » à la justice pénale v. : GARAPON Antoine, *La raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Paris, Odile Jacob, 2010, 286 p.

¹⁰⁹⁴ Sur les transformations de l'action sociale v. : LEGRAND Stéphane, « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », *Raisons politiques*, n° 4, vol. 28, 2007, p. 33-47 ; ASTIER Isabelle, *Les nouvelles règles du social*, Paris, Presses universitaires de France, « Le lien social », 2007, 200 p.

¹⁰⁹⁵ CNRS (1976-1994), *Trésor de la langue française informatisé, Dictionnaire de la langue du XIX^e et XX^e siècle*, op. cit., consulté en ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/ordalie>. Sur l'ordalie v. : CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., §46 ; 60 ; 113.

respect par le sujet du régime probatoire et de l'injonction qui lui est faite « d'agir en personne responsable¹⁰⁹⁶ ». L'ordalie prend d'ailleurs aujourd'hui la forme d'une période produisant des « effets de vérité¹⁰⁹⁷ », plutôt que celle d'un acte unique de révélation de la vérité. En revanche, le résultat de l'épreuve détermine toujours le jugement sur la personne faisant l'objet du rituel judiciaire. Le mode de preuve est ainsi dans la procédure ordalique indissociable du mode de jugement. Cette dimension probatoire de la modulation judiciaire, recherchant une meilleure dissuasion spéciale, est la raison pour laquelle les deux pratiques de l'exercice du pouvoir de punir de l'État ne correspondent plus à deux phases distinctes. Le caractère ordalique de la modulation sous-tendant le processus d'individualisation détermine ainsi l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir.

201 L'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir. La subordination du terme de la peine à une épreuve judiciaire illustre l'ampleur de la libéralisation des conditions d'exécution, déterminée par le truchement des modalités d'exécution entre la peine et l'acte de punir. L'élaboration de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation par les usages de ces modalités d'exécution bouleverse en effet le schéma classique de l'exercice du pouvoir de punir de l'État, articulant de manière étanche et successive l'acte de juger et l'acte de punir. La condamnation s'analyse en un premier jugement de la personne, destiné à autoriser son assujettissement, fondé sur la culpabilité et esquissant la peine qui devra être exécutée. Par la suite, les juridictions de l'application des peines peuvent régulièrement intervenir dans l'acte de juger, afin de poursuivre le processus d'individualisation. Ce morcellement de l'acte de juger entraîne inmanquablement une segmentation de l'acte de punir, puisque chaque participation du juge de l'application des peines à la détermination de la peine modifie les conditions de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. Or, l'acte de juger étant exercé en fonction du déroulement de l'acte de punir, nous pouvons en déduire un entrelacement de ces deux pratiques constitutives de l'exercice du pouvoir de punir de l'État. Le problème eu égard à la prévisibilité du terme de la peine réside alors dans le fait que ces interactions déterminent, non seulement les conditions d'exécution de la peine, mais également sa temporalité, ce qui implique nécessairement l'incertitude de la peine.

¹⁰⁹⁶ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁰⁹⁷ FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

202 L'incertitude de la peine. Cet « affaiblissement de la certitude de la peine¹⁰⁹⁸ », auquel correspond la substitution d'une condition extinctive au terme pré-déterminé de la peine par la condamnation, répond à l'incertitude inhérente à la « finitude des peines¹⁰⁹⁹ ». Accepter que la peine ait un terme indérogeable et prédéterminé, c'est accepter que la personne puisse commettre après sa libération une nouvelle infraction. Autrement dit, c'est accepter que la fonction principale du système pénal ne soit pas d'empêcher les comportements infractionnels, mais de participer au gouvernement des illégalismes, en attribuant à certains comportements déviants un traitement juridique particulier. L'immixtion de la dangerosité dans la rationalité pénale, au côté de la responsabilité morale, a fortement bousculé les principes du droit pénal moderne comme l'illustre l'introduction de la surveillance et de la rétention de sûreté¹¹⁰⁰. Mais, il n'a pas fallu attendre ces mesures pour que le législateur réponde aux inquiétudes inexorables tenant aux caractères délimité et prédéterminé de la peine. Le principe de progressivité du retour à la liberté, combiné à la disjonction du temps d'exécution de la peine avec l'acte de punir, est en effet le principal « dispositif de sécurité¹¹⁰¹ » institué pour parer aux critiques dirigées contre le principe de légalité, s'opposant à des détentions à durée indéterminée. Les mesures d'application des peines servent effectivement à contrôler la sortie de la personne par un suivi judiciaire, offrant aux juridictions d'application des peines le moyen de l'extension de l'acte de punir. La recherche d'une plus grande sécurité déplace donc l'incertitude des conséquences de la

¹⁰⁹⁸ PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, op. cit., p. 211.

¹⁰⁹⁹ PONCELA Pierrette, « Évolutions et involutions des politiques de la peine », in *La justice fait de la peine. Défendre face à l'engouement répressif*, Syndicat des avocats de France (dir.), Colloque, 13-14 mai 2017. Cette problématique avait été parfaitement exprimée dès 1975 : « Poser que toute peine quelle qu'elle soit aura un terme, c'est à coup sûr s'engager sur un chemin d'inquiétude. » : FOUCAULT Michel, « Contre les peines de substitution », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, op. cit., p. 1024-1026.

¹¹⁰⁰ Concernant les diverses réactions doctrinales à l'introduction de ces mesures de sûreté v. : MATSOPOULOU Haritini, « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.*, n° 23, 2007, p. 1607-1614 ; DORON Claude-Oliver, « La rétention de sûreté : vers un nouveau positivisme juridique ? », *L'information psychiatrique*, n°6, 2008, vol. 84, 533-541 ; HERZOG-EVANS Martine, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit », *AJ Pénal*, n° 4, 2008, p. 161-170 ; LAZERGES Christine, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC*, n° 3, 2008, p. 731-746 ; MAYAUD Yves, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.*, n° 20, 2008, p. 1359-1366 ; MATSOPOULOU Haritini, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *Dr. pén.*, n° 4, 2008, étude 5 ; PRADEL Jean, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.*, n° 15, 2008, p. 1000-1012 ; ROETS Damien, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *D.*, n° 27, 2008, p. 1840-1847 ; WYVEKENS Anne, « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe-l'œil (ou les habits neufs de l'empereur) », op. cit., p. 503-525.

¹¹⁰¹ FOUCAULT Michel, *Sécurité, Territoire, Population. Cours au collège de France. 1977-1978*, Paris, EHESS Gallimard Seuil, « Hautes études », 2004, p. 7. Les modalités d'exécution judiciaires doivent en effet être considérées comme des mécanismes au service de la « biosécurité », c'est-à-dire du concept de sécurité visant ce « qui permet le fonctionnement normal d'une activité, le déroulement normal d'un processus » au travers de trois dimensions : la protection, le contrôle et la régulation : GROS Frédéric, *Le principe de sécurité*, op. cit., p. 173-174.

finitude de la peine vers la date de l'achèvement de l'acte de punir, justifiant par là d'un terme mobile et indéterminable, suite au prononcé d'une mesure d'application des peines. Le risque est ainsi dorénavant supporté par le justiciable, qui doit être entrepreneur de sa peine en assumant le coût d'investissement de l'entreprise d'adaptation de l'acte de punir et les conséquences de son échec en cas de retrait ou de révocation d'une mesure.

Assurément le processus d'individualisation est marqué par les fonctions de la peine tournées vers l'avenir. Or, seule l'indexation du terme de la peine sur la fonction rétributive de l'acte de punir peut garantir ses caractères certain et déterminable¹¹⁰². L'atteinte à l'ordre public par l'infraction doit être la mesure de la peine et l'amendement le critérium de son individualisation, sans que la modulation judiciaire ne puisse autoriser l'aggravation de l'acte de punir. La subordination du terme de la peine à l'ordalie des mesures d'application des peines emporte assurément une transformation des pratiques déterminant une fin de peine incertaine¹¹⁰³. Le décalage institué entre la manière dont on punit, qui a été profondément remaniée, et les limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État, qui n'ont pas vu leur substance suffisamment réinterprétée, détermine un contournement des principes du droit pénal moderne (2).

2. Un contournement des principes du droit pénal moderne

203 La mise à distance de l'acte de punir et de la condamnation. En libéralisant les conditions d'exécution, le dispositif d'élaboration de l'acte de punir autorise les juridictions de l'application des peines à poursuivre la détermination de la peine au-delà du procès pénal. Au fur et à mesure du processus d'individualisation, l'acte de punir s'éloigne ainsi de plus en plus de la peine prononcée par la juridiction de jugement. Or, plus le lien se relâche entre l'acte de punir et la condamnation, moins cette dernière est de nature à protéger le sujet

¹¹⁰² « L'utilitarisme c'est l'incertitude de la peine, et plus largement, de la sanction ... » : PONCELA Pierrette, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *op. cit.*, p. 64.

¹¹⁰³ Les conséquences de l'ordonnancement du dispositif d'exécution à l'objectif de réformation sur le terme de la peine avaient été bien pressenties par CANNAT. « Si l'on veut pousser jusqu'au bout cette assimilation désirable de l'amendement du condamné et de la fixation de la date de libération, il faut admettre alors la sentence indéterminée. Celle-ci consiste à s'abstenir de fixer à l'avance dans le jugement de condamnation la durée de la peine. Le condamné mis à la disposition des organismes pénitentiaires sera relâché quand il aura démontré par son attitude en prison qu'il est désormais apte à vivre honnêtement dans la société. [...] Dans la seconde [méthode] (indétermination relative) le pouvoir exorbitant conféré à ceux qui décideront de la libération, est fixé entre des limites destinées à empêcher les abus. On peut dès lors, ou bien mettre un terme minimum en dessous duquel la mise en liberté est impossible, ou fixer un terme maximum à la peine, ou mieux encore déterminer à l'avance à la fois ces deux limites. » : CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, *op. cit.*, p. 25.

d'éventuels excès dans l'exercice du pouvoir de punir de l'État.

204 L'inadéquation des principes du droit pénal moderne. Les principes du droit pénal moderne correspondent à une pratique du pouvoir de punir partiellement révolue, où l'acte de juger et l'acte de punir s'exercent dans deux temps distincts l'un de l'autre, afin d'assurer l'effectivité des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État. À ce titre, les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité fonctionnent tous à partir de la peine encourue, au titre de la loi, et de la peine prononcée, au titre de la condamnation, sur le fondement de la responsabilité pénale du sujet. Dès lors, en brouillant les frontières entre l'action de juger et celle de punir, jusqu'à les entrelacer dans un processus d'individualisation, le dispositif d'exécution précarise la portée des garanties du droit pénal moderne.

Une nouvelle problématique de la modération du pouvoir de punir de l'État émerge effectivement en la libéralisation des conditions d'exécution par la modulation de la peine. La mise à distance de l'acte de punir de la condamnation, par les usages des modalités d'exécution, désactive en effet pour partie les principes du droit pénal moderne. En premier lieu, les principes de légalité et de nécessité sont contournés par la dissociation du temps de l'exécution de la peine de celui de l'acte de punir. Sans connaître d'une conception matérielle de la peine, impossible en effet de saisir l'ensemble des pratiques punitives fondées sur la condamnation. L'artifice de la levée de l'écrou, ne faisant aucunement obstacle à la poursuite de l'assujettissement de la personne condamnée après son élargissement, autorise dès lors la soustraction d'une part de l'acte de punir du domaine rationalisé par les limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État, diminuant ainsi substantiellement la portée des principes de légalité et de nécessité de la peine. En second lieu, le principe de proportionnalité perd lui aussi de sa portée au titre de la modération de l'exercice du pouvoir de punir de l'État, en raison du changement de paradigme de la modulation judiciaire et de la libéralisation des conditions qu'il provoque. Le principe de proportionnalité implique un rapport d'adéquation entre, d'un côté, « l'infraction et la peine encourue¹¹⁰⁴ » pour le législateur, et, de l'autre, les faits commis, la personnalité et la situation du sujet¹¹⁰⁵ et le degré de gravité de la sanction prononcée pour le juge¹¹⁰⁶. Or, ce rapport ne peut plus être déterminé une fois pour toutes lors du jugement, car la peine continue à être définie jusqu'à son terme, sans pour autant que l'acte

¹¹⁰⁴ CC, Décision n° 2010-66 QPC du 26 novembre 2010, M. Thibaut G. [Confiscation de véhicule], D. 2011. 2823, chron. Roujou de Boubée ; AJ Pénal 2011. 31, obs. Perrier.

¹¹⁰⁵ Art. 132-1 du CP.

¹¹⁰⁶ DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, op. cit., §1238 ; BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, op. cit., §392-394.

de punir ainsi élaboré soit impérativement enfermé dans les termes de la condamnation et, par extension, dans les limites de la peine encourue. La poursuite de l'acte de juger par les juridictions de l'application des peines implique donc la nécessité de renouveler ce contrôle. Cependant, d'une part, il n'est plus question de l'examen de la gravité de la peine, dans le but d'une juste rétribution, participant de la dissuasion générale des infractions, mais de celui de l'efficacité des conditions d'exécution, dans la poursuite des finalités de l'acte de punir. La fonction essentielle de la sanction évolue ainsi au cours de l'exécution en direction de la rationalité prospective de la peine, conformément à ce que la Cour européenne des droits de l'Homme nomme le « principe de progression¹¹⁰⁷ ». En conséquence, les termes de détermination des conditions de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation ne sont plus les mêmes et rendent difficiles le maintien d'une exigence de « juste mesure¹¹⁰⁸ » entre la peine et les actes, puisque celle-ci ne préside pas à l'évolution des conditions d'exécution de la peine ayant pour objet « d'éviter la commission de nouvelles infractions¹¹⁰⁹ ». Ainsi d'autre part, ce ne sont plus les faits, mais bien la personnalité du sujet, qui est le critère prédominant de l'appréciation judiciaire de la proportionnalité de l'acte de punir. Un calcul fondé essentiellement sur les atteintes aux biens juridiques et à l'ordre public est remplacé par une quantification du risque de récidive eu égard aux caractéristiques de l'individu et de sa situation. Dès lors une proportionnalité des conditions d'exécution au risque évalué, et plus généralement une recherche d'adéquation des pratiques punitives au regard des finalités de l'acte de punir, est substituée à un contrôle de proportionnalité de la peine aux actes, destiné à modérer l'exercice du pouvoir de punir de l'État.

En définitive, les principes du droit pénal semblent inadéquats face aux pratiques punitives contemporaines. Rien d'étonnant au demeurant puisque ces règles ont été instituées pour connaître de pratiques arbitraires du pouvoir de punir fondé sur la liberté du juge lors du procès, et non d'un exercice de ce dernier recherchant une meilleure dissuasion spéciale par l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir durant l'exécution de la peine. Afin de poursuivre leur objet consistant à rationaliser le pouvoir de punir de l'État, les principes du droit pénal doivent par conséquent évoluer, afin de prendre en compte la diversification des modalités d'exécution et les conséquences de leurs usages sur l'acte de punir.

¹¹⁰⁷ CEDH, [GC], 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, n° 44362/04, RSC 2007. 350, chron. Poncela ; RSC 2008. 140, chron. Marguénaud ; RTD civ. 2008. 272, note Hauser ; D. 2008. 1435, chron. Galloux, Gaumont-Prat, §28

¹¹⁰⁸ SORDINO Marie-Christine, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 713.

¹¹⁰⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

205 L'inadaptation des principes du droit pénal moderne. Cependant, les garanties en matière pénale ont seulement évolué pour prendre en compte un mouvement distinct de diversification des sanctions pénales. Le Conseil constitutionnel comme la Cour européenne des droits de l'Homme ont en effet étendu le champ de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, ainsi que des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, afin de connaître de la multiplication des procédures et sanctions répressives, sans suffisamment renouveler les réflexions sur les modalités d'exécution de la peine et leur portée sur l'acte de punir. Les juridictions n'appréhendent encore guère l'ampleur des effets des normes de formes sur le fond, particulièrement en matière de peine privative de liberté, car elles n'adoptent pas une conception matérielle de la peine¹¹¹⁰, de nature à intégrer la portée réelle de l'acte de punir déterminée par les usages des modalités d'exécution. La catégorie des modalités d'exécution, non théorisée en ce qu'il s'agit essentiellement d'une catégorie résiduelle, construite en opposition aux peines et aux sanctions répressives, ne permet pas de connaître des nouveaux risques pour les libertés individuelles, produits notamment par l'usage des mesures d'individualisation judiciaires¹¹¹¹.

Au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel d'abord, seule la période de sûreté a fait l'objet d'un contrôle direct, en ce qu'elle constitue une modalité considérée comme un élément de la condamnation¹¹¹². Effectivement, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et des libertés fondamentales s'applique tant aux peines prononcées par les juridictions répressives qu'au « régime des mesures de sûreté qui les assortissent¹¹¹³ ». Au-delà, le contrôle opéré sur les modalités d'exécution ne peut-être qu'indirect et uniquement au

¹¹¹⁰ Précisions ici que la conception autonome de la notion de peine de la CEDH n'implique pas une conception matérielle de la peine au sens où nous l'entendons dans notre thèse. L'objet de la conception autonome de la notion de peine est de faire obstacle aux tentatives de contournement des garanties de la convention par les États. Il s'agit pour l'application de l'article 7 d'assimiler des sanctions, qui ne sont pas qualifiées de peines, en des peines au sens de la convention, afin d'appliquer à ces modalités de l'exercice du pouvoir de punir de l'État le principe de la non-rétroactivité. L'objet de la conception matérielle de la peine est d'appréhender l'ensemble des pratiques punitives fondées sur la condamnation, afin d'éviter un contournement des garanties du droit pénal moderne par les usages des modalités d'exécution. Dans un cas, il est question d'éviter les conséquences d'un contournement des garanties par la qualification de la sanction, dans l'autre, il s'agit d'empêcher un contournement des garanties par l'usage de mesures d'individualisation de la sanction. Les deux conceptions sont donc complémentaires, en ce qu'elles visent des problèmes différents.

¹¹¹¹ À titre d'exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme indique que les « questions relatives aux modalités d'exécution d'une peine privative de liberté ne tombent pas sous le coup de l'article 6§1 » de la Convention : CEDH, [GC], 3 avril 2012, *Boulois c. Luxembourg*, n° 37575/04, §87.

¹¹¹² V. : *supra* n° 72.

¹¹¹³ CC, Décision 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, consid. 10.

titre de la portée du « régime juridique d'exécution¹¹¹⁴ » sur la peine encourue. En cela, l'appréhension des modalités d'exécution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel est assez proche de celle entretenue au niveau du Conseil de l'Europe.

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, une distinction est instituée entre les mesures constituant une peine et les mesures relatives à l'exécution ou l'application d'une peine¹¹¹⁵. Néanmoins, la Cour, constatant elle-même que cette dichotomie n'est « pas toujours nette en pratique¹¹¹⁶ », introduit ensuite une nouvelle qualification permettant de transcender la première, afin de prendre en compte les mesures d'exécution qui sont de nature à redéfinir ou modifier la portée de la peine infligée¹¹¹⁷. Dès lors, l'article 7 de la Convention ne s'applique pas simplement aux peines, mais également aux modalités d'exécution modifiant la portée de la sanction infligée par la juridiction de jugement¹¹¹⁸. Cependant, il ne s'agit pas pour les juges strasbourgeois de contrôler si ces mesures sont de nature à travestir la peine infligée, en autorisant une modulation de la peine offrant au juge la possibilité d'aggraver la sanction, mais seulement d'appliquer le principe de non-rétroactivité

¹¹¹⁴ CC, Décision n° 2015-501 QPC du 27 novembre 2015, M. Anis T, AJ Pénal 2016. 142, note Saas ; Dr. pén. 2016. comm. 18, note Peltier ; CC, Décision n° 2019-799/800 du 6 septembre 2019, M^{me} Alaitz A. et autre, préc., consid. 5 ; CC, Décision n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, Loi pour une sécurité globale préservant les libertés, consid. 151. Toutefois, il n'est pas question des usages des modalités d'exécution et de leurs conséquences sur l'acte de punir auquel donne lieu la condamnation. La prise en compte du régime d'exécution dans le contrôle de proportionnalité des peines se limite aux conséquences de ce dernier sur la « peine encourue » : *ibid.* Dans la décision du 6 septembre 2019, l'impossibilité pour les personnes étrangères condamnées pour des infractions de terrorisme, sous le coup d'une mesure d'éloignement du territoire, de bénéficier d'une mesure d'individualisation emporte pour le Conseil constitutionnel que ces dispositions sont manifestement contraires au principe de proportionnalité des peines, en ce qu'elles constituent un obstacle à toute modulation des peines prononcées. À la manière de la période de sûreté, les sages de la rue Montpensier considèrent les effets du régime d'exécution sur la nature et la portée de la peine encourue. Or, en l'espèce, ces dispositions en raison du régime d'exécution emportent des peines non modulables, voire incompressibles en cas de réclusion criminelle à perpétuité.

¹¹¹⁵ CEDH, [GC], 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, n° 21906/04, préc., § 142 ; CEDH, [GC], 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, n° 42750/09, préc., § 83. Sur cette question v. not. : BONIS-GARÇON, Évelyne, PELTIER Virginie, « À la recherche de la peine perdue dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.*, n° 9, 2015, p. 29-32 ; FALXA Joana, « Clairs-obscur d'une œuvre jurisprudentielle pointilliste. De l'applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme au droit de l'exécution des peines », *AJ Pénal*, n° 3, 2016, p. 126-128.

¹¹¹⁶ CEDH, [GC], 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, n° 21906/04, préc., § 142 ; CEDH, 15 décembre 2009, *Gurguchiani c. Espagne*, n° 16012/06, AJDA 2010. 997, chron. Flauss ; Dr. pén. 2020. n° 4. chron. 3, chron. Dreyer, § 31 ; CEDH, [GC], 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, n° 42750/09, préc., § 85.

¹¹¹⁷ CEDH, [GC], 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, n° 42750/09, préc., § 89 : « Au vu de ce qui précède, la Cour n'exclut pas que des mesures prises par le législateur, des autorités administratives ou des juridictions après le prononcé d'une peine définitive ou pendant l'exécution de celle-ci puissent conduire à une redéfinition ou à une modification de la portée de la « peine » infligée par le juge qui l'a prononcée. ». Au demeurant, « La Cour précise que pareilles modifications doivent être distinguées de celles qui peuvent être apportées aux modalités d'exécution de la peine, lesquelles ne relèvent pas du champ d'application de l'article 7 § 1 *in fine*. » : *ibid.* V. également : CEDH, 23 octobre 2018, *Arrozpide Sarasola et autres c. Espagne*, n° 65101/16, AJ Pénal 2019. 35, obs. Lacaze, § 121.

¹¹¹⁸ Sur cette extension du champ d'application de l'article 7 v. : ROETS Damien, « Double extension du champ d'application de l'article 7 § 1 : la Cour européenne des droits de l'Homme, en Grande Chambre, persiste et signe », *RSC*, n° 1, 2014, p. 174-178.

de la loi pénale plus sévère. Ainsi, la Cour ne défend pas l'indérogeabilité de la durée de la peine prononcée, uniquement sa prévisibilité ; elle ne fait en effet que rechercher ce qu'impliquait la peine infligée. De plus, la jurisprudence européenne n'a jamais admis en tant que mesure de nature à modifier la portée de la peine une modalité d'exécution judiciaire en elle-même¹¹¹⁹. La Cour ne remet ainsi nullement en cause la nouvelle forme de l'exercice du pouvoir de punir de l'État tendant à faire de la condamnation une autorisation de prise en charge, et non plus une limite indérogeable à l'acte de punir. Le justiciable ne peut plus tenir pour acquise la peine prononcée par la juridiction de jugement, il doit « prévoir au moment de la commission de l'infraction ou du prononcé de la peine¹¹²⁰ » la portée possible de la sanction qui lui sera infligée au regard du dispositif d'exécution.

Les modalités d'exécution judiciaires ne sont pas complètement ignorées par les acteurs du système de protection des droits et libertés individuels. D'ailleurs, les conditions d'exécution libéralisées par la diversification des modalités peuvent être contrôlées si elles constituent une ingérence dans un droit protégé par la Convention. Il ne s'agira toutefois plus d'un contrôle général et objectif¹¹²¹, mais d'un contrôle de la proportionnalité de l'ingérence eu égard aux objectifs légitimes visés et notamment la prévention des infractions pénales¹¹²². Au regard des principes du droit pénal moderne, les mesures d'individualisation sont seulement prises en compte lorsque, directement ou indirectement, elles peuvent être considérées comme un élément de la condamnation participant à déterminer la portée de la peine infligée. Nous pouvons dès lors déduire qu'il relève de la marge de manœuvre des États de mettre en œuvre un nouvel exercice du pouvoir de punir, limitant la portée de la condamnation, au profit de celle des modalités d'exécution judiciaires. Effectivement, la Cour européenne des droits de l'Homme ne sanctionne pas la violation de l'intangibilité de la peine, tant que cette transgression est prévue par la loi et prévisible. Les principes du droit pénal moderne se révèlent ainsi aujourd'hui impropres à pleinement limiter le pouvoir de

¹¹¹⁹ Dans les affaires *Kafkaris* et *Del Rio Prada*, il était respectivement question de la suppression d'un règlement pénitentiaire concevant la peine perpétuelle comme vingt années de détention et d'un revirement de jurisprudence portant sur l'imputation des réductions de peine en cas de confusion des peines. Par ailleurs, la Cour a eu l'occasion de rappeler « que les questions relatives à l'existence, aux modalités d'exécution ainsi qu'aux justifications d'un régime de libération relèvent du pouvoir qu'ont les États membres de décider de leur politique criminelle » : CEDH, [GC], 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, n° 21906/04, préc., §151. Sur cette question v. : DOURNEAU-JOSETTE Pascal, TULKENS Françoise, « La défense sociale au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Dév. & Soc.*, n° 4, Vol. 34, 2010, p. 702-703.

¹¹²⁰ CEDH, [GC], 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, n° 21906/04, préc., §151.

¹¹²¹ PARIZOT Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie*, op. cit., n° 202 ; ROUSSEAU François, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », op. cit., p. 260.

¹¹²² Concernant un tel contrôle en matière de liberté d'expression v. : *infra* n° 401.

punir de l'État, car nos pratiques punitives contemporaines réduisent la portée de la condamnation pénale. Par les usages des modalités d'exécution, le dispositif d'exécution travaille en effet à dissocier l'acte de punir de la sentence prononcée par la juridiction de jugement. En conséquence, une fois le calcul de la peine opéré lors du procès, ces garanties fondamentales deviennent pour l'essentiel inopérantes et incapables de connaître, notamment, des conséquences sur le terme de la peine de la pratique de la modulation judiciaire.

*

206 Un acte de punir libéré de la condamnation pénale. La modulation judiciaire de la peine est indispensable à la modération du pouvoir de punir de l'État et à la réinsertion des personnes condamnées. Le problème posé par les mesures d'individualisation n'est d'ailleurs pas le déplacement du terme de la peine en soi. La mobilité du terme de la peine pose problème en ce que la dissociation du temps de la peine et de l'assujettissement, par les mesures d'application des peines, ouvre la possibilité d'une modulation de la peine *in pejus*. L'introduction de périodes d'assujettissement ne participant pas à l'exécution de la peine octroie en effet la possibilité aux juridictions de l'application des peines d'aggraver l'acte de punir, dorénavant partiellement affranchi des termes de la condamnation pénale. Indexé sur l'acceptation par la personne condamnée de la réglementation de sa vie et sa subjectivation à la figure de la « personne responsable¹¹²³ », le terme de la peine devient alors indéterminable et l'achèvement de l'acte de punir imprévisible.

**

207 La poursuite de l'acte de juger après l'élargissement de la personne condamnée. Au travers du déplacement du terme de la peine, dans un sens comme dans l'autre, les usages des modalités d'exécution différencient les personnes condamnées qui adhèrent au comportement défini comme responsable et ceux qui s'en détournent, jugés alors inaptes à poursuivre leur inscription dans le milieu ouvert. Le développement de la modulation judiciaire révèle ainsi aujourd'hui l'image d'une pratique paradoxale. Conçue pour modérer l'acte de punir, l'adaptation du régime d'exécution de la peine est devenue une pratique capable d'intensifier l'exercice du pouvoir de punir de l'État.

¹¹²³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

208 La libéralisation de l'exercice du pouvoir de punir par l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir. À l'initiative de l'imposition de la rationalité punitive contemporaine, le paradigme de la modulation judiciaire s'est transformé en passant d'une logique modale au service de la modération de l'acte de punir à une adaptation du régime d'exécution au service de la prévention spéciale des infractions. Cette nouvelle rationalisation de l'évolution des conditions d'exécution a déterminé et légitimé un mouvement de libéralisation de ces dernières, autonomisant l'acte de punir des termes de la condamnation, par la modulation de la matérialité et de la temporalité de la peine. En raison de la généralisation des périodes probatoires par les mesures d'individualisation judiciaires, l'élargissement de l'établissement pénitentiaire ne correspond plus qu'exceptionnellement au terme de la peine ; de même, le temps de l'exécution de la sanction n'équivaut plus à celui de l'acte de punir, du fait de la disjonction entre l'écoulement du *quantum* de la peine et l'assujettissement de la personne condamnée. Indéniablement, la portée de la condamnation s'affaiblit, pour accroître l'indexation de la différenciation de l'acte de punir sur les besoins de la prévention spéciale des infractions, au point que l'acte punir soit aujourd'hui partiellement affranchi des termes de la condamnation. Il résulte ainsi de l'étude des effets et des conséquences des mesures d'individualisation sur l'acte de punir la nécessité d'adopter une conception matérielle de la peine, capable d'appréhender l'ensemble des pratiques punitives fondées sur la condamnation, afin de pouvoir saisir l'ampleur de cette libéralisation des conditions d'exécution et être en mesure de confronter celles-ci aux principes du droit pénal moderne. L'enjeu est en effet de préserver la possibilité de connaître de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation par la qualification de peine, malgré la diversification et l'intensification des usages des modalités d'exécution, afin de limiter l'atténuation de la portée de la condamnation et ainsi pérenniser l'effectivité des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État, malgré la mutation du paradigme de la modulation judiciaire.

CONCLUSION DU TITRE 1

209 L'atténuation de la portée des garanties du droit pénal moderne par la modulation judiciaire. Du fait de la précarisation de la dichotomie entre l'acte de juger et l'acte de punir, le dispositif d'exécution n'a plus pour seule fonction d'assurer l'exécution de la peine. Ce dernier, tout au long de l'acte de punir, doit désormais également déterminer les conditions de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, en vue « d'éviter la commission de nouvelles infractions¹¹²⁴ ». La diversification des modalités d'exécution et l'intensification de leurs usages alimentent ainsi un mouvement de libéralisation des conditions d'exécution, réduisant la condamnation à la peine privative de liberté à désigner un champ d'assujettissement possible, plus qu'un acte de punir prévisible. La condamnation prend effectivement de plus en plus la forme d'une autorisation judiciaire de prise en charge du sujet par le dispositif d'exécution. En dissociant les conditions de l'assujettissement des termes de la condamnation, le nouvel exercice du pouvoir de punir de l'État libéralise les conditions d'exécution de la peine et atténue de ce fait la portée des garanties du droit pénal moderne rattachées à la loi, à la sentence pénale et au sujet juridique. Le principe de légalité, l'autorité de la chose jugée, les principes de nécessité et de proportionnalité de la peine sont de plus en plus inadéquats pour connaître des pratiques punitives contemporaines, en raison d'un processus d'individualisation qui opère un déplacement d'une responsabilité morale, pour des actes commis, à une responsabilité sociale, pour ce que l'on est, de sorte à mettre la logique modale de la peine privative de liberté au service de la prévention spéciale des infractions, et non plus de la modération de l'exercice du pouvoir de punir. Ainsi, si les usages des modalités d'exécution judiciaires peuvent toujours déterminer un adoucissement de la peine, ils sont avant tout aujourd'hui le moyen de la libéralisation de l'exercice du pouvoir de punir de l'État.

À la suite de l'étude de la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger, il convient de poursuivre l'analyse des usages des modalités d'exécution, quant à la peine, par l'examen du volet carcéral du processus d'individualisation. Cette seconde étape de l'exploration des effets et des conséquences de la précarisation de la dichotomie entre l'acte de juger et l'acte de punir portera sur la libéralisation des conditions d'exécution par l'individualisation administrative (Titre 2), contribuant à son tour à l'atténuation de la portée des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État.

¹¹²⁴ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

TITRE 2. LA LIBÉRALISATION DES CONDITIONS D'EXÉCUTION PAR L'INDIVIDUALISATION ADMINISTRATIVE

210 La modulation administrative de la peine. L'individualisation administrative est la pratique qui correspond aux usages des modalités d'exécution carcérales, pour moduler la peine durant la période s'exécutant sous écrou. En définissant l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, l'administration pénitentiaire participe à l'acte de juger. Elle contribue ainsi à définir l'acte de punir, en déterminant les conditions d'exécution de la peine sous le mode de la détention.

L'assujettissement auquel donne lieu la condamnation à la peine privative de liberté n'est finalement que le résultat des usages des modalités d'exécution, c'est la combinaison et la succession de ces modalités qui donnent corps à l'acte de punir. Durant la phase carcérale du « processus d'individualisation¹¹²⁵ », cette élaboration est régie par le régime pénitentiaire, c'est-à-dire l'« ensemble des règles édictées par le pouvoir législatif ou par l'autorité administrative en vue d'organiser l'exécution des peines¹¹²⁶ ». C'est ce régime qui constitue la première interface entre la peine, en tant qu'objet juridique formel, et l'acte de punir en tant qu'assujettissement subi par la personne en raison de sa condamnation. Toutefois, le régime pénitentiaire ne constitue qu'une partie du « régime d'exécution¹¹²⁷ », celle désignant les modalités d'exécution communes à l'ensemble des personnes condamnées. La partie résiduelle du régime d'exécution, relevant de l'administration et de la rationalité pénitentiaire, est définie par le « régime de détention [...] déterminé en prenant en compte leur personnalité, leur santé, leur dangerosité et leurs efforts en matière de réinsertion sociale¹¹²⁸ ».

211 Les modalités d'exécution carcérales. Les conditions d'exécution, qui correspondent à l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, sont donc le résultat de la somme des modalités d'exécution du régime pénitentiaire et du régime de détention. L'étendue des possibles modalités applicables à chaque personne condamnée forme un capital d'individualisation dont les acteurs de l'exécution peuvent faire usage pour définir et redéfinir

¹¹²⁵ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 279 ; RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *op. cit.*, p. 397. Sur le processus d'individualisation v. : *infra* n° 50.

¹¹²⁶ « Régime pénitentiaire », in *Vocabulaire juridique*, CORNU Gérard (dir.), *op. cit.*, p. 880.

¹¹²⁷ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹¹²⁸ Al. 2, art. 717-1 du CPP.

le régime d'exécution au cours de l'acte de punir¹¹²⁹. Dans ce réseau de modalités d'exécution, nous retrouvons à l'instar de la modulation judiciaire un ensemble de mesures d'individualisation, telles que l'affectation dans une catégorie d'établissement pour peine¹¹³⁰. Néanmoins, lorsque l'on considère la modulation administrative de la peine, il convient d'élargir le champ des éléments à prendre en compte. Nombre de modalités d'exécution affectant la matérialité de l'acte de punir ne sont pas des mesures ayant principalement pour objet d'individualiser la peine, contrairement à l'arsenal à la disposition des juridictions de l'application des peines. Difficile en effet de qualifier de mesure d'individualisation un placement à l'isolement¹¹³¹, une inscription au registre des détenus particulièrement signalés¹¹³², le placement dans une unité pour détenus violents¹¹³³, une participation à un programme de prévention de la récidive¹¹³⁴ ou encore l'ouverture des portes de cellules en journée¹¹³⁵. En conséquence, notre analyse ne cheminera pas par l'étude de l'octroi et de l'exécution des mesures d'individualisation administratives, afin d'embrasser toute la diversité des modalités d'exécution carcérales se combinant pour définir l'acte de punir. L'étude des mesures pénitentiaires, des décisions administratives, des pratiques professionnelles et des infrastructures s'effectuera par l'analyse de l'ordonnancement et de l'articulation de ces diverses modalités d'exécution pour élaborer l'acte de punir auquel donne lieu la condamnation.

212 Les deux dimensions du processus d'individualisation dans son volet administratif. Segmenté par le processus d'individualisation, l'acte de punir ne désigne pas un assujettissement prédéterminé et uniforme, mais une succession de régimes d'exécution, largement déterminée en dehors des limites de l'exercice du pouvoir de punir de l'État. L'étude de son élaboration doit nécessairement prendre en compte la mutabilité des conditions d'exécution de la peine, par l'articulation d'un point de vue statique et dynamique sur les usages des modalités d'exécution carcérales. Ce n'est en effet qu'en observant successivement la différenciation du « régime de détention¹¹³⁶ » et du « parcours d'exécution

¹¹²⁹ Sur les modalités d'exécution en tant que capital d'individualisation v. : *supra* n° 20.

¹¹³⁰ Sur les différents établissements pour peine v. : *infra* n° 254. Sur l'affectation initiale des personnes condamnées v. : *infra* n° 305 et s.

¹¹³¹ Sur la mise à l'isolement v. : art. 726-1 du CPP ; art. R. 57-7-62 et s. du CPP ; *infra* n° 271.

¹¹³² Sur le statut des détenus particulièrement signalés v. : *infra* n° 261.

¹¹³³ Sur les unités pour détenus violents v. : art. 726-2 du CPP ; art. R. 57-7-84-1 du CPP ; *infra* n° 258.

¹¹³⁴ Sur les programmes de prévention de la récidive v. : *infra* n° 264.

¹¹³⁵ Sur les régimes différenciés de détention v. : *infra* n° 257.

¹¹³⁶ Al. 2, art. 717-1 du CPP.

de la peine¹¹³⁷ », par les usages des modalités d'exécution, que nous serons en mesure d'appréhender l'ampleur de la précarisation de la dichotomie entre l'acte de juger et l'acte de punir et de la libéralisation des conditions d'exécution qui en résulte, responsable de l'atténuation de la portée des principes du droit pénal moderne.

La première étape de l'étude de l'individualisation administrative aura dès lors pour objet l'analyse de la différenciation du régime de détention (Chapitre 1), produit par une combinaison de modalités d'exécution. Désignant le résultat de la participation de l'administration à la détermination du régime d'exécution, le régime de détention est un biais à partir duquel il est possible d'interroger la portée de la rationalité pénitentiaire sur l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation à la peine privative de liberté. Nous pourrions alors constater que la diversification des modalités d'exécution carcérales rend de plus en plus ténu le lien entre l'acte de punir et la condamnation, au profit de l'indexation des conditions d'exécution sur les caractéristiques de l'individu et au détriment de la capacité des principes du droit pénal moderne à limiter l'exercice du pouvoir de punir de l'État.

La seconde étape de l'analyse de l'individualisation administrative consistera en l'étude de la différenciation du parcours d'exécution de la peine (Chapitre 2), désignant la succession des régimes de détention déterminée par l'ajout, la suppression ou la substitution de modalités d'exécution. Dans son volet carcéral, l'acte de punir est élaboré progressivement par les multiples décisions administratives intervenant pour modifier le régime d'exécution, entrelaçant ainsi l'acte de juger et l'acte de punir. Ne circonscrivant pas strictement cette participation de l'administration à la détermination des pratiques punitives, en dépit de l'ampleur considérable de la portée de l'individualisation sur l'assujettissement, le législateur abandonne la condamnation à la peine privative de liberté à prendre la forme d'une autorisation de prise en charge.

¹¹³⁷ Al. 1, art. 717-1 du CPP ; art. D. 92 du CPP.

CHAPITRE 1. LA DIFFÉRENCIATION DU RÉGIME DE DÉTENTION

213 La notion de régime de détention. Définissant les conditions dans lesquelles la personne condamnée est emprisonnée, le régime de détention est avant toute chose une composante du « régime d'exécution¹¹³⁸ » de la peine privative de liberté. Toutefois, bien que cette notion soit très usitée par le droit et l'administration pénitentiaire¹¹³⁹, elle apparaît indéfinie en tant que notion juridique, sans que l'ensemble des régimes de détention ne soit connu du droit pénitentiaire. Il semble alors qu'elle participe d'un régime d'exécution partiellement indéterminé qui désigne, avant toute chose, un champ des possibles pour l'assujettissement des personnes condamnées.

Rares sont d'ailleurs les auteurs proposant une définition de cet objet¹¹⁴⁰. Nous relevons d'abord celle d'un magistrat, considérant que le régime de détention est « l'ensemble des règles applicables aux détenus en vue d'atteindre les objectifs de la mesure privative de liberté¹¹⁴¹ ». Si cette conception a le mérite de mettre en rapport un ensemble de normes avec les finalités de la mesure judiciaire, elle désigne plutôt le régime d'exécution de celle-ci puisqu'aucune distinction entre les règles communes du régime pénitentiaire et les normes individualisées du régime de détention n'est effectuée. Deux autres magistrats retiennent ensuite que la notion désigne « l'ensemble des règles de police intérieures et de pratiques pénitentiaires, [...] applicables à une même catégorie de détenus dans un type d'établissement pénitentiaire donné¹¹⁴² ». Si cette seconde définition souligne bien le rapport de correspondance entre les régimes de détention et les catégories de détenus, elle partage avec la première l'écueil de ne faire aucun cas de la distinction entre les rationalités légale et pénitentiaire. Cette proposition n'opère effectivement aucune distinction entre les normes

¹¹³⁸ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹¹³⁹ V. not. : « Section 3. Des régimes de détention » : art. 86 et s. de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire ; « régime de détention » : art. 23, *ibid.* ; al. 2, art. 717-1 du CPP ; Décret n° 2008-546 du 10 juin 2008 relatif au régime de détention et modifiant le code de procédure pénale ; Circ. du 4 février 1994 relative au nouveau régime de détention des mineurs, JUSE9340147C, BOMJ n° 53 du 31 mars 1994, 10 p. ; Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, BOMJ n° 2015-07 du 31 juillet 2015, JUSK1540038N, p. 4 ; Annexe 8. Règlement intérieur du quartier d'évaluation de la radicalisation, in Règlement intérieur de la Maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, DISP de Paris, 15 mars 2019, p. 123.

¹¹⁴⁰ Effectivement, il n'existe pas au sein des manuels et des revues de développements dédiés à la notion de régime de détention, c'est-à-dire sur l'articulation des modalités d'exécution dans le champ carcéral et leur place dans le dispositif d'exécution de la peine privative de liberté. Nous ne retrouvons dans les discours académiques qu'une analyse de l'évolution du régime juridique de certaines des composantes du régime de détention, notamment eu égard au respect des droits et libertés fondamentaux de la personne détenue.

¹¹⁴¹ DARBÉDA Pierre, « L'autonomie du détenu est-elle possible dans le cadre carcéral actuel ? », *RPDP*, n° 3, 2015, p. 623.

¹¹⁴² DUROCHÉ Jean-Philippe, PÉDRON Pierre, *Droit pénitentiaire*, *op. cit.*, §401.

applicables à des catégories de personnes condamnées, fondées sur des critères formels et des notions objectives, de celles adaptées aux catégories de population pénale, construites sur des critères pénologiques et des notions a-juridiques. De ce fait, elle rend difficile l'identification de ses rapports avec les notions de régime d'exécution et de régime pénitentiaire et l'analyse du rôle du régime de détention dans le dispositif d'exécution, consistant à libéraliser les conditions d'exécution en les indexant sur les caractéristiques du sujet. Enfin, deux auteurs proposent d'appréhender cette notion par les possibilités d'activités, de déplacement, de rencontre et de chances de libération qu'offre le régime de détention en fonction de la répartition de la population pénale¹¹⁴³. Si cette troisième définition vise juste en soulignant que l'essence de ce dernier est d'être le résultat d'une distribution des avantages destinée à différencier la condition des personnes détenues, elle n'offre pas plus que les précédentes les éléments nécessaires à la conceptualisation de la notion, entreprise pourtant indispensable à l'étude du « processus d'individualisation¹¹⁴⁴ ».

214 La participation de l'administration à la détermination des conditions d'exécution. La matérialité de la peine privative de liberté est peu encadrée par le droit pénitentiaire, qui ne dispose pas de l'ensemble des conditions d'exécution sous lesquelles la personne sera assujettie durant l'exécution de sa condamnation. Composé du régime pénitentiaire et du « régime de détention¹¹⁴⁵ », le « régime d'exécution¹¹⁴⁶ » de la peine privative de liberté dans sa phase carcérale n'est pas prédéterminé. Si le régime pénitentiaire a pour objet de disposer d'un ensemble de règles communes à l'ensemble des personnes condamnées, le régime de détention a lui essentiellement pour fonction d'appréhender le résultat de la participation de l'administration à la détermination des conditions d'exécution, c'est-à-dire de désigner les différents ensembles de conditions de détention produits par le dispositif d'exécution en fonction des classifications pénitentiaires¹¹⁴⁷. Les régimes de

¹¹⁴³ « Au sens large, un régime de détention est ce qui détermine l'accès, ou non, à l'ensemble des possibles que la prison octroie de façon sélective. Ce sont des possibilités d'activité (travail, formation, enseignement, sport), des possibilités de déplacement (promenades, circulation dans la prison, accès à des permissions de sortir), des possibilités de rencontres (avec les autres détenus, avec sa famille, ses proches) et, *in fine*, des possibilités d'être libéré, parce que l'ensemble de ces paramètres entrent en compte pour décider des aménagements de la peine. » : DE SUREMAIN Hugues, BÉRARD Jean, « La gestion des longues peines au révélateur des luttes juridiques », *Champ pénal*, VI, 2009, p. 2-3.

¹¹⁴⁴ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 279 ; RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *op. cit.*, p. 397. Sur le processus d'individualisation v. : *infra* n° 50.

¹¹⁴⁵ Al. 2, art. 717-1 du CPP.

¹¹⁴⁶ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹¹⁴⁷ Sur la classification de la population pénale v. : *infra* n° 328 ; 482 et s.

détention n'ont dès lors pas vocation à être définis dans le code de procédure pénale, puisqu'ils ne relèvent pas d'une rationalité légale, contrairement au régime pénitentiaire.

L'assujettissement auquel donne lieu la condamnation n'est donc ni défini par la peine, ni par le droit pénitentiaire ; il est le résultat d'un processus d'individualisation, organisé par le dispositif d'exécution et encadré par le droit de l'exécution des peines. Comme le rappelait CANNAT, « ce qui fait la peine, ce n'est ni la loi, ni le juge ; c'est l'Administration¹¹⁴⁸ ». Or, sa participation à ce processus s'effectue selon la rationalité pénitentiaire, en fonction de savoirs a-juridiques permettant de classer et répartir la population pénale dans différents ensembles de conditions de détention individualisées, c'est-à-dire dans différents régimes de détention. Les régimes pénitentiaire et de détention fonctionnent en effet de manière antagoniste. Là où le régime pénitentiaire prend en considération des catégories pénales, formelles et juridiques, les régimes de détention individualisent l'exécution de la peine en fonction d'une rationalité pénitentiaire, sur le fondement de catégories pénologiques, matérielles et désignant des ensembles de caractéristiques.

215 L'individualisation de l'acte de punir en fonction des catégories de population pénale. L'étude de la différenciation du régime de détention est alors indispensable à la compréhension du processus d'individualisation, car elle pose la question de l'articulation entre la rationalité pénitentiaire ordonnant le dispositif d'exécution et la rationalité légale du droit pénal moderne, chargée d'encadrer le pouvoir de punir de l'État¹¹⁴⁹. Afin de discerner l'apport des usages des modalités d'exécution carcérales à la libéralisation de l'exercice du pouvoir de punir de l'État, il conviendra en premier lieu de retracer l'émergence de la notion de régime de détention, pour comprendre son autonomisation de la peine et de la notion de régime pénitentiaire, au travers de l'étude de l'individualisation des conditions d'exécution. En second lieu, il s'agira d'observer le développement contemporain de la notion dans ses rapports avec le régime pénitentiaire, en vue d'entreprendre sa conceptualisation et l'analyse de ses conséquences sur la condition des personnes condamnées, par l'analyse de l'individualisation des régimes de détention.

Dans un premier temps, l'étude de l'individualisation des conditions d'exécution (Section 1) permettra de comprendre l'évolution des rapports entre la peine et l'acte de punir, à l'origine de leur libéralisation. La détérioration du lien entre la condamnation et

¹¹⁴⁸ CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes, op. cit.*, p. 134.

¹¹⁴⁹ Sur le droit pénal moderne v. : *supra* n° 44-47.

l'assujettissement auquel elle donne lieu, par le développement de modalités d'exécution carcérales adaptées aux catégories de population pénale, est en effet la condition de possibilité d'une différenciation de l'acte de punir fondée sur les caractéristiques de l'individu. Or, le résultat de cette individualisation des conditions d'exécution, désigné par l'expression « régime de détention », est très peu connu du droit pénitentiaire, d'où l'importance de conceptualiser cette notion afin de poursuivre l'analyse de l'articulation des rationalités pénale et pénitentiaire dans le processus d'individualisation.

Dans un second temps, l'analyse de l'individualisation des régimes de détention (Section 2) conduira à concevoir cette notion comme désignant la combinaison de modalités d'exécution qui complète le régime pénitentiaire et différencie l'acte de punir. Les usages des modalités d'exécution carcérales déterminent effectivement largement le régime d'exécution de la peine, dans la limite des droits fondamentaux et des dispositions indérogeables applicables à l'ensemble des personnes condamnées. Faiblement encadré par le régime pénitentiaire, ayant pleinement intégré le paradigme pénitentiaire, la participation de l'administration à la détermination de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation n'est guère circonscrite par la rationalité légale, au détriment de la capacité des principes du droit moderne à appréhender les nouvelles pratiques punitives.

SECTION 1. L'INDIVIDUALISATION DES CONDITIONS D'EXÉCUTION

216 La dialectique entre la peine et l'acte de punir. Le droit pénal moderne se caractérise avant tout par le principe de légalité, qui régit les rapports entre la peine et l'acte de punir. Dans le code pénal de 1791, cette dialectique peut être décrite comme l'effet d'un miroir, les pratiques punitives ne sont que la réflexion de l'objet juridique dans le monde matériel. Il existait une équivalence impérative entre la définition de la peine par le régime pénitentiaire et l'acte de punir, en raison de la conception matérielle du principe de légalité des peines. En revanche, dans notre droit pénal contemporain, le régime pénitentiaire n'a plus pour objet d'assurer un rapport d'équivalence entre la peine et l'acte de punir. La sanction ne correspond pas à un acte de punir prédéterminé, mais à un champ d'assujettissement possible. L'acte de punir n'est pas le reflet de la peine, mais le résultat d'un processus d'individualisation, autorisé par une conception formelle de la légalité des peines.

Cette évolution de la dialectique entre la peine et l'acte de punir, indispensable à l'individualisation des conditions d'exécution, repose sur deux piliers complémentaires : un changement de paradigme dans la rationalité présidant à la détermination de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation et, conséquemment, une libéralisation des conditions d'exécution permettant l'émergence de la notion de régime de détention. Ce passage d'une rationalité légale à une rationalité pénitentiaire a d'abord été permis par l'apport de la science pénitentiaire (§1) à l'individualisation des conditions d'exécution. L'intégration de ce paradigme pénitentiaire au dispositif d'exécution, nécessaire à la légitimation d'une conception formelle de la légalité pénale, est ensuite le résultat de l'apport du droit pénitentiaire (§2) à l'individualisation des conditions d'exécution.

§1. L'APPORT DE LA SCIENCE PÉNITENTIAIRE

217 Un changement de paradigme. L'autonomisation de la notion de régime de détention est indissociable du changement de paradigme dans les rapports entre la peine et l'acte de punir. C'est le passage d'une différenciation de l'acte de punir en fonction des actes commis à une adaptation des conditions d'exécution en fonction des caractéristiques de l'individu qui détermine l'apparition des régimes de détention. La volonté d'individualisation de l'emprisonnement a effectivement permis à cette notion de se distinguer du régime

pénitentiaire, comme du « régime intérieur¹¹⁵⁰ » des prisons. Or, c'est la « science pénitentiaire¹¹⁵¹ » qui a produit le savoir nécessaire aux procédés d'individualisation. Cet ensemble d'énoncés compose un champ discursif à prétention scientifique portant sur la rationalité pénitentiaire, c'est-à-dire sur les moyens de nature à assurer la capacité du dispositif d'exécution à atteindre les objectifs assignés à l'acte de punir¹¹⁵². Mesurer l'apport de la science pénitentiaire à l'évolution de la dialectique entre la peine et l'acte de punir revient, en conséquence, à retracer l'émergence et le développement de ce savoir. Pour cela, nous analyserons comment le projet pénitentiaire (A) a provoqué le déplacement de la réflexion sur la punition d'une problématique du droit de punir à un questionnement sur les pratiques punitives, constamment renouvelées par la réforme pénitentiaire (B).

A. Le projet pénitentiaire

218 Une nouvelle pénalité. Bien que le code pénal de 1791 ne traite que de la matière criminelle, ce dernier marque la rupture avec la pénalité de l'Ancien Régime, en instaurant un « nouveau système pénal¹¹⁵³ », et constitue avec le rapport sur le projet de code pénal l'énoncé le plus clair du projet pénitentiaire des révolutionnaires : l'élaboration d'un acte de punir orthopédique. C'est pour cette raison que nous nous fonderons sur ces deux textes, ainsi que sur les débats parlementaires de la Constituante, pour examiner la dialectique arrêtée entre la peine et l'acte de punir par les fondateurs du droit pénal moderne, avant d'opposer la lettre de ce projet à sa réalisation. Par conséquent, nous examinerons dans un premier temps la formulation du projet pénitentiaire, comportant des peines distinctes (1), avant de souligner l'acte de punir indifférencié (2), exercé dans les maisons de l'Ancien Régime.

¹¹⁵⁰ Art. 728 du CPP.

¹¹⁵¹ PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *RSC*, n° 2, 1949, p. 367 ; PINATEL Jean, « Les diverses conceptions de la science pénitentiaire », *RSC*, n° 4, 1949, p. 705-724.

¹¹⁵² Il ne s'agit pas simplement de discours portant sur la prison, la peine ou la population pénale, mais spécifiquement sur l'adéquation de la forme-prison avec les fonctions et les finalités de l'acte de punir. Les différentes définitions de la science pénitentiaire proposées au fil de son développement confirment l'objet de cet ensemble de discours : VIDAL Jérôme-Léon, *Coup d'œil sur la science pénitentiaire, ses œuvres et ses résultats principaux à notre époque*, Paris, A. Chaix, 1868, p. 24 ; LIÈGE-DIRAY, « La science pénitentiaire », *Revue pénitentiaire*, n° 1, 1881, p. 67 ; AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », *op. cit.*, p. 2 ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, *op. cit.*, p. 18 ; 28 ; LÉAUTÉ Jacques, *Criminologie et science pénitentiaire*, Paris, Presses Universitaires de France, « Thémis. Droit », 1972, p. 17.

¹¹⁵³ LE PELETIER DE SAINT-FARGEAU Michel, « Rapport sur le projet de code pénal », in *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, LENOËL Pierre, *op. cit.*, p. 329.

1. Des peines distinctes

219 Une pluralité de peines privatives de liberté. Le nouveau « système des peines¹¹⁵⁴ » se caractérise et se différencie de la pénalité d'Ancien Régime par six principes : les peines doivent être humaines, proportionnées au crime, fixes, déterminées, durables et publiques. Sans détour, le rapporteur du projet de code pénal indique vouloir faire table rase de la pénalité arbitraire de l'Ancien Régime, pour instituer cette nouvelle « théorie des peines¹¹⁵⁵ », dans laquelle la privation de liberté à une place centrale¹¹⁵⁶. Toutefois, cette nouvelle manière de punir ne correspond pas à une peine privative de liberté unique. C'est en effet une pluralité de peines d'emprisonnement, définies par leur régime pénitentiaire, et devant différencier la punition des criminels selon les actes commis, que souhaitent instituer les révolutionnaires.

220 La définition des peines par leur régime pénitentiaire. Jusqu'alors mesure de police ou de sûreté, la privation de liberté est placée au centre de la nouvelle pénalité sous la forme de plusieurs peines, distinguées par leur régime pénitentiaire¹¹⁵⁷. Ayant comme objet commun de punir le coupable pour « le rendre meilleur¹¹⁵⁸ », ces sanctions se caractérisent par le travail, instrument du relèvement de l'homme pour le législateur et moyen salubre de l'amélioration de sa condition pour le condamné. L'accès à cette noble activité, ainsi que les modalités de l'enfermement, diffèrent néanmoins selon les peines. Sanction de substitution à la mort, le cachot est un emprisonnement compris entre douze et vingt-quatre années dans un lieu obscur, durant lequel le détenu est enchaîné aux pieds et aux poignets, avec pour seule « consolation » deux jours de travail solitaire par semaine. Conçu pour réunir « les caractères les plus effrayants », ce régime prévoit cependant, au nom de l'humanité et pour préserver « la raison et la santé du condamné », que « les rigueurs de la punition » seront modulées au cours de l'acte de punir en fonction de différentes périodes prédéterminées¹¹⁵⁹. La gêne se caractérise quant à elle par un enfermement de quatre à quinze ans, dont la dernière année

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 334.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 330.

¹¹⁵⁶ La place des peines privatives de liberté, encourues pour la quasi-totalité des infractions dans le projet de code pénal de 1791, a été revue à la baisse lors des débats parlementaires, notamment en raison de la revalorisation de celle de la peine de mort et de la peine des fers. Les peines privatives de liberté n'en restèrent pas moins des sanctions essentielles du système.

¹¹⁵⁷ En sus de ces peines criminelles, l'emprisonnement correctionnel, composé de la détention municipale (d'une durée maximum de huit jours) et de l'emprisonnement correctionnel à proprement parler (d'une durée comprise en trois mois et quatre ans), est institué par la Constituante pour réprimer les délits : Décr. du 19 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle.

¹¹⁵⁸ LEPELETIER DE SAINT-FARIEU Michel, « Rapport sur le projet de code pénal », in *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, LENOËL Pierre, *op. cit.*, p. 334.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 344-345.

sera effectuée sous le régime de la prison, et durant lequel, à l'instar du cachot, le condamné est seul et exposé périodiquement aux regards du public. Cette peine se distingue toutefois de la première, en ce que le prisonnier n'est retenu que par une ceinture en fer et a accès, continuellement, à la lumière comme au travail. La prison, troisième peine privative de liberté du projet, consiste essentiellement en un enfermement cellulaire, compris entre deux et six ans, et en la possibilité d'un travail en commun quotidien.

Durant les débats sur le code pénal, une critique visant « la manière uniforme de punir¹¹⁶⁰ » est énoncée à plusieurs reprises à l'encontre de ces peines¹¹⁶¹. La rationalité unique inhérente à ce nouveau type de sanction est pour autant louée par les tenants du projet, qui voient dans la gradation de la durée et la rigueur du régime pénitentiaire le moyen rapide et efficace d'assurer la proportionnalité entre les délits et les peines¹¹⁶². Au terme des délibérations, le code pénal est adopté avec en son sein la peine de mort, les fers, la réclusion pour les femmes, la gêne et la détention. La gêne comme la prison, dorénavant dénommée « détention », sont maintenues dans le texte final, non sans quelques modifications dans leur régime respectif qui opèrent un premier rapprochement entre les différentes peines privatives de liberté. Malgré cela, la pénalité révolutionnaire institue toujours une pluralité de peines privatives de liberté, dont l'objet est d'opposer la différenciation de l'acte de punir en fonction des actes commis à l'enfermement commun de l'Ancien Régime.

221 La différenciation de l'acte de punir en fonction des actes commis. Dans la première partie du code, l'Assemblée constituante n'énumère pas seulement les peines encourues, elle décrit pour chacune d'entre elles un régime d'exécution. Chargées à la fois de rétribuer l'acte commis et de corriger le sujet, les peines d'emprisonnement sont dissociées dans la loi par la gradation de leur durée et de leurs modalités d'exécution. La conséquence essentielle est que les différentes formes prescrites de l'acte de punir sont distribuées en fonction des peines encourues. Les peines étant fixes et déterminées, la définition de l'acte de punir relève exclusivement de la qualification juridique des faits. Et si les conditions d'exécution peuvent évoluer durant l'exécution de la peine, c'est uniquement sur le

¹¹⁶⁰ CHABROUD Jean-Baptiste-Charles, in *Débat de 1791 à l'Assemblée nationale constituante. Séance du 30 mai 1791*, consulté le 15 juin 2018, URL : http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/30_05_1791.asp.

¹¹⁶¹ MERCIER Louis-Sébastien, in *Débat de 1791 à l'Assemblée nationale constituante. Séance du 1^{er} juin 1791*, consulté le 15 juin 2018, URL : http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/01_06_1791.asp.

¹¹⁶² DUPORT Adrien, in *Débat de 1791 à l'Assemblée nationale constituante. Séance du 30 mai 1791*, op. cit. ; DUPORT Adrien, in *Débat de 1791 à l'Assemblée nationale constituante. Séance du 31 mai 1791*, consulté le 15 juin 2018, URL : http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/31_05_1791.asp. Sur ce juriste dont le rôle a été déterminant dans l'élaboration du droit pénal moderne v. : PONCELA Pierrette, « Adrien Duport, fondateur du droit pénal moderne », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 17, 1993, p. 139-147.

fondement du régime prédéfini par le code. Dès lors, les pratiques punitives sont entièrement et précisément définies par la loi, ce qui permet une proportionnalité entre les délits et les peines, sans abandonner au juge la détermination de l'acte de punir¹¹⁶³. Dans la recherche d'une meilleure adéquation entre les actes et les punitions, les lois de 1791 ont ainsi institué une pluralité de formes d'emprisonnement, correspondant à plusieurs peines et destinées à punir différents actes. Cependant, malgré la consécration de peines privatives de liberté distinctes, c'est par un acte de punir indifférencié (2) que l'histoire de la prison pénale débute.

2. Un acte de punir indifférencié

222 L'unicité de l'emprisonnement pénal. En dépit de l'institution de peines privatives de liberté distinctes, prescrivant l'organisation de régimes pénitentiaires différenciés, l'emprisonnement pénal produit par les lois révolutionnaires se caractérise avant tout par l'uniformité de ses modalités. L'homogénéité de la condition des personnes emprisonnées découle de l'impossible enfermement correctionnel des révolutionnaires, qui a inévitablement conduit à la poursuite de l'enfermement commun de l'Ancien Régime.

223 L'impossible enfermement correctionnel des révolutionnaires. Alors même que la Constituante avait organisé un système pénal transitoire¹¹⁶⁴, et que les révolutionnaires connaissaient parfaitement « l'état effrayant des prisons¹¹⁶⁵ », ils ont échoué à organiser le dispositif nécessaire à la réalisation de leur projet. Nous parlons ici d'échec car, malgré l'absence de mention de tout établissement dans le code pénal, les parlementaires avaient entrepris le chantier de la constitution de la prison pénale, par la loi du 16-29 septembre 1791 sur la justice criminelle et le « décret en forme d'instruction qui précise cette loi¹¹⁶⁶ ». Un « essai de mise en œuvre de la réforme¹¹⁶⁷ » peut d'ailleurs être relevé sous la première République. Toutefois, une distinction doit impérativement être effectuée entre les maisons d'arrêt et de justice, qui ont souvent pu être rapidement instituées dans des lieux préexistants

¹¹⁶³ Concernant la répartition des peines en fonction des types d'actes v. : LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, LENOËL Pierre, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, op. cit., p. 77-81 ; 323.

¹¹⁶⁴ PETIT Jacques-Guy, *Ces peines obscures: la prison pénale en France (1780-1875)*, op. cit., p. 40.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 51 ; 53.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 57. Concernant ces infrastructures : *ibid.* ; Décret du 21 octobre 1791 en forme d'instruction, in *code des prisons. Ou recueil complet des lois, ordonnances, arrêtés, règlements, circulaires et instructions ministériels, concernant le régime intérieur, économique et disciplinaire des Maisons d'Arrêt, Maisons de Justice, Maisons de Correction, Maisons de Force et autres Prisons préventives ou pour Peines, placées sous l'autorité de l'Intérieur, De 1670 à 1845*, MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, imprimerie administrative de Paul Dupont, 1845, p. 7.

¹¹⁶⁷ PETIT Jacques-Guy, *Ces peines obscures: la prison pénale en France (1780-1875)*, op. cit., p. 74-80.

et demandant peu d'investissement, et les prisons pour peines, dont le financement et la localisation ne seront jamais arrêtés par la Constituante. « Au fur et à mesure que montent les périls intérieurs et extérieurs, l'établissement de véritables prisons pénales se trouvent constamment repoussé¹¹⁶⁸ » et laisse place à la poursuite de l'enfermement commun de l'Ancien Régime, au travers de la continuité des lieux et des pratiques¹¹⁶⁹.

224 La poursuite de l'enfermement commun de l'Ancien Régime. L'enfermement sous l'Ancien Régime opérait par un réseau de prisons et d'institutions d'humanité, réunies d'abord par l'arbitraire de la prise de corps¹¹⁷⁰. Ensuite, ces différents lieux se caractérisaient tous par l'absence de stricte répartition des fonctions et des populations entre les types d'établissement, de sorte que ces institutions incarcéraient l'ensemble des catégories de reclus¹¹⁷¹. Ces lieux de ségrégation ne procédaient en *sus* à aucune séparation des personnes au sein d'un même établissement, impossible en l'absence de segmentation de l'espace de ces structures¹¹⁷². Palliant à l'absence d'infrastructures correspondantes à la nouvelle pénalité, les prisons et les institutions d'humanité n'opéraient qu'une séparation binaire des fous, des malades et des autres déviants du reste de la population. Les lois de l'année 1791 n'eurent dès lors qu'une portée négligeable sur la pratique de l'enfermement¹¹⁷³. La prison pénale sous la Convention, le Directoire et même le début du Consulat se caractérise par l'absence de séparation des condamnés et l'inapplication des régimes pénitentiaires¹¹⁷⁴. L'impréparation de l'avènement de la prison pénale et les tumultes politiques ont conduit à renouveler les pratiques de l'Ancien Régime, dorénavant fondées sur le système judiciaire institué par les révolutionnaires. Il faudra finalement attendre la généralisation des centrales sous l'Empire

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 77.

¹¹⁶⁹ CHANTRAINE Gilles, « Les temps des prisons. Inertie, réforme et reproduction d'un dispositif institutionnel », *op. cit.*, p. 58.

¹¹⁷⁰ Chacun de ces types d'établissement correspondait à des catégories de reclus différentes : l'hôpital général dédié aux fous, aux malades et aux indigents ; le dépôt de mendicité pour les vagabonds et les mendiants ; les maisons de force pour les lettres de petit cachet, la commutation des peines de mords ainsi que des travaux forcés ; et enfin, les prisons d'État pour les lettres de grand cachet : FOUCAULT Michel, « L'histoire de la folie à l'âge classique », in *Œuvres. I*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 2015, p. 56-95.

¹¹⁷¹ PETIT Jacques-Guy, *Ces peines obscures : la prison pénale en France (1780-1875)*, *op. cit.*, p. 19-20.

¹¹⁷² Pour une description détaillée des prisons et des établissements d'humanité en France au XVIII^e siècle v. : HOWARD John, *L'état des prisons, des hôpitaux et des maisons de force en Europe au XVIII^e siècle*, Paris, Les éditions de l'atelier, « Champs pénitentiaires », 1994, p. 114-135.

¹¹⁷³ Il convient de noter que l'objectif de réformation par l'enfermement n'est pas né avec le projet pénitentiaire. Déjà en 1690, un moine bénédictin rappelait la doctrine de la pénitence canonique concernant les prisons des ordres religieux : MABILLON Jean, *Réflexions sur les prisons des ordres religieux*, Caen, G. Woinez, 1845 (1690), 55 p. ; CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, §213 ; PRADEL Jean, *Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 15-20 ; AUDÉOUD Catherine, « Les réflexions sur les prisons des ordres religieux de Mabillon : contribution à l'étude des origines de la science pénitentiaire », *RPDP*, n° 1, 2013, p. 73-81.

¹¹⁷⁴ PETIT Jacques-Guy, *Ces peines obscures : la prison pénale en France (1780-1875)*, *op. cit.*, p. 102.

pour entrevoir une forme structurée de l'acte de punir¹¹⁷⁵. Cependant, il ne s'agira déjà plus de la recherche de l'application du projet correctionnel fondé sur la « perfectibilité¹¹⁷⁶ » de l'homme, mais bien de l'organisation du travail pénal à des fins de production.

Malgré la définition matérielle des peines, seul l'objet des sanctions est respecté – la privation de liberté –, sans égards pour leur régime pénitentiaire, amputé et remplacé par l'enfermement commun et indifférencié. Par conséquent, le rêve pénitentiaire demeurera à l'état de projet, condamnant la prison à une transformation perpétuelle par l'intermédiaire de la réforme pénitentiaire (B), à la recherche du dispositif capable d'inscrire dans le réel l'idéal révolutionnaire d'une pénalité correctrice.

B. La réforme pénitentiaire

225 Un nouveau dispositif. Afin de dépasser les pratiques de l'Ancien Régime et répondre aux besoins de la pénalité du XIX^e siècle, la France s'est doté progressivement d'un nouveau dispositif d'enfermement. Cependant, les infrastructures mises en place pour la constitution de la prison pénale (1) révèlent un régime en décalage avec la rationalité du projet des révolutionnaires, dans un contexte marqué par l'intérêt grandissant pour la criminalité et la récidive. Le constat d'échec de la prison – alors attribué à sa forme et son fonctionnement – emporte dès lors la formulation de nombreux discours réformateurs, qui détermineront la métamorphose de la prison pénale et la fondation de l'institution pénitentiaire (2).

1. La constitution de la prison pénale

226 La rationalisation de l'enfermement. La poursuite des pratiques de l'Ancien Régime laisse place à la structuration de la prison pénale autour des maisons centrales, qui organisent un mode d'exécution unique des peines privatives de liberté. Cette rationalisation de l'enfermement provoque une première évolution du dispositif d'exécution. Cependant, elle n'en conduira pas moins la prison pénale à être confrontée à son échec, ou du moins, à se voir attribuer le poids de la responsabilité de l'ineffectivité de l'acte de punir dans la poursuite de ses fonctions – intimider et amender – et ainsi provoquer sa réformation.

¹¹⁷⁵ Décr. du 16 juin 1808 sur les Maisons centrales, in *code des prisons*, MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁷⁶ PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 88.

227 La structuration de la prison pénale. La « constitution de la prison en institution séparée et spécifique¹¹⁷⁷ » se caractérise par l'uniformisation du régime pénitentiaire autour du travail quotidien obligatoire dans les prisons départementales, en particulier dans les maisons centrales. Sous l'Empire, la prison pénale n'est donc pas en rupture avec les pratiques de l'Ancien Régime, qui connaissaient déjà « de la mise au travail des pauvres renfermés¹¹⁷⁸ » dans certaines institutions d'humanité. La séparation des catégories de personnes condamnées demeure de surcroît lettre morte, tant l'organisation d'un tel système serait difficile et coûteux dans ces « prisons-manufactures¹¹⁷⁹ ». Le mouvement de structuration des prisons s'analyse en conséquence avant tout comme un vecteur de standardisation, et non de transformation des pratiques de l'enfermement. Il en découle le maintien d'un décalage entre l'acte de punir et la pénalité, qui va déterminer la mise en mouvement de l'évolution de la dialectique entre la peine et l'acte de punir.

En réponse à cet emprisonnement uniforme, le code pénal de 1810 initie un mouvement d'« unification des peines privatives de liberté¹¹⁸⁰ ». L'observation du premier livre du code révèle en effet une réduction du nombre de sanctions, mais aussi un rapprochement de leur régime pénitentiaire respectif, qui ne présente plus que des différences mineures dans l'organisation du travail pénal obligatoire qui les caractérisent¹¹⁸¹. Le législateur tente ainsi d'effectuer un compromis, et de temporiser le décalage entre la pénalité et le dispositif. Est alors instituée une correspondance imparfaite entre les classifications légales et administratives¹¹⁸². Les différences de régime entre les peines resteront au demeurant sans conséquence sur l'acte de punir puisque la quasi-totalité de la population pénale est emprisonnée sous le régime des centrales, qui n'opère pas de distinction entre les condamnations criminelles et correctionnelles. Cette divergence de typologies sera toutefois ensuite corrigée, du moins formellement, par la distinction au sein des centrales des maisons

¹¹⁷⁷ POUTHIER Tristan, « L'épuisement des mesures d'ordre intérieur en prison. Essai d'interprétation historique », in *L'injusticiabilité : émergence d'une notion ? Études publiées en hommage au Professeur Jacques Leroy*, SERRAND Pierre, SZWEDO Piotr (dir.), Cracovie (Pologne), Biblioteka Jagiellonska, 2018, p. 102.

¹¹⁷⁸ PETIT Jacques-Guy, *Ces peines obscures : la prison pénale en France (1780-1875)*, op. cit., p. 160.

¹¹⁷⁹ CONSTANT Jean, « L'évolution du régime pénitentiaire », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1951, p. 6.

¹¹⁸⁰ AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », op. cit., p. 21 ; BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., §232.

¹¹⁸¹ Le code dispose notamment que le condamné à la réclusion n'aura pas le choix du travail auquel il sera employé et le reversement d'une part des produits de son travail n'est qu'une possibilité : art. 21 et 40 du CP de 1810. Il est également possible de relever une diminution de la précision avec laquelle la loi définit les régimes pénitentiaires, augurant de l'accroissement de la place du pouvoir réglementaire et de l'administration dans la détermination des modalités d'exécution de la peine.

¹¹⁸² Arrêté ministériel du 20 octobre 1810 sur les Prisons départementales, in *code des prisons*, op. cit., p. 56-58.

de force et des maisons de correction¹¹⁸³. S'il n'a aucune portée réelle, cet ajustement démontre la gêne produite par ce décalage avec la loi, qui provoquera progressivement le passage à une conception formelle de la légalité des peines. Cependant pour l'heure, ce sont les conditions matérielles de détention, l'emprisonnement en commun et le constat de la montée de la criminalité qui déclencheront le processus de réformation de la prison pénale.

228 La réformation de la prison pénale. Les discours portés par les différents courants réformateurs ont en commun de porter un projet devant assurer l'efficacité de la peine et mettre fin à l'emprisonnement sous sa forme héritée de l'Ancien Régime. Que ces derniers soient orientés vers « l'état déplorable des prisons laissées par l'Empire¹¹⁸⁴ » ou vers la recherche d'une meilleure intimidation, c'est toujours le régime des prisons qui se trouve au centre du débat, avec en toile de fond l'objectif humaniste de l'amendement. À ce titre, la réforme pénitentiaire porte en elle le constat de l'incapacité de la prison pénale à mettre en œuvre le projet pénitentiaire, tant dans son ambition de créer un homme meilleur que celle de proposer une gradation de l'acte de punir en fonction des peines. Un nouveau type de savoir, la science pénitentiaire, vient néanmoins renouveler les discussions sur la forme de la prison et de l'acte de punir¹¹⁸⁵. L'introduction par les révolutionnaires d'un instrument dans l'exercice du pouvoir de punir conduit effectivement à déplacer les critiques et à poser la question de l'acte de punir en termes de pratiques et de technologies. De là l'ambition de trouver, par une démarche scientifique, l'organisation et les modalités de l'enfermement permettant d'assurer l'effectivité de la peine.

Dès cette époque, la prison pénale est considérée comme contribuant à la croissance de la criminalité et de la récidive¹¹⁸⁶. Il convient donc pour les réformateurs de rendre le régime pénitentiaire plus dur par l'encellulement individuel, pour dissuader le condamné de commettre de nouvelles infractions. Les réformateurs s'accordent sur ces constats, mais s'opposent radicalement sur le système à adopter¹¹⁸⁷. Finalement, la réforme pénitentiaire adopte la proposition de l'isolement de jour et de nuit, dans un projet datant du 10 juin 1844. Ambitieuse et fruit d'une longue gestation, la réforme n'aura au demeurant pas lieu. La

¹¹⁸³ Loi du 28 avril 1832 contenant des modifications au code pénal et au code d'instruction criminelle.

¹¹⁸⁴ PETIT Jacques-Guy, « L'amendement ou l'entreprise de réforme morale des prisonniers en France au XIX^e siècle », *Dév. & Soc.*, n° 4, vol. 6, 1982, p. 331.

¹¹⁸⁵ La focalisation des débats sur le système pénitentiaire coïncide avec l'élargissement des cas d'emprisonnement. Avec le recul de la peine de mort et des travaux forcés, les peines privatives de liberté deviennent les sanctions de référence de la pénalité. Elles changent de ce fait de rôle et doivent assumer l'ensemble des fonctions du système pénal, notamment la neutralisation qui ne relèvera plus de la déportation.

¹¹⁸⁶ PETIT Jacques-Guy, *Ces peines obscures: la prison pénale en France (1780-1875)*, *op. cit.*, p. 219.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 230.

principale explication de cet abandon est sans doute que la réforme souhaitée avait déjà eu lieu par voie réglementaire¹¹⁸⁸. Jacques-Guy PETIT rappelle effectivement que le régime des centrales avait antérieurement été aggravé et que le modèle de l'isolement cellulaire était imposé pour les prisons départementales depuis 1836¹¹⁸⁹.

Ainsi, la poursuite du projet pénitentiaire par la réforme des prisons a connu un sort similaire aux vœux des rapporteurs du code pénal de 1791 : le grand projet est abandonné pour que puisse être mis en œuvre une part de celui-ci. Lorsque vient l'heure du bilan des effets de la pénalité, il est dès lors aisé de pointer du doigt la forme de l'acte de punir et de proposer un nouvel amendement du dispositif. L'histoire de la prison est rythmée par une succession de réformes pénitentiaires proposant toutes d'établir l'organisation carcérale nécessaire à assurer enfin pleinement les fonctions et les finalités de la peine¹¹⁹⁰. La réforme se révèle être tant un processus de transformation de la prison qu'une pratique discursive participant à en assurer la gouvernance, c'est-à-dire la pérennité de cette manière de punir condamnée à se renouveler perpétuellement à la recherche d'un objectif inatteignable. Cependant, c'est bien dans cette recherche incessante de l'effectivité de la prison que se trouve la fondation de l'institution pénitentiaire (2), dont la science assurera l'avenir.

2. La fondation de l'institution pénitentiaire

229 La rationalisation de l'emprisonnement. La science des prisons a connu son essor lors des débats sur la réforme pénitentiaire durant la Restauration et la Monarchie de juillet¹¹⁹¹. Mais, c'est postérieurement à celle-ci que ces discours portant sur « la question

¹¹⁸⁸ Instruction du 10 mai 1839 sur le nouveau Régime disciplinaire des Maisons centrales, in *code des prisons*, MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, *op. cit.*, p. 242-250 ; Arrêté du 10 mai 1839 sur la Discipline nouvelle à introduire dans les Maisons centrales, in *ibid.*, p. 250-252.

¹¹⁸⁹ PETIT Jacques-Guy, *Ces peines obscures : la prison pénale en France (1780-1875)*, *op. cit.*, p. 238.

¹¹⁹⁰ CHANTRAINE Gilles, « Les temps des prisons. Inertie, réforme et reproduction d'un dispositif institutionnel », *op. cit.*, p. 75.

¹¹⁹¹ V. par exemple : LUCAS Charles, *Conclusion générale de l'ouvrage sur le système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis, suivie de la deuxième pétition aux chambres sur la nécessité de l'adoption du système pénitentiaire*, Paris, Timothée Dehay, 1830, 115 p. ; LUCAS Charles, *De la réforme des prisons, ou de la théorie de l'emprisonnement, de ses principes, de ses moyens, et de ses conditions pratiques, Tome premier*, Paris, Éd. Legrand et L. Bergounioux, 1836, 390 p. ; BÉRENGER René, *Des moyens propres à généraliser en France le système pénitentiaire en l'appliquant à tous les lieux de répression du Royaume, à tous les individus qui, à quelque titre que ce soit, sont mis sous la protection organisée de la bienfaisance publique*, Paris, Imprimerie royale, 1837, 152 p. ; MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, *De l'État actuel des prisons en France considéré dans ses rapports avec la théorie pénale du code*, Paris, Auguste Desrez, 1837, 456 p. ; BEAUMONT Gustaven, TOCQUEVILLE Alexis De, *Système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France*, 3^e éd., Paris, Librairie de Charles Gosselin, 1845, 445 p.

pénitentiaire¹¹⁹² » vont le plus influencer l'histoire de la prison. Dorénavant science pénitentiaire¹¹⁹³, ce savoir va permettre de tourner la page de l'enfermement commun et indifférencié de l'Ancien Régime. Cette nouvelle phase du développement de la prison doit être regardée comme le moment de la fondation de l'institution pénitentiaire, c'est-à-dire celui à partir duquel les finalités prospectives de la peine caractérisant le projet des révolutionnaires – l'intimidation et l'amendement – sont replacées au fondement du dispositif. Impulsé par la science pénitentiaire, ce mouvement de rationalisation se caractérise par l'individualisation de l'emprisonnement et de l'acte de punir en fonction de catégories de population pénale.

230 L'individualisation de l'emprisonnement. Afin de dépasser l'enfermement commun, les terribles conditions de détention et la disparité des régimes intérieurs, les philanthropes et les tenants de la nouvelle science pénitentiaire prônent communément le système cellulaire. Ils souhaitent corriger les vices de la prison et l'élever en direction du projet pénitentiaire par l'individualisation de l'emprisonnement. Établie par la loi sans jamais avoir pu être mise en application, la distinction des régimes correspondant aux peines est reniée au profit d'une réflexion sur le système pénitentiaire. Cet abandon de la différenciation de l'acte de punir, dont dispose pourtant le code, démontre le déplacement de la conception du régime pénitentiaire. Dorénavant, les réformateurs conçoivent moins l'acte de punir comme une composante politique de la pénalité qu'en une technologie d'emprisonnement à élaborer. Le régime pénitentiaire tend en conséquence à se réduire à une question technique, relative au système de l'enfermement. De cette façon, on disjoint la question du droit de punir de celle des pratiques punitives. La notion de régime pénitentiaire s'en trouve dès lors autonomisée, alors qu'elle n'était encore que l'expression de la matérialité de la peine.

En prônant et légitimant l'adoption d'une conception formelle de la légalité des peines, la science pénitentiaire ouvre la porte à un changement de paradigme dépassant la question de l'isolement cellulaire. Dans la pénalité révolutionnaire, l'acte de punir vise le sujet juridique et repose sur une « analyse des représentations¹¹⁹⁴ » participant de l'objectivation du crime. Seule la loi peut dès lors disposer du régime pénitentiaire puisque

¹¹⁹² KALUSZINSKY Martine, « La science pénitentiaire comme science de gouvernement. Espaces juridiques, réseaux réformateurs et savoirs experts en France à la fin du XIX^e siècle », *Revue d'Anthropologie des Connaissances*, n° 1, vol. 7, 2013, p. 89.

¹¹⁹³ V. par ex. : LIÈGE-DIRAY, « La science pénitentiaire », *op. cit.* ; CUCHE Paul, *Traité de science et de législation pénitentiaire*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1905, 510 p. ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, *op. cit.* ; PINATEL Jean, *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale : législation pénitentiaire, administration pénitentiaire, régime pénitentiaire, problèmes de défense sociale*, Paris, Sirey, 1950, 566 p.

¹¹⁹⁴ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 105.

celui-ci détermine la proportionnalité entre l'infraction et la peine. Cependant, l'adoption d'une conception formelle de la légalité des peines autorise le développement d'un acte de punir ciblant l'individu et fondé sur une « anatomie politique¹¹⁹⁵ », qui participe de l'objectivation du criminel dans un champ de connaissance. Ce décalage dans l'organisation des pratiques punitives est ce qui a conduit au développement d'une différenciation de l'acte de punir en fonction des caractéristiques des individus, pour mieux poursuivre les finalités de la peine. Avec les systèmes d'emprisonnement cellulaire, la prison devient un appareil de production de savoir par l'observation, permettant de faire fonctionner l'institution grâce à des classifications et des répartitions administratives¹¹⁹⁶. La science pénitentiaire intègre dans le dispositif d'exécution le savoir criminologique pour élaborer un traitement pénitentiaire devant assurer, grâce à la connaissance scientifique, l'effectivité de la fonction correctionnelle de la prison. Ce « supplément pénitentiaire¹¹⁹⁷ » à l'emprisonnement distingue alors l'institution pénitentiaire de la prison pénale. Le nouvel acte de punir esquissé par les propositions de systèmes pénitentiaires propose de rechercher l'amendement par la connaissance de l'« *homo criminalis* » et le « dressage du corps »¹¹⁹⁸. On ne dissocie dès lors plus le sujet juridique auteur d'une infraction mais « l'homme dangereux¹¹⁹⁹ ». La condamnation devient alors progressivement une autorisation de prise en charge, puisque la peine privative de liberté tend à ne plus désigner qu'un champ d'assujettissement constitué par la prison cellulaire, ouvrant la voie à l'individualisation de l'acte de punir.

231 L'individualisation de l'acte de punir. L'apport de la science pénitentiaire au dispositif d'exécution pourrait être résumé par le « retournement criminologique du cercle carcéral¹²⁰⁰ ». En vue d'une meilleure efficacité de la prison, les réformateurs proposent de se fonder sur divers savoirs a-juridiques pour élaborer une nouvelle différenciation de l'acte de punir. Progressivement, ce changement de paradigme s'impose dans les projets de systèmes

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 129.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 251.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 104 ; 134.

¹¹⁹⁹ KALUSZYNSKI Martine, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal*, Vol. V, 2008, 19 p.

¹²⁰⁰ FOUCAULT Michel, *La société punitive. Cours au collège de France. 1972-1973*, Paris, EHESS Gallimard Seuil, « Hautes études », 2013, p. 259. Le premier temps de la réforme pénitentiaire est une réaction à l'état de délabrement des infrastructures d'enfermement, insusceptibles d'assurer les fonctions attribuées au dispositif, et l'illustration de la volonté de pallier la constitution d'une classe délinquante. Le second temps de celle-ci est organisé autour de la recherche de solution à cette classe délinquante constituée avec la prison pénale et considérée comme relevant d'une « déviation psychologique », justifiant de l'utilité de l'institution et le développement d'un traitement pénitentiaire fondé sur les « analyses psychopathologiques, psychiatriques, psychanalytiques, sociologiques » : *ibid.*, p. 258.

pénitentiaires, puis dans le fonctionnement des établissements par le biais d'initiatives locales ou d'instructions ministérielles. À partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, dans les établissements comme dans les statistiques du ministère de l'Intérieur¹²⁰¹, apparaîtront des classifications de la population pénale et une répartition de celle-ci en conséquence. Les prémices de cette individualisation pénitentiaire sont constituées par l'introduction de secteurs de cellules dans quelques centrales, afin de créer des quartiers d'isolement disciplinaire ou des quartiers d'amendement et de préservation¹²⁰². Dans d'autres systèmes, comme celui de LUCAS, des quartiers d'épreuve et de récompenses, chargés de sanctionner la « comptabilité morale¹²⁰³ », sont proposés au sein de la détention¹²⁰⁴. Dans le projet de cet inspecteur général, il est possible de clairement percevoir combien la science pénitentiaire a transformé l'acte de punir, en faisant entrer en prison des savoirs hétérogènes au droit nécessaires pour moduler l'acte de punir en fonction des caractéristiques de la population pénale. Les conditions de possibilité de l'individualisation de l'emprisonnement et de l'acte de punir – la segmentation l'espace carcéral et la production d'un savoir sur la population pénale – seront l'objet d'un long développement constituant l'histoire de l'institution pénitentiaire¹²⁰⁵. À l'exception des établissements parisiens, l'emprisonnement cellulaire au XIX^e siècle restera effectivement extrêmement rare, y compris avec la loi du 5 juin 1875 souhaitant généraliser ce « régime pénitentiaire¹²⁰⁶ » dans les prisons départementales¹²⁰⁷.

La science pénitentiaire n'est donc pas parvenue à révolutionner la prison pénale au XIX^e siècle. Cette constellation de discours sur le système pénitentiaire a cependant réussi à offrir à l'institution le savoir nécessaire à son développement et à sa justification, ce qui

¹²⁰¹ PETIT Jacques-Guy, *Ces peines obscures : la prison pénale en France (1780-1875)*, op. cit., p. 256-257.

¹²⁰² *Ibid.* « À leur entrée dans la maison centrale, les prisonniers que l'administration présume moins pervers, après une séance spéciale du prétoire où sont appelés l'aumônier et l'instituteur, mais où le directeur a tout pouvoir, sont placés en observation, pour un temps indéterminé, dans le quartier d'isolement cellulaire. Selon leur conduite, donc leur soumission, selon aussi les renseignements obtenus sur leurs antécédents, ils peuvent ensuite être placés dans des quartiers particuliers de préservation, avec régime de vie commune, où ils ont à peu près le même emploi du temps que les autres condamnés, mais avec davantage d'exhortations religieuses, d'instruction primaire et de lectures. » : *ibid.*, p. 258.

¹²⁰³ « Comptabilité morale.- Les gardiens et concierges tiendront un registre spécial ; ils y inscriront, à la suite du nom de chaque détenu, une note indicative du degré auquel sa conduite aura été plus ou moins régulière, ainsi que toutes les peines et corrections qu'il aurait subies pendant chaque année. » : art. 10, arrêté ministériel du 25 décembre 1819 sur la police des Prisons départementales, in *code des prisons*, MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, op. cit., p. 81.

¹²⁰⁴ PETIT Jacques-Guy, *Ces peines obscures : la prison pénale en France (1780-1875)*, op. cit., p. 231.

¹²⁰⁵ Sur l'évolution analogue du système pénitentiaire belge v. : CONSTANT Jean, « L'évolution du régime pénitentiaire », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1951, p. 1-35 ; MARY Philippe, « La politique pénitentiaire », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 12, n° 2137, 2012, p. 5-47.

¹²⁰⁶ Art. 8, loi du 5 juin 1875 sur le régime des prisons départementales, JORF du 16 juin 1875, p. 4321.

¹²⁰⁷ Cette situation se prolongea au XX^e siècle puisque l'on compte encore en 1941 seulement 29% de prisons départementales cellulaires : BANCAL Jean, « L'œuvre pénitentiaire de la Restauration et de la Monarchie de Juillet », *RSC*, n° 1, 1941, p. 231.

permettra la pérennisation de la place de la peine privative de liberté dans notre pénalité¹²⁰⁸. Par les réformes qu'elle justifie, la science pénitentiaire se légitime elle-même et assure son statut de « science de gouvernement¹²⁰⁹ ». Bien entendu, ce discours sur la prison à prétention scientifique se renouvelle, se nourrit de nouveaux savoirs et change de dénomination (science des prisons, science pénitentiaire, pénologie). À bien des égards, l'histoire de la science pénitentiaire rappelle celle de la prison, par les « profondes variations¹²¹⁰ » de l'intérêt qui lui est porté par la société et par le renouvellement de ces institutions (société royale des prisons, société générale des prisons, institutions de la défense sociale nouvelle, *etc.*). Les visages de l'institution et de la science pénitentiaires évoluent, mais les liens entre ce « savoir juridique réformateur¹²¹¹ » et la politique pénale perdurent. La réforme dite AMOR, du nom du directeur de l'administration pénitentiaire en 1945, est tant une nouvelle illustration de ces liens qu'une forme d'aboutissement pour la science pénitentiaire¹²¹². L'institution d'un régime pénitentiaire, fondé sur « le principe d'individualisation et le principe de progressivité » grâce à un « classement préalable des condamnés d'ordre scientifique »¹²¹³, sera la consécration du changement de paradigme appelé de ses vœux par la science pénitentiaire. Le régime progressif marque en effet le passage d'une différenciation de l'acte de punir en fonction du fondement de la condamnation à une individualisation de l'acte de punir en fonction d'un savoir pénologique¹²¹⁴. Dans ce sillage, la dialectique entre la peine et l'acte de punir connaîtra sa dernière évolution lors de la consécration d'une conception nominative de la peine dans le code pénal de 1992, renvoyant le régime pénitentiaire (commun aux deux peines privatives de liberté) dans le code de procédure pénale et abandonnant la différenciation de l'acte de punir aux procédés d'individualisation.

¹²⁰⁸ Sur les liens entre la science et la réforme pénitentiaire sous la III^e République v. : KALUSZINSKY Martine, « L'incontournable alliance. Savoirs et politiques sur le crime, en France, sous la Troisième République », *Société & représentations*, n° 2, vol. 3, 1996, p. 187-197 ; KALUSZINSKY Martine, « Réformer la société. Les hommes de la société générale des prisons, 1877-1900 », *Genèses*, vol. 28, 1997, p. 88.

¹²⁰⁹ KALUSZINSKY Martine, « La science pénitentiaire comme science de gouvernement. Espaces juridiques, réseaux réformateurs et savoirs experts en France à la fin du XIX^e siècle », *Revue d'Anthropologie des Connaissances*, n° 1, vol. 7, 2013, p. 87-111.

¹²¹⁰ PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *RSC*, n° 1, 1946, p. 132.

¹²¹¹ KALUSZINSKY Martine, « La science pénitentiaire comme science de gouvernement. Espaces juridiques, réseaux réformateurs et savoirs experts en France à la fin du XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 95.

¹²¹² AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », *RSC*, n° 1, 1947, p. 1-30. Sur la réforme de 1945 et le rôle respectif de Paul AMOR et de Pierre CANNAT dans son élaboration v. : HEDHILI-AZÉMA Hinda, « La réforme « Amor » de l'administration pénitentiaire - mai 1945 », in *L'administration pénitentiaire, 1945, 1975, 2015. Naissance des réformes, problématiques, actualité*, *op. cit.*, p. 35-47.

¹²¹³ PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *op. cit.*, p. 142.

¹²¹⁴ « 7° La répartition dans les établissements pénitentiaires des individus condamnés à une peine supérieure à un an, a pour base le sexe, la personnalité et le degré de perversion du délinquant ; 8° Un régime progressif est appliqué dans chacun de ces établissements en vue d'adapter le traitement du prisonnier à son attitude et à son degré d'amendement. Ce régime va de l'encellulement à la semi-liberté ; » : AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », *op. cit.*, p. 6-7. Sur le régime progressif v. : *infra* n° 293.

*

232 La multiplication des formes de l'acte de punir. L'apport de la science pénitentiaire à l'apparition de la notion de régime de détention est sans nul doute d'avoir produit le savoir nécessaire à la transformation de la prison pénale en une institution pénitentiaire. Constamment renouvelée pour assurer sa légitimité¹²¹⁵, cette institution s'éloigne de plus en plus de la forme et des garanties proposées par les révolutionnaires, en intensifiant la prise en compte des caractéristiques des catégories de population pénale et la différenciation de l'acte de punir dans la poursuite de l'utopie du projet pénitentiaire. Dans cette fuite en avant à la recherche de l'effectivité du dispositif d'exécution, la réforme AMOR a été décisive pour l'avenir de l'institution, en ce qu'elle est parvenue à la fois à consacrer le changement de paradigme dans la détermination de l'acte de punir et à limiter l'arbitraire de l'administration pénitentiaire dans la modulation de la peine, en prônant la « judiciarisation des conditions d'exécution des peines¹²¹⁶ ». Et si c'est bien la science pénitentiaire qui a permis d'amorcer la transformation de la dialectique entre la peine et l'acte de punir, son intégration dans le droit positif relève, en revanche, de l'apport du droit pénitentiaire (§2) à l'individualisation des conditions d'exécution.

§2. L'APPORT DU DROIT PÉNITENTIAIRE

233 Une libéralisation des conditions d'exécution. L'étude de l'apport du droit pénitentiaire à l'individualisation des conditions d'exécution de la peine conduit à s'interroger sur le passage de l'usage de régimes de détention à la reconnaissance juridique de la notion. Cette consécration passe par l'intégration du paradigme pénitentiaire dans le droit positif et détermine une libéralisation des conditions d'exécution, dorénavant indexées sur les caractéristiques de l'individu. Le code pénal de 1992 a d'ailleurs entériné cette mise en conformité du droit avec les pratiques punitives, en remplaçant la définition des peines privatives de liberté dans le code par un régime des peines, ne traitant pas de la substance de l'emprisonnement. Relégué dans le code de procédure pénale, le régime pénitentiaire est désormais une interface entre la peine et les régimes de détention prescrivant

¹²¹⁵ ARTIÈRES Philippe, LASCOUMES Pierre, SALLE Grégory, « Gouverner et enfermer. La prison, un modèle indépassable ? », in *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, ARTIÈRES Philippe, LASCOUMES Pierre (dir.), *op. cit.*, p. 34-35.

¹²¹⁶ COUV RAT Pierre, « La politique criminelle pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945 », *RSC*, n° 2, 1985, p. 231.

l'individualisation des conditions d'exécution de la peine. L'autonomisation du « régime de détention¹²¹⁷ » de la peine et du régime pénitentiaire résulte ainsi de la diversification des conditions de détention (A) et de l'appréhension de celles-ci (B) en droit pénitentiaire.

A. La diversification des conditions de détention

234 L'autonomisation des conditions de détention du régime pénitentiaire.

L'émergence d'une pratique d'individualisation, fonctionnant à partir de classifications pénologiques, a bousculé la dialectique entre la peine et l'acte de punir et provoqué l'autonomisation des conditions de détention du régime pénitentiaire. Autrement dit, l'intégration du paradigme pénitentiaire dans le dispositif d'exécution a provoqué en droit la dissociation d'une partie des conditions d'exécution des catégories pénales. L'unification des peines autour d'un régime pénitentiaire unique n'emporte dès lors pas un acte de punir uniforme, puisque l'institution du paradigme pénitentiaire (1) dans le code de procédure pénale a permis l'institution de conditions de détention individualisées (2).

1. L'institution du paradigme pénitentiaire

235 L'intégration de la rationalité pénitentiaire dans le dispositif d'exécution.

La science pénitentiaire a déterminé le passage d'une recherche de mise à exécution des régimes pénitentiaires, définis pour les différentes catégories pénales, à la recherche de l'adaptation des conditions d'exécution de la peine aux caractéristiques de la population pénale. Au travers de la poursuite de son développement, le droit pénitentiaire au XX^e siècle va intégrer cette nouvelle rationalité dans le dispositif d'exécution. Cette manifestation de l'atténuation de la teneur du principe de légalité autorisera la juridicisation de l'individualisation pénitentiaire et déterminera l'évolution de la fonction du régime pénitentiaire.

236 La juridicisation de l'individualisation pénitentiaire.

Les travaux de la « Commission de réforme¹²¹⁸ » ont été pour la science pénitentiaire une forme d'aboutissement, puisque les principes dégagés ont pu servir de fondement à la réforme. Par des modifications du droit positif et des expérimentations (notamment la semi-liberté et le

¹²¹⁷ Al. 2, art. 717-1 du CPP.

¹²¹⁸ Arrêté du 9 décembre 1944 relative à la Commission de réforme, JORF du 23 décembre 1944, p. 2040.

placement à l'extérieur), les nouvelles orientations de cette « branche expérimentale¹²¹⁹ » de la criminologie ont effectivement eu un impact visible et durable sur les pratiques pénitentiaires. Le code de procédure pénale reconnaît d'ailleurs le changement de paradigme présidant à la réforme dès 1958 : « La répartition des condamnés dans les prisons établies pour peines s'effectue compte tenu de leur catégorie pénale, de leur âge, de leur état de santé et de leur personnalité¹²²⁰. ». Cette mention d'une caractéristique psychologique de l'individu, comme critère de la détermination des conditions d'exécution, est complétée par les termes, dans lesquels est introduit le régime progressif, qui font référence « au degré d'amendement et aux possibilités de reclassement du condamné [pour] son admission aux différentes phases de ce régime¹²²¹ ». L'intégration de ce changement de paradigme, concomitant à l'ambition de généraliser et standardiser l'individualisation pénitentiaire, s'accompagne par ailleurs d'une « judiciarisation des conditions d'exécution des peines¹²²² ». L'« esquisse d'une juridiction pénitentiaire¹²²³ » est en effet venue légitimer cette systématisation de la modulation de la peine au cours de son exécution. Dans l'esprit de la Commission de réforme, poursuivre l'acte de juger suite au prononcé de la peine par l'institution d'un régime progressif, dont les différentes phases sont constituées par des régimes de détention distincts et se terminant par une libération anticipée, nécessitait l'intervention d'un juge¹²²⁴. Afin de « contrebalancer les pouvoirs en matière de classification¹²²⁵ » octroyés à l'administration, un juge de l'exécution de peine – qui « aura seul compétence pour ordonner le transfert du condamné dans un établissement d'un autre type [et] pour prononcer l'admission aux étapes successives du régime progressif¹²²⁶ » – sera institué, sans pour autant disposer du pouvoir d'accorder une libération conditionnelle.

Ces apports de la réforme de 1945 se perpétueront sous l'empire du code de procédure pénale¹²²⁷. Néanmoins, la mise en application du régime progressif restera partielle, puis s'effacera de fait¹²²⁸ au profit d'une « homogénéité, au moins relative, dans chaque

¹²¹⁹ AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », *op. cit.*, p. 1.

¹²²⁰ Al. 1, art. 718 ancien du CPP.

¹²²¹ Dernier al., art. 722 ancien du CPP.

¹²²² COUVRAT Pierre, « La politique criminelle pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945 », *op. cit.*, p. 238.

¹²²³ CANNAT Pierre, « Esquisse d'une juridiction pénitentiaire », *RPDP*, n° 1, 1947, p. 153-159.

¹²²⁴ PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *RSC*, n° 1, 1952, p. 114. Sur le régime progressif v. : *infra* n° 293.

¹²²⁵ *Ibid.*

¹²²⁶ AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », *op. cit.*, p. 7.

¹²²⁷ Concernant les fonctions du juge de l'application des peines : art. 722 ancien du CPP.

¹²²⁸ DUTHEILLET-LAMONTHÉZIE Bernard, « Adieu au régime progressif », *RPDP*, n° 2, 1976, p. 279 et s.

prison¹²²⁹ », avant de disparaître en droit en 1978¹²³⁰. L'intégration de la rationalité pénitentiaire dans le dispositif d'exécution demeure toutefois et déterminera l'évolution de la fonction du régime pénitentiaire que nous connaissons aujourd'hui.

237 L'évolution de la fonction du régime pénitentiaire. Classiquement pour les peines privatives de liberté, le régime pénitentiaire détermine la substance de la sanction, au travers des conditions d'exécution qu'il prescrit de manière exhaustive et impérative. Dans cette acception, le régime de détention n'est pas dissociable du régime pénitentiaire, en ce que les conditions de détention ne sont pas individualisées en fonction des caractéristiques de la population pénale. Le régime pénitentiaire n'est qu'une courroie de transmission entre la peine et l'acte de punir, il sert d'interface pour traduire la teneur de la peine en des pratiques punitives correspondantes. Cependant, l'intégration de la rationalité pénitentiaire dans le dispositif d'exécution va déterminer progressivement l'abandon de cette conception, inhérente à l'emploi d'une acceptation matérielle de la légalité des peines. Le régime pénitentiaire n'a plus aujourd'hui la charge que d'esquisser la substance de la peine, en déterminant un socle de conditions d'exécution communes à l'ensemble des personnes condamnées et en prescrivant l'individualisation des conditions de détention. L'objet du régime pénitentiaire n'est plus aujourd'hui de permettre l'équivalence de la peine et de l'acte de punir, en déterminant l'intégralité des conditions d'exécution, mais de concilier le respect de la légalité pénale avec la volonté d'individualisation, par la préservation de règles communes à l'exécution de la peine privative de liberté pour toute la population pénale.

L'analyse des dispositions du code de procédure pénale démontre cette modification de la conception du régime pénitentiaire. En premier lieu, l'unification des peines privatives de liberté a transformé son ordonnancement au sein de l'« ordre juridique pénitentiaire¹²³¹ ». À une distinction de régimes en fonction de la nature des peines est substitué un régime général combiné à des statuts complémentaires pour certaines catégories de personnes condamnées, telles que les mineurs, les militaires ou les auteurs d'infractions du livre IV du code pénal¹²³². En second lieu, l'intégration du changement de paradigme a diminué la valeur

¹²²⁹ COUV RAT Pierre, « La politique criminelle pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945 », *op. cit.*, p. 236.

¹²³⁰ La loi du 22 novembre 1978 a modifié l'article 722 du CPP, afin de retirer de ce dernier toute référence à un régime progressif : art. 2, loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale.

¹²³¹ FROMENT Jean-Charles, « Vers une « prison de droit » ? », *RSC*, n° 3, 1997, p. 537-560.

¹²³² Art. D. 487 et s. du CPP ; DUROCHÉ Jean-Philippe, PÉDRON Pierre, *Droit pénitentiaire*, *op. cit.*, §542 et s. Il convient également de noter que le CPP dispose de quelques dispositions applicables pour les personnes

et la portée du régime pénitentiaire. Les normes qui le composent n'ont effectivement plus pour fonction de déterminer toutes les conditions d'exécution de la peine et ces dernières sont parfois dérogeables, l'encellulement individuel par exemple¹²³³. Certes, le régime pénitentiaire dispose encore d'aspects essentiels de l'acte de punir comme la *suma divisio* des établissements pénitentiaires¹²³⁴, l'organisation du travail¹²³⁵, le régime disciplinaire¹²³⁶ ou encore la gestion des valeurs pécuniaires des détenus¹²³⁷. Néanmoins, il intègre aussi le principe d'une exécution régie par les principes d'individualisation et de progressivité¹²³⁸. Or, par cette reconnaissance d'une peine ni prédéterminée, ni fixe, le régime pénitentiaire se cantonne à un rôle de structuration de l'acte de punir, ouvrant ainsi la voie à l'institution de conditions de détention individualisées (2) dans le code par une nouvelle réforme.

2. L'institution de conditions de détention individualisées

238 L'intensification de l'individualisation pénitentiaire. Là où la réforme AMOR prescrivait l'individualisation à l'échelle de la prison, le décret du 23 mai 1975 institue des conditions de détention individualisées à l'échelle de catégories d'établissement. L'objectif est d'intensifier l'adaptation de l'exécution de la peine aux catégories de population pénale¹²³⁹ et de contourner la compétence de l'autorité judiciaire en matière d'individualisation pénitentiaire. Cette réforme prôna en conséquence l'homogénéisation de la population au sein des prisons, de sorte à permettre, au moyen de la diversification des établissements, la diversification des « régimes d'incarcération¹²⁴⁰ », au-delà des ajustements des phases du

condamnées à un certains *quantum* de peine comme l'article 717-1A prévoyant l'obligation d'affectation de ces détenus dans l'un des sites du centre national d'évaluation. En outre, au-delà des dispositions concernant l'exécution des peines *stricto sensu*, le droit de l'application des peines, par son essor, est venu compléter le régime pénitentiaire et le diversifier par différents statuts spéciaux. Sur ces derniers v. : *supra* n° 107 et s.

¹²³³ Art. 717-2 et D. 93 et s. du CPP. L'article 717-2 du CPP dispose que les personnes condamnées dans les établissements pour peine ne sont soumises qu'à l'isolement de nuit seulement. À l'alinéa 2 du même article, le législateur prévoit néanmoins qu'il peut être dérogé à ce principe, notamment si la personnalité des personnes le justifie. Dans ce cas, l'individualisation pénitentiaire n'est pas limitée, malgré l'existence d'une disposition du régime pénitentiaire. Quant à l'encellulement individuel, le moratoire à l'application de l'encellulement individuel en maisons d'arrêt a été repoussé au 31 décembre 2022 : art. 90, loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹²³⁴ Art. 717 du CPP.

¹²³⁵ Art. 717-3 et D. 432-1 du CPP.

¹²³⁶ Art. 726 du CPP.

¹²³⁷ Art. 728-1 et D. 319 et s. du CPP.

¹²³⁸ Art. 707, 717-1 et D. 88 du CPP.

¹²³⁹ Note du 26 mai 1975, DAP, p. 1.

¹²⁴⁰ CE, Section, 4 mai 1979, n° 00096, 00218, recueil Lebon.

régime progressif et du « régime spécial¹²⁴¹ ».

239 La diversification des établissements pénitentiaires. La réforme de 1975 entreprend de diversifier les établissements destinés aux longues peines¹²⁴². L'assouplissement général du régime pénitentiaire va de pair avec la création de maisons centrales, qui « comportent une organisation et un régime de sécurité », et de centres de détention, comprenant « un régime principalement orienté vers la resocialisation des condamnés »¹²⁴³. Dès cette époque, l'acte de punir ne dépend dès lors plus entièrement de la peine prononcée, mais des procédés d'individualisation permettant de distribuer la population pénale dans la diversité des établissements institués. De surcroît, la diversification des conditions de détention instituées par cette réforme s'étend au-delà de cette nouvelle dichotomie. Les articles D. 70 et suivants du code de procédure pénale disposent en effet de « divers centres spécialisés » : les « centres pour jeunes condamnés », les « établissements ouverts » et les « établissements de sécurité renforcée ». Cette volonté d'intensification de l'individualisation pénitentiaire a également emporté la création de quartiers de détention correspondants. Les difficultés à réunir une population homogène au sein d'un établissement et les impératifs de la carte pénitentiaire s'opposent à un dispositif réduisant l'individualisation à la spécialisation des établissements. Cependant, ces quartiers s'inscrivent toujours dans l'esprit de la réforme consistant en la « diversification des régimes d'exécution¹²⁴⁴ » prévus par le code, et non plus l'organisation, au sein d'un établissement, d'un parcours à étapes de la compétence du juge.

Après cette réforme, l'orientation des personnes condamnées voit sa problématique et son enjeu renouvelés, car l'individualisation change à la fois d'échelle et d'acteur. Dorénavant, l'administration pénitentiaire est seule compétente pour l'orientation de ces personnes, non seulement au sein d'un établissement, mais surtout entre les différentes infrastructures, sans que le code ne dispose de critères précis ou de conditions objectives¹²⁴⁵.

¹²⁴¹ Le régime spécial est un statut spécial pour les détenus politiques. Sur ce dernier v. : PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 86-88 ; 323-325 ; VIMONT Jean-Claude, *La prison politique en France. Genèse d'un mode d'incarcération spécifique. XVIII^e-XX^e siècle*, Paris, Anthropos, « Historiques », 1993, 503 p. ; MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, *op. cit.*, §699.

¹²⁴² AYMARD Pierre, « Différenciation des régimes et des institutions par rapport aux détenus dangereux », *RSC*, n° 3, 1977, p. 626 ; 632.

¹²⁴³ Art. 70-1 et 70-2 anciens du CPP, dans leur rédaction issue du décr. n° 75-402 du 23 mai 1975 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (3^e partie : Décrets), *op. cit.*

¹²⁴⁴ Circ. du 26 mai 1975 relative aux aménagements généraux aux régimes de détention et à la diversification des régimes d'exécution des peines, Garde des sceaux, B25, p. 1.

¹²⁴⁵ Le décret du 23 mai 1975 indique effectivement que « les affectations des condamnés à une longue peine sont décidées exclusivement par l'administration centrale des services pénitentiaires » : art. D. 70-3 ancien du

En violation de la loi, le gouvernement rendait inopérantes par ce biais rendu les attributions du juge relatives au régime progressif, ce qui conduit le Conseil d'État à annuler cette disposition. Mais cette réforme fut également remise en cause sur le fondement de l'article 34 de la Constitution. La juridiction suprême refusa néanmoins de considérer les nouveaux régimes institués comme des peines, en les qualifiant de « modalités d'exécution¹²⁴⁶ » des longues peines privatives de liberté. Attaquée enfin sous l'angle du principe d'égalité, l'institution de conditions de détention individualisées, par l'intermédiaire d'une diversification des établissements dans lesquels le « régime d'incarcération applicable à chacune des catégories » est uniformisé, ne sera pas remise en cause par le Conseil d'État, qui considéra « que si les centres de détention se caractérisent par rapport aux autres types de maisons centrales par un régime plus libéral, cette circonstance n'est pas constitutive d'une rupture de l'égalité de traitement entre condamnés, dès lors que chacun a vocation à être détenu dans un tel centre »¹²⁴⁷. En cela, il ne fit que reprendre la décision du Conseil constitutionnel, sur l'article 25 de la loi du 27 juillet 1978¹²⁴⁸, intervenant pour légaliser la modification des fonctions du juge de l'application des peines¹²⁴⁹.

In fine, ces « régimes d'exécution¹²⁵⁰ » interviennent pour légitimer la différenciation des conditions de détention, individualisées dans le respect du régime pénitentiaire et donc du principe de légalité. Le pouvoir réglementaire et l'administration participent dès lors à la détermination de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, sans emporter de déclaration d'inconstitutionnalité. Le changement de paradigme organise de cette façon le contournement des garanties du droit pénal moderne, puisque les qualifications pénales sont supplantées par des catégories pénologiques. Dès lors, plus la pratique de l'individualisation de la peine s'intensifie, plus cette problématique de libéralisation des conditions d'exécution est prégnante, comme le démontre la diversification des régimes d'incarcération.

240 La diversification des régimes d'incarcération. L'institution de conditions de détention individualisées octroie à l'administration le pouvoir de moduler la peine au cours de

CPP, dans sa rédaction issue du décr. n° 75-402 du 23 mai 1975 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (3^e partie : Décrets), *op. cit.*

¹²⁴⁶ CE, Section, 4 mai 1979, n° 00096, 00218, recueil Lebon.

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ Loi n° 78-788 du 28 juillet 1978 portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises.

¹²⁴⁹ CC, Décision n° 78-97 DC du 27 juillet 1978, Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises, consid. 4.

¹²⁵⁰ AYMARD Pierre, « Différenciation des régimes et des institutions par rapport aux détenus dangereux », *op. cit.*, p. 625.

son exécution. Cette individualisation administrative pose de manière générale une double problématique, tenant aux critères d'affectation fondant la décision et à la matérialité du régime d'incarcération individualisé. Cet enjeu est décuplé lorsque les conditions de détention sont adaptées dans le sens de l'aggravation de la condition du sujet. C'est la raison pour laquelle la diversification des régimes d'incarcération peut être analysée au travers de son exemple le plus significatif : les quartiers de haute sécurité. Cette catégorie est composée d'établissements et de quartiers de sécurité renforcée dans les maisons centrales¹²⁵¹, ainsi que de quartiers de plus grande sécurité dans les maisons d'arrêt¹²⁵². Ces lieux de détention ont été créés en 1975¹²⁵³, afin de regrouper dans une multitude d'« unités carcérales particulières » les « détenus dangereux »¹²⁵⁴. Ces personnes étaient les condamnés reconnus « caractériellement dangereux » par un examen psychiatrique, les personnes faisant « preuve d'une agressivité particulière » et celles qui « cherchent avec persistance à troubler gravement le bon fonctionnement d'un établissement de grande collectivité »¹²⁵⁵. Outre la subjectivité de la notion de dangerosité, l'absence de justiciabilité des décisions d'affectation privait de toute garantie le détenu et laissait libre cours aux pratiques abusives¹²⁵⁶.

En raison de leur affectation, les personnes sont incarcérées dans une unité isolée du reste de la détention, sous le régime de l'emprisonnement individuel de jour et de nuit¹²⁵⁷. Dans ces unités de vie, le régime pénitentiaire est toujours applicable, ainsi que les dispositions propres aux maisons centrales. Toutefois, l'administration a multiplié, dans le silence du code, les mesures de sécurité afin de produire un régime de détention organisant un

¹²⁵¹ Art. D. 70-1 CPP ancien, dans sa rédaction datant du décr. n° 75-402 du 23 mai 1975 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (3^e partie : Décrets), *op. cit.*

¹²⁵² Circ. du 30 septembre 1975, citée in FIZE Michel, *L'isolement cellulaire dans les établissements pénitentiaires français. TOME II - Exclusion, isolement ou quasi-isolement déguisé ? Le cas très particulier des « quartiers de haute sécurité »*, *op. cit.*, p. 33.

¹²⁵³ La notion de « haute sécurité » se manifeste la première fois en 1955, par l'organisation d'un régime de « discipline stricte » dans la prison de Beaune. Ensuite, ce dispositif de détention, dorénavant institué en quartier de haute sécurité, sera déplacé dans une autre maison d'arrêt désaffectée à Mende, en Lozère : *ibid.*, p. 15-16. « À la suite des graves incidents de l'été 1974 et dans le cadre de la réforme pénitentiaire de 1975 tendant à une plus grande diversification des établissements il a été décidé de reprendre un projet d'aménagement d'un quartier de sécurité à la maison centrale de Châteauroux (établissement neuf) et, enfin, de créer des établissements de sécurité renforcée totalement autonomes et répartis sur l'ensemble du territoire national. » : AYMARD Pierre, « Différenciation des régimes et des institutions par rapport aux détenus dangereux », *op. cit.*, p. 629.

¹²⁵⁴ *Ibid.*, p. 627 ; 625.

¹²⁵⁵ FIZE Michel, *L'isolement cellulaire dans les établissements pénitentiaires français. TOME II - Exclusion, isolement ou quasi-isolement déguisé ? Le cas très particulier des « quartiers de haute sécurité »*, *op. cit.*, p. 52.

¹²⁵⁶ Sur la qualification de mesure d'ordre intérieur d'une décision de placement dans un quartier de haute sécurité v. : CE, Ass., 27 janvier 1984, *Caillol*, n° 31985, recueil Lebon, RSC 1984. 555, obs. Couvrat ; AJDA 1984. 72, chron. Lasserre, Delarue ; Gaz. Pal. 1984. 284, note Pretot.

¹²⁵⁷ FIZE Michel, *L'isolement cellulaire dans les établissements pénitentiaires français. TOME II - Exclusion, isolement ou quasi-isolement déguisé ? Le cas très particulier des « quartiers de haute sécurité »*, *op. cit.*, p. 59-77 ; Note du 15 mai 1975 portant instructions pour le fonctionnement des prisons ou quartiers de sécurité renforcée, Garde des sceaux, 7 p.

isolement à grande échelle particulièrement strict¹²⁵⁸. Ce régime ne peut dès lors être qualifié de régime d'exception, dans lequel le droit pénitentiaire ne serait plus appliqué¹²⁵⁹. En revanche, il s'agit d'un régime caractérisé par des conditions de détention très sévères, permises par la marge de manœuvre importante laissée à l'administration et les opportunités de dérogation au régime pénitentiaire que le code institue. Inutile d'entreprendre l'énumération exhaustive des mesures de sécurité, précisons seulement que les fouilles des lieux et des personnes sont quotidiennes, les changements de cellule réguliers, que les fenêtres sont obstruées par leur renfort, les effets personnels très limités, que les promenades s'effectuent seul et que le regroupement de deux à cinq détenus pour une activité n'est possible, qu'exceptionnellement, après l'autorisation du chef d'établissement¹²⁶⁰. À la suite de mobilisations de personnes détenues et à l'occasion d'un changement de gouvernement, une commission avait été nommée pour travailler sur la question de ces quartiers¹²⁶¹. En accord avec les conclusions du rapport mettant notamment en cause la subjectivité de l'évaluation de la dangerosité et le pouvoir discrétionnaire de l'administration dans la procédure d'orientation¹²⁶², le Garde des sceaux les supprima en 1982 pour les remplacer par l'usage de régimes spéciaux déterminés (régime de la cellule disciplinaire et de la mise à l'isolement) et des transfèvements¹²⁶³. Les quartiers de haute sécurité non seulement organisaient la prévention des incidents en détention et des évasions, mais plus généralement la sanction de l'« [in]adaptabilité du sujet au régime pénitentiaire¹²⁶⁴ », au risque de procéder à une

¹²⁵⁸ Sur les différentes formes d'isolement v. : SEYLER Monique, *L'isolement en prison. L'un et le multiple*, CESDIP, « Études et données pénales », n° 60, 1990, 163 p.

¹²⁵⁹ Relevons cependant que de nombreuses exactions ont été alléguées par des personnes détenues. V. not. : KNOBELSPIESS Roger, *Q.H.S. : Quartier de Haute Sécurité*, Paris, Stock, 239 p. ; « Quartier de haute sécurité », *Vécu* (émission radiophonique), 30 juin 1978, INA : www.ina.fr/audio/PHD97016376.

¹²⁶⁰ De ces conditions terribles ressort le constat d'un danger significatif pour la santé mentale, relevé par les personnels médicaux, comme par l'administration concernant les quartiers de plus grande sécurité fonctionnant sous le mode de l'isolement complet : FIZE Michel, *L'isolement cellulaire dans les établissements pénitentiaires français. TOME II - Exclusion, isolement ou quasi-isolement déguisé ? Le cas très particulier des « quartiers de haute sécurité »*, op. cit., p. 63. Pour le point de vue d'un psychiatre : CHOQUET Jean-Pierre, *Psychiatrie en quartiers de sécurité renforcée. Bilan de cinq années d'exercice*, Mémoire en vue de l'obtention du certificat d'études spéciales en psychiatrie, Faculté de médecine de l'Université de Caen, 1981, 213 p.

¹²⁶¹ Rapport présenté à Monsieur le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, par la Commission chargée d'étudier le problème des quartiers de sécurité renforcée et des quartiers de plus grande sécurité, cité in FIZE Michel, *L'isolement cellulaire dans les établissements pénitentiaires français. TOME II - Exclusion, isolement ou quasi-isolement déguisé ? Le cas très particulier des « quartiers de haute sécurité »*, op. cit., p. 95.

¹²⁶² *Ibid.*, p. 96-97.

¹²⁶³ Décr. n° 82-191 du 26 février 1982 supprimant le second alinéa D. 70-1 du code de procédure pénale relatif aux établissements ou quartiers de sécurité renforcée, JORF du 27 février 1982 p. 689 ; Circ. du 11 juin 1982 relative aux mesures concernant la sécurité dans les établissements pénitentiaires, Garde des sceaux, BOMJ n° 6 du 30 juin 1982, 5 p. Sur les régimes spéciaux de détention v. : *infra* n° 271.

¹²⁶⁴ FIZE Michel, *L'isolement cellulaire dans les établissements pénitentiaires français. TOME II - Exclusion, isolement ou quasi-isolement déguisé ? Le cas très particulier des « quartiers de haute sécurité »*, op. cit., p. 140.

« stigmatisation pénitentiaire¹²⁶⁵ ».

D'ores et déjà, il est possible de percevoir les conséquences du changement de paradigme. La nouvelle dialectique entre la peine et l'acte de punir autorise les acteurs de l'exécution des peines à adapter la sanction aux caractéristiques des individus, ce qui réduit la portée de la condamnation. Dès lors, la matérialité de l'acte de punir ne relève plus seulement de la peine et de son régime pénitentiaire, ce qui a rendu nécessaire l'appréhension des conditions de détention (B) individualisées par la notion de régime de détention.

B. L'appréhension des conditions de détention

241 Le renouvellement des sources du droit pénitentiaire. La contribution du droit pénitentiaire à la consécration de la notion de régime de détention est indissociable du renouvellement des sources de ce « droit en construction¹²⁶⁶ ». Historiquement constitué comme un pré carré de l'administration, modelé essentiellement par des décrets et des circulaires¹²⁶⁷, le droit pénitentiaire est devenu un « droit partagé¹²⁶⁸ » avec les administrés du « service public pénitentiaire¹²⁶⁹ ». Sans pour autant être une rupture¹²⁷⁰, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 est un tournant qui symbolise ces évolutions et qui permet de distinguer deux périodes dans l'appréhension des conditions d'exécution individualisées. La première correspond à l'usage de la notion de régime de détention par la jurisprudence (1), alors qu'elle était encore étrangère à la loi. La seconde correspond à l'usage de la notion de régime de

¹²⁶⁵ *Ibid.*, p. 106 ; AYMARD Pierre, « Différenciation des régimes et des institutions par rapport aux détenus dangereux », *op. cit.*, p. 632.

¹²⁶⁶ « Droit en construction, le droit pénitentiaire apparaît ainsi comme le produit d'une intervention nécessaire mais limitée du législateur et d'une évolution administrative influencée par le juge administratif, sous l'égide - et l'indispensable aiguillon - de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. » : GEFFRAY Edouard, LIÉBER Sophie-Justine, « Le droit pénitentiaire, un droit en construction », *AJDA*, n° 43, 2008, p. 2389-2396. V. également : JENNEQUIN Anne, « La dignité de la personne détenue », *RFDA*, n° 6, 2015, p. 1082-1087.

¹²⁶⁷ Pour une illustration du l'usage détourné des circulaires en droit pénitentiaire v. : PÉCHILLON Éric, HERZOG-EVANS Martine, « Droit pénitentiaire : la réécriture de la loi par voie de circulaires (1^{ère} partie) », *LPA*, n° 56, 2001, p. 8 ; PÉCHILLON Éric, HERZOG-EVANS Martine, « Droit pénitentiaire : la réécriture de la loi par voir de circulaires (suite et fin) », *LPA*, n° 57, 2001, p. 8.

¹²⁶⁸ PONCELA Pierrette, « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *op. cit.*, p. 190.

¹²⁶⁹ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire.

¹²⁷⁰ D'une part, d'autres interventions législatives ont précédé la loi pénitentiaire et, d'autre part, cette intervention majeure du législateur dans le droit pénitentiaire n'a pas mis fin à la culture du règlement, des circulaires et notes de services, trop souvent non publiées en dépit de leur importance pour la condition juridique des détenus. Pour un exemple de cette pratique antérieurement à la loi pénitentiaire v. : Note du 29 octobre 2003 relative à la gestion des détenus les plus dangereux incarcérés dans les maisons d'arrêt, Garde des sceaux, n° 000131. Ce texte a d'ailleurs été abrogé par le Garde des sceaux en 2007 avant d'être annulé par le Conseil d'État : CE, 10^e SS, 29 février 2008, n° 308145, inédit. Pour un exemple postérieur à la loi pénitentiaire v. : Note de service du 10 février 2016 relative à la prise en charge des personnes détenues en unité dédiée, DAP, 12 p.

détention par le code (2), caractérisée par l'ambivalence de sa reconnaissance normative, en l'absence d'encadrement juridique de celle-ci.

1. L'usage de la notion de régime de détention par le juge administratif

242 La dénomination des conditions de détention. Malgré l'intégration du changement de paradigme dans le régime pénitentiaire, la notion de régime de détention sera absente du code de procédure pénale jusqu'en 2009. Ce paradoxe entre la prescription de l'individualisation et l'absence d'appréhension juridique du résultat des procédés d'adaptation des conditions de détention souligne le faible état de développement du droit pénitentiaire. Finalement, le silence de la loi sera rompu grâce au développement du contentieux pénitentiaire. Il faut dès lors considérer que la consécration de la notion étudiée intervient concomitamment aux prémices de l'affirmation de la jurisprudence administrative comme une source du droit pénitentiaire et le point de départ d'un mouvement de rationalisation du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Cette reconnaissance de la notion de régime de détention par la voie contentieuse a effectivement permis la désignation à la fois de l'enjeu de la justiciabilité des décisions d'affectation et du résultat de l'individualisation pénitentiaire.

243 La désignation de l'enjeu de la justiciabilité des décisions d'affectation. Alors inexistante dans l'ordre juridique, la notion de régime de détention était pourtant évidente en pratique puisqu'elle était usitée par l'administration¹²⁷¹. L'absence de considération normative pour les régimes de détention, qui participent pourtant largement à la détermination de la condition des détenus, sera dans un premier temps palliée par l'usage de la notion par le juge. Les régimes particulièrement individualisés ont en effet donné lieu à des recours obligeant la juridiction administrative à se prononcer sur les décisions d'affectation. Ce n'est dès lors pas un hasard si la première mention de cette notion apparaît dans un litige concernant le placement dans un quartier de haute sécurité. Toutefois, la reconnaissance du changement de « régime de détention résultant de la mesure¹²⁷² » n'emporta nullement l'examen au fond des moyens tendant à l'annulation de la décision du chef d'établissement, puisque le Conseil d'État qualifia celle-ci de mesure d'ordre intérieur. Vingt ans plus tard, c'est le contentieux de

¹²⁷¹ L'intensification de l'individualisation des conditions d'exécution avait d'ailleurs conduit en 1974 à la création d'un « bureau de l'individualisation des régimes de détention » à la Direction de l'administration pénitentiaire : FIZE Michel, *L'isolement cellulaire dans les établissements pénitentiaires français. TOME II - Exclusion, isolement ou quasi-isolement déguisé ? Le cas très particulier des « quartiers de haute sécurité »*, op. cit., p. 56.

¹²⁷² CE, Ass., 27 janvier 1984, *Caillol*, n° 31985, recueil Lebon, préc.

l'annulation des sanctions de placement en cellule disciplinaire qui sera l'occasion d'une nouvelle reconnaissance de la notion de « régime de détention¹²⁷³ ». À l'instar des quartiers de haute sécurité, les quartiers disciplinaires comme les quartiers d'isolement fonctionnent sous un régime très différent du reste de la détention, ce qui implique la nécessité d'appréhender la particularité de ces conditions de détention pour désigner l'enjeu de la décision administrative : le changement du régime de détention¹²⁷⁴. Enfin, l'usage de la notion de régime de détention par le juge administratif se poursuivra dans le contentieux relatif aux différents types d'établissement, dans la poursuite du renforcement du contrôle de la modulation administrative de la peine et au travers de la désignation du résultat de l'individualisation pénitentiaire.

244 La désignation du résultat de l'individualisation pénitentiaire. *In fine*, le mouvement de reconnaissance de cette notion dans la jurisprudence administrative constitue un état des lieux du degré et de l'étendue de l'individualisation des conditions de détention. Et si le juge n'a été saisi en premier lieu que de décisions emportant les aggravations les plus sévères de la condition juridique des justiciables, il a par la suite eu à connaître de l'ensemble des décisions modifiant le régime de détention. Cette seconde étape de la reconnaissance prétorienne de la notion démontre sa plasticité et la diversité des degrés d'individualisation des conditions d'exécution. En 2006, plusieurs arrêts de Cour d'appel ont en effet usé de celle-ci afin de désigner les conditions de détention dans les différents types d'établissement pénitentiaire¹²⁷⁵. Dans ces décisions, le juge administratif s'interroge sur « le régime de détention applicable¹²⁷⁶ » aux personnes condamnées pour déterminer si leur transfert emportera une modification « substantielle¹²⁷⁷ » de leur condition d'exécution ou l'application de modalités « inadaptées¹²⁷⁸ » à leur statut. Pour ce dernier, il s'agit toujours de se placer du point de vue du justiciable pour relever ses conditions de détention et pouvoir en déduire une éventuelle modification de sa condition, afin de déterminer si la décision constitue un grief. Postérieurement, le Conseil d'État est intervenu pour confirmer et préciser cette jurisprudence

¹²⁷³ CE, 23 mars 2004, *Chapron*, n° 265735, inédit.

¹²⁷⁴ Concernant la désignation de l'isolement comme un « régime de détention » v. : CE, 10^e-9^e SSR, 26 juillet 2011, n° 317547, recueil Lebon.

¹²⁷⁵ CAA de Nancy, 1^{ère} ch., 2 février 2006, n° 03NC00152, inédit, RSC 2007. 350, chron. Poncela ; CAA de Bordeaux, 2^e ch., 25 avril 2006, n° 03BX01518, inédit, RSC 2007. 350, chron. Poncela ; D. 2007. 1229, chron. Péchillon ; CAA de Nancy, 3^e ch., 14 décembre 2006, n° 06NC00705, inédit.

¹²⁷⁶ CAA de Bordeaux, 2^e ch., 25 avril 2006, n° 03BX01518, inédit, préc. ; CAA de Nancy, 3^e ch., 14 décembre 2006, n° 06NC00705, inédit.

¹²⁷⁷ CAA de Bordeaux, 2^e ch., 25 avril 2006, n° 03BX01518, inédit, *préc.*

¹²⁷⁸ CAA de Nancy, 1^{ère} ch., 2 février 2006, n° 03NC00152, inédit, *préc.*

relative à la justiciabilité des décisions d'affectation. Dans un ensemble de décisions, reprenant un considérant de principe énoncé dans l'arrêt d'Assemblée *Boussouar*¹²⁷⁹, la juridiction suprême appréhende les conditions d'exécution dans les maisons d'arrêt et établissements pour peine, pour prescrire le principe de l'adéquation entre la catégorie pénale de la personne et la nature de l'établissement¹²⁸⁰. Le Conseil d'État reconnaît ainsi que ces différents types d'établissement mettent en œuvre des régimes de détention distincts et qu'il existe une modification substantielle de la condition du sujet, constituant un grief à partir du moment où elle est transférée ou maintenue dans une maison d'arrêt.

Par la suite, le juge administratif est allé plus loin, en reconnaissant qu'il peut y avoir des différences substantielles entre les régimes de détention entre « établissements de même nature¹²⁸¹ » ou d'infrastructures distinctes appartenant à la même catégorie d'établissement pour peine¹²⁸². « Lorsqu'une nouvelle affectation s'accompagne d'une modification du régime de détention entraînant une aggravation des conditions de détention¹²⁸³ », alors la décision de transfert peut faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir¹²⁸⁴. Le Conseil d'État ne se contente plus d'user de la notion pour appréhender les conditions de détention instituées dans le code, mais saisit également celles instaurées par l'administration pour déterminer s'il existe, en substance, une aggravation de la condition du justiciable de nature à ouvrir la voie du recours en annulation. La reconnaissance de la notion par le juge est ainsi autant la marque de la légalité de l'individualisation administrative que l'ouverture d'une réflexion sur sa justiciabilité et son régime juridique, bien que ce dernier soit limité aux quelques dispositions éparses du code et à l'injonction générale de respect des libertés et droits fondamentaux.

¹²⁷⁹ « Considérant qu'il résulte de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires précitées que le régime de la détention en établissement pour peines, qui constitue normalement le mode de détention des condamnés, se caractérise, par rapport aux maisons d'arrêt, par des modalités d'incarcération différentes et, notamment, par l'organisation d'activités orientées vers la réinsertion ultérieure des personnes concernées et la préparation de leur élargissement ; qu'ainsi, eu égard à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus, une décision de changement d'affectation d'une maison centrale, établissement pour peines, à une maison d'arrêt constitue un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et non une mesure d'ordre intérieur ; » : CE, Ass., 14 décembre 2007, *Boussouar*, n° 290730, recueil Lebon, RFDA 2008. 87, concl. Guyomar ; RSC 2008. 404, chron. Poncela ; D. 2008. 820, note Herzog-Evans ; D. 2008. 1015, chron. Céré ; AJDA 2008. 128, note Boucher, Bourgeois-Machureau ; Dr. pén. 2008. n° 2. comm. 25, note Maron ; Dr. ad. 2008. n° 2. comm. 24, note Melleray ; Gaz. Pal. 2008. n° 222. 24, note Minot, Missaloux ; Procédures 2008. n° 2. comm. 61, obs. Deygas.

¹²⁸⁰ Concernant le transfert d'un établissement pour peine à une maison d'arrêt : CE, 10^e-9^e SSR, 9 avril 2008, *Rogier*, n° 308221, RSC 2009. 431, obs. Poncela ; AJDA 2008. 1827, note Costa ; CE, 6^e-1^{ère} SSR, 3 juin 2009, n° 310100, 323871, recueil Lebon. Concernant un transfert entre deux maisons d'arrêt : CE, 23 février 2000, n° 155607, inédit.

¹²⁸¹ CE, 10^e-9^e ch. réunies, 12 décembre 2018, n° 417244, recueil lebon, AJDA 2019. 825, note Schmitz.

¹²⁸² CE, 10^e-9^e SSR, 13 novembre 2013, n° 355742, recueil Lebon, RFDA 2014. 965, note Pollet-Panoussis ; Gaz. Pal. 2013. n° 353, note Guyomar.

¹²⁸³ *Ibid.*

¹²⁸⁴ Il s'agissait en l'espèce d'un transfert d'une personne condamnée de l'établissement dit ouvert de Casabianda, à un autre centre de détention au régime classique.

Sans remettre en cause la diversification des établissements et le développement de quartiers spéciaux, la politique pénitentiaire des années 2000 va prôner la standardisation et la généralisation de l'individualisation des régimes de détention au sein des prisons, afin de mieux adapter les régimes à l'hétérogénéité de la population pénale accueillie dans chaque structure. Ces régimes différenciés alimenteront le contentieux de l'affectation des détenus et seront à leur tour l'occasion d'une reconnaissance prétorienne de la notion¹²⁸⁵. Il n'est dès lors plus question du régime de détention d'une prison, mais de celui d'un quartier ou d'une unité de vie. À une échelle différente, la notion permet derechef d'appréhender les conditions individualisées de détention et de désigner par là les conséquences de la modulation administrative, afin de mesurer les effets de celle-ci sur la condition de la personne détenue. Presque concomitamment, le législateur et le pouvoir réglementaire procéderont à leur tour à la reconnaissance de la notion de régime de détention dans le code (2).

2. L'usage de la notion de régime de détention par le code

245 L'ambivalence de la reconnaissance de la notion. Au-delà de son caractère tardif, il convient de relever l'ambivalence de la consécration de la notion de régime de détention. Alors que l'individualisation s'intensifie, au point que le législateur reconnaisse au sein de l'article 717-1 du code de procédure pénale la place essentielle des régimes de détention dans le processus d'individualisation, l'inscription de la notion dans le code par la loi pénitentiaire et son décret d'application ne s'accompagne ni d'une définition, ni d'un encadrement juridique. Dès lors, l'insertion de la notion de régime de détention dans le code n'a conduit paradoxalement qu'à souligner l'éviction du régime de la notion de ce dernier.

246 L'insertion de la notion de régime de détention dans le code. L'inscription de la notion dans le code date de la loi pénitentiaire, qui a précisé le fonctionnement du dispositif d'exécution. « La répartition des condamnés dans les prisons établies pour peines s'effectue compte tenu de leur catégorie pénale, de leur âge, de leur état de santé et de leur personnalité. Leur régime de détention est déterminé en prenant en compte leur personnalité, leur santé,

¹²⁸⁵ Concernant la désignation des conditions de détention d'un quartier par la notion de régime de détention v. : CAA de Bordeaux, 18 novembre 2008, n° 07BX01485, inédit, D. 2009. 1376, chron. Péchillon ; CE, 10^e-9^e SSR, 28 mars 2011, *Bennay*, n° 316977, recueil Lebon, D. 2012. 1294, chron. Péchillon ; AJ pénal 2011. 408, note Cliquennois, Herzog-Evans ; JCP G. 2011. n° 15. 430, obs. Dubreuil ; Revdh. Actualités Droits-Libertés. 2011, note Slama ; CE, 10^e SS, 24 août 2011, n° 324242, publié au recueil lebon ; CE, 6^e-1^{ère} SSR, 6 décembre 2012, n° 344995, recueil Lebon, Gaz. Pal. 2012. n° 355. 13, chron. Guyomar.

leur dangerosité et leurs efforts en matière de réinsertion sociale. Le placement d'une personne détenue sous un régime de détention plus sévère ne saurait porter atteinte aux droits visés à l'article 22 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.¹²⁸⁶ » Cette « reconnaissance législative succincte¹²⁸⁷ » de l'existence de régimes de détention distincts est remarquable, puisqu'elle établit l'autonomie de la notion de celle de régime pénitentiaire. Une partie de la doctrine entretenait en conséquence l'espoir d'un meilleur encadrement juridique de la rationalité pénitentiaire, afin de mieux protéger la personne détenue de l'arbitraire de l'administration. Toutefois, la réforme pénitentiaire de 2009 ne s'est pas inscrite dans le mouvement de rationalisation du pouvoir discrétionnaire de l'administration, initié par la juridiction administrative. Elle a au contraire préservé la marge de manœuvre de l'administration par l'éviction du régime de la notion du code.

247 L'éviction du régime de la notion du code. La notion de régime de détention est consacrée dans le code comme l'objet des procédés d'individualisation des conditions d'exécution. Cela ne signifie pas pour autant que les régimes de détention n'existaient pas auparavant, mais que le code reconnaît leur existence et prescrit leur différenciation au sein d'un même établissement pénitentiaire. Néanmoins, les précisions et les garanties juridiques que l'on pouvait attendre de cette consécration de la notion sont introuvables. L'article 717-1 du code de procédure pénale ne souligne que le « principe de la différenciation des régimes¹²⁸⁸ », sans typologie légale, définition de la notion ou régime juridique¹²⁸⁹. La doctrine qui voyait dans cette loi « un véhicule législatif pertinent pour encadrer les régimes de détention¹²⁹⁰ » n'aura pu qu'être déçue à la lecture de la loi, puisque l'encadrement des régimes de détention n'est intervenu qu'antérieurement au texte législatif par voie de note de service¹²⁹¹, non publiée, évinçant de cette façon du code la rationalité de l'organisation des

¹²⁸⁶ Al. 2, art. 717-1 du CPP. « Des modalités de prise en charge individualisées peuvent, pour l'application du deuxième alinéa de l'article 717-1, être appliquées, au sein de chaque établissement pénitentiaire, aux personnes détenues, en tenant compte de leur parcours d'exécution de la peine et de leur capacité à respecter les règles de vie en collectivité. Les modalités de prise en charge de chaque personne détenue sont consignées dans le parcours d'exécution de la peine. » : art. D. 92 du CPP.

¹²⁸⁷ PASTRE-BALDA Béatrice, « Les régimes de détention et la question de l'individualisation du parcours de détention », in *Les droits de la personne détenue : après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, BOUSSARD Sabine (dir.), *op. cit.*, p. 163.

¹²⁸⁸ FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, *op. cit.*, §991.

¹²⁸⁹ L'expression consacrée de régime de détention ne fait l'objet que de neuf occurrences dans l'ensemble du code de procédure pénale.

¹²⁹⁰ GEFFRAY Edouard, LIÈBER Sophie-Justine, « Le droit pénitentiaire, un droit en construction », *op. cit.*, p. 2396.

¹²⁹¹ Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de mise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, DAP, n° 000121.

régimes différenciés de détention¹²⁹². À n'en pas douter, dans ces conditions, la reconnaissance de l'autonomie de la notion découle du souci de légitimation d'un mouvement d'intensification de l'individualisation de la peine, et non d'une volonté de mieux encadrer juridiquement la modulation administrative de la peine¹²⁹³.

L'introduction dans le code de l'expression de régime de détention ne s'accompagne d'ailleurs pas d'une modification des compétences du juge. Dorénavant organisés sous la forme d'une juridiction autonome, les juges de l'application n'ont plus à connaître des changements d'affectation des personnes détenues¹²⁹⁴, alors même qu'ils ont toujours la charge de déterminer pour chaque condamné « les principales modalités de l'exécution des peines¹²⁹⁵ ». L'évolution du droit en cette matière est à ce titre marquée par la distinction entre le droit pénitentiaire, qui régit le « service public pénitentiaire¹²⁹⁶ », et le droit de l'application des peines portant sur les mesures d'individualisation judiciaires¹²⁹⁷. D'un côté, le développement du droit de l'application des peines a reconnu implicitement la poursuite de l'acte de juger au-delà de la clôture du procès pénal, en procédant à la judiciarisation et la juridictionnalisation de l'octroi des mesures élargissant la personne condamnée. De l'autre, l'évolution du droit pénitentiaire a finalement renforcé et protégé la main-mise de l'administration sur les conditions d'exécution de la peine en milieu fermé¹²⁹⁸. L'essor du droit de l'application des peines échoue effectivement à pleinement imposer le sujet juridique et la légalité pénale dans l'exécution des peines *lato sensu*, en ce que la rationalité pénitentiaire demeure prédominante dans le dispositif d'exécution. En définitive, la loi pénitentiaire n'apporte qu'un fondement légal aux pratiques pénitentiaires, sans en modifier la rationalité, ni encadrer la détermination par l'administration des conditions de détention.

*

¹²⁹² CÉRÉ Jean-Paul, « Virage ou mirage pénitentiaire ? À propos de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *op. cit.*, p. 552.

¹²⁹³ À ce titre, la volonté de voir « mieux encadrer les régimes différenciés », par une « procédure réglementaire pour sortir de l'arbitraire », a également été exprimée durant la préparation de la réforme pénale ayant donné lieu à la loi du 15 août 2014, mais ces attentes similaires à celles de la doctrine en 2009 ont également été déçues : ANJAP, *Proposition de réforme pénale. Mai 2013*, 2013, p. 9.

¹²⁹⁴ L'article 717-1 du CPP dispose simplement que le juge de l'application des peines « donne son avis, sauf urgence, sur le transfert des condamnés d'un établissement à l'autre ».

¹²⁹⁵ Al. 1, art. 712-1 du CPP.

¹²⁹⁶ Art. 2, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹²⁹⁷ Sur les mesures d'application des peines v. : *supra* n° 60.

¹²⁹⁸ D'ailleurs, l'entrée du juge en détention, pour les commissions d'application des peines, n'illustre pas la participation de ce magistrat à la détermination des conditions d'exécution de la peine en prison. Comme nous l'avons précédemment relevé, cette instance procède seulement à l'enregistrement de l'activité de l'administration au titre de l'application des peines. Sur ce point v. : *supra* n° 91.

248 Une conceptualisation inexistante de la notion en droit positif. La consécration de la notion se résume dès lors à une reconnaissance de l'individualisation des conditions d'exécution. Non seulement la notion de régime de détention n'est pas définie, ce qui entretient le flou sur ses frontières, mais la plupart des régimes ne sont pas directement encadrés juridiquement. Ils ne sont pas prescrits par le droit pénitentiaire et ne sont finalement régis que par le respect des droits fondamentaux, par les rares prescriptions impératives du régime pénitentiaire et par les régimes juridiques des différentes modalités d'exécution qui les composent. Les doutes sur le contenu de la notion emportent de ce fait des incertitudes sur son régime juridique, fractionné en fonction de ses éléments constitutifs. La reconnaissance de l'autonomie de la notion de régime de détention est ainsi intervenue pour valider la pratique d'intensification de l'individualisation, autorisée par la libéralisation des conditions d'exécution, sans développer l'encadrement juridique de la détermination des conditions de détention par l'administration.

**

249 La disjonction de la peine et de l'acte de punir. L'individualisation des conditions d'exécution est le mouvement correspondant à une transformation des rapports entre la peine et l'acte de punir. Le changement de paradigme dans la détermination des conditions de détention, rendu possible par l'évolution de la conception du principe de légalité des peines, a détérioré le lien entre la condamnation et l'assujettissement auquel elle donne lieu. Cette libéralisation des conditions d'exécution de la peine a conduit à l'émergence de la notion de régime de détention qui désigne, à différentes échelles, les conditions de détention individualisées de la population pénale. Essentielle, cette notion permet d'appréhender le résultat de l'individualisation pénitentiaire. Cependant, elle demeure un objet dont les frontières et les composantes sont mal identifiées. Or, l'encadrement juridique du régime de détention est largement subordonné à celles-ci, puisque la notion n'est guère saisie par le droit. Ce n'est dès lors qu'en entreprenant l'étude de ces éléments constitutifs qu'il sera possible d'appréhender le régime de cet objet et l'ampleur de la libéralisation des conditions d'exécution résultant de l'intégration du paradigme pénitentiaire. Nous devons alors procéder à l'étude de l'individualisation des régimes de détention (Section 2) par les modalités d'exécution carcérales.

SECTION 2. L'INDIVIDUALISATION DES RÉGIMES DE DÉTENTION

250 La conceptualisation de la notion au travers des modalités d'exécution.

Paradoxalement, la notion de régime de détention est à la fois évidente, indispensable et comme insaisissable pour le juriste au travers des emplois de cette notion dans le droit positif. Décisifs pour sa reconnaissance, ces derniers sont insusceptibles de conduire à une conceptualisation de la notion permettant d'analyser la participation de l'administration à la détermination des conditions d'exécution, car ils ne désignent que le produit de l'individualisation. Dès lors, il est nécessaire de déplacer l'objet de nos développements vers les éléments prescrivant les conditions de détention, afin de saisir les biais par lesquels sont définies les conditions d'exécution, libéralisées par l'intégration du paradigme pénitentiaire. L'entreprise de conceptualisation de la notion doit en effet passer par les éléments constitutifs du régime : les modalités d'exécution.

Relevant de la rationalité pénitentiaire, ces modalités déterminent des conditions de détention en fonction de la classification de la population pénale¹²⁹⁹. Elles forment un réseau constituant un capital d'individualisation¹³⁰⁰, dont le développement s'accélère à l'initiative d'une politique pénitentiaire prônant l'intensification de l'individualisation¹³⁰¹. Cette recrudescence nourrit les deux moyens d'adaptation des conditions de détention aux différentes catégories de population pénale. En premier lieu, la diversification des modalités d'exécution (§1) permet, directement, d'accroître le degré d'adaptation des conditions de détention en disposant d'infrastructures, de « modalités de prise en charge individualisées¹³⁰² » ou de pratiques professionnelles spécifiques à des catégories de population pénale. En second lieu, la combinaison des modalités d'exécution (§2) permet, indirectement, un second degré d'individualisation des conditions de détention, en les articulant entre elles pour définir le régime de détention.

¹²⁹⁹ « La notion de régime de détention implique une catégorisation des détenus, la séparation de ceux-ci en fonction de leur classification, elle entraîne également des établissements et des quartiers de détention différenciés. Elle suppose des traitements pénitentiaires ou sanitaires diversifiées. » : BLONDIEAU Francis, « Les régimes de détention », *RPDP*, n° 2, 1995, p. 194.

¹³⁰⁰ Sur le réseau de modalités d'exécution en tant que capital d'individualisation v. : *supra* n° 20.

¹³⁰¹ Par politique pénitentiaire, nous entendons une sous-catégorie de la politique pénale, qui désigne les discours destinés à gouverner et à légitimer l'action de l'institution carcérale. Il s'agit d'un « segment de la politique criminelle touchant aux conditions et à l'organisation de l'enfermement carcéral » : SIMON Anne, « De l'intérêt de l'Union européenne à l'élaboration d'une politique pénitentiaire », *APC*, vol. 35, « Punir dehors », 2019, p. 33. Pour une définition de la politique pénale v. : note n° 100.

¹³⁰² Art. D. 92 du CPP.

§1. LA DIVERSIFICATION DES MODALITÉS D'EXÉCUTION

251 La complexification du réseau des modalités d'exécution carcérales. Le régime pénitentiaire détermine la part des conditions d'exécution de la peine commune à l'ensemble des personnes condamnées, sous réserve de statuts spéciaux fondées sur des catégories juridiques formelles, telles que la minorité. En raison de sa rationalité légale, les modalités d'exécution qui le composent sont exclusivement des dispositions du droit pénitentiaire. Le reste du réseau des modalités d'exécution a pour objet de déterminer la partie résiduelle du « régime d'exécution¹³⁰³ », c'est-à-dire les conditions de détention différenciées en fonction des catégories de population pénale. Relevant d'une rationalité pénitentiaire, les modalités d'exécution carcérales qui le constituent sont à la fois prévues par des normes formelles du droit pénitentiaire et fondées sur le pouvoir de gestion du service public de l'administration. L'étude du régime de détention doit nous permettre d'observer les évolutions de la condition des détenus qui résultent de la diversification des modalités d'exécution. Pour mener à bien cette analyse, nous parcourons le réseau de modalités d'exécution selon deux axes de nature à nous permettre de connaître de sa diversité et de l'ampleur de la libéralisation des conditions d'exécution¹³⁰⁴. Il s'agira d'abord de souligner la multiplication des modalités *rationae loci* (A), relevant des lieux de détention et d'actes administratifs réglementaires, avant de mettre en lumière la multiplication des modalités *rationae personae* (B), relevant des statuts pénitentiaires et d'actes administratifs individuels¹³⁰⁵.

A. La multiplication des modalités *rationae loci*

252 L'impératif d'une conception topographique du régime de détention. L'étude de la multiplication des modalités d'exécution *rationae loci* a pour objet de mesurer la portée de l'affectation de la personne pour la détermination de ses conditions de détention. Contrairement au régime pénitentiaire, les régimes de détention peuvent être définis et opérés

¹³⁰³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹³⁰⁴ Sur le réseau des modalités d'exécution v. : *supra* n° 23.

¹³⁰⁵ Précisons que cette distinction a essentiellement une portée didactique, car l'ensemble de ces modalités a pour objet de différencier les conditions de détention des personnes en fonction des catégories de population pénale dans lesquelles elles sont classées. De plus, des modalités relevant d'ordinaire de la sous-catégorie des modalités *rationae personae* peuvent parfois relever d'un lieu de détention et d'un acte administratif réglementaire. Il s'agit par exemple du cas de la généralisation de la participation à un programme de prévention de la récidive à la population accueillie dans un secteur spécifique de la détention.

à différentes échelles (établissement, quartier ou secteur)¹³⁰⁶. Les modalités d'exécution relevant du lieu de détention peuvent en effet être déterminées au niveau des infrastructures pénitentiaires (1) ou des espaces carcéraux (2) qui les composent.

1. Les infrastructures pénitentiaires

253 L'individualisation des modalités à l'échelle des structures. Certaines des modalités d'exécution peuvent être spécifiques à un type d'établissement ou de quartier, distingué par le droit pénitentiaire, ou à une infrastructure particulière, relevant des pratiques de l'institution. Les modalités d'exécution inhérentes aux infrastructures pénitentiaires relèvent par conséquent de la différenciation *de jure* et *de facto* des structures.

254 La différenciation *de jure* des structures. La classification des établissements pour peine est essentielle à la détermination des modalités d'exécution des personnes condamnées¹³⁰⁷. À l'article D. 70 du code de procédure pénale, le législateur a d'abord institué une distinction entre les centres de détention, les maisons centrales et les centres de semi-liberté afin de définir une orientation pour le régime de chacune de ces structures¹³⁰⁸, qui préside aux modalités d'exécution générales dont dispose le règlement type des établissements pénitentiaires¹³⁰⁹. Après avoir rappelé la finalité du régime de la catégorie d'établissement, les articles 47 et 48 du règlement intérieur type définissent, respectivement pour les maisons centrales et les centres de détention, le capital de liberté de la personne au sein de la détention¹³¹⁰. Le durcissement des régimes durant les années deux mille a par

¹³⁰⁶ « Les différences entre les régimes de détention ont des échelles différentes : différence entre la détention ordinaire et la détention punitive, entre la détention ordinaire et l'isolement, entre des établissements plus souples et des établissements plus durs, entre des quartiers de plus ou moins haute sécurité, entre des traitements différents au sein d'un même espace de détention. » : DE SUREMAIN Hugues, BÉRARD Jean, « La gestion des longues peines au révélateur des luttes juridiques », *op. cit.*, p. 3.

¹³⁰⁷ Sur les établissements pénitentiaires v. : HERZOG-EVANS Martine, *Droit pénitentiaire. 2020/2021, op. cit.*, §1121.01 et s.

¹³⁰⁸ Art. D. 71 à D. 72-1 du CPP.

¹³⁰⁹ Décr. n° 2013-368 du 30 avril 2013 relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires ; décr. n° 2015-1486 du 16 novembre 2015 relatif aux dispositions du règlement intérieur type spécifiques aux établissements pénitentiaires accueillant des personnes détenues mineures. Sur cette réforme v. : PÉCHILLON Éric, « Règlement intérieur type des établissements pénitentiaires : une réforme décrétole anachronique ? », *AJ Pénal*, n° 6, 2013, p. 304-307.

¹³¹⁰ Art. 47 et 48 du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, annexe de l'art. R. 57-6-18 du CPP. À ces dispositions, il convient d'ajouter les articles 38 et suivants relatifs aux modalités d'exécution en maisons d'arrêt, qui sont susceptibles d'être appliquées à des personnes condamnées dont le reliquat restant à exécuter est égal ou inférieur à deux ans. Ces modalités ne seront pas développées, d'une part, car elles ne sont pas spécifiques aux personnes condamnées, et, d'autre part, car elles sont similaires aux modalités d'exécution en maisons centrales.

exemple déterminé qu'en maison centrale, le détenu « ne peut librement sortir de sa cellule durant la journée » et ses déplacements « doivent être autorisés par un personnel pénitentiaire et [...] accompagnés »¹³¹¹. Quant aux centres de détention, le règlement intérieur type dispose de modalités bien plus souples, octroyant une certaine liberté de mouvement et d'autonomie à la personne au sein de la détention, et prévoit que des aménagements à celles-ci peuvent être prévus. Sur le fondement « de la personnalité, de la santé et de la dangerosité de la personne détenue », la direction de l'établissement peut moduler certaines modalités, notamment « les horaires de l'ouverture des portes des cellules » ou « la circulation de la personne dans son unité d'hébergement »¹³¹². Le règlement intérieur type des établissements pénitentiaires est toutefois un « socle obligatoire¹³¹³ » que les chefs d'établissements ne pourront adapter aux « modalités spécifiques du fonctionnement¹³¹⁴ » qu'en effectuant des compléments.

Dans la poursuite de l'intensification de l'individualisation des modalités d'exécution, la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure de 2002 et le décret du 30 avril 2002 sont venus diversifier une nouvelle fois les établissements pénitentiaires¹³¹⁵. Le législateur a d'abord complété l'offre immobilière, en créant sur le territoire des centres hospitaliers universitaires des infrastructures dédiées à l'hospitalisation des personnes détenues souffrant de troubles psychiatriques¹³¹⁶. Ensuite, l'ambition de développer une solution immobilière pour l'exécution des courtes peines d'emprisonnement s'est concrétisée par la création de centre pour peines aménagées¹³¹⁷. Si ces derniers peuvent héberger des personnes exécutant leur peine sous le régime de la semi-liberté ou du placement à

¹³¹¹ Art. 47 du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, annexe de l'art. R. 57-6-18 du CPP.

¹³¹² Art. 48 du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, annexe de l'art. R. 57-6-18 du CPP.

¹³¹³ Note du 20 décembre 2013 relative aux règles intérieures des établissements pénitentiaires, DAP, JUSK1340044N, BOMJ n° 2014-01 du 31 janvier 2014, p. 2. Sur ce point v. également : Note du 3 mai 2013 relative aux règlements intérieurs type des établissements pénitentiaires, DAP, p. 5.

¹³¹⁴ Al. 2, art. R. 57-6-18 du CPP.

¹³¹⁵ Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ; Décr. n° 2002-663 du 30 avril 2002 modifiant le code de procédure pénale et portant création des centres pour peines aménagées.

¹³¹⁶ Ces unités hospitalières spécialement aménagées ont pour objet de compléter le dispositif de soins psychiatriques, constitué par les unités de consultation et de soins ambulatoires, les services médico-psychologiques régionaux, les unités hospitalières spécialisées interrégionales et les unités pour malades difficiles, en permettant l'hospitalisation, avec ou sans consentement, des patients-détenus en dehors des établissements pénitentiaires, dans des locaux administrés par des personnels médicaux et sous la surveillance de personnels pénitentiaires. Sur les modalités de l'hospitalisation v. : art. L. 3214-1 et s. du CSP ; art. R. 3214-1 et s. du CSP ; Circ. interministérielle du 18 mars 2011 relative à l'ouverture et au fonctionnement des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA), ETS1107932C, BO Santé – Protection sociale – Solidarité n° 2011-105, p. 120-141.

¹³¹⁷ Art. D. 70 du CPP. « Centre pour peines aménagées » et « centre de semi-liberté » sont les qualifications juridiques des structures dédiées à l'exécution de petits reliquats de peine restant à subir. Elles correspondent à plusieurs dénominations dans les discours de politique pénitentiaire : quartier courtes peines, quartier nouveaux concepts, quartier pour détenus sortants et, dans le dernier plan immobilier, « structure d'accompagnement vers la sortie » : MINISTÈRE DE LA JUSTICE, APIJ, « Programme 15 000 places. Concrétisation du programme présidentiel », Dossier de presse, 2021.

l'extérieur¹³¹⁸, l'intérêt de cette structure est plus généralement d'accueillir des personnes dont le reliquat de peine restant à subir est égal ou inférieur à deux ans¹³¹⁹. Contrairement aux centres de semi-liberté, l'affectation à cette structure n'est pas exclusivement judiciaire, puisque l'administration peut y transférer les personnes consentantes, afin qu'elles poursuivent leur peine sous « un régime essentiellement orienté vers la réinsertion sociale et la préparation à la sortie¹³²⁰ ». À ce titre, si les centres pour peines aménagées bénéficient d'un fondement réglementaire et d'une disposition dans le règlement intérieur type des établissements pénitentiaires¹³²¹, l'essentiel des conditions d'accès et des modalités d'exécution ne sont prévues que par une note de service¹³²². Enfin, ce mouvement s'est poursuivi quelques années plus tard par la création d'« établissements pénitentiaires spécialisés pour mineur¹³²³ », chargés d'élaborer une nouvelle dialectique entre les fonctions éducatives et punitives de la peine¹³²⁴. Prenant place dans une réforme plus large du régime pénitentiaire et des régimes de détention des personnes mineures, ces structures mettent en œuvre des modalités d'exécution spécialisées, « axé[e]s sur le principe d'une vie collective¹³²⁵ » grâce à la conjugaison des actions des personnels pénitentiaires, éducatifs et médicaux¹³²⁶.

Les modalités d'exécution relèvent d'abord du droit pénitentiaire, qui dispose de la classification des structures et de leurs principales modalités d'exécution. Cependant, même pour ses infrastructures disposant d'un fondement juridique, nombre de modalités ne relèvent

¹³¹⁸ Al. 2, art. D. 72-1 du CPP.

¹³¹⁹ Al. 3, art. D. 72-1 du CPP.

¹³²⁰ Al. 1, art. D. 72-1 du CPP. Dans ces structures, la personne bénéficie de modalités d'exécution spécifiques : d'un côté, elle est particulièrement libre de ses mouvements à l'intérieur de l'établissement et dispose de la clé de sa cellule ; de l'autre, elle doit respecter les termes des « programmes de prise en charge », destinés à lui permettre d'accéder à un aménagement de peine : Note du 8 juillet 2008 relative aux missions et fonctionnement des centres pour peines aménagées, DAP, JUSK0840011N, BOMJ n° 2008/4, p. 8.

¹³²¹ Art. 49 du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, annexe à l'art. R. 57-6-18 du CPP.

¹³²² Note du 8 juillet 2008 relative aux missions et fonctionnement des centres pour peines aménagées, *op. cit.*, 18 p.

¹³²³ Art. 5, décr. n° 2007-749 du 9 mai 2007 relatif au régime de détention des mineurs et modifiant le code de procédure pénale (troisième partie / Décrets).

¹³²⁴ Concernant l'articulation du travail des personnels éducatifs et pénitentiaires v. : CHANTRAINE Gilles, SALLÉE Nicolas, « Éduquer et punir. Travail éducatif, sécurité et discipline en établissement pénitentiaire pour mineurs », *Revue française de sociologie*, n° 3, vol. 54, 2013, p. 437-464 ; *Mineurs : l'éducation à l'épreuve de la détention*, Paris, Ministère de la Justice, « Collection Travaux & Documents », vol. 82, 2014, 102 p.

¹³²⁵ GRILLE Nadège, « Le droit pénitentiaire des mineurs à l'épreuve des nouveaux EPM : Pratiques professionnelles et usages du droit en prison », *AJ Pénal*, n° 1, 2010, p. 23.

¹³²⁶ Décr. n° 2007-748 du 9 mai 2007 relatif à la détention des mineurs et modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie / Décrets en Conseil d'Etat) ; Décr. n° 2007-749 du 9 mai 2007 relatif au régime de détention des mineurs et modifiant le code de procédure pénale (troisième partie / Décrets) ; Décr. n° 2007-814 du 11 mai 2007 relatif au régime disciplinaire des mineurs détenus. Sur les modalités d'exécution applicables aux détenus mineurs : art. 50 et s. du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, annexe de l'art. R. 57-6-18 du CPP ; Circ. du 24 mai 2013 relative au régime de détention des mineurs, JUSK1340024C, BOMJ 2013-06 du 28 juin 2013, 75 p.

que de l'administration. Comme l'illustre plus amplement la différenciation *de facto* des structures, l'individualisation se poursuit au-delà de la distinction juridique des structures.

255 La différenciation *de facto* des structures. L'administration dispose d'une marge de manœuvre importante pour expérimenter, élaborer et organiser des modalités d'exécution spécifiques au sein de structures dédiées à des catégories de population pénale. Le droit pénitentiaire ne circonscrit guère l'extension du réseau de modalités d'exécution, car il se limite à disposer de prescriptions générales. La politique immobilière et architecturale des établissements pénitentiaires n'est donc que peu encadrée, ce qui permet à l'administration de concevoir des établissements et des pratiques spécifiques en dehors d'un encadrement juridique substantiel¹³²⁷. L'établissement de Château-Thierry¹³²⁸, le village pénitentiaire de Mauzac¹³²⁹ ou encore la prison ouverte de Casabianda¹³³⁰ sont autant d'exemples de la marge de manœuvre de l'administration dans la planification et l'administration de la peine. Cette capacité à concevoir des modalités au-delà du droit pénitentiaire met en lumière l'impératif d'une prise en compte des modalités d'exécution différenciées *de facto*, afin d'appréhender l'ensemble des éléments constitutifs du régime de détention.

Les établissements spécifiques récents les plus significatifs sont les centres pénitentiaires jumeaux d'Alençon-Condé-sur-Sarthe et de Vendin-le-Vieil. Ces infrastructures sont une nouvelle manifestation du tournant dans la politique immobilière pénitentiaire à l'aube du XXI^e siècle. Suite aux mouvements collectifs des années quatre-vingt-dix et aux évasions du début des années 2000¹³³¹, l'administration pénitentiaire a en effet souhaité élaborer des infrastructures dédiées aux personnes dont l'évaluation indique une dangerosité pénitentiaire élevée¹³³². Sans relever l'ensemble des spécificités de ces établissements, il

¹³²⁷ FRADET Élise, « L'architecture carcérale et le code de procédure pénale », in *L'architecture carcérale : des morts et des murs*, DIEU François, MBANZOULOU Paul (dir.), Toulouse, Privat, 2011, p. 27. Pour illustrer le faible niveau d'encadrement de la politique architecturale, relevons que la surface minimum de la cellule de détention n'est pas prescrite par le code de procédure pénale. À titre d'exemple des rares dispositions réglementaires disposant d'éléments architecturaux, l'article D. 351 du CPP exige que « les fenêtres doivent être suffisamment grandes pour que [les personnes détenues] puissent lire et travailler à la lumière naturelle ».

¹³²⁸ Sur le fonctionnement de cet établissement, accueillant des personnes souffrant de troubles mentaux rendant difficile leur hébergement en établissement pour peine v. : CGLPL, *Centre pénitentiaire de Château-Thierry (Aisne). Du 13 au 15 janvier 2009*, Rapport de visite, Paris, 2009, 35 p.

¹³²⁹ Sur le fonctionnement de cet établissement à l'architecture expérimentale, composé de pavillons autonomes autour d'un espace central et d'une « ferme-école » v. : CGLPL, *Centre de détention de Mauzac (Dordogne). Du 9 au 13 août 2010 et du 13 au 14 septembre 2010*, Rapport de visite, Paris, 2010, 88 p.

¹³³⁰ Sur ce centre de détention dénué de la plupart des dispositifs de sécurité passive v. : CGLPL, *Centre de détention de Casabianda (Haute-Corse). 18-21 mars 2014*, Rapport de visite, Paris, 2014, 83 p.

¹³³¹ Entretien avec Monsieur Damien PELLEN, directeur des services pénitentiaires, directeur adjoint du centre pénitentiaire d'Alençon-Condé-sur-Sarthe, réalisé hors détention le 22 avril 2015.

¹³³² COUR DES COMPTES, *Garde et réinsertion. La gestion des prisons*, Paris, 2006, p. 37. « La dangerosité pénitentiaire représente, pour une personne détenue, le risque de trouble à l'ordre public éventuel qu'elle peut

convient de souligner les éléments mettant en lumière un lien généalogique entre ces structures et les quartiers de haute sécurité. La détention de ces établissements se caractérise par un degré de sectorisation et des niveaux de sécurité passive et active extrêmement élevés, les unités de vie sont d'une taille et d'une capacité particulièrement réduites, tout en aménageant un fort degré d'autonomie du reste de la structure. Par ailleurs, les cours multiples, les circulations accompagnées systématiquement par plusieurs surveillants et les activités limitées à des groupes de quelques détenus sont autant de points communs avec le régime des quartiers de haute sécurité. Finalement, la différence marquante est l'absence de fondement réglementaire pour ces infrastructures, alors même qu'elles organisent un quasi-isolement à grande échelle similaire aux quartiers de sécurité renforcée. Ni la loi, ni le règlement n'encadre spécifiquement les modalités d'exécution de ces établissements, en dehors des quartiers dorénavant affectés aux « détenus violents » et à la prise en charge de la radicalisation au titre de l'article 726-2 du Code de procédure pénale¹³³³. Pourtant, tous les éléments énoncés et décrit plus haut constituent bien des modalités d'exécution contribuant de fait à définir le régime de détention de ces personnes. Dès lors, on perçoit l'étendue du pouvoir de l'administration dans la détermination des conditions d'exécution de la peine et, une nouvelle fois, la faiblesse de l'encadrement juridique opéré par le régime pénitentiaire.

Au demeurant, la multiplication des établissements spécialisés n'a pas perduré et les années 2010 ont laissé place à une poursuite de l'intensification de l'individualisation à l'échelle des secteurs de détention. Ce virage dans la politique immobilière et architecturale du dispositif s'inscrit dans une volonté de généralisation de la différenciation des régimes, en déplaçant l'objet de l'individualisation vers les espaces carcéraux (2).

2. Les espaces carcéraux

256 L'individualisation des modalités à l'échelle des secteurs de détention. Au sein des espaces carcéraux, produits par l'architecture sectorisée des « nouvelles prisons¹³³⁴ »,

causer au sein de l'institution carcérale. Elle n'est proportionnelle ni au *quantum* de la peine prononcée ni à la gravité de l'infraction commise. Elle est un élément de dangerosité criminologique. Elle se manifeste tant par le risque d'atteintes aux personnes ou aux biens que par les atteintes à l'ordre interne de l'établissement (évasion, mouvement collectif, trafic, prosélytisme...). » : Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.*

¹³³³ Sur les régimes spéciaux de détention v. : *infra* n° 271.

¹³³⁴ DÉLÉGATION POUR LA RÉALISATION D'ÉTABLISSEMENTS PÉNITENTIAIRES, « Dossier : nouvelles prisons. Le programme 13 000 » [tiré à part extrait de la revue *L'Empreinte*, 13 (juin 1991)], Paris, Ministère de la Justice, 1991. « Les « nouvelles prisons » sont un ensemble de programmes immobiliers postérieurs à 1987. En amont, un programme immobilier est un plan pluriannuel de financement destiné à la construction ou la réhabilitation

l'administration pénitentiaire a mis en place un second degré d'individualisation. La diversification des modalités d'exécution au niveau des secteurs de détention a ainsi permis l'institution de régimes de détention standardisés, sous la forme des régimes différenciés, comme l'élaboration de régimes de détention dédiés à certaines fonctions pénitentiaires et/ou catégories de population pénale.

257 Des régimes de détention standardisés. Dès le 22 octobre 1990, l'administration établissait dans une circulaire « le principe d'une différenciation des régimes de vie et d'une spécialisation des espaces supposée adaptée à la diversité [des] profils¹³³⁵ ». Après une implantation dans quelques établissements, la réorientation de la politique pénitentiaire, à la suite de deux évasions médiatiques, conduira le Garde des Sceaux à annoncer le 14 mars 2003, parmi neuf mesures, « l'expérimentation dans huit centres de détention des régimes différenciés¹³³⁶ ». À partir de 2007, sous l'étendard des règles pénitentiaires européennes¹³³⁷, les régimes différenciés ont été généralisés dans les centres de détention et expérimentés dans certains quartiers maison d'arrêt¹³³⁸. Devant l'ampleur de la différenciation des régimes, la question du fondement juridique de ces pratiques a alors été soulevée et l'administration a entrepris la standardisation de ces derniers, au travers d'une note non publiée¹³³⁹. Malgré l'absence de consécration légale ou réglementaire de la typologie des régimes différenciés¹³⁴⁰,

d'équipements pénitentiaires. En aval, un programme immobilier est un ensemble d'établissements bâtis partageant une orientation architecturale, une finalité politique et une méthode de conception. » : HABOUZIT Francis, *Construire la peine dans les murs. Architecture et spatialité des nouvelles prisons*, op. cit., p. 18.

¹³³⁵ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Tri et affectation des détenus en régime différencié », *Sociologie du travail*, n° 1, vol. 51, 2009, p. 2. V. : Note du 22 octobre 1990 relative au régime des établissements du programme 13 000, DAP, JUSE9040078C, BOMJ n° 40 du 31 décembre 1990.

¹³³⁶ DE SUREMAIN Hugues, BÉRARD Jean, « La gestion des longues peines au révélateur des luttes juridiques », op. cit., p. 9. Une première évasion a eu lieu le 7 mars dans la maison d'arrêt de Borgo, en Haute-Corse. Une seconde est intervenue le 12 mars 2003 à la maison d'arrêt de Fresnes, dans le Val-de-Marne. Sur cette seconde initiative v. : Note du 2 mai 2003 relative aux centres de détention - régimes de détention différenciés, Garde des sceaux, n° 000077, 3 p.

¹³³⁷ Contrairement au discours porté par l'administration pénitentiaire, les régimes différenciés de détention ne sont pas une réaction à la règle 51.4 des Règles pénitentiaires européennes. Au contraire, les dispositions relatives à la sécurité ont été adoptées par le Conseil de l'Europe pour limiter le durcissement des régimes de détention, initié par l'usage des régimes différenciés : HERZOG-EVANS Martine, « Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative », *D.*, n° 1, 2010, p. 38 ; DE SUREMAIN Hugues, DIJAN Stéphanie, « Régime (de droits) différenciés », *Dedans/Dehors* 2009, n° 67, p. 55. La règle 51.4 dispose en effet d'un principe de proportionnalité entre le risque identifié et le régime de sécurité auquel est soumis le détenu, aux fins d'éviter une généralisation et une application de principe des mesures de sécurité élevée.

¹³³⁸ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Régimes différenciés en centres de détention, une prophétie auto-réalisatrice », *Dedans-Dehors*, n° 63, 2007, p. 24-26.

¹³³⁹ Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de mise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, op. cit.

¹³⁴⁰ À la suite de la loi pénitentiaire, le pouvoir réglementaire a choisi de maintenir, malgré les nombreuses critiques, l'absence d'encadrement des régimes différenciés de détention dans le CPP, en ne les intégrant pas au règlement type des établissements pénitentiaires inséré à l'annexe de l'article R. 57-6-18 du CPP.

ils sont aujourd'hui généralisés dans les établissements accueillant des personnes condamnées. Du fait de cette généralisation, légitimée par un fondement légal¹³⁴¹, des modalités d'exécution autrefois communes sont devenues des éléments de différenciation des régimes de détention. L'enfermement en commun de jour, élément essentiel du régime cellulaire dans les établissements pour peines depuis 1945, a laissé place à plusieurs modalités d'exécution, qui caractérisent la typologie des régimes différenciés. C'est en conséquence le recul du régime pénitentiaire qui a permis d'accroître le champ du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans la détermination des conditions d'exécution de la peine.

Vecteur d'un mouvement de fermeture des portes dans les établissements pour peine, réduisant l'écart avec le régime des maisons d'arrêt¹³⁴², les régimes différenciés se caractérisent par le degré de liberté accordé au détenu dans ses déplacements, mais emportent également d'autres restrictions. « Le système différencié induit un *continuum* des contraintes temporelles, spatiales et d'actions qui s'offrent aux détenus selon le régime dans lequel ils sont placés¹³⁴³. » La note de service de l'administration pénitentiaire précise que la « différenciation ne porte en effet pas sur les droits mais sur les modalités concrètes de prise en charge des détenus » et précise qu'ils « conservent tous les droits afférents au régime de détention prévu par les textes »¹³⁴⁴. Toutefois, l'observation des régimes différenciés permet de percevoir que l'exercice des droits reconnus par le régime pénitentiaire est affecté par la différenciation des conditions de détention. En combinant les données issues d'observation de terrain et les éléments de distinction de l'administration, il est possible d'indiquer que les principaux éléments affectés par la différenciation sont : la liberté de mouvement, l'encellulement individuel, l'accès aux locaux de vie commune et les modalités de la prise des repas, l'accès au téléphone, les modalités d'accès aux activités, les horaires d'accès aux activités et à la promenade, ainsi que le degré de surveillance active dans l'unité de vie¹³⁴⁵. Le régime le plus contraignant est dit fermé, contrôlé, renforcé ou probatoire¹³⁴⁶.

¹³⁴¹ L'annonce de la généralisation de l'usage des régimes différenciés de détention avait emporté de nombreuses critiques de la part d'institutions de défense des droits de l'homme : PASTRE-BALDA Béatrice, « Les régimes de détention et la question de l'individualisation du parcours de détention », *op. cit.*, p. 170.

¹³⁴² Le CGLPL n'a pas manqué de souligner « que la généralisation d'un fonctionnement basé sur des régimes différenciés au sein des centres de détention est contradictoire avec la vocation de ces centres, axée sur l'autonomie et la réinsertion » ; il préconise de ce fait le « retour au principe d'un fonctionnement en régime « portes ouvertes » » : CGLPL, *Rapport d'activité 2014*, Paris, 2015, p. 93

¹³⁴³ *Ibid.*, p. 8.

¹³⁴⁴ Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de mise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, *op. cit.*

¹³⁴⁵ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Tri et affectation des détenus en régime différencié », *op. cit.*, p. 3 ; DUROCHÉ Jean-Philippe, PÉDRON Pierre, *Droit pénitentiaire*, *op. cit.*, §455.

¹³⁴⁶ Concernant la distinction entre les trois types de régimes différenciés v. : PASTRE-BALDA Béatrice, « Les régimes de détention et la question de l'individualisation du parcours de détention », *op. cit.* ; CLIQUENNOIS

Dans ce dernier, les portes sont fermées durant l'ensemble de la journée et les personnes ne peuvent sortir de leur cellule sans l'intervention d'un surveillant. Outre les contraintes et les tensions inhérentes à ce régime, les détenus affectés à ces secteurs sont le plus souvent exclus ou défavorisés pour l'accès aux activités et pour la préparation d'un aménagement de peine. Le régime dit ouvert, aussi appelé libéral, de responsabilité ou de confiance se caractérise à l'inverse par une grande latitude laissée aux détenus pour se déplacer en journée en dehors de la cellule. Néanmoins, ces modalités plus souples se couplent avec d'autres imposant de nouvelles normes à respecter à la personne détenue – au-delà du règlement intérieur de l'établissement pénitentiaire¹³⁴⁷ –, qui doit en outre « faire part d'une mobilisation constante s'agissant des objectifs qui lui sont fixés¹³⁴⁸ ». Entre les deux, un régime dit semi-ouvert ou intermédiaire constitue un troisième standard.

Bien que ces régimes soient décrits par l'administration et la doctrine, ils ne disposent pas de définition en droit pénitentiaire et ne désignent finalement que des idéaux-types issus de la pratique¹³⁴⁹. C'est la raison pour laquelle il convient seulement de parler d'une standardisation des régimes au sein des établissements pénitentiaires, structurant la « diversification des régimes de détention¹³⁵⁰ ». La note du 21 juillet 2009 n'impose pas un système strictement déterminé, tout en précisant que « le nombre de régimes au sein d'un même établissement est normalement de deux (régime commun et régime contrôlé)¹³⁵¹ ». À titre d'illustration, l'établissement du Sud francilien a au sein de ses quartiers centre de détention des secteurs au régime dit « encadré¹³⁵² » et de « responsabilité¹³⁵³ ». Néanmoins, il

Gaëtan, *Le management des prisons : vers une gestion des risques et une responsabilisation des détenus ?*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 64-66 ; DUROCHÉ Jean-Philippe, PÉDRON Pierre, *Droit pénitentiaire*, *op. cit.*, §456.

¹³⁴⁷ « Le système, loin d'accroître l'autonomie des intéressés, accentue considérablement la domination de l'administration sur eux et l'arbitraire des décisions qu'elle prend. [...] La personnalité, et le comportement qui en est le révélateur, étant le point de référence des différents acteurs, les récriminations ne se font plus sur la base objective d'un manquement à un interdit posé par la règle de droit (la faute disciplinaire classique) mais d'appréciations purement subjectives. Il n'y a plus de liste limitative des comportements prohibés, toute façon d'être du détenu pouvant désormais donner lieu à une réaction coercitive de l'institution. » : DE SUREMAIN Hugues, DIJAN Stéphanie, « Régime (de droits) différenciés », *op. cit.*, p. 53.

¹³⁴⁸ Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud Francilien, DISP de Paris, 5 juin 2019, p. 105.

¹³⁴⁹ Pour une illustration de la mise en œuvre des régimes différenciés v. : CGLPL, *Centre de détention de Neuville (Dordogne). Du 12 au 16 mai 2014*, Rapport de visite, Paris, 2014, p. 18-25.

¹³⁵⁰ DE SUREMAIN Hugues, BÉRARD Jean, « La gestion des longues peines au révélateur des luttes juridiques », *op. cit.*, p. 9.

¹³⁵¹ Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de prise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, *op. cit.*

¹³⁵² « Le régime encadré est localisé sur les 1^{ers} étages des CDH1 et CDH2. Ce régime permet, par un contrôle accru et une surveillance stricte des mouvements, tant de protéger l'intégrité physique des détenus qui se sentiraient en danger dans un autre secteur de la détention que d'encadrer des personnes qui n'auraient pas la capacité de vivre en collectivité afin que celles-ci puissent évoluer vers une responsabilisation et une autonomisation. » : Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud Francilien, *op. cit.*, p. 106.

¹³⁵³ « Le régime de responsabilité est localisé sur les RDC, 2^o et 3^o étages des CDH1 et CDH2 ainsi que sur l'ensemble du CDH3. Le but est ici de permettre aux détenus qui en démontrent la capacité à vivre une détention

est essentiel de souligner que les régimes différenciés ne sont ni le début, ni la fin de l'individualisation à l'échelle des secteurs de la détention, car il existe des régimes de détention dédiés à des fonctions et/ou des catégories de population pénale.

258 Des régimes de détention dédiés. L'« ancrage législatif [de] ce système par une disposition sibylline¹³⁵⁴ » ne doit pas être considéré comme la réalisation du souhait de la doctrine d'une consécration légale des régimes différenciés, mais comme la reconnaissance du principe de « différenciation des régimes de détention¹³⁵⁵ ». L'administration pénitentiaire n'est contrainte dans l'individualisation des régimes de détention que par le régime pénitentiaire, tout en pouvant moduler l'accès et l'exercice des droits qu'il reconnaît à la personne détenue. Quant à la population pénale, elle ne dispose d'aucune sécurité juridique puisqu'elle ne relève pas d'une pluralité de régimes déterminés par le code, mais d'un réseau de modalités d'exécution extensible permettant de multiples régimes de détention différenciés en fonction de critères fondés sur des notions a-juridiques¹³⁵⁶. À côté des régimes standardisés, il existe des secteurs de la détention régis par d'autres ensembles de modalités, comme les quartiers dédiés aux personnes dites radicalisées, les secteurs expérimentant le module « respect », ou encore l'unité de réhabilitation pour usagers de drogue de Neuviç¹³⁵⁷.

La description des « quartiers pour détenus violents¹³⁵⁸ », renommés par la suite « quartiers de prise en charge de la radicalisation¹³⁵⁹ », doit nous permettre de prendre la

responsabilisant et donc d'être moins encadrés, plus autonomes et ce afin d'amoindrir l'écart qui existe entre vie en détention et vie libre pour préparer au mieux leur sortie. [...] Le maintien du déplacement en régime de responsabilité peut alors être conditionné à l'atteinte d'objectifs fixés par paliers et en lien avec son profil. » : *ibid.*

¹³⁵⁴ DE SUREMAIN Hugues, BÉRARD Jean, « La gestion des longues peines au révélateur des luttes juridiques », *op. cit.*, p. 10.

¹³⁵⁵ Exposé des motifs de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire ; LECERF Jean-rené, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi pénitentiaire*, n° 143, Paris, Sénat, 2008, p. 207

¹³⁵⁶ Le Conseil d'État considère d'ailleurs que l'article 717-1 du CPP instaure une « obligation [...] d'individualisation de leur régime de détention » : CE, 10^e-9^e SSR, 11 avril 2014, n°352473, inédit, consid. 14.

¹³⁵⁷ Sur cette expérimentation unique en France, ayant pour objet d'accompagner les détenus dans l'abandon de la consommation de stupéfiants v. : PROTAIS Caroline, *L'unité de réhabilitation pour usagers de drogues du Centre de détention de Neuviç. Bilan de fonctionnement. Septembre 2017-Juin 2018*, Observatoire français des drogues et des toxicomanies, 2018, 140 p. ; PROTAIS, Caroline, « Prendre soin des détenus quand on est surveillant de prison ? Pratiques professionnelles dans un espace de collaboration institutionnalisée avec des professionnels psycho-socio-sanitaires », *Champ pénal*, vol. 18, « Justice et santé mentale : impossibles frontières », 2019, 30 p. Sur les expérimentations précédentes, dénommées unités pour sortants v. : BRILLET Emmanuel, « La prise en charge des conduites addictives en milieu carcéral : politiques et éthique », *APC*, vol. 31, 2009, p. 119-121.

¹³⁵⁸ URVOAS Jean-Jacques, *Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, *op. cit.*, p. 24.

¹³⁵⁹ CIPDR, *Prévenir pour protéger. Plan national de prévention de la radicalisation*, Dossier de presse, Paris, 2018, p. 21.

mesure de la portée de la différenciation des modalités d'exécution au sein des secteurs de détention dédiés. Dans le prolongement des quartiers maisons centrales des établissements d'Alençon-Condé-sur-Sarthe et de Vendin-le-Vieil, ces secteurs organisent des conditions de détention sur le modèle des quartiers dits de haute sécurité, en l'absence longtemps de tout fondement législatif ou réglementaire, en dehors du « principe de la différenciation des régimes de détention¹³⁶⁰ ». L'objectif de ces quartiers est de « mettre en place une prise en charge sécuritaire pour les profils les plus violents ou dangereux¹³⁶¹ » ; il s'agit de produire par la combinaison de diverses modalités d'exécution, propres à ces secteurs, « des conditions de détention qui répondent à des exigences élevées de sécurité¹³⁶² ». Ces « conditions de sécurité renforcées » sont d'abord le résultat des « règles de sécurité les plus strictes [...] (fouilles régulières, changements de cellule, limitation des effets personnels...) »¹³⁶³. Ensuite, elles découlent de l'organisation de l'autonomie de l'unité de vie au sein de l'établissement pénitentiaire. Autrement dit, ce sont des conditions de détention proches du régime spécial de l'isolement qui sont organisées dans ces secteurs de quartiers maisons centrales¹³⁶⁴.

À l'opposé de cet ensemble de modalités sécuritaires, des conditions de détention inspirées du « module respect » du système pénitentiaire espagnol sont expérimentées depuis 2015¹³⁶⁵. Dans ces secteurs, les personnes condamnées après la signature d'un « contrat

¹³⁶⁰ FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, op. cit., §991. Ces quartiers disposent depuis d'un fondement législatif et réglementaire : art. 726-2 du CPP ; art. R. 57-7-8-13 du CPP et s. Sur le principe de la différenciation des régimes v. : *infra* n° 270.

¹³⁶¹ URVOAS Jean-Jacques, *Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, op. cit., p. 23. Selon la direction interrégionale des services pénitentiaires d'Île-de-France, la « politique d'affectation des détenus » désigne l'« idéologue prosélyte ou susceptible d'être violent », « compatible avec une prise en charge collective », comme le cas destiné à être affecté dans les quartiers de prise en charge : DIARD Éric, POUILLAT Éric, *Rapport d'information par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la république sur les services publics face à la radicalisation*, n° 2082, Paris, Assemblée nationale, 2019, p. 77.

¹³⁶² URVOAS Jean-Jacques, *Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, op. cit., p. 23.

¹³⁶³ *Ibid.*, p. 22 ; 23.

¹³⁶⁴ Lors de sa visite, le comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants a relevé que ce « dispositif avec un régime aussi strict qui confine à l'isolement pourrait même conduire à des effets inverses à ceux recherchés en rendant encore plus violentes certaines personnes ou en contribuant à détériorer leur santé mentale. Par ailleurs, les mesures sécuritaires, outre la méfiance et la stigmatisation qu'elles peuvent engendrer, paraissent disproportionnées par rapport aux cas individuels. » : COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 4 au 18 décembre 2019*, CPT/Inf(2021)14, 2021, p. 47.

¹³⁶⁵ CGLPL, *Avis du 12 décembre 2017 relatif aux modules de respect dans les établissements pénitentiaires*, CPLX1806771V, JORF du 14 mars 2018, texte 114 ; HERNANDEZ Lucie, MBANZOULOU Paul, *Les modules respect : une métamorphose de la prison ? Rapport de recherche*, Agen, ENAP-CIRAP, « Dossiers thématiques », 2020, p. 14.

d'engagement¹³⁶⁶ » accèdent à une grande liberté de circulation dans l'établissement en échange de l'adhésion à un ensemble d'obligations supplémentaires au règlement intérieur, qu'elles doivent respecter sous peine de perdre leur affectation à ce régime dit de respect¹³⁶⁷. À ce titre, elles sont l'objet d'une observation quotidienne de la part des surveillants et d'une évaluation hebdomadaire dans le cadre d'un système à points, constituant une aide à la décision, en commission, pour la distribution des punitions et récompenses¹³⁶⁸. Cette expérimentation s'étendant aujourd'hui à une trentaine d'établissements ne fait l'objet d'aucune réglementation¹³⁶⁹, laissant à l'entière discrétion des établissements les critères d'affectation¹³⁷⁰, d'exclusion, ainsi que les modalités d'exécution constituant ce régime.

La mise en perspective de ces régimes de détention dédiés souligne la corrélation entre l'accroissement du degré d'adaptation des conditions de détention et l'intensification de l'assujettissement, par la multiplication des mesures de sécurité et des interdictions ou bien par l'instauration de nouvelles obligations pour le détenu. En définitive, l'affectation du sujet est déterminante dans le processus d'individualisation car nombre de modalités d'exécution sont inhérentes au lieu de détention. Dès lors, c'est uniquement en considérant la dimension topographique du régime de détention que l'on peut mesurer l'apport de la multiplication des lieux de détention à l'évolution de la condition des personnes condamnées. Par ailleurs, il convient de combiner cette première approche du réseau des modalités d'exécution avec une

¹³⁶⁶ CGLPL, *Avis du 12 décembre 2017 relatif aux modules de respect dans les établissements pénitentiaires*, op. cit. Néanmoins, l'absence dans certains établissements d'une alternative au régime de respect, autre que le régime fermé, relativise la portée du consentement déjà limité dans le cadre de l'exécution d'une peine.

¹³⁶⁷ Le CGLPL constate « que si certaines modalités diffèrent d'un établissement à un autre, les principes en sont similaires, en quartier « maison d'arrêt » comme en quartier « centre de détention » : les personnes détenues volontaires intègrent ce dispositif après sélection puis signature d'un contrat d'engagement ; elles disposent d'une liberté de déplacement dans l'ensemble du bâtiment concerné en journée ; elles participent à certaines commissions en vue d'organiser des aspects quotidiens de la vie en détention ; elles s'engagent à justifier d'heures d'activités ; elles sont tenues de respecter des obligations multiples en matière de convivialité, d'entretien de la cellule, d'hygiène corporelle, de ponctualité, de comportement au cours des activités et au sein des espaces communs, etc. ; elles sont observées quotidiennement puis évaluées hebdomadairement par le personnel de surveillance via un dispositif de bons et de mauvais points qui donne lieu à récompense ou recadrage voire exclusion » : *ibid.*

¹³⁶⁸ Le système à points du régime respect, propre à chaque établissement, est une forme de comptabilité morale. « [La commission technique] applique un système de point pour objectiver son appréciation. Les raisons des points en moins peuvent être multiples et découlent du non-respect des obligations. À la fin de chaque trimestre les compteurs son remis à zéro et le détenu récupère la totalité de ses points. » : FAGET Christophe, FAGET Jacques, *Les modules de respect, un nouvel ordre carcéral ?*, Paris, Ministère de la Justice, « Collection Travaux & Documents », vol. 87, 2018, p. 26. Les récompenses peuvent être constituées par la remise de « kit hygiène » ou « kit sport », mais aussi dans certains établissements de l'accès à l'unité de vie familiale, à des bons de cantine ou des colis alimentaires : *ibid.*, p. 46 ; HERNANDEZ Lucie, MBANZOULOU Paul, *Les modules respect : une métamorphose de la prison ? Rapport de recherche*, op. cit., p. 28.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹³⁷⁰ Dans les établissements de Neuvic et de Mont-de-Marsan, l'affectation est déterminée après une évaluation individuelle, menée par un psychologue et un conseiller d'insertion et de probation à l'aide d'une grille actuarielle fondée sur le modèle risque-besoin-réceptivité, bien que les délinquants primaires soient semble-il favorisés : FAGET Jacques, *Les modules de respect, un nouvel ordre carcéral ?*, op. cit., p. 23 ; 43-44.

seconde, fondée sur la dimension personnelle du régime de détention, afin de prendre en compte le rôle de la multiplication des modalités *rationae personae* (B).

B. La multiplication des modalités *rationae personae*

259 L'impératif d'une conception personnelle du régime de détention. L'étude de la multiplication des statuts pénitentiaires a pour objet de mesurer la portée de la « classification¹³⁷¹ » du sujet sur ses conditions de détention. Par statut pénitentiaire, nous entendons l'ensemble des normes, propres à une catégorie de population pénale, contribuant à en définir le régime de détention. La seconde étape de notre analyse de la diversification des modalités d'exécution s'effectuera au travers des axes de développement de ces statuts : le renforcement des pratiques de surveillance (1) et le renouvellement des pratiques de prise en charge (2).

1. Le renforcement des pratiques sécuritaires

260 L'ambivalence de la construction du droit pénitentiaire. Au sein de la détention s'opposent le statut des personnes condamnées, issu du régime pénitentiaire et reconnaissant des droits, et les divers statuts pénitentiaires, opérant des distinctions dans les conditions d'exercice de ces derniers en fonction des caractéristiques des individus. La construction du droit pénitentiaire est ainsi marquée par une ambivalence qui limite sa portée. Malgré le développement du régime pénitentiaire, facteur de sécurité juridique, l'intégration en son sein du paradigme pénitentiaire implique une « labilité accrue des situations¹³⁷² » et l'indétermination des conditions d'exécution de la peine. Cette problématique est particulièrement prégnante dans la politique de renforcement des pratiques sécuritaires, caractérisées par la tension entre le statut des détenus particulièrement signalés, disposant d'un fondement codifié mais d'une portée négligeable, et le statut des détenus particulièrement dangereux, composé de mesures éparses de nature à apporter des

¹³⁷¹ « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.*, p. 4 ; SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, *op. cit.*, p. 241 ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, *op. cit.*, p. 177 ; BLONDIEAU Francis, « Les régimes de détention », *op. cit.*, p. 194 ; HANNAH-MOFFAT Kelly, SHAW Margaret, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *op. cit.*, p. 53. Sur la classification du sujet v. : *infra* n° 504 et s.

¹³⁷² DE SUREMAIN Hugues, BÉRARD Jean, « La gestion des longues peines au révélateur des luttes juridiques », *op. cit.*, p. 8.

modifications très importantes aux conditions de détention.

261 Le statut des détenus particulièrement signalés. Introduit dans le code de procédure pénale en 1998¹³⁷³, le répertoire des détenus particulièrement signalés recense les personnes devant faire l'objet de « mesures de sécurité adaptées¹³⁷⁴ ». De la compétence du Garde des sceaux, ce registre définit une catégorie spécifique de population pénale pour laquelle l'inscription « a pour seul effet de prescrire aux personnels et autorités pénitentiaires de faire preuve d'une vigilance particulière », « en intensifiant [...] les mesures particulières de surveillance, de précaution et de contrôle prévues pour l'ensemble des détenus par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur »¹³⁷⁵.

À la lecture de la circulaire réglementant ce statut¹³⁷⁶, les mesures de surveillance ne sont effectivement pas réservées aux détenus particulièrement signalés¹³⁷⁷. Il convient toutefois de relever que les mesures listées constituant la substance du statut de ces détenus, d'une part, ne font pas l'objet d'une disposition réglementaire, et, d'autre part, ne semblent pas correspondre à l'ensemble des pratiques de surveillance individualisées subies par les personnes inscrites au répertoire. C'est la raison pour laquelle certains commentateurs indiquent qu'il « s'agit concrètement d'un régime de surveillance renforcée comportant notamment des fouilles à corps et des changements fréquents d'établissements pénitentiaires, dénommés « rotations de sécurité », et, le cas échéant, une mise à l'isolement par mesure de sécurité¹³⁷⁸ ». Ces mesures ne sont pourtant pas parties intégrantes du régime de surveillance

¹³⁷³ Art. 61, Décr. n° 98-1099 du 8 décembre 1998 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie. Décrets) et relatif à l'organisation et au fonctionnement des établissements pénitentiaires. Relevons néanmoins que ce statut pénitentiaire est antérieur à sa codification et date de 1967 : Circ. du 8 juillet 1970 portant constitution d'un fichier des détenus particulièrement signalés, Ministre de l'intérieur, n° 70-346.

¹³⁷⁴ Art. D. 276-1 du CPP. Le statut des détenus particulièrement signalés est dépourvu d'effet juridique sur l'octroi des mesures d'individualisation judiciaires. Néanmoins, « l'étiquette de DPS représente un handicap incontournable » : CÉRÉ Jean-Paul, « Prison – Organisation générale », Rép. pén. Dalloz, 2015 (actualisé en 2019), §285. En revanche, une mesure d'individualisation judiciaire emporte la « radiation d'office » de la personne du répertoire, ce qui peut d'autant plus limiter les chances d'obtenir, par exemple, une permission de sortir : Circ. du 15 octobre 2012 relative à l'instruction ministérielle relative au répertoire des détenus particulièrement signalés (DPS), JUSD1236970C, BOMJ n° 2012-10 du 31 octobre 2012, p. 5.

¹³⁷⁵ CE, 10^e-9^e SSR, 7 décembre 2015, n° 393668, recueil Lebon, D. 2016. 1220, chron. Péchillon ; AJDA 2015. 1477, note Revert, consid. 2 ; consid. 1.

¹³⁷⁶ Malgré que ce statut et les procédures d'inscription et de radiation au registre correspondant soient prévus seulement par une circulaire, le Conseil d'État considère que la Cour administrative d'appel qui a relevé « que l'article D. 276-1 du code de procédure pénale avait été complètement édicté par le pouvoir réglementaire [...] a suffisamment répondu au moyen tiré de ce que celui-ci n'avait pas épuisé l'exercice de sa compétence » : CE, 6^e-5^e ch. réunies, 29 janvier 2018, n° 402506, inédit, RPDP 2018. 629, chron. Niquège, consid. 4.

¹³⁷⁷ Circ. du 15 octobre 2012 relative à l'instruction ministérielle relative au répertoire des détenus particulièrement signalés (DPS), *op. cit.*, p. 6-7.

¹³⁷⁸ MOLINER-DUBOST Marianne, « La condition des détenus particulièrement signalés sous les feux de l'actualité », *AJDA*, n° 18, 2010, p. 994.

adapté des détenus particulièrement signalés. Il n'existe qu'une concomitance entre l'inscription au registre et l'application de nombreuses mesures de sécurité individualisées, encadrées ou non par le droit pénitentiaire, et dont l'usage est systématisé. Dans un arrêt du Conseil d'État du 23 juillet 2014, un « régime de surveillance nocturne renforcée¹³⁷⁹ » était par exemple justifié par le maintien de l'inscription au répertoire des détenus particulièrement signalés, bien que cette mesure ne soit prévue par aucun texte¹³⁸⁰, à l'exception d'une note de service du 8 novembre 2003¹³⁸¹. De manière plus générale, l'inscription à ce statut peut entraîner, indirectement, l'application d'un « régime de sécurité¹³⁸² » consistant, notamment, en des pratiques de fouilles à corps systématiques, la soumission de la personne à un régime de rotations de sécurité et à des placements répétés et de longues durées à l'isolement, comme l'a illustré l'affaire *Khider* devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Alors même que les critères d'inscription, de maintien et de radiation n'ont pas de valeur réglementaire, être classé à ce registre emporte pour la personne des « effets concrets¹³⁸³ » sur sa situation juridique, conduisant le Conseil d'État à considérer que la décision d'inscription au répertoire fait grief et peut être l'objet d'un recours en excès de pouvoir.

L'analyse du statut des détenus particulièrement signalés met en lumière l'absence de concordance entre l'inscription au registre et les mesures de surveillance individualisées. Le code de procédure pénale institue un répertoire pour les personnes dont on considère qu'il existe un risque d'évasion ou de comportement particulièrement violent en détention, mais ne dispose d'aucunes mesures de surveillance spécifiques, qui ne sont prévues que par une note de service non publiée¹³⁸⁴. Le statut des détenus particulièrement signalés est donc pour l'essentiel absent du code de procédure pénale. Au demeurant, la qualité de détenu particulièrement signalé n'est pas une condition pour l'application des mesures de sécurité individualisées et systématisées les plus attentatoires. Dès lors, il est possible d'organiser un

¹³⁷⁹ CE, 10^e SSJS, 23 juillet 2014, n° 379602, inédit, consid. 11. « En l'espèce, ce régime consiste, deux nuits par semaine, choisies de manière aléatoire, à un contrôle visuel depuis l'extérieur de la cellule, au travers d'un œilleton, avec allumage de la lumière, vers 23 h 45, puis vers 2 h 30 du matin, afin de s'assurer de la présence du détenu et de l'état des équipements de sécurité de sa cellule. » : *ibid*.

¹³⁸⁰ L'article D. 270 du CPP dispose seulement que « pendant la nuit, les cellules doivent pouvoir être éclairées en cas de besoin », afin notamment de s'assurer de la présence du détenu. Sur les réveils nocturnes v. : HERZOG-EVANS Martine, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., §3111.15. ; 3111-31.

¹³⁸¹ CE, 10^e-9^e SSR, 30 décembre 2015, n° 383294, inédit, consid. 17.

¹³⁸² CEDH, 9 juillet 2009, *Khider c. France*, n° 39364/05, RSC 2010. 225, note Margénaud ; *ibid*. 645, chron. Poncela ; D. 2009. 2462, note Herzog-Evans ; D. 2010. 1376, chron. Céré ; AJDA 2010. 994, note Moliner-Dubost ; Gaz. Pal. 2009. n° 302. 20, note Renucci, §7.

¹³⁸³ CE, 10^e-9^e SSR, 30 novembre 2009, *Kehli*, n° 318589, recueil Lebon, D. 2009. 1188, note Giacomelli ; D. 2010. 1376, chron. Céré ; AJDA 2010. 994, note Moliner-Dubost ; Gaz. Pal. 2009. n° 356. 20, obs. Guyomar.

¹³⁸⁴ CE, 10^e-9^e SSR, 30 décembre 2015, n° 383294, inédit, consid. 2. En revanche, l'inscription au registre emporte la compétence du ministère de la justice pour l'affectation des détenus particulièrement signalés dans les établissements pénitentiaires et ouvre la faculté au Garde des sceaux d'envoyer la personne effectuer un stage au centre national d'évaluation : 3^o, art. D. 82 et art. D. 81-1 du CPP.

régime de surveillance nocturne renforcé ou un régime exorbitant de fouilles intégrales systématiques pour un détenu qui n'est pas listé dans le registre. La suspension ou l'annulation de la décision d'inscription ou de maintien au répertoire n'emporte donc pas directement d'effets juridiques sur l'application des mesures de sécurité les plus sévères. En conséquence, l'assujettissement des personnes à ces modalités *rationae personae* n'est pas rationalisé par le statut de détenu particulièrement signalé, qui n'existe finalement qu'afin que l'administration centrale puisse orienter, au travers d'un signalement, les mesures de sécurité à appliquer à un détenu et offrir une justification aux décisions de l'échelon local de l'administration. Le statut des détenus particulièrement signalés n'a en conclusion pas pour objet de disposer et de clarifier la condition juridique des personnes détenues dont l'évaluation révèle une dangerosité pénitentiaire élevée. Il convient de ce fait de poursuivre l'étude du développement des pratiques individualisées par l'analyse générale des mesures de sécurité particulières, afin de souligner l'existence d'un statut des détenus particulièrement dangereux autonome et démontrer sa participation à la définition du régime de détention des personnes visées.

262 Le statut des détenus particulièrement dangereux. Le droit pénitentiaire dispose de diverses mesures de sécurité, dont l'application nécessite une décision individuelle. Le dispositif d'exécution organise en effet des modalités spécifiques définissant de nouvelles conditions d'exécution pour les détenus considérés par l'institution comme « particulièrement dangereux¹³⁸⁵ ». Lorsque celles-ci deviennent systématiques, il ne s'agit plus de mesures ponctuelles relevant uniquement de l'exercice du pouvoir de police de l'administration¹³⁸⁶, mais aussi de modalités participant à définir le régime de détention et dont l'ensemble prend, *de facto*, la forme d'un statut dédié à cette catégorie de population pénale. Nous illustrerons sa substance à partir de trois mesures caractéristiques de ce statut.

Les fouilles intégrales individualisées et systématiques de l'article 57 de la loi pénitentiaire illustrent tant le détachement de cette mesure du statut de détenu particulièrement signalé que son rattachement à la personne¹³⁸⁷. Auparavant « régime

¹³⁸⁵ CE, 10^e SS, 29 février 2008, n° 308145, inédit.

¹³⁸⁶ Pour un exemple d'une mesure de police n'emportant aucune conséquence sur le régime de détention (saisie et retenue d'un matériel informatique) v. : CE, 10^e-9^e ch. réunies, 6 juin 2018, n° 410985, recueil lebon, RPD 2018. 629, chron. Niquège ; AJDA 2018. 2023, note Sédat ; Dr. ad. 2018. comm. 55, note Eveillard ; Gaz. Pal. 2018. n° 26. 29, note Roussel.

¹³⁸⁷ Néanmoins, après une période importante de rationalisation de l'emploi de ce type de fouilles, par l'exigence d'individualisation des décisions fondant ces mesures, le législateur est intervenu afin d'autoriser derechef des fouilles systématiques générales. Il ne s'agit toutefois pas d'une suppression des fouilles intégrales systématiques

exorbitant¹³⁸⁸ », ces fouilles à nue « peuvent être réalisées de façon systématique lorsque les nécessités de l'ordre public et les contraintes du service public pénitentiaire l'imposent¹³⁸⁹ ». Il faut lire lorsqu'elles sont nécessaires en raison d'« éléments permettant de suspecter un risque d'évasion, l'entrée, la sortie ou la circulation en détention d'objets ou substances prohibés ou dangereux pour la sécurité des personnes ou le bon ordre de l'établissement, compte tenu de la personnalité du détenu concerné » et lorsque « les autres moyens de contrôle sont insuffisants et inefficaces »¹³⁹⁰. Les principaux critères relèvent du « profil pénal », du « profil pénitentiaire », et notamment des « motifs ayant conduit à inscrire une personne détenue sur le répertoire des détenus particulièrement signalés », ainsi que « des éléments d'information » recueillis par les personnels par divers moyens en détention¹³⁹¹.

Les détenus « particulièrement dangereux¹³⁹² » font également l'objet de changements de cellule fréquents et de transferts chroniques, à des dates aléatoires, destinés à rendre plus difficile l'organisation d'un projet d'évasion et l'entretien de liens à l'intérieur et l'extérieur de la prison¹³⁹³. Ces « rotations de sécurité¹³⁹⁴ », se distinguant d'une simple mesure de transfert ou d'affectation par leur caractère systématique, étaient prescrites par une « note

et individualisées, mais simplement d'une libéralisation de la fouille à nue, touchant toute la population pénale, en ce que la décision du chef d'établissement est dans ce cas circonscrite à un lieu. « Lorsqu'il existe des raisons sérieuses de soupçonner l'introduction au sein de l'établissement pénitentiaire d'objets ou de substances interdits ou constituant une menace pour la sécurité des personnes ou des biens, le chef d'établissement peut également ordonner des fouilles de personnes détenues dans des lieux et pour une période de temps déterminés, indépendamment de leur personnalité. » : al. 2, art. 57 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, dans sa rédaction postérieure à la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

¹³⁸⁸ CE, Juge des référés, 6 juin 2013, n° 368875, recueil Lebon, AJ Pénal 2013. 497, obs. E. Péchillon. La légalisation de ce régime prétorien exorbitant fait suite notamment à la proposition de parlementaires de « consacrer dans la loi la jurisprudence du Conseil d'État permettant de mettre en place un régime de fouilles systématiques pour certains détenus particulièrement dangereux sur une période limitée » : BRETON Xavier, HOUBRON Dimitri, *Rapport d'information, par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée nationale, relatif au régime des fouilles en détention*, n° 1295, Assemblée nationale, 2018, p. 35.

¹³⁸⁹ Al. 1, art. 57 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. « Dans ce cas, le chef d'établissement doit prendre une décision pour une durée maximale de trois mois renouvelable après un nouvel examen de la situation de la personne détenue. » : *ibid.*

¹³⁹⁰ Note du 2 août 2017 relative à l'application de l'alinéa 2 de l'article 57 de la loi pénitentiaire, DAP, JUSK1814436N, p. 4.

¹³⁹¹ *Ibid.*

¹³⁹² CE, 10^e SS, 29 février 2008, n° 308145, inédit.

¹³⁹³ Sur les transfèremens systématiques v. : *infra* n° 336-338.

¹³⁹⁴ Note du 29 octobre 2003 relative à la gestion des détenus les plus dangereux incarcérés dans les maisons d'arrêt, Garde des sceaux, n° 000131, citée in CE, Ass., 14 décembre 2007, *Payet*, n° 306432, recueil Lebon, RFDA 2008. 104, concl. Landais ; RSC 2008. 404, chron. Poncela ; D. 2008. 820, note Herzog-Evans ; D. 2008. 1015, chron. Céré ; AJDA 2008. 128, note Boucher, Bourgeois-Machureau ; Dr. pén. 2008. n° 2. comm. 25, note Maron ; Dr. ad. 2008. n° 2. comm. 24, note Melleray ; JCP G. 2008. n° 8. II 10036, note Ngampio-Obélé-Bélé ; Gaz. Pal. 2008. n° 222. 24, note Minot, Missaloux ; Procédures 2008. n° 2. comm. 61, obs. Deygas ; CEDH, 20 janvier 2011, *Payet c. France*, n° 19606/08, RSC 2011. 718, note Marguénaud ; *ibid.* 2012. 208, chron. Poncela ; D. 2011. 643, note Céré ; D. 2011. 1306, chron. Céré ; AJ Pénal 2011. 88, note Herzog-Evans ; AJDA 2011. 1993, chron. Burgorgue-Larsen ; Gaz. Pal. 2011. n° 111. 11, note Senna, §9.

confidentielle¹³⁹⁵ » du 29 octobre 2003 du Garde des sceaux, relative à la gestion des détenus les plus dangereux incarcérés dans les maisons d'arrêt. En raison du caractère systématique de ces changements¹³⁹⁶, le Conseil d'État a considéré en 2007 que la décision de soumettre une personne à des rotations de sécurité revenait à instituer « un régime de détention spécifique¹³⁹⁷ », et non une simple application des procédures de transfèrement dont dispose le code de procédure pénale¹³⁹⁸. Ce raisonnement peut s'étendre par analogie aux mises à l'isolement systématiques auxquelles l'administration procède à l'encontre de certains détenus. Le caractère systématique distingue ces placements d'une simple procédure de mise à l'isolement. À n'en pas douter, il s'agit d'un usage exceptionnel de ce régime d'incarcération, en contradiction avec les critères de placement prévus par le code¹³⁹⁹. Le caractère chronique de la mise à l'isolement, particulièrement dans l'hypothèse où la personne fait l'objet de nombreux transfèvements, comme dans les affaires *Khider* et *Payet*, transforme sa nature pour devenir une modalité d'exécution *rationae personae* participant au régime de détention, au travers du statut des détenus particulièrement dangereux.

Cet ensemble de modalités *rationae personae* se caractérise par son champ d'application, ainsi que par le caractère systématique des mesures, et participe de ce fait à la définition d'un statut pour les détenus particulièrement dangereux. La mise en exergue de ce dernier, s'apparentant en substance au régime dur italien¹⁴⁰⁰ et au « régime de sécurité particulier individuel¹⁴⁰¹ » belge, conduit à s'interroger sur l'effectivité de la protection des personnes détenues face à ce statut informel¹⁴⁰². L'absence d'appréhension globale de ces

¹³⁹⁵ CEDH, 20 janvier 2011, *Payet c. France*, n° 19606/08, préc., §9.

¹³⁹⁶ Sur les mesures de transfèrement systématiques v. : *infra* n° 336.

¹³⁹⁷ CE, Ass., 14 décembre 2007, *Payet*, n° 306432, recueil Lebon, préc.

¹³⁹⁸ À ce titre, le juge administratif considère que la décision de soumettre une personne détenue à des rotations de sécurité « ne constitue pas une mesure d'ordre intérieur mais une décision administrative susceptible de recours pour excès de pouvoir » : *ibid.* De plus, en raison de l'incompétence du ministre pour « créer un régime de détention spécifique caractérisé par des rotations régulières et systématiques des détenus considérés comme particulièrement dangereux », le Conseil d'État a annulé cette note de service du Garde des sceaux en tant qu'elle institue un régime de rotation de sécurité : CE, 10^e SS, 29 février 2008, n° 308145, inédit.

¹³⁹⁹ Concernant le régime de l'isolement v. : art. 726-1 et R. 57-7-62 et s. du CPP.

¹⁴⁰⁰ Sur le régime « *carcere duro* » institué par l'article 41-bis de la loi sur le système pénitentiaire italien v. : TRAVAGLIA CICIRELLO Teresa, « L'affaire Provenzano c/ Italie ou la délicate décision de la Cour européenne sur les droits d'un homme parmi les plus dangereux de la mafia », *RSC*, n° 1, 2019, p. 75-84 ; CEDH, 25 octobre 2018, *Provenzano c. Italie*, n° 55080/13, RSC 2019. 75, note Cicirello ; MUCCHIELLI Laurent, « Article 41-BIS et prisons italiennes », in *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, ARTIÈRES Philippe, LASCOUMES Pierre (dir.), *op. cit.*, p. 245-254.

¹⁴⁰¹ Art. 116 et s., loi n° 2005/09033 du 12 janvier 2005 relative aux principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus. Ce statut relève de la compétence du directeur général de l'administration pénitentiaire, donc du pouvoir administratif à l'instar du système français, l'ensemble des mesures de sécurité sont néanmoins énumérées et la procédure de placement est définie par la loi.

¹⁴⁰² Le caractère informel de ce statut s'inscrit à l'encontre des règles pénitentiaires européennes qui, concernant « les mesures spéciales de haute sécurité ou de sûreté », prescrivent que des « procédures claires, à appliquer à l'occasion du recours à de telles mesures pour tous détenus, doivent être établies » et que la « nature de ces

mesures empêche une rationalisation de leur usage par l'appartenance à une catégorie formelle, contrairement au statut des détenus particulièrement signalés. En conséquence, l'administration dispose d'une marge de manœuvre très importante, puisqu'il n'existe aucune réglementation disposant des mesures possibles et des limites à leur cumul ou à leur durée. La protection des personnes est dès lors fractionnée en autant de régimes que de mesures, alors même que celles-ci reposent toutes sur la rationalité pénitentiaire – en ce que les principaux critères sont les antécédents judiciaires et pénitentiaires, la personnalité et le comportement –, à l'instar de celles marquant le renouvellement des pratiques de prise en charge (2).

2. Le renouvellement des pratiques de prise en charge

263 La déclinaison du traitement pénitentiaire en fonction des catégories de population pénale. Composé d'un ensemble de modalités d'exécution régissant l'accès et l'exercice aux diverses activités, le « traitement pénitentiaire¹⁴⁰³ » participe à définir la condition juridique de la personne. Activités, éducation, travail, les principaux éléments du traitement sont prévus par le régime pénitentiaire. L'évolution de ce programme de réformation, marqué par l'élaboration de « modalités de prise en charge individualisées¹⁴⁰⁴ », conduit cependant à le faire entrer dans le champ du régime de détention. Découlant de l'évolution de la rationalité réformatrice et prenant la forme de programmes individualisés, ces modalités d'exécution appartiennent à la dimension personnelle du régime de détention, lorsqu'elles sont détachables de l'organisation de la vie au sein des secteurs de détention.

264 L'évolution de la rationalité réformatrice. Longtemps, le dispositif d'exécution a poursuivi la moralisation de la personne condamnée, afin qu'elle s'amende avant de recouvrer la liberté. Cette conception fut à l'après guerre supplantée par une autre, recherchant la réinsertion économique et sociale du détenu, par son éducation et sa resocialisation. Indéniablement, la rationalité réformatrice se nourrit des savoirs criminologiques. Il n'est dès lors pas surprenant que l'avènement d'une réflexion sur le passage à l'acte, au travers de facteurs de risque, ait déterminé une nouvelle évolution de la rationalité réformatrice. Sans

mesures, leur durée et les motifs permettant d'y recourir doivent être déterminés par le droit interne » : règles 53.1 à 53.7, Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes.

¹⁴⁰³ Al. 1, art. 722 ancien du CPP ; ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 276 ; PLAWSKI Stanislaw, *Droit pénitentiaire*, Villeneuve d'Ascq, PUL, « Publications de l'Université de Lille III », 1970, p. 123 et s.

¹⁴⁰⁴ Art. D. 92 du CPP.

faire table rase des savoirs et pratiques antérieures, les discours criminologiques contemporains ont permis l'émergence d'une rationalité recherchant la prise en charge du risque de récidive pour faire des condamnés des personnes désistantes. L'objectif du traitement est désormais de rendre l'individu conforme à une norme de risque, considéré comme acceptable et décrite comme le comportement d'une « personne responsable¹⁴⁰⁵ ». Conséquemment, l'évolution de l'objet du traitement pénitentiaire a impliqué l'émergence de modalités de prise en charge individualisées.

Cette part individualisée du traitement pénitentiaire vise les risques caractérisants les différentes catégories de population pénale, en s'appuyant en grande partie sur les principes du modèle Risque-Besoin-Réceptivité : l'intensité de la prise en charge est adaptée en fonction du risque, le contenu de la prise en charge est déterminée en fonction des besoins et les méthodes sont choisies selon la capacité et la motivation des personnes à l'apprentissage du comportement dicté comme responsable¹⁴⁰⁶. Ce modèle de prise en charge, prôné par le Conseil de l'Europe¹⁴⁰⁷ et adopté par l'administration pénitentiaire française¹⁴⁰⁸, s'inscrit dans une politique où l'objectif n'est plus « d'éliminer ce risque, mais de le rendre tolérable, de le circonscrire dans des limites sécuritaires acceptables¹⁴⁰⁹ ». Plus qu'une modalité de prise en charge, ce modèle prescrit une méthodologie pour le traitement pénitentiaire, consistant à traiter les facteurs de risques de récidive chez l'individu¹⁴¹⁰. Ce dernier est toutefois de plus en plus complété par les pratiques du *Good lives model*, « modèle de réhabilitation psycho-

¹⁴⁰⁵ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁴⁰⁶ SENON Jean-Louis, JONAS Carol, VOYER Mélanie, « Outils d'évaluation de la dangerosité des personnes condamnées ou plutôt outils d'évaluation des risques, besoins, réceptivité et facteurs pro-criminogènes et de désistance de la personne condamnée », *AJ Pénal*, n° 6, 2015, p. 289-293.

¹⁴⁰⁷ Recommandation Rec(2003)23 du Comité des Ministres aux États membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée, §10 ; 12 ; Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation, §66.

¹⁴⁰⁸ L'administration pénitentiaire revendique sa mise en œuvre, soutien des recherches dans ce domaine, l'intègre dans le référentiel des pratiques opérationnelles des services pénitentiaires d'insertion et de probation et l'enseigne, au côté du *Good Lives Model*, à l'école nationale d'administration pénitentiaire : VANDERSTUKKEN Olivier, « Soins aux AVS en France : L'avènement des Thérapies Cognitivo-Comportementales, des Interventions Cognitivo-Comportementales et des Accompagnements Cognitivo-Comportementaux », in *Auteurs de violences sexuelles : prévention, évaluation, prise en charge*, DELARUE Jean-Marie, ALEZRAH Charles (dir.), Rapport de la Commission de l'audition publique du 17 juin 2018, Paris, Fédération Française des Centres Ressources pour les Intervenants auprès des Auteurs de Violences Sexuelles, 2018, p. 20. Sur ce point v. : *infra* n° 518 ; 525. Bien entendu, l'adhésion de l'administration à ce modèle n'implique pas l'adéquation parfaite entre les pratiques pénitentiaires et les pratiques prescrites : VANDERSTUKKEN Olivier, BENBOURICHE Massil, « Principes de prévention de la récidive et principe de réalité en France : les programmes de prévention de la récidive à la lumière du modèle « Risque-Besoins-Réceptivité » », *AJ Pénal*, 2014, n° 11, p. 522-527

¹⁴⁰⁹ GOURMELON Nathalie, « La prise en charge pénitentiaire des délinquants sexuels sous le sceau de la gestion des risques et de la lutte contre la récidive », *Dév. et Soc.*, n° 4, vol. 36, 2012, p. 363.

¹⁴¹⁰ MOULIN Valérie, PALARIC Ronan, « Les groupes de parole de prévention de la récidive au sein des SPIP. Une évolution centrée sur la gestion du risque, entre théorie et adaptation pratique », *Champ pénal*, vol. 11, « Parentalités enfermées/Objets et enfermement/Probation française », 2014, p. 5.

sociale et de prévention de la récidive¹⁴¹¹ » relevant d'une pratique proche du soin, consistant à accompagner la personne dans le développement et l'entretien de facteurs de protection contre le passage à l'acte. L'alliance de ces deux modèles forme aujourd'hui l'essentiel de la substance de la prise en charge recherchant la prévention de la récidive. Il s'agit dès lors de normaliser le sujet par l'intermédiaire, notamment, de l'élaboration de programmes individualisés, inspirés des « thérapies cognitivo-comportementales¹⁴¹² ».

265 L'élaboration de programmes individualisés. L'imposition d'une nouvelle rationalité réformatrice a conduit au développement de nouvelles modalités de prise en charge, « issues des théories de l'apprentissage et du conditionnement [et recherchant] une modification observable des modes de pensée, des réactions émotionnelles et des façons d'agir du sujet¹⁴¹³ ». Dès 2007, l'administration a en effet souhaité élaborer des « programmes de prévention de la récidive¹⁴¹⁴ » permettant l'individualisation du traitement pénitentiaire¹⁴¹⁵. Dans l'optique de mettre en œuvre « une prise en charge adaptée aux besoins des personnes et aux risques de récidive¹⁴¹⁶ », ainsi que dans le cadre des préconisations du Conseil de l'Europe¹⁴¹⁷, « les programmes de prévention de la récidive sont conçus comme des programmes éducatifs et non thérapeutiques visant, dans une perspective proprement criminologique, à travailler collectivement sur le passage à l'acte délictueux et ses conséquences pour la victime et la société¹⁴¹⁸ ». Ces « programmes de traitement » se

¹⁴¹¹ VANDERSTUKKEN Olivier, GARAY Delphine, LETTO Nora, BENBOURICHE Massil, « L'introduction du *Good Lives Model* en France : un risque de confusion avec le soin ? », *AJ Pénal*, n° 1, 2018, p. 13.

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 13-18.

¹⁴¹³ DELARUE Jean-Marie, ALEZRAH Charles (dir.), *Auteurs de violences sexuelles : prévention, évaluation, prise en charge*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴¹⁴ Note du 16 juillet 2007 relative au développement des programmes de prévention de la récidive, DAP, n° 000074 ; Note du 17 octobre 2007 relative à la mise en place de programmes et de groupes de parole de prévention de la récidive, DAP. Sur l'organisation actuelle des programmes v. : DAP, *Programme de prévention de la récidive. Référentiel*, Paris, Ministère de la Justice, 2010, 64 p.

¹⁴¹⁵ En parallèle, l'administration a développé des programmes d'insertion fonctionnant selon la même organisation : LE MOINE Cathy, *L'individualisation du traitement pénitentiaire dans le cadre du PEP en milieu fermé*, *op. cit.*, p. 45-46. Ils ont de plus parfois été couplés dans des programmes mixtes, dits « programmes courtes peines », qui « visent à assurer en milieu fermé, une prise en charge spécifique de personnes détenues, condamnées à des peines inférieures à un an d'emprisonnement dans un quartier de détention spécialement dédié » : Note du 21 octobre 2008 relative aux programmes courtes peines, DAP, n° 00425.

¹⁴¹⁶ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, DAP, JUSK0840001C, BOMJ n° 2008/2 du 30 avril 2008, p. 4.

¹⁴¹⁷ Annexe 2 « Principes directeurs tendant à une utilisation plus efficace des sanctions et mesures appliquées dans la communauté », in Recommandation Rec (2000) 22 du Comité des ministres aux États membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et les mesures applicables dans la Communauté.

¹⁴¹⁸ BRILLET Emmanuel, « Une nouvelle méthode d'intervention auprès des personnes placées sous main de justice : les programmes de prévention de la récidive (PPR) », *Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques*, vol. 31, 2009, p. 2.

présentent sous la forme d'une « prise en charge structurée¹⁴¹⁹ » et « collective¹⁴²⁰ » : il s'agit de groupe de parole, réunissant une dizaine de personnes autour d'un conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation, durant un cycle de dix à quinze séances, dont l'objet est de discuter de différents thèmes, en lien avec le passage à l'acte et une catégorie d'infraction ou un facteur criminogène¹⁴²¹. Conçu localement par les services pénitentiaires, en partenariat avec des psychologues et sur le modèle d'une « fiche technique¹⁴²² » mise au point par l'administration centrale, « ces modalités d'intervention standardisées¹⁴²³ » constituent des modalités *rationae personae*. Bien que certains secteurs aient intégré à leur régime ce type de prise en charge, ces méthodes d'intervention communes aux milieux ouvert et fermé sont le plus souvent distinctes d'un quelconque lieu de détention. L'assujettissement à ces programmes relève, d'une part, d'une sélection effectuée en fonction de la problématique pénologique faisant l'objet du cycle et de critères d'opportunité destinés à produire un groupe homogène et à assurer son bon fonctionnement. D'autre part, la participation à ce mode de prise en charge est en principe subordonnée à « l'assentiment » du sujet au travers d'un « contrat d'engagement », emportant un accord de confidentialité et de présence¹⁴²⁴. Bien que consensuelle, la participation à ces programmes définit pour les personnes de nouvelles obligations, contribuant à déterminer leurs conditions de détention.

Ayant pour finalité la prévention de la récidive, ces modalités se déclinent selon différentes catégories de population pénale¹⁴²⁵. L'objet de ces programmes est d'ailleurs de traiter les facteurs de risque inhérents à la problématique pénologique, et non celles inhérentes à l'altérité des sujets. Il s'agit moins pour les personnes de produire un discours sur soi que

¹⁴¹⁹ VANDERSTUKKEN Olivier, BENBOURICHE Massil, « Interventions cognitivo-comportementales et prise en charge des Auteurs d'Aggression Sexuelle en France : Entre Santé et Justice », in *Psychocriminologie. Clinique, prise en charge, expertise*, CARIO Robert, LOPEZ Gérard, SENON Jean-Louis (dir.), Paris, Dunod, « Psychothérapies », 2012, p. 124.

¹⁴²⁰ DUBOURG Émilie, *Les services pénitentiaires d'insertion et de probation à l'aune de la prévention de la récidive. Fondements juridiques, évolution, évaluation et avenir*, op. cit., p. 644.

¹⁴²¹ Le « contenu et l'enchaînement des séances peuvent être décrits comme suit : 1) le rappel à la loi et la compréhension de la sanction pénale ; 2) la chaîne délictuelle et le vécu du passage à l'acte ; 3) la place de la victime et le travail sur l'empathie ; 4) le rapport à l'autre, i.e. la (més)interprétation du comportement d'autrui ; 5) le repérage et les stratégies d'évitement des situations à risque ; 6) le bilan collectif de la participation au groupe de parole. » : BRILLET Emmanuel, « Une nouvelle méthode d'intervention auprès des personnes placées sous main du justice : les programmes de prévention de la récidive (PPR) », op. cit., p. 5.

¹⁴²² Note du 17 octobre 2007 relative à la mise en place de programmes et de groupes de parole de prévention de la récidive, op. cit. V. : « Fiche relative à la mise en place et à l'animation d'un groupe de paroles de prévention de la récidive », in *ibid.*

¹⁴²³ MOULIN Valérie, PALARIC Ronan, « Les groupes de parole de prévention de la récidive au sein des SPIP. Une évolution centrée sur la gestion du risque, entre théorie et adaptation pratique », op. cit., p. 6.

¹⁴²⁴ BRILLET Emmanuel, « Une nouvelle méthode d'intervention auprès des personnes placées sous main du justice : les programmes de prévention de la récidive (PPR) », op. cit., p. 5.

¹⁴²⁵ « Les principaux thèmes travaillés/publics visés sont : les auteurs d'agressions sexuelles ; les conduites addictives ; les violences familiales/conjugales ; la délinquance routière. » : *ibid.*

sur le passage à l'acte, de sorte que l'échange ait pour objet non pas le partage d'expériences, mais l'apprentissage en groupe de normes cognitives et comportementales destinées à traiter les facteurs de risque de la catégorie à laquelle ont été classés les participants. L'individualisation du traitement n'a effectivement pas pour objet de mieux prendre en compte le sujet, mais de déterminer de nouvelles conditions de détention en fonction des classifications pénitentiaires, faisant disparaître un peu plus le sujet derrière sa qualification pénologique. Bien ancrée dans les pratiques pénitentiaires, cette structuration de la prise en charge se décline selon les besoins de la politique pénale. La consécration de la catégorie des personnes dites radicalisées a ainsi donné lieu au développement de « programmes de prévention de la radicalisation violente¹⁴²⁶ », mis en œuvre dans soixante-dix-huit établissements pénitentiaires et ayant pour objectif de « déconstruire l'appareil doctrinal des détenus radicalisés, à augmenter leur esprit critique et à faciliter leur réinsertion¹⁴²⁷ ». Ce traitement, le plus récent et le plus spécifique, peut nous permettre de mieux comprendre les enjeux de l'évolution des pratiques de prise en charge. Premièrement, le consentement à cette modalité de prise en charge individualisée n'est pas exigé et l'adhésion du sujet à celle-ci fait l'objet de pression très importante, puisqu'il peut se voir placé dans un quartier de sécurité renforcée ou mis à l'isolement en cas d'un investissement insuffisant dans le programme. Il découle dès lors de cette injonction à se transformer, à modifier sa façon d'agir et de penser, une atteinte à la liberté d'opinion et de religion. En second, l'assujettissement de la personne à ce type de modalités fortement individualisées pose inmanquablement la question des critères et des pratiques de l'évaluation qui, en l'absence de rationalisation par le droit pénitentiaire, ne peuvent qu'être le support de pratiques arbitraires¹⁴²⁸, voire discriminatoires¹⁴²⁹.

*

¹⁴²⁶ CIPDR, *Prévenir pour protéger. Plan national de prévention de la radicalisation*, op. cit., p. 21.

¹⁴²⁷ DIARD Éric, POUILLAT Éric, *Rapport d'information par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la République sur les services publics face à la radicalisation*, op. cit., p. 77.

¹⁴²⁸ Sur l'évaluation des personnes condamnées v. : *infra* n° 478 et s.

¹⁴²⁹ Il « est impératif de relever que certains des critères utilisés par l'administration pénitentiaire pour détecter les personnes radicalisées sont manifestement discriminatoires en ce qu'ils visent la simple pratique de la religion musulmane, y compris celle en tout point conforme au règlement intérieur de l'établissement. » : HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire (suite) : Existe-t-il un statut *sui generis* des personnes « radicalisées » ? », op. cit., p. 543-544. L'un des critères est constitué par le simple fait de « se rendre au culte musulman » ; un autre visant la détention d'« objets religieux » est défini ainsi : « Possède un Coran, un tapis de prière, divers livres religieux, un calendrier des horaires de prière, etc. » : Annexe 5 : Guide d'utilisation des grilles d'aide au repérage, in Note relative au guide d'utilisation des outils d'aide au repérage pluridisciplinaire d'un risque de radicalisation violente en établissement pénitentiaire, DAP, version du 8 novembre 2016, p. 23-27.

266 Les éléments constitutifs des régimes de détention. L'étude de la diversification des modalités d'exécution carcérales souligne la nécessité de prendre en considération, dans la conceptualisation de la notion de régime de détention, tant sa dimension topographique que personnelle. L'une et l'autre de ces deux facettes démontrent par ailleurs une intensification de l'individualisation, par la multiplication des modalités d'exécution, mettant toujours plus à distance l'acte de punir de la condamnation et aggravant ainsi l'atténuation de la portée des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État. À ce titre, il faut d'ores et déjà relever que cette minutieuse adaptation aux différentes catégories de population pénale permise par la libéralisation des conditions d'exécution, qu'elle prenne la forme d'une aggravation ou d'un adoucissement des conditions de détention, conduit toujours à un renforcement de l'assujettissement, sans que les différentes modalités d'exécution carcérales ne soient nécessairement prescrites par le droit pénitentiaire et leur apport au régime appréhendé. De plus, au-delà des modalités prises dans leur individualité, l'accroissement de la complexité du réseau à l'origine du régime de détention recèle le danger d'une nouvelle intensification de l'individualisation, produite cette fois par la combinaison des modalités d'exécution (§2).

§2. LA COMBINAISON DES MODALITÉS D'EXÉCUTION

267 La conceptualisation du régime de détention. Le régime de détention est le résultat précaire, lors d'une étape de l'exécution de la peine, de la composition des modalités déterminant les conditions de détention d'une personne, au-delà des termes du régime pénitentiaire. Après la diversification des modalités d'exécution, l'étude de ce second procédé d'individualisation constitue l'opportunité de conceptualiser la notion de régime de détention en tant que fruit d'une combinaison de modalités d'exécution, guère circonscrite par la rationalité légale, au détriment de la capacité des principes du droit moderne à connaître des pratiques punitives. Le régime de détention est effectivement à la fois un produit de l'individualisation pénitentiaire (A), consistant pour l'administration à combiner des éléments du réseau de modalités d'exécution au regard des caractéristiques des individus, et un produit de la politique pénitentiaire (B), qui rationalise ce procédé de différenciation de l'acte de punir de sorte à diriger l'individualisation des régimes de détention.

A. Un produit de l'individualisation pénitentiaire

268 Le fruit de l'individualisation catégorielle. « La raison d'être de l'Administration Pénitentiaire ne consiste pas dans l'exécution des peines considérées en elles-mêmes, mais dans l'application de ces peines à des individus¹⁴³⁰. » Il ne peut en conséquence y avoir de régimes de détention prédéterminés ou généralisés, sans revenir sur l'intégration du paradigme pénitentiaire dans le droit positif. L'individualisation est « une adaptation de la peine au type de chaque délinquant¹⁴³¹ », c'est-à-dire aux catégories pénologiques de population pénale. Ordonné à l'individualisation, le dispositif d'exécution ne peut que se caractériser par l'absence de régime unique (1), laissant ainsi place à l'omniprésence de régimes spécifiques (2) différenciant les conditions de détention de la population pénale.

1. L'absence de régime unique

269 Une pluralité de régime. Au sein du dispositif d'exécution, il n'existe pas une combinaison de modalités d'exécution unique, définissant la substance de l'assujettissement auquel donne lieu la peine privative de liberté. En revanche, le droit pénitentiaire dispose de certaines compositions de modalités d'exécution, de nature à instituer une dichotomie entre les régimes ordinaires et les régimes spéciaux.

270 Les régimes ordinaires. Un « régime ordinaire¹⁴³² » désigne résiduellement une combinaison de modalités qui n'entre pas dans la catégorie des régimes prévus spécialement par la loi ou le règlement, et non un ensemble de modalités d'exécution prédéterminé par le droit pénitentiaire. D'ailleurs, l'obligation de différenciation des régimes, l'injonction faite aux chefs d'établissement d'adapter le règlement intérieur type et le caractère lacunaire de ses prescriptions permettent de conclure à l'absence de prescription d'un ou plusieurs régimes ordinaires par le droit pénitentiaire. Entendue positivement, la notion de régime ordinaire

¹⁴³⁰ CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, op. cit., p. 142

¹⁴³¹ *Ibid.*, p. 175.

¹⁴³² Al. 4, art. R. 57-7-62 du CPP. Dans le code de procédure pénale, le pouvoir réglementaire semble se référer à la notion de régime ordinaire pour désigner un régime unique, s'opposant au régime spécial de la mise à l'isolement. « Elle ne peut participer aux promenades et activités collectives auxquelles peuvent prétendre les personnes détenues soumises *au régime de détention ordinaire* » : *ibid.* Toutefois, un arrêt récent du Conseil d'État vient confirmer l'interprétation consistant à voir dans cette notion la désignation d'une pluralité de régimes non déterminés : CE, 27 décembre 2018, n° 426329, inédit : « qu'il est placé en quartier d'isolement depuis le 25 mars 2008, aucune des tentatives de réintégration de l'intéressé sous *un régime de détention ordinaire* n'ayant pu aboutir de façon pérenne ».

désigne donc l'ensemble des régimes fondés sur le « principe de différenciation des régimes de détention¹⁴³³ » dont dispose l'article 717-1 du Code de procédure pénale. En dehors des régimes spéciaux, il n'existe en effet qu'un fondement général aux régimes de détention, et non une classification de ces derniers. Au demeurant, cela ne signifie pas pour autant qu'aucun régime de détention ordinaire ne puissent être définis par un texte. Ce fut d'ailleurs le cas pour le régime de détention des unités dédiées aux personnes radicalisées¹⁴³⁴, et c'est toujours le cas dans une moindre mesure pour les régimes standardisés de détention¹⁴³⁵. Cependant, d'une part, il ne s'agit pas d'un régime pleinement et définitivement arrêté, dont toutes les modalités d'exécution seraient définies, mais plutôt, à l'instar des dispositions du règlement intérieur type, d'un socle de modalités destinées à harmoniser les pratiques. D'autre part, il ne s'agit pas tant d'un fondement juridique indépendant de l'article 717-1 du code de procédure pénale, que d'une application du principe de différenciation des régimes de détention. En cela, ces régimes définis ne sont pas prédéterminés par le droit pénitentiaire, ils ne peuvent dès lors être considérés comme autre chose qu'une nouvelle itération du pouvoir de l'administration de différencier les conditions de détention des personnes condamnées¹⁴³⁶.

Les régimes ordinaires de détention ont ainsi un fondement juridique général, sans pour autant avoir un régime juridique propre. D'un côté, ces régimes ne sont pas listés et les modalités qui les composent ne sont pas énumérées. De l'autre, il n'existe pas de régime général encadrant spécialement les régimes ordinaires de détention. Deux conséquences découlent de ce constat. Premièrement, et au-delà du fondement général des régimes

¹⁴³³ FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, op. cit., §991.

¹⁴³⁴ Note du 10 février 2016 relative à la prise en charge des personnes détenues en unité dédiée, op. cit.

¹⁴³⁵ Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de prise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, op. cit.

¹⁴³⁶ À titre d'illustration de ce pouvoir de différenciation, soulignons de nouveau deux régimes différenciés de détention. D'une part, un quartier pour « détenus difficiles » a été institué dans le centre pénitentiaire de Maubeuge, dans lequel sont placés les personnes « considérées comme inadaptées à la vie en collectivité » : COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 4 au 18 décembre 2019*, op. cit., p. 41. L'institution du Conseil de l'Europe a relevé à cet égard que la majorité des placements dans ce secteur de centre de détention fonctionnant en portes fermées résultaient d'un « processus infra-disciplinaire » : *ibid.* D'autre part, le Comité relève dans le centre pénitentiaire de Vendin-le-Vieil la mise en place d'une « unité de prise en charge spécifique », au sein d'un des quartiers maison centrale de l'établissement, pour isoler certains détenus en dehors de la procédure prévue par le Code de procédure pénale. « Au moment de la visite, six personnes y étaient placées. L'établissement avait mis en place un règlement propre à cette unité et il existait une procédure de placement qui prévoyait un réexamen mensuel de la mesure. Le régime était très sécuritaire, se rapprochant de celui appliqué à l'isolement administratif ou disciplinaire, avec des ouvertures de porte par plusieurs agents et un gradé, l'interdiction de certains objets (notamment de chaîne hi-fi) et une quasi-impossibilité d'être en contact avec d'autres personnes détenues. [...] Comme dans la situation constatée au centre pénitentiaire de Maubeuge, le placement dans cette unité relevait d'un processus infra-disciplinaire. » : *ibid.*

ordinaires, chacun des ensembles de modalités déterminant pour une personne ses conditions d'exécution repose sur un fondement fragmenté en autant de morceaux que d'éléments constitutifs du régime de détention. Qu'il s'agisse ou non de modalités d'exécution prévues par le droit pénitentiaire, les modalités relevant du régime de détention sont toujours fondées sur une décision administrative unilatérale¹⁴³⁷. Même les modalités générales des régimes des différentes structures pénitentiaires, définies par l'annexe de l'article R. 57-6-18 du code de procédure pénale, doivent être reprises dans le règlement intérieur de l'établissement, donc par un acte réglementaire de l'administration locale. En second, l'absence d'appréhension juridique des régimes s'érige en obstacle à la prise en compte des conditions de détention de manière générale, c'est-à-dire en tant que produit de la combinaison des modalités composant le régime. L'appréhension juridique d'un régime de détention ne peut dès lors passer que par les différentes modalités d'exécution prises indépendamment les unes des autres, sans égard pour leur cumul et leur articulation. Le régime juridique des régimes ordinaires est finalement réductible à la somme des régimes des différentes modalités qui le composent et n'est justiciable que par l'intermédiaire du recours en annulation lorsque celui-ci est ouvert.

Au-delà des spécificités prévues par le droit pénitentiaire, le régime de détention ne relève ainsi que de l'encadrement de l'action de l'administration dans le cadre de sa mission de service public et de police administrative¹⁴³⁸. Il découle de cette situation que, dans la limite des prescriptions impératives du régime pénitentiaire et de l'ordonnancement juridique, les conditions d'exécution de la peine sont largement à la discrétion de l'administration pour les régimes ordinaires. Par nature, il en est différemment pour les régimes spéciaux.

271 Les régimes spéciaux. Les régimes spéciaux de détention sont ceux qui ne sont pas fondés sur le principe général de différenciation des régimes de détention de l'article 717-1 du code de procédure pénale. En raison de leur spécificité, les combinaisons des modalités d'exécution composant ces régimes sont déterminées par le droit pénitentiaire. D'un côté, le régime de la semi-liberté, du placement à l'extérieur et de la détention à domicile sous surveillance électronique relèvent de la loi, en raison du fait qu'il procède à l'élargissement de

¹⁴³⁷ La distinction entre les modalités prévues par le droit pénitentiaire et celles issues des pratiques n'emporte pas d'effet sur le fondement de la modalité. En revanche, les modalités dont disposent le droit pénitentiaire pourront relever de procédures ou de critères particuliers, comme c'est le cas pour l'inscription sur le répertoire des détenus particulièrement signalés.

¹⁴³⁸ Sur le pouvoir de police du chef d'établissement et des exemples récents de contentieux sur les décisions fondées sur ce qu'un auteur nomme « une police du (bon) fonctionnement du service public » v. : NIQUÈGE Sylvain, « Droit pénitentiaire II », *RPDP*, n° 3, 2018, p. 629-637.

la personne condamnée. De l'autre, le « régime de détention à l'isolement¹⁴³⁹ », le régime de la cellule disciplinaire, ainsi que ceux des « quartiers de prise en charge de la radicalisation¹⁴⁴⁰ » et des « unités pour détenus violents¹⁴⁴¹ » sont prévus par la partie réglementaire du code, du fait des restrictions particulières à l'exercice des droits reconnus aux détenus qu'ils déterminent. Ces régimes n'échappent pas pour autant à la rationalité pénitentiaire. Ces combinaisons de modalités d'exécution ne sont ni exhaustives – le régime de la semi-liberté pourra par exemple dans son volet carcéral être complété par l'administration – ni exclusives de toute autre modalité d'exécution, notamment *rationae personae*. En outre, la rationalité pénitentiaire est toujours prégnante dans l'affectation de la personne à ces régimes, au travers des critères d'octroi ou de prononcé de la sanction. Le paradigme pénitentiaire détermine en conséquence également ces régimes de détention, malgré qu'ils se caractérisent également par des régimes juridiques spéciaux.

Au-delà du fondement juridique dont disposent les régimes spéciaux, leur substance et leur procédure d'octroi les distinguent des régimes ordinaires. D'abord, ces régimes spécialisés se caractérisent par le produit de la combinaison des modalités d'exécution qui les constituent. La mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur et la surveillance électronique se démarquent par leur nature hybride. Elles sont à la fois des mesures d'individualisation judiciaires, procédant à la libération de la personne, et des régimes de détention, du fait que la personne demeure inscrite au registre d'écrou, assujettie au règlement intérieur de la prison dont elle relève et surveillée par des personnels pénitentiaires. Quant aux régimes spéciaux ne relevant que de l'autorité administrative, la spécialisation des conditions de détention qu'ils déterminent se caractérise essentiellement par l'organisation de l'isolement du détenu à des fins disciplinaires¹⁴⁴², par « mesure de protection ou de sécurité¹⁴⁴³ » ou en vue du « maintien du bon ordre de l'établissement [et de] la sécurité publique¹⁴⁴⁴ ». Dès lors, la spécificité de ces modalités d'exécution a justifié la mise en œuvre de procédures spécialisées d'octroi et d'affectation¹⁴⁴⁵. Élargissant le condamné, les mesures d'exécution des peines ne peuvent être octroyées que par les juridictions de l'application des peines. Concernant le volet administratif des régimes spéciaux, le pouvoir réglementaire a également

¹⁴³⁹ « Sous-section 1 Du régime de détention à l'isolement » : art. R. 57-7-62 et s. du CPP.

¹⁴⁴⁰ Art. R. 57-7-84-13 et s. du CPP.

¹⁴⁴¹ Art. R. 57-7-84-1 et s. du CPP.

¹⁴⁴² Sur les modalités d'exécution du régime de la cellule disciplinaire v. : art. R. 57-7-43 et s. du CPP.

¹⁴⁴³ Al. 1, art. 726-1 du CPP. Sur les modalités du régime de l'isolement v. : art. R. 57-7-62 et s. du CPP.

¹⁴⁴⁴ Al. 1, 726-2 du CPP.

¹⁴⁴⁵ Sur la procédure d'orientation et les décisions d'affectation des personnes condamnées pour les régimes ordinaires v. : art. D. 74 et s. du CPP ; *infra* n° 324 et s.

prévu des modalités spécifiques d'affectation. Bien que les garanties du procès équitable ne soient pas applicables à ces décisions administratives, la teneur des régimes de détention organisant des conditions de détention très sévères a poussé le pouvoir réglementaire à progressivement améliorer les procédures en ce domaine. Elle sont à ce titre désormais contradictoires et permettent à la personne de bénéficier de l'assistance d'un avocat¹⁴⁴⁶. Ainsi en raison de leur nature, qui détermine un fondement et un régime juridique distincts des régimes ordinaires, les régimes spéciaux se différencient des régimes spécifiques (2).

2. L'omniprésence de régimes spécifiques

272 Une multitude de régimes ordinaires. À un régime de détention unique qui correspondrait au mode d'exécution carcéral de la peine privative de liberté est substituée une multitude de régimes destinés à multiplier les formes de l'emprisonnement. Si cette multiplicité des conditions de détention est bien entendue alimentée par les régimes spéciaux, l'essentiel de la diversité des régimes de détention réside néanmoins dans la multitude des régimes ordinaires. Ces derniers ne sont jamais des régimes spéciaux, peu importe leur degré d'adaptation aux caractéristiques de la population pénale accueillie, mais ils sont toujours des régimes spécifiques. L'éventail des régimes de détention différenciés est en effet avant tout marqué par l'inexistence d'un régime de droit commun et, corrélativement, l'inexistence de régimes dérogatoires.

273 L'inexistence d'un régime de droit commun. Régie par le principe de différenciation, la multitude des régimes ordinaires, composés à partir du réseau des modalités d'exécution, n'est pas structurée par la dichotomie du droit commun et du droit dérogatoire. Il n'existe pas de partage entre des régimes qui s'appliqueraient par principe à tous et d'autres par exception, réservés à certaines catégories de personnes condamnées. Tous les régimes participant à définir la matérialité de la peine sont une combinaison de modalités d'exécution dédiées à une catégorie de population pénale et/ou à un usage. Les régimes ordinaires ne se distinguent pas les uns des autres par le fait que certains sont individualisés et d'autres non. Ils répondent tous du principe de l'individualisation des conditions de détention. La différence entre les régimes réside dans leur spécificité, ils ne peuvent être différenciés que par leurs

¹⁴⁴⁶ Concernant la procédure disciplinaire v. : art. R. 57-7-5 du CPP. Concernant « la procédure de placement à l'isolement sur décision de l'administration » v. : art. R. 57-7-64 et s. du CPP. Concernant l'affectation dans un quartier dit spécifique : al. 1, art. 762-2 du CPP.

éléments constitutifs – pris indépendamment et dans leur combinaison –, c'est-à-dire par l'adaptation du régime à une catégorie de population pénale et/ou à une fonction.

Le dispositif d'exécution ne consacre pas un régime normal, ou un régime ordinaire unique, permettant d'établir un repère à partir duquel penser la spécialisation des régimes. Il n'y a en détention qu'une multitude de régimes spécifiques, aux côtés des quelques régimes spéciaux instaurés par le droit pénitentiaire. Effectivement, le code ne dispose pas d'une affectation de principe qui constituerait un régime commun et auquel les détenus aurait droit en l'absence d'éléments justifiant une autre affectation. La distinction entre les établissements pour peines illustre ce constat : le droit pénitentiaire ne dispose pas que les condamnés dont le reliquat de peine restant à subir est égal ou supérieur à deux ans doivent être de plein droit affectés à un centre de détention avant, si nécessaire, d'être transférés vers une maison centrale¹⁴⁴⁷. Ces deux types de structures sont distincts tout en étant placés sur un pied d'égalité¹⁴⁴⁸. Il en est de même pour les régimes différenciés de détention pour lesquels il n'existe pas d'ordre prédéterminé. Il n'existe donc pas non plus au niveau des secteurs de détention d'affectation de principe en régime dit intermédiaire. À la suite de leur passage au quartier arrivant et évaluation, les détenus peuvent être affectés à n'importe lequel des régimes spécifiques organisés au sein de l'établissement.

La mise en œuvre des régimes différenciés de détention dans les établissements pénitentiaires souligne un troisième obstacle à l'idée d'un régime de droit commun. Il n'existe en dehors des régimes spéciaux aucun régime impératif. Le régime pénitentiaire ne prévoit pas en effet de régime applicable en l'absence de régime de détention individualisé. Le régime dit semi-ouvert, constituant un intermédiaire entre les régimes ouvert et fermé, est un régime ordinaire parmi d'autres, il n'est d'ailleurs pas toujours présent dans les règlements intérieurs. Le droit pénitentiaire ne prescrit et ne décrit aucun régime ordinaire ; l'individualisation pénitentiaire, par définition, ne répond pas d'une rationalité légale. La notion de régime de détention ne renvoie en conséquence à aucune classification des régimes, ni à aucun régime prédéterminé, mais simplement aux multiples combinaisons de modalités d'exécution possibles et permettant de déterminer des conditions de détention différenciées, dans la limite des prescriptions du régime pénitentiaire. Les régimes ordinaires sont en effet spécifiques, non en ce qu'ils seraient distincts du droit commun, mais car il n'existe aucun

¹⁴⁴⁷ Art. D. 81 du CPP. Sur l'affectation des personnes condamnées v. : *infra* n° 305 et s.

¹⁴⁴⁸ En revanche, la procédure d'orientation et d'affectation ne sera pas nécessairement identique, l'article D. 80 du CPP dispose notamment d'une compétence d'attribution pour l'affectation en maison centrale pour le ministère de la Justice.

régime non individualisé où les détenus seraient affectées par principe. Corrélativement, le dispositif d'exécution se caractérise par l'inexistence de régimes dérogatoires.

274 L'inexistence de régimes dérogatoires. Ordonné à l'individualisation, le dispositif d'exécution fait de la spécificité des conditions de détention le critère de la qualification d'ordinaire d'un régime de détention. Il n'existe pas à ce titre de classification exhaustive des régimes. Le réseau des modalités d'exécution offre de nombreuses combinaisons possibles permettant l'adaptation des conditions d'exécution aux fonctions de l'institution. Il peut s'agir notamment de laisser une autonomie importante aux détenus d'un secteur, combinée et conditionnée à leur participation à un programme de prévention de la récidive. Que ce soit au niveau local ou national, l'administration est libre d'expérimenter et d'élaborer de nouveaux régimes de détention. L'unique limite à son pouvoir discrétionnaire est le respect du régime pénitentiaire définissant le cadre de la condition de la personne en détention.

Les régimes de détention différenciés sont fondés sur l'article 717-1 du code de procédure pénale, qui dispose de l'intégration du paradigme pénitentiaire et du « principe de la différenciation des régimes¹⁴⁴⁹ ». Les régimes ordinaires trouvent donc tous leur fondement dans le régime pénitentiaire et doivent, à cet égard, respecter l'ordonnancement normatif sur lequel est structuré le dispositif d'exécution. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration de créer et modifier les régimes de détention est fondé et circonscrit par le régime pénitentiaire. L'administration ne peut dès lors dans la détermination des conditions de détention déroger aux modalités relevant de ce dernier. Un régime de détention présentant d'importantes spécificités ne peut être qualifié de dérogatoire, en ce que la différenciation des régimes est au fondement de leur élaboration d'une part, et car une dérogation aux dispositions du droit pénitentiaire serait nécessairement fondée sur un acte entaché d'illégalité d'autre part, en raison de l'incompétence de son auteur¹⁴⁵⁰. Les dispositions impératives du régime pénitentiaire sont en effet prévues soit par la loi, soit par des décrets qui s'imposent toujours aux autorités administratives chargées de l'individualisation.

Cependant, ces limites à l'individualisation des régimes de détention ne rationalisent guère l'exercice du pouvoir de punir de l'État. Le régime pénitentiaire ne dispose pas précisément de la condition des personnes détenues et abandonne largement à la discrétion de

¹⁴⁴⁹ FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, op. cit., §991.

¹⁴⁵⁰ Pour un exemple d'individualisation des conditions de détention par un acte entaché d'illégalité, en raison de l'incompétence de l'autorité émettrice v : note n° 1398. En l'espèce, le ministère de la justice avait empiété sur les dispositions impératives du régime pénitentiaire, dont font partie les règles relatives à l'affectation des personnes condamnées, pour créer un régime de détention individualisé pour les détenus particulièrement dangereux, composé notamment de rotations de sécurité.

l'administration l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, y compris concernant l'exercice des droits qui entre dans le champ du paradigme pénitentiaire. Le régime pénitentiaire admet en effet qu'il soit modulé en fonction de critères fondés sur des notions juridiques comme la personnalité¹⁴⁵¹. Rares sont finalement les prescriptions impératives ne pouvant être ignorées ou modulées. La politique pénitentiaire, illustrée par la diversification des modalités d'exécution, a d'ailleurs montré à quel point la dangerosité et le risque de récidive ont pu transformer la forme de l'acte de punir. En raison du principe de différenciation, les régimes de détention sont tous caractérisés par leurs spécificités et laissés en grande partie à la discrétion de l'administration, de sorte que les pratiques punitives ne soient plus guère déterminées par le législateur. En conséquence, la mise à distance de la peine et de l'acte de punir fait de la combinaison des modalités d'exécution un produit de la politique pénitentiaire (B).

B. Un produit de la politique pénitentiaire

275 Le fruit d'une politique polarisée. Subordonnée à la pratique de l'administration, la détermination des conditions de détention est gouvernée par la politique pénitentiaire. Cet ensemble de discours constitue la courroie de transmission entre le pouvoir politique et les pratiques de l'institution. Retracer ses orientations contemporaines peut dès lors nous permettre d'analyser les conséquences de l'intensification de l'individualisation sur les conditions de détention et la condition du sujet durant l'exécution de sa peine. Intimement liée à la dimension prospective de la peine, la différenciation des régimes poursuit deux objectifs antagonistes, symboles de la polarisation de la politique pénitentiaire, que sont la normalisation (1) et la neutralisation des personnes condamnées (2).

1. La normalisation des personnes condamnées

276 Les personnes considérées amendables. La combinaison des modalités composant le régime de détention peut toujours être appréhendée par l'articulation de deux volets en interaction. Le premier est sécuritaire et détermine avant toute chose l'espace dans lequel le détenu peut se déplacer librement et entretenir des liens sociaux. Le second concerne le traitement et définit la pratique mise en œuvre pour rechercher l'effectivité de la peine en ses

¹⁴⁵¹ Sur la notion de personnalité v. : *infra* n° 484 et s.

finalités prospectives. Or, si l'objectif est dorénavant la normalisation du sujet, en vue de l'apprentissage d'un comportement considéré responsable, alors l'ensemble des modalités d'exécution doivent être articulées dans le but de produire une telle pratique subjectivante¹⁴⁵². Concernant les détenus considérés susceptibles d'adhérer à l'injonction qui leur ait faite de se transformer, les modalités d'exécution tendront alors à définir un régime caractérisé par la revalorisation du capital de liberté¹⁴⁵³, au service de la probation des personnes condamnées.

277 La revalorisation du capital de liberté. Si la peine de prison n'est sans doute jamais réduite à la privation de liberté, elle demeure avant toute chose une prise de corps. En cela, la peine privative de liberté se caractérise par des prescriptions spatio-temporelles modulées par les différents régimes d'exécution de la peine. Chaque régime de détention détermine, par l'intermédiaire de ses modalités d'exécution, un capital spatial pour l'individu, c'est-à-dire la somme des interactions possibles avec et dans l'espace et, particulièrement, la capacité de se placer et de se déplacer librement au sein de la détention. D'un régime à l'autre, la faculté des détenus à se déplacer dans le territoire de la détention peut grandement varier. Une personne à l'isolement ne pourra jamais se placer librement qu'au sein de sa cellule. En revanche, dans le régime de responsabilité des quartiers centre de détention du centre pénitentiaire Sud francilien, « chaque personne détenue est libre de ses mouvements au sein de son aile d'hébergement¹⁴⁵⁴ ». Aux heures d'ouverture, elles peuvent en outre accéder librement à la cour de promenade, à l'office, à la laverie et au téléphone de la salle de convivialité¹⁴⁵⁵. Ainsi, il est octroyé, aux « détenus qui ont une autonomie suffisante et qui peuvent être mis en position de responsabilité et de confiance¹⁴⁵⁶ », une liberté de circulation plus importante au sein de la détention. Cette revalorisation du capital spatial des personnes condamnées, au-delà de faciliter la garde des détenus et le fonctionnement de l'établissement pénitentiaire, a pour conséquence de déterminer à son tour un capital de sociabilité revalorisé.

Par capital de sociabilité, nous désignons l'ensemble des interactions sociales possibles pour une personne assujettie, que ce soit avec d'autres détenus, avec les différents

¹⁴⁵² Évidemment, les discours de politique pénale ne sont pas des discours performatifs, ce n'est pas parce que l'objectif est la prévention de la récidive que l'objectif sera atteint. Toutefois, les discours de politique pénale emportent des modifications dans les instruments et les pratiques du dispositif d'exécution qui, peu importe l'effectivité des politiques publiques, impactent les conditions d'exécution de la peine et la condition de la personne en détention. Il s'agit pour nous d'étudier les conséquences de l'intensification de l'individualisation, et non de rechercher si la peine poursuit et atteint effectivement les finalités qui lui sont attribuées.

¹⁴⁵³ Sur le capital de liberté et ses composantes v. : *supra* n° 194.

¹⁴⁵⁴ Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud Francilien, *op. cit.*, p. 113.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 114.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 106.

personnels pénitentiaires ou encore avec des personnes extérieures à l'établissement. Nécessairement, ce capital est en grande partie déterminé par le capital spatial. L'isolement de la personne consiste ainsi avant tout en une réduction drastique de ce dernier. Le souhait de revaloriser la liberté de déplacement de certaines personnes, dans le cadre de régimes de détention caractérisés par la recherche d'autonomie de la population pénale, revient alors également à souhaiter diminuer la maîtrise de leur sociabilité. « Le but est ici de permettre aux détenus qui en démontrent la capacité à vivre une détention responsabilisant et donc d'être moins encadrés, plus autonomes et ce afin d'amoindrir l'écart qui existe entre vie en détention et vie libre pour préparer au mieux leur sortie¹⁴⁵⁷. » Il s'agit en effet pour les personnes considérées les plus réceptives au traitement, et présentant une faible dangerosité pénitentiaire, d'organiser des régimes de détention à même de réduire l'écart entre la vie en milieu fermé et en milieu ouvert, afin de poursuivre une politique de réduction du risque de récidive, en organisant la probation des personnes condamnées au sein des murs.

278 La probation des personnes condamnées. Traditionnellement, la vie en détention est principalement régie par le règlement intérieur et les fautes disciplinaires¹⁴⁵⁸. À cet égard, l'essentiel des prescriptions consistent en des interdictions, comme le fait de « refuser de se soumettre à une mesure de sécurité [...] ou refuser d'obtempérer immédiatement aux injonctions du personnel de l'établissement¹⁴⁵⁹ ». Cependant, la diversification des modalités d'exécution a donné lieu à l'apparition d'obligations, sans lien avec le bon ordre de la détention ou la sécurité pénitentiaire¹⁴⁶⁰, en contrepartie de la revalorisation du capital de liberté des détenus. Le respect du règlement intérieur n'est en effet plus une garantie suffisante pour établir sa bonne conduite, car « l'affectation dans un régime de détention n'est jamais considérée comme acquise. La personne détenue doit donc, si elle souhaite rester en régime de responsabilité, faire preuve d'une mobilisation constante s'agissant des critères cités ci-dessus et des objectifs qui lui sont personnellement fixés¹⁴⁶¹. » Il peut s'agir de « son investissement dans la préparation de sa sortie » ou de « sa prise en charge personnelle à travers un suivi psychologique ou médical », mais surtout de son attitude face aux « objectifs individuels [...] fixés initialement par la [commission pluridisciplinaire unique] dans son

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*

¹⁴⁵⁸ Sur le règlement intérieur type des établissements pénitentiaires v. : art. 728 du CPP ; art. R. 57-6-18 et s. du CPP. Sur les fautes disciplinaires v. : art. 726 du CPP ; art. R. 57-7-1 et s. du CPP ; *infra* n° 375.

¹⁴⁵⁹ 1°, art. R. 57-7-2 du CPP.

¹⁴⁶⁰ Sur l'exigence d'adhésion à la teneur de la prise en charge pénitentiaire v. : *infra* n° 345 ; 548 et s.

¹⁴⁶¹ Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud francilien, *op. cit.*, p. 111.

volet « arrivants » à la fin de la période d'accueil, en se fondant sur le dossier de l'intéressé et sur l'observation pluridisciplinaire qui aura été réalisée¹⁴⁶² ». Le détenu doit en conséquence respecter de nouvelles prescriptions, afin de démontrer son adhésion au traitement et sa capacité à agir conformément au comportement positif attendu de la population pénale. On retrouve dès lors la rationalité probatoire du milieu ouvert¹⁴⁶³, puisque les détenus doivent continuellement prouver leur capacité à vivre dans un régime où les modalités d'exécution octroient un capital de liberté important¹⁴⁶⁴.

Cette injonction à « agir en personne responsable¹⁴⁶⁵ » se trouve au centre de l'organisation du traitement pénitentiaire. Non seulement la personne est assujettie au respect de l'ordre public et du règlement intérieur, mais elle doit adopter le comportement social désiré par l'administration, considéré normal et responsable. Il est dorénavant intimé au sujet de participer activement à l'exécution de sa peine et d'intégrer les termes du calcul rationnel, afin d'adopter une attitude pro-sociale et réduire son risque de récidive. Sur ce point, milieux ouvert et fermé se rejoignent dorénavant au travers de l'élaboration d'un « *continuum* pénal hybride¹⁴⁶⁶ » construit notamment grâce à l'assouplissement de certains régimes de détention, destinés aux personnes considérées comme étant ou pouvant être autonomes et responsables. Néanmoins, les régimes de détention sont orientés en direction de deux pôles, structurant leur différenciation. Nous retrouvons ainsi, en opposition à la pratique de la normalisation, la poursuite de la neutralisation des personnes condamnées (2).

2. La neutralisation des personnes condamnées

279 Les personnes considérées incorrigibles. En opposition à la figure du délinquant amendable, nous retrouvons celle du criminel « incorrigible¹⁴⁶⁷ », qui ne serait pas capable de s'amender et dont la peine ne devrait constituer qu'une mesure de sûreté destinée à le retrancher de la société. Au-delà du risque de récidive, ce sont la dangerosité pénitentiaire et la faible capacité d'adhésion au traitement qui constituent les caractéristiques de cette figure discursive, dont la qualification est fortement influencée par l'infraction commise, ainsi que

¹⁴⁶² *Ibid.*, p. 110.

¹⁴⁶³ Sur la rationalité probatoire de la modulation judiciaire v. : *supra* n° 191 et s.

¹⁴⁶⁴ Concernant par exemple le passage du régime encadré au régime de responsabilité au centre pénitentiaire Sud francilien : « Le maintien du déplacement en régime de responsabilité peut alors être conditionné à l'atteinte d'objectifs fixés par paliers et en lien avec son profil. » : *ibid.*, p. 106.

¹⁴⁶⁵ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁴⁶⁶ LARMINAT DE Xavier, « Un *continuum* pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation », *op. cit.*

¹⁴⁶⁷ « incorrigibles » : SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, *op. cit.*, p. 251.

les antécédents judiciaires et pénitentiaires. Les combinaisons de modalités d'exécution destinées à prendre en charge ces détenus tendent à la dévalorisation du capital de liberté et ne recherchent que l'organisation de la réclusion des personnes condamnées.

280 La dévalorisation du capital de liberté. Les régimes de détention, destinés aux personnes détenues disqualifiées par le résultat de leur évaluation, se caractérisent par des combinaisons de modalités d'exécution tendant à reproduire les conditions de détention du régime de la mise à l'isolement. La poursuite de l'ambition de l'administration de reproduire les établissements et quartiers de plus grande sécurité a débouché, avant leur consécration en tant que régimes spéciaux, sur l'élaboration de régime d'isolement ordinaire, c'est-à-dire sur l'instauration de régimes de détention différenciés, à la fois spécifiques et ordinaires, présentant l'ensemble des caractéristiques du régime de la mise à l'isolement. La mise en perspective des modalités composant les régimes de détention les plus sévères avec le régime spécial de l'isolement met en exergue une différence avant tout de nature, démontrant l'ampleur de la libéralisation des conditions d'exécution.

Après nos développements sur la différenciation *de facto* des structures et sur les régimes de détention dédiés¹⁴⁶⁸, illustrons derechef notre propos avec le régime du quartier d'évaluation de la radicalisation de l'établissement pénitentiaire du Val-d'Oise¹⁴⁶⁹. Dans ce secteur, les personnes sont seules en cellule, elles font l'objet de fouilles fréquentes et minutieuses de leur cellule, la possibilité d'un régime de fouilles intégrales individualisées et systématiques est expressément mentionnée, les mouvements sont systématiquement individuels et accompagnés par plusieurs surveillants, les activités socio-éducatives ne sont possibles que dans le quartier et limités à six personnes, l'accès à la salle de sport est individuel, les personnes affectées effectuent leur promenade dans une cour dédiée et par groupe de cinq personnes maximum, l'accès au culte est individuel, *etc.* Les modalités d'exécution constituant ce régime sont particulièrement strictes et déterminent un capital spatial et de sociabilité similaire au régime de l'isolement. Abstraction faite de l'objet du quartier dédié à l'évaluation, l'unique différence tient à ce que les activités et promenades ne sont organisées en groupe dans le cadre du régime de l'isolement que sur autorisation du chef d'établissement et dans la mesure du possible¹⁴⁷⁰. C'était donc avant tout la nature du régime,

¹⁴⁶⁸ Sur la différenciation *de facto* des structures v. : *supra* n° 255. Sur les régimes de détention dédiés v. : *supra* n° 258.

¹⁴⁶⁹ Règlement intérieur du Quartier d'évaluation de la radicalisation de la Maison d'arrêt du Val d'Oise, DISP de Paris, 5 juin 2019, 22 p.

¹⁴⁷⁰ Al. 3 et 4, art. R. 57-7-62 du CPP.

et les garanties attachées à celle-ci, qui distinguait la condition des personnes placées à l'isolement de celles affectées aux régimes différenciés les plus sévères¹⁴⁷¹. Ces quartiers constituent en définitive une solution de substitution à la mise à l'isolement, plus flexibles et permettant un usage généralisé de cette pratique, notamment pour les personnes radicalisées considérées comme « les profils les plus violents et les plus dangereux¹⁴⁷² ».

Comme nous l'avons déjà évoqué, ces combinaisons de modalités d'exécution ont depuis été consacrées sous la forme de régimes spéciaux¹⁴⁷³. Si leur intégration à l'ordonnancement normatif est remarquable, notamment en ce qu'elle a permis l'instauration d'une procédure d'affectation spéciale assurant des garanties de forme, elle est également inquiétante. Elle s'analyse effectivement avant tout, d'un côté, comme l'enregistrement par le pouvoir réglementaire du produit de l'individualisation administrative, et de l'autre, comme une autorisation spéciale d'individualisation pour l'administration pénitentiaire. L'octroi d'une légitimité formelle au renouveau des quartiers de haute sécurité intervient en effet, d'une part, sans aucune modification substantielle de ces régimes, et d'autre part, sans que ces derniers ne soient entièrement déterminés (notamment les mesures de sécurité renforcée applicables), abandonnant ainsi toujours largement la différenciation de l'acte de punir à la rationalité pénitentiaire et pérennisant la réclusion des personnes condamnées.

281 La réclusion des personnes condamnées. L'obsession de la politique pénitentiaire pour le renforcement des mesures de sécurité à l'encontre des personnes dont l'évaluation démontre une dangerosité pénitentiaire, et/ou une attitude réfractaire au fonctionnement du dispositif d'exécution, a conduit à l'instauration de régimes aménageant la réclusion des condamnés. Tous les détenus vivent enfermés et à l'écart du reste de la société. Mais ces régimes organisent le retranchement drastique de ces personnes du reste de la population pénale, en raison de la poursuite d'un objectif d'étanchéité, et réduisent à l'excès leur capital de liberté afin de modifier radicalement leur condition dans le champ pénitentiaire¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷¹ D'ailleurs, plusieurs mentions sont identiques entre les deux régimes et l'administration, prudente, précise expressément que « l'affectation au quartier d'évaluation n'est pas une mesure d'isolement » : Règlement intérieur du Quartier d'évaluation de la radicalisation de la Maison d'arrêt du Val d'Oise, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁷² URVOAS Jean-Jacques, *Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁴⁷³ Art. R. 57-7-84-1 et s. ; art. R. 57-7-84-13 et s. du CPP.

¹⁴⁷⁴ Au demeurant, « dès 1978, la Cour considère que le placement de certains détenus sous un régime spécial ne constitue pas en soi un traitement inhumain ou dégradant » : FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, *op. cit.*, §1001. L'« exclusion d'un détenu de la collectivité carcérale ne constitue pas en elle-même une forme de traitement inhumain. Dans de nombreux États parties à la Convention existent des régimes de plus grande sécurité à l'égard des détenus dangereux. Destinés à prévenir les risques d'évasion, d'agression ou de perturbation de la collectivité des détenus, ces régimes ont comme base la mise à l'écart de la

Cette condition des personnes condamnées, dans les régimes caractérisés par la recherche d'une surveillance et d'un contrôle total sur la population accueillie, est légitimée par l'évolution concomitante de la conception du sujet. De manière générale, le sujet au sein du dispositif d'exécution est aujourd'hui de plus en plus appréhendé par l'intermédiaire des facteurs de risque évalués et caractérisant sa personnalité et sa situation. Concernant les personnes considérées comme particulièrement dangereuses et, plus généralement, appartenant au grand banditisme et ayant commis des actes de terrorisme, l'intensité de la réduction de la prise en compte de l'altérité dans l'appréhension du sujet tend à s'aggraver en raison de l'importance dans l'évaluation de ces personnes de la place des infractions commises. La dangerosité pénitentiaire semble en effet souvent déduite de l'infraction commise, de sorte à instaurer une présomption quasi-irréfragable entraînant des conditions de détention drastiques et un fort affaiblissement des chances d'obtenir un élargissement de l'établissement pénitentiaire. Les conséquences de l'intensification de l'individualisation dans la poursuite de la « neutralisation¹⁴⁷⁵ » de ces personnes semblent confirmer l'intuition d'une réduction du sujet à un individu dangereux, caractérisé par son évaluation et, sur ce fondement, assujetti à des conditions de détention et d'exercice de ses droits particulièrement draconiennes. Nous percevons dès lors clairement que l'intégration du paradigme pénitentiaire au dispositif d'exécution permet à la politique pénitentiaire de modifier, en lieu et place du régime pénitentiaire, la substance de la peine privative de liberté, c'est-à-dire la matérialité de l'acte de punir fondée pourtant sur une condamnation pénale.

L'individualisation des régimes de détention traduit la poursuite de l'effectivité de l'acte de punir. Pareillement dans les deux pôles de la politique pénitentiaire, l'accroissement de la prise en compte des caractéristiques des individus se traduit par l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. La normalisation et la neutralisation des personnes soulignent l'intensification du pouvoir de punir, permise par la réduction de la place du sujet dans le dispositif d'exécution. Par l'omniprésence du paradigme pénitentiaire, ce dernier est de plus en plus réifié par le résultat des évaluations, soulignant une dangerosité

communauté pénitentiaire accompagnée d'un renforcement des contrôles » : Commission européenne des droits de l'Homme, 8 juillet 1978, *Ensslin, baader et Raspe c. République fédérale d'Allemagne*, n° 7572/76, 7586/76, 7587/76. La Cour recommande toutefois aux États de ne recourir à ces régimes que « de manière exceptionnelle et avec beaucoup de précautions » : CEDH, 18 mars 2014, *Öcalan c. Turquie* (n° 2), n° 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07. En outre, si l'existence de ce type de régime peut en soi emporter une violation de l'article 3 de la Convention, les conditions d'exécution produites par ces régimes peuvent constituer un traitement inhumain ou dégradant. Sur ce point v. : CEDH, 9 juillet 2009, *Khider c. France*, n° 39364/05, préc. ; CEDH, 20 janvier 2011, *Payet c. France*, n° 19606/08, préc.

¹⁴⁷⁵ BRIE GUILLAUME, RAMBOURG Cécile, « Le traitement de la radicalisation par la prison », *RPDP*, n° 1, 2018, p. 49.

et attribuant des risques de récidive, limitant ainsi l'appréhension des personnes aux caractéristiques de la catégorie de population pénale par laquelle elles sont qualifiées. Leur condition dans le dispositif est dès lors le résultat de la combinaison de modalités d'exécution, issue essentiellement des procédés d'individualisation relevant de la rationalité pénitentiaire, et non plus d'un statut relevant largement du régime pénitentiaire et d'une rationalité légale.

*

282 Une composition à l'origine des conditions d'exécution. Le régime de détention est une combinaison de différentes modalités d'exécution déterminant les conditions de détention d'une personne. Cette conceptualisation du régime de détention, à partir de l'articulation de ses éléments constitutifs, est essentielle à l'appréhension de la mutabilité des conditions d'exécution et de la labilité de la condition des détenus au cours de l'acte de punir. Les différents régimes de détention ordinaires ne sont en effet que le produit de la pratique d'individualisation de l'administration, régie par la rationalité pénitentiaire. Il ressort de ce constat qu'il n'existe pas de régime de droit commun, mais seulement une multitude de régimes spécifiques. La condition des personnes condamnées et la matérialité de l'acte de punir relèvent dès lors principalement, malgré les dispositions du régime pénitentiaire, de l'administration et de la politique pénitentiaire, illustrant ainsi les conséquences de la libéralisation des conditions d'exécution.

**

283 La différenciation des conditions de l'assujettissement. La définition et l'usage du réseau de modalités d'exécution carcérales permettent tant de compléter le régime d'exécution de la peine, partiellement indéterminé par le régime pénitentiaire, que de différencier les conditions d'exécution en fonction des caractéristiques de l'individu. La diversification des modalités d'exécution et la combinaison de celles-ci sont à ce titre les deux moyens d'individualisation des régimes de détention entre les mains de l'administration. Ce sont également les deux biais au travers desquels le dispositif d'exécution peut indexer la matérialité de l'acte de punir sur la rationalité pénitentiaire, pour intensifier la constitution corrélative du sujet et de sa peine. Ainsi, l'évolution de la dialectique entre la peine et l'acte de punir, caractérisée par l'articulation du régime pénitentiaire et du régime de détention dans la détermination des conditions d'exécution, a permis la marginalisation de la rationalité pénale et, par extension, l'atténuation de la portée des principes du droit pénal moderne.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

284 La détermination administrative de la matérialité de l'acte de punir. Premier temps de l'étude de la précarisation de la dichotomie entre les actes de juger et de punir dans le volet carcéral du processus d'individualisation, l'analyse statique des usages des modalités d'exécution met en exergue le rôle du régime de détention dans la libéralisation des conditions d'exécution de la peine, responsable de l'atténuation de la portée des principes du droit pénal moderne. Désignant la composante du régime d'exécution complétant le régime pénitentiaire, le régime de détention détermine, sur le fondement de la rationalité pénitentiaire, les conditions de détention adaptées aux différentes catégories de population pénale. L'observation de la diversification des modalités d'exécution et l'intensification de leurs usages, pour indexer largement les conditions d'exécution sur les caractéristiques des individus, démontrent à ce titre la marginalisation grandissante de la rationalité légale dans la détermination des conditions d'exécution, au détriment de la portée des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État. L'imposition de la rationalité punitive contemporaine, recherchant une meilleure efficacité de la peine par l'intensification de la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine, détermine un lien de plus en plus ténu entre l'acte de punir et la condamnation. Cette libéralisation des conditions d'exécution a été rendue possible par l'intégration du paradigme pénitentiaire au dispositif d'exécution, ayant profondément transformé la dialectique entre la peine et l'acte de punir. Illustré par l'autonomisation de la notion de régime de détention, ce nouveau mode d'élaboration de l'acte de punir aménage une participation conséquente de l'administration à la détermination de la matérialité de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, sans que celle-ci ne soit pour autant strictement encadrée par le régime pénitentiaire et la rationalité légale.

In fine, l'individualisation est la pratique de différenciation de l'acte de punir permettant à l'administration la poursuite de l'acte de juger selon une rationalité pénitentiaire. Au travers de l'adaptation du régime d'exécution aux différentes catégories de population pénale, l'autorité administrative détermine les pratiques punitives auxquelles donne lieu la condamnation. Ce dernier ne correspond néanmoins aux conditions d'exécution que d'une étape de l'acte de punir. Dès lors, il convient de poursuivre l'étude du processus d'individualisation d'un point de vue dynamique, par l'analyse de la différenciation du parcours d'exécution de la peine (Chapitre 2) par les usages des modalités d'exécution carcérales.

CHAPITRE 2. LA DIFFÉRENCIATION DU PARCOURS D'EXÉCUTION

285 La mutabilité des conditions d'exécution de la peine. L'étude statique des usages des modalités d'exécution carcérales a démontré la prééminence de la rationalité pénitentiaire et le rôle déterminant de l'administration dans la définition du « régime de détention¹⁴⁷⁶ ». Il convient désormais de poursuivre l'appréhension de la libéralisation des conditions d'exécution par l'étude des usages des modalités d'exécution d'un point de vue dynamique, pour connaître du volet carcéral du « processus d'individualisation¹⁴⁷⁷ ». Ce second temps de la vérification de l'inadéquation des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État portera sur la redéfinition du régime de détention tout au long de l'exécution de la peine. Il faut effectivement considérer que la labilité de la condition de la personne condamnée en détention est aggravée par la mutabilité des conditions d'exécution de la peine. L'acte de punir prend en effet la forme d'une succession de régimes d'exécution, déterminée par de multiples décisions administratives modifiant la combinaison de modalités constituant le régime de détention. Ce sont ainsi les usages des modalités d'exécution dans le temps qui élaborent progressivement l'acte de punir, en définissant le parcours d'exécution de la personne condamnée.

286 La notion de parcours d'exécution de la peine. À l'instar du régime de détention, le « parcours d'exécution de la peine¹⁴⁷⁸ » est une notion consacrée par la loi pénitentiaire. L'article 717-1 du code de procédure pénale dispose qu'un « parcours d'exécution de la peine est élaboré par le chef d'établissement et le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation pour les condamnés, en concertation avec ces derniers, dès que leur condamnation est devenue définitive ». En l'absence de définition législative, il convient de se référer à la partie réglementaire du code pour entrevoir ce que constitue ce parcours. D'une part, l'article D. 88 du Code de procédure pénale indique qu'il « décrit notamment, pour chaque personne détenue condamnée, l'ensemble des actions qu'il est envisagé de mettre en œuvre au cours de sa détention afin de favoriser sa réinsertion ». D'autre part, l'article D. 92 du même code précise que les « modalités de prise en charge de chaque personne détenue sont

¹⁴⁷⁶ Al. 2, art. 717-1 du CPP.

¹⁴⁷⁷ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 279 ; RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *op. cit.*, p. 397. Sur le processus d'individualisation v. : *infra* n° 50.

¹⁴⁷⁸ Al. 1, art. 717-1 du CPP ; art. D. 88 et s. du CPP.

consignées dans le parcours d'exécution de la peine¹⁴⁷⁹ ». Si les deux volets de cette notion (projet et parcours) sont perceptibles grâce à ces indications, impossible de ne pas relever que le droit pénitentiaire esquisse à peine cet objet structurant pourtant la prise en charge pénitentiaire. La doctrine a quant à elle proposé plusieurs définitions¹⁴⁸⁰. Cependant, aucune n'a entrepris de dépasser la description des multiples facettes de cet « instrument d'individualisation¹⁴⁸¹ » de l'acte de punir (« vecteur de l'engagement du condamné en détention¹⁴⁸² », support de l'articulation des pratiques des personnels pénitentiaires, outil d'aide à la décision judiciaire et registre de consignment des modalités de prise en charge).

Afin de mieux comprendre le rôle du parcours dans le dispositif d'exécution, nous souhaitons proposer une conceptualisation de cette notion au travers de deux volets complémentaires¹⁴⁸³. En amont de sa mise en œuvre, le parcours d'exécution est un projet planifiant la prise en charge afin de permettre l'organisation de l'exécution de la peine et l'individualisation du régime d'exécution¹⁴⁸⁴. En aval, il désigne la succession des régimes d'exécution découlant de l'administration de l'acte de punir, enregistrée pour permettre la planification de la prise en charge future. La notion de parcours d'exécution de la peine a pour vocation d'appréhender à la fois le projet d'exécution de la peine et le « parcours de détention¹⁴⁸⁵ » auquel l'acte de punir donne lieu¹⁴⁸⁶. Ainsi, ce dispositif permet d'inscrire l'exécution de la sanction dans un processus d'individualisation, de manière à déterminer un

¹⁴⁷⁹ Art. D. 92 du CPP.

¹⁴⁸⁰ V. not. : « [Le parcours d'exécution de la peine] est conçu et mis en œuvre par les différents services concourant à l'individualisation de la peine. L'accent est mis sur le projet d'exécution de peine (PEP), qui tend à renforcer le travail pluridisciplinaire, et à développer le sens des responsabilités des condamnés. » : BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., §146 ; « Ce concept consiste en un outil d'évaluation et d'orientation des détenus en exécution de moyennes et longues peines avec l'ébauche d'une approche pénitentiaire pluridisciplinaire qui fait intervenir un psychologue dans le suivi de l'individu pour appréhender ses capacités de réadaptation notamment au plan professionnel. » : SENNA Éric, « Le projet de loi pénitentiaire : réforme ou mise en conformité ? », *Gaz. Pal.*, n° 292, 2008, p. 4 ; « processus dynamique, améliorant l'efficacité de l'intervention des différentes parties prenantes à l'exécution des peines et permettant aux condamnés qui le souhaitent de se projeter dans l'avenir de façon plus constructive » : MBANZOULOU Paul, *La réinsertion sociale des détenus : de l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 286.

¹⁴⁸¹ LE MOINE Cathy, *L'individualisation du traitement pénitentiaire dans le cadre du PEP en milieu fermé*, op. cit., p. 6.

¹⁴⁸² DARBÉDA Pierre, « La prison en mutation : projet de loi pénitentiaire, parcours d'exécution de peine et autres innovations », op. cit., p. 638.

¹⁴⁸³ Sur les formes successives de structuration du processus d'individualisation v. : *infra* n° 298-300.

¹⁴⁸⁴ Ce volet est prescrit par les règles pénitentiaires européennes et constitue un élément essentiel du régime des détenus condamnés pour le Conseil de l'Europe : règles 103.1 à 103.8, Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes.

¹⁴⁸⁵ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, op. cit., p. 6.

¹⁴⁸⁶ Cette conceptualisation au travers de deux volets complémentaires correspond à la pratique pénitentiaire, qui use différemment des expressions de projet et de parcours. V. par exemple : « Annexe VII – Projet d'exécution de peine », in Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud Francilien, op. cit., p. 154-155.

pouvoir de punir exercé et légitimé par l'adaptation du régime d'exécution en fonction des caractéristiques des individus. Son étude doit dès lors nous permettre de mener l'analyse des usages des modalités d'exécution dans le temps, indispensable pour comprendre la poursuite de l'élaboration de l'acte de punir par l'autorité administrative et ses conséquences sur la portée de la condamnation.

287 Les deux phases de l'élaboration de l'acte de punir. L'analyse dynamique des usages des modalités d'exécution suivra par conséquent un découpage temporel, correspondant à la fois aux deux phases de l'élaboration de l'acte de punir et aux deux acceptions complémentaires de la notion de parcours d'exécution. L'autorité pénitentiaire doit d'abord organiser l'exécution de la peine en prévoyant les pratiques punitives adaptées à la personne condamnée sur le fondement de son évaluation initiale. Ensuite, l'administration doit diriger l'acte de punir en fonction de l'évolution de la personnalité et du comportement du sujet. De cette façon, le parcours d'exécution de la peine permet de désigner et d'encadrer tant la planification que l'administration de l'acte de punir.

En premier lieu, la notion de parcours d'exécution de la peine renvoie à la programmation de l'évolution des conditions d'exécution, sous la forme d'un projet. Le développement de la planification de l'acte de punir (Section 1) formalise et régit la recherche d'une meilleure efficacité de l'acte de punir par l'adaptation du régime d'exécution. Souvent présentée comme l'expression d'une contractualisation de l'exécution de la peine, l'institutionnalisation du processus d'individualisation a pourtant moins vocation à revaloriser la place du sujet dans le champ pénitentiaire que de connaître de ce dernier en tant qu'objet d'une prise en charge subjectivante à définir.

En second lieu, la notion de parcours d'exécution de la peine vise la succession des régimes d'exécution constituant l'acte de punir, sous la forme d'un parcours de détention. Cette acception autorise l'observation de l'administration de l'acte de punir (Section 2) par les usages des modalités d'exécution, déterminant la différenciation de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation « au fur et à mesure de l'exécution de la peine¹⁴⁸⁷ ». Relevant d'une compétence discrétionnaire, insuffisamment réglementée par le régime pénitentiaire, ces décisions administratives de gestion du « service public pénitentiaire¹⁴⁸⁸ » sont tant le moyen de l'individualisation du parcours d'exécution que celui du contournement des garanties du droit pénal moderne.

¹⁴⁸⁷ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

¹⁴⁸⁸ Art. 2, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

SECTION 1. LA PLANIFICATION DE L'ACTE DE PUNIR

288 L'organisation de la prise en charge. Les pratiques punitives ne découlant plus de l'application de la peine prononcée, le dispositif d'exécution doit planifier l'acte de punir. Cette organisation de la prise en charge pénitentiaire comporte deux volets. Le premier a vocation à structurer la mutabilité des conditions d'exécution, par l'indexation de l'évolution des pratiques punitives sur l'inscription du sujet dans un projet dédié à sa subjectivation. Le second a pour objet de régir la répartition initiale de la population pénale, afin de rationaliser les procédés nécessaires à l'individualisation des conditions d'exécution de la peine. En somme, la planification de la prise en charge à laquelle donne lieu la condamnation repose sur l'instrumentation du processus d'individualisation (§1) et la réglementation de la poursuite de l'acte de juger (§2).

§1. L'INSTRUMENTATION DU PROCESSUS D'INDIVIDUALISATION

289 La structuration de la mutabilité des conditions d'exécution. Le « parcours d'exécution de la peine¹⁴⁸⁹ » est chargé de structurer la mutabilité des conditions d'exécution, en inscrivant leur évolution dans le cadre d'un « projet¹⁴⁹⁰ ». Il s'agit d'instrumenter le processus d'individualisation en établissant un ensemble de normes destiné à planifier l'acte de punir, afin de répondre, par l'organisation de la participation de l'administration à l'acte de juger, à l'évolution de la conception de la rationalité réformatrice¹⁴⁹¹. La politique pénitentiaire a en effet déterminé le passage d'une peine étant l'occasion d'un traitement pénitentiaire, visant la resocialisation du détenu, à une peine constituant le support de l'assujettissement à « des modalités de prise en charge individualisées¹⁴⁹² », dans la poursuite de la prévention de la récidive. Devant à la fois encadrer et légitimer l'évolution des conditions d'exécution dans ce nouveau paradigme, le parcours d'exécution repose tant sur la progressivité de l'exécution de la peine (A) que sur la programmation de celle-ci (B).

¹⁴⁸⁹ Al. 1, art. 717-1 du CPP.

¹⁴⁹⁰ Al. 1, art. 717-1 du CPP.

¹⁴⁹¹ Sur l'évolution de la rationalité réformatrice v. : *supra* n° 264.

¹⁴⁹² Art. D. 92 du CPP.

A. La progressivité de l'exécution de la peine

290 La prescription de l'évolution du régime d'exécution. L'idée d'une évolution progressive de la sévérité du régime d'exécution était présente dès le projet de code pénal de 1791¹⁴⁹³. Cependant, le changement de conception de la légalité des peines, au profit de l'intégration du paradigme pénitentiaire consistant en l'adaptation des pratiques punitives aux caractéristiques de la population pénale, a radicalement modifié le régime de l'évolution des conditions d'exécution de la peine¹⁴⁹⁴. La progressivité ne repose plus sur une évolution prédéterminée des conditions d'exécution par le régime pénitentiaire, mais sur la rationalité pénitentiaire, qui lie l'adaptation du régime d'exécution à l'évolution des caractéristiques du sujet. De cette prescription découle un acte de punir qui a d'abord pris la forme d'un *continuum* progressif (1), c'est-à-dire celle d'un assujettissement ininterrompu aux contraintes dégressives, avant de se muer en un *continuum* évolutif (2), marqué par l'indétermination de la succession d'étapes qu'il désigne.

1. Un *continuum* progressif

291 La normalisation de la condition des personnes condamnées. Après quelques initiatives locales aux XIX^e siècle¹⁴⁹⁵, la première formulation d'une prescription de l'évolution des conditions d'exécution de la peine émerge des travaux de la Commission de réforme en 1945 et trouve finalement sa place, après une phase d'expérimentation¹⁴⁹⁶, dans le code de procédure pénale de 1958. Il s'agissait dès lors de rechercher au cours de l'acte de punir la « normalisation¹⁴⁹⁷ » de la condition du sujet. La conception adoptée représentait l'idée qu'il convenait pour favoriser l'amendement et la réinsertion des personnes assujetties que leurs conditions de vie se rapprochent progressivement de celles des personnes libres. De cette conception découlèrent un principe de progressivité et un régime progressif.

¹⁴⁹³ Sur ce point v. : *supra* n° 220.

¹⁴⁹⁴ Sur l'intégration du paradigme pénitentiaire v. : *supra* n° 233 et s.

¹⁴⁹⁵ Sur ce point v. : *supra* n° 231.

¹⁴⁹⁶ COUV RAT Pierre, « La politique criminelle pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945 », *op. cit.*, p. 233.

¹⁴⁹⁷ Sur la notion de normalisation, en tant que rapprochement des conditions de vie en détention avec celles du reste de la société v. : SHEA Evelyn, « Les paradoxes de la normalisation du travail pénitentiaire en France et en Allemagne », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 29, p. 350-351.

292 Le principe de progressivité. La réforme de 1945 consacre deux principes issus de la science pénitentiaire : « le principe d'individualisation et le principe de progressivité¹⁴⁹⁸ ». Le premier consiste à répartir les personnes condamnées dans les différents établissements, en fonction notamment de leur personnalité et de leur degré de perversion¹⁴⁹⁹. Quant au second, il prône l'adaptation du traitement pénitentiaire à l'attitude et au degré d'amendement de la personne condamnée durant l'exécution de la peine¹⁵⁰⁰. La première formulation de ce principe de progressivité de l'exécution de la peine est une conséquence de l'évolution de la rationalité réformatrice, caractérisée par une modification de la conception des fonctions de l'acte de punir. De l'avènement de l'amendement et de la réinsertion comme « but essentiel¹⁵⁰¹ » de la peine découle l'impératif d'assurer une adéquation entre les conditions d'exécution et le degré de réformation de la personne, « dans le but de faciliter le retour des condamnés dans la vie libre¹⁵⁰² ». Il s'agit de concilier les rationalités rétributive et prospective de la peine de nature, non seulement pour ne pas faire obstacle à la réformation du sujet, mais pour favoriser l'effectivité du régime d'exécution dans la poursuite des fonctions renouvelées de la peine. Le principe de progressivité prend dès lors la forme d'un vecteur de modération de l'assujettissement. Il ne s'agit finalement que d'une application du principe de nécessité à l'exécution de la peine. Au fur et à mesure de l'exécution, les rigueurs du régime rendues inutiles et/ou indésirables par l'amendement du délinquant s'effacent, pour l'accompagner durant la fin de sa peine en diminuant l'écart entre les conditions de la vie carcérale et celles de la vie libre. L'accroissement de la liberté de la personne en prison est donc fondé sur les progrès sur la voie de l'amendement, qui permettent d'accéder aux différentes phases constituant le régime progressif.

293 Le régime progressif. En s'inspirant du régime « irlandais¹⁵⁰³ », et après l'institution d'un système progressif pour l'exécution en métropole de la peine des travaux forcés¹⁵⁰⁴, la

¹⁴⁹⁸ PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *op. cit.*, p. 142.

¹⁴⁹⁹ « 7° La répartition dans les établissements pénitentiaires des individus condamnés à une peine supérieure à un an, a pour base le sexe, la personnalité et le degré de perversion du délinquant ; » : AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », *op. cit.*, p. 6

¹⁵⁰⁰ « 8° Un régime progressif est appliqué dans chacun de ces établissements en vue d'adapter le traitement du prisonnier à son attitude et à son degré d'amendement. Ce régime va de l'encellulement à la semi-liberté ; » : *ibid.*, p. 7.

¹⁵⁰¹ « 1° La peine privative de liberté a pour but essentiel l'amendement et le reclassement social du condamné » : *ibid.*, p. 6.

¹⁵⁰² Art. D. 97 ancien du CPP, dans sa rédaction antérieure au décr. n° 75-402 du 23 mai 1975 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (3^e partie : Décrets), *op. cit.*

¹⁵⁰³ CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, *op. cit.*, p. 101 ; BONIS-GARÇON Évelyne, DERASSE Nicolas (dir.), *Les longues peines*, *op. cit.*, §323.

Commission de réforme propose l'instauration pour les longues peines d'un régime destiné à mettre en œuvre le principe de progressivité. Un régime progressif sera dès lors expérimenté dans quelques centrales¹⁵⁰⁵, puis consacré par le code de procédure pénale¹⁵⁰⁶.

Ce mode d'exécution consistait à mettre en œuvre pour le « détenu méritant » un « régime de moins en moins sévère à mesure que la libération approche »¹⁵⁰⁷. En opposition au « régime uniforme¹⁵⁰⁸ », les maisons centrales réformées proposaient un parcours composé de plusieurs phases¹⁵⁰⁹. La première correspondait à un isolement cellulaire, destiné à l'observation de la personne avant l'affectation de celle-ci dans une catégorie de population pénale correspondant à son degré de perversité. La deuxième phase s'exécutait sous le régime auburnien, c'est-à-dire un emprisonnement en commun le jour pendant lequel les détenus travaillaient en atelier. Différents systèmes ont pu voir le jour, mais il s'agissait toujours par l'attribution de galons de déterminer quels détenus devaient passer devant la « Commission de classement¹⁵¹⁰ » – présidée par le juge de l'exécution des peines puis celui de l'application des peines –, seule capable de faire avancer la personne dans le parcours d'exécution. Selon la durée du cycle dans l'établissement, le régime progressif pouvait connaître d'une troisième phase, composée de plus ou moins d'étapes correspondant à des variantes du régime auburnien, distinguées simplement par quelques modalités, telle la prise des repas en commun, et allant jusqu'à « une section dite de confiance¹⁵¹¹ ». Enfin, une quatrième phase, la semi-liberté, était l'ultime étape préalable à l'obtention d'une libération

¹⁵⁰⁴ Décr. du 17 juin 1938 relatif au bagne, JORF du 29 juin 1938, p. 7497 ; Décr. du 28 avril 1939 relatif au règlement d'administration publique sur l'exécution de la peine des travaux forcés, JORF du 3 mai 1939, p. 5606-5608 ; MOSSÉ Armand, « Chronique pénitentiaire », *RSC*, n° 2, 1939, p. 315-317 ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, op. cit., p. 111-112.

¹⁵⁰⁵ Sur le régime progressif instauré après la réforme pénitentiaire de 1945 v. : PLAWSKI Stanislaw, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 55-68 ; BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., §223-226 ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, op. cit., p. 100-113 ; DUROCHÉ Jean-Philippe, PÉDRON Pierre, *Droit pénitentiaire*, op. cit., §99-103 ; 425 ; BONIS-GARÇON Évelyne, DERASSE Nicolas (dir.), *Les longues peines*, op. cit., §117.

¹⁵⁰⁶ Art. 722 ancien, D. 70 ancien et D. 97 ancien du CPP. Malgré sa consécration, le régime progressif ne sera jamais appliqué qu'à une partie des maisons centrales, le reste des établissements pour peine fonctionnant sous le régime auburnien de l'emprisonnement en commun de jour : LE CORNO Henri, *Rapport général sur l'exercice 1970*, Paris, DAP, 1971, p. 87.

¹⁵⁰⁷ AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », op. cit., p. 22 ; 17.

¹⁵⁰⁸ COUVROT Pierre, LAZERGES Christine, PONCELA Pierrette (dir.), *La notion de réinsertion dans l'exécution des peines privatives de liberté. Le cas particulier des établissements pénitentiaires à gestion déléguée*, op. cit., p. 234. Dans ce régime, « les détenus sont soumis au même traitement pendant toute la durée de l'incarcération » : *ibid.*

¹⁵⁰⁹ L'article D. 97 ancien du CPP ne décrivant pas les étapes du régime progressif, il convient de se référer à divers textes doctrinaux : CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, op. cit., p. 102-112 ; HEDHILI-AZÉMA Hinda, « La réforme « Amor » de l'administration pénitentiaire - mai 1945 », in *L'administration pénitentiaire, 1945, 1975, 2015. Naissance des réformes, problématiques, actualité*, op. cit., p. 44-45 ; LETENEUR Henri, « La politique pénitentiaire française. Son évolution au cours des quarante dernières années », *Études*, n° 2, vol. 360, 1984, p. 188.

¹⁵¹⁰ CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, op. cit., p. 108.

¹⁵¹¹ AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », op. cit., p. 20.

conditionnelle. Le régime progressif était donc centré sur l'organisation de la progressivité par un parcours à étapes structuré. À la suite de son évaluation, le condamné intégrait systématiquement la première phase du parcours de l'établissement correspondant à sa catégorie, puis en fonction de l'écoulement du temps de la peine et de ses efforts, il avançait au sein de ce dernier. Le parcours mis en place était constitué d'une succession d'étapes identique pour tous les détenus affectés à la prison, dans laquelle la personne se déplaçait au gré des décisions de l'autorité judiciaire. L'ensemble des condamnés évoluait en conséquence dans un parcours prédéterminé par l'administration locale.

Le régime progressif gouvernait la mutabilité des conditions d'exécution en structurant l'évolution de celles-ci sous la forme d'un système d'avancement, fondé sur le mérite et dirigé par un magistrat. Dans ce *continuum* caractérisé par la dégressivité de la sévérité des conditions de détention, il était toujours possible d'être rétrogradé à une phase antérieure, mais au moyen d'une sanction disciplinaire¹⁵¹², afin que l'accroissement de la liberté ne soit pas fondé sur une technique de probation. Le passage d'une phase à une autre correspondait à une récompense pour bonne conduite, et non à l'instauration d'une épreuve. Dès cette époque, il était cependant possible de relever les prémices de l'évolution des pratiques vers la probation¹⁵¹³ et le désir d'une pénalité où la temporalité de la peine serait elle aussi soumise à la rationalité pénitentiaire¹⁵¹⁴, annonçant la production d'un *continuum* évolutif (2) désignant le cheminement d'un parcours de détention dorénavant individualisé¹⁵¹⁵.

¹⁵¹² BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., §224.

¹⁵¹³ « L'élargissement au jour où finit leur peine, de tant d'individus si peu aptes à vivre à nouveau en société, sans qu'aucun contrôle ne vienne rassurer les honnêtes gens sur l'emploi qu'ils vont faire de cette liberté recouvrée, est une bien fâcheuse imprudence. Nous savons tous que le libéré est un déclassé, que l'opinion publique ne lui pardonne pas, et, jusqu'ici, rien n'avait été cependant organisé de façon systématique pour aplanir ce renvoi dans la Société, condition première de la bonne conduite future. » : CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, op. cit., p. 22.

¹⁵¹⁴ « Notons cependant que l'indétermination préalable de la durée de la peine dans la sentence, offrirait au régime progressif son climat le plus favorable, en faisant dépendre de l'amélioration du détenu non pas seulement son sort immédiat, mais aussi la longueur de son séjour en prison. » : *ibid.*, p. 101-102. « Peut-être sera-t-il [le juge de l'exécution des peines] le précurseur d'une réforme profonde de notre droit pénal, le juge du fait n'ayant à se prononcer que sur la culpabilité et sur l'opportunité d'une privation de liberté, laissant à un autre Magistrat le soin de décider plus tard, en fonction de la conduite et de l'amendement au cours de l'exécution, du terme de la peine. » : AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », op. cit., p. 29.

¹⁵¹⁵ Tous les pays n'ont toutefois pas abandonné ce système dit d'« individualisation scientifique ». À titre d'exemple, l'Italie connaît toujours d'un parcours d'exécution constitué de différents degrés (« *grados* ») ordonnés, dans lesquels la personne évolue de manière linéaire : GARRO CARRERA Enara, « Absurdités de la politique criminelle espagnole antiterroriste. Réflexions critiques sur la stratégie pénale et pénitentiaire pour lutter contre l'« ancien » et le « nouveau » terrorisme », op. cit., p. 160.

2. Un *continuum* évolutif

294 L'individualisation de la condition des personnes condamnées. Le développement du droit de l'exécution des peines a déterminé le passage d'un principe de progressivité à un impératif d'adaptation du régime d'exécution, destiné à diriger la participation de l'administration et du juge à l'acte de juger¹⁵¹⁶. L'exigence de progressivité des conditions d'exécution est dès lors maintenue sous la forme d'une injonction à l'individualisation au service de finalités renouvelées de l'acte de punir. Il découle de cette évolution une rationalité réformatrice transformée et marquée par l'individualisation du parcours d'exécution.

295 L'adaptation du régime d'exécution. Le principe de progressivité est toujours présent dans la phase carcérale de l'acte de punir, puisque le « 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 condamnée¹⁵¹⁷ ». Ce dernier « vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions¹⁵¹⁸ ». Bien que la notion d'amendement ait disparu de la formulation de la rationalité réformatrice dans le code¹⁵¹⁹, la persistance de la réinsertion comme principale fonction de l'exécution de la peine marque la continuité de la politique pénitentiaire depuis 1945. La conjugaison de cette fonction avec la formulation de ses finalités, dans le code pénal et le code de procédure pénale, démontre toutefois le déclin de la valeur de la notion de réinsertion et l'évolution des objectifs que doit poursuivre la modulation de l'acte de punir¹⁵²⁰. L'évolution des conditions d'exécution doit en effet permettre d'ajuster la prise en charge de la personne condamnée, « afin de lui permettre de

¹⁵¹⁶ L'article 707 du CPP illustre également la poursuite de la volonté de normalisation de la condition des personnes condamnées au fur et à mesure de l'exécution de la peine. « Toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté » : III, art. 707 du CPP. Néanmoins, cet aspect de la progressivité est avant tout axé sur les mesures d'individualisation judiciaires et la pratique de la probation, destinées à « éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire » : *ibid.*

¹⁵¹⁷ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

¹⁵¹⁸ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁵¹⁹ En revanche, le terme d'amendement persiste dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui a eu l'occasion de rappeler que « l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion » : CC, Décision 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, consid. 12.

¹⁵²⁰ Art. 130-1 du CP ; art. 707 du CPP. Sur ces modifications par la loi du 15 août 2014 v. : PELTIER Virginie, « Les « boîtes à outils » de Madame Taubira. À propos de la loi du 15 août 2014 », *op. cit.*, p. 883.

mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions¹⁵²¹ ».

Dans le but d'atteindre ces nouveaux objectifs¹⁵²², le régime d'exécution ne doit plus évoluer en fonction des progrès du sujet, mais en fonction des résultats d'« évaluations régulières¹⁵²³ » des caractéristiques de celui-ci. Le service public pénitentiaire « est organisé de manière à assurer l'individualisation et l'aménagement des peines¹⁵²⁴ ». Il ne s'agit donc plus d'un parcours linéaire au sein d'un unique établissement, dans lequel la personne évolue selon son mérite. La progressivité de l'exécution des peines enjoint dorénavant l'élaboration d'un parcours dont les étapes ne sont déterminées qu'au fur et à mesure, par les décisions successives d'affectation en établissement pénitentiaire, dans les quartiers de détention et les unités de vie, ainsi que dans les « modalités de prise en charge individualisées¹⁵²⁵ », telles les programmes de prévention de la récidive. La reformulation de la rationalité réformatrice ne fait dès lors plus guère de la progressivité un vecteur de modération de l'acte de punir. Il ne s'agit plus de la prescription d'une dégressivité des conditions d'exécution, mais d'une modification chronique de celles-ci en fonction des évaluations régulières des détenus. L'impératif d'adaptation du régime d'exécution est alors seulement un vecteur d'individualisation. La progressivité auquel il est fait référence dans l'article 707 du code de procédure pénale a moins pour objectif une normalisation de la condition des personnes condamnées qu'une individualisation de celle-ci en fonction des caractéristiques qui leurs sont attribuées¹⁵²⁶. De cette façon, la modulation de la peine démultiplie les effets d'intensification de l'assujettissement inhérents à l'individualisation pénitentiaire, en faisant de ce procédé une pratique chronique. L'évolution des conditions d'exécution n'est conséquemment plus une application du principe de nécessité, protégeant les personnes

¹⁵²¹ *Ibid.*

¹⁵²² Nous retrouvons cette évolution des finalités de la peine dans les règles pénitentiaires européennes. Dans leur version originelle, cet ensemble de règles faisait une place importante à la dimension rétributive, tout en soulignant que la privation de liberté doit être « mise à profit pour obtenir, dans toute la mesure du possible, que le délinquant, une fois libéré, soit non seulement désireux, mais aussi capable de vivre en respectant la loi et de subvenir à ses besoins » : règle 59, Résolution (73) 5 du Comité des ministres relatives à l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus. Dès leur version révisée de 1986, les règles illustrent une évolution dans la conception des finalités de la peine, puisque l'on retrouve parmi les buts du traitement des détenus l'objectif « de développer leur sens des responsabilités et de les doter de compétences qui les aideront à se réintégrer dans la société, de vivre dans la légalité et de subvenir à leurs propres besoins après leur sortie de prison » : règle 3, Recommandation R (86) du Comité des ministres relative aux règles pénitentiaires européennes. Enfin, les règles en vigueur formulent des finalités de l'exécution de la peine très proches des termes choisis par le législateur français, en indiquant que « le régime des détenus condamnés doit être conçu pour leur permettre de mener une vie responsable et exempte de crime » : règle 102.1, Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes.

¹⁵²³ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

¹⁵²⁴ Art. 2, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹⁵²⁵ Art. D. 92 du CPP.

¹⁵²⁶ Sur l'appréhension du sujet par des caractéristiques v. : *infra* n° 497 et s.

assujetties contre les rigueurs inutiles du régime d'exécution, mais la poursuite de l'individualisation du parcours d'exécution dans le but de prévenir la récidive.

296 L'individualisation du parcours d'exécution. L'ordonnancement des régimes de détention différenciés ne constitue pas un parcours prédéterminé, composé d'étapes ordonnées en direction de la normalisation de la condition de la personne. Après leur évaluation, les condamnés n'intègrent pas une première phase d'un *continuum* progressif, mais un régime de détention correspondant à leurs caractéristiques et constituant la première étape d'un parcours « évolutif¹⁵²⁷ » qui leur est propre. L'évolution progressive des conditions d'exécution ne dépend pas d'un parcours commun à l'établissement ou à la catégorie à laquelle appartient la personne. L'une des conséquences de l'absence de régime de détention de droit commun dans le régime pénitentiaire est qu'il n'y a pas de phase de départ déterminée au-delà de l'évaluation initiale. L'observation de l'agencement des modalités d'exécution ne révèle pas un parcours linéaire, mais un réseau dans lequel il devient possible d'élaborer une multitude de parcours individualisés. En l'absence d'un parcours prédéterminé, il est d'ailleurs possible que la progressivité de l'évolution du régime d'exécution se traduise par une aggravation des conditions d'exécution au fur et à mesure de l'acte de punir¹⁵²⁸. Dans notre dispositif contemporain, le parcours de détention est ainsi tracé par la succession des décisions administratives prises à l'encontre de la personne détenue et modifiant la combinaison des modalités d'exécution à laquelle elle est assujettie. Le parcours d'exécution est de cette façon le produit des usages individualisés des modalités d'exécution, ce qui rend la prochaine étape de l'acte de punir imprévisible. Les étapes du parcours ne sont plus l'objet d'un agencement unique et prédéterminé ; elles sont composées à partir du réseau de modalités d'exécution. En outre, l'échelle du parcours a également évolué de manière à élargir les possibilités d'affectation : la progressivité de l'exécution de la peine s'illustre tant au niveau des établissements, voire des quartiers, qu'au niveau national, en raison de la diversification des structures pénitentiaires¹⁵²⁹.

¹⁵²⁷ BONIS-GARÇON Évelyne, DERASSE Nicolas (dir.), *Les longues peines*, op. cit., §224.

¹⁵²⁸ Dans un centre de détention, une personne peut parfaitement se voir affecter en premier lieu dans un secteur au régime de détention peu restrictif, par exemple avec des horaires d'ouverture des portes larges, puis faire l'objet d'une nouvelle affectation dans un régime intermédiaire ou fonctionnant avec les portes des cellules fermées toute la journée, avant de se voir placée à l'isolement pour une période prolongée.

¹⁵²⁹ Au niveau interrégional ou national, le parcours d'exécution de la peine peut être constitué d'une affectation en maison centrale puis, après un nouvel examen au centre national d'évaluation, une affectation dans un centre de détention, avant d'entamer la dernière étape du parcours de détention dans un centre pour peine aménagée. Un autre exemple pourrait être le passage d'un centre de détention à une maison centrale, avant que la personne condamnée ne soit transférée dans l'un des quartiers maisons centrales des centres pénitentiaires très particuliers de Condé-sur-Sarthe et de Vendin-le-Vieil.

En définitive, la distinction entre le régime progressif et les régimes de détention différenciés ne se limite pas à l'autorité compétente pour les affectations. La mise en perspective de ces deux pratiques de l'évolution du régime d'exécution démontre une divergence profonde dans l'exercice de l'individualisation de l'acte de punir, déterminée par l'évolution de la rationalité réformatrice et caractérisée par le mode de détermination des étapes du parcours d'exécution. La progressivité de l'exécution de la peine est aujourd'hui mieux inscrite dans le droit positif, elle n'est cependant plus au service d'une modération du pouvoir de punir de l'État. La prééminence de l'impératif d'adaptation du régime d'exécution conduit en effet à une intensification de la constitution corrélative du sujet et de sa peine et à une réduction drastique de la prévisibilité de l'acte de punir, malgré le développement de la programmation de l'exécution des peines (B).

B. La programmation de l'exécution de la peine

297 La structuration de l'évolution du régime d'exécution. Concomitamment à l'instauration d'un parcours se dessinant au fur et à mesure de l'exécution, une volonté de structurer la participation de l'administration à l'acte de juger s'est affirmée. Il s'agit par cette nouvelle pratique de rechercher la programmation de l'évolution du régime d'exécution, en fonction de la souscription du détenu au comportement attendu par l'institution¹⁵³⁰. D'une progressivité indexée sur les efforts de réinsertion dans le cadre du traitement pénitentiaire, nous passons dès lors à une adaptation du régime fondée sur la capacité des personnes à s'inscrire dans une prise en charge individualisée, destinée à assurer l'efficacité de l'acte de punir. Dans le but de mieux comprendre le rôle et la place de la programmation de l'exécution de la peine dans le dispositif, nous observerons les formes successives de la structuration du processus d'individualisation (1), avant d'étudier les fonctions cumulatives de celle-ci (2).

¹⁵³⁰ Dans le sens d'un renforcement de cette « organisation de l'exécution de la peine », une équipe de recherche propose une nouvelle forme de structuration du processus d'individualisation en un « programme d'exécution de la peine » : BONIS-GARÇON Évelyne, DERASSE Nicolas (dir.), *Les longues peines*, op. cit., §259 ; 259 et s. Sur cette recherche v. : BONIS Évelyne, DERASSE Nicolas, « Pour une révision des aménagements des longues peines », *AJ Pénal*, n° 5, 2021, p. 250-253 ; BONIS Évelyne, DERASSE Nicolas, PELTIER Virginie, MARGAINE Clément, « Comment redonner du sens à l'exécution des longues peines privatives de liberté ? », *Dr. pén.*, n° 3, 2021, p. 9-12.

1. Les formes successives de la structuration du processus d'individualisation

298 L'encadrement du processus d'individualisation. Les formes de la structuration de la poursuite de l'acte de juger sont les dispositifs encadrant la participation de l'administration à la détermination des pratiques punitives. Dès que la condamnation devient définitive, la peine mise à exécution est inscrite dans un processus d'individualisation, au travers de la projection de l'acte de punir auquel pourrait donner lieu la condamnation. Cette programmation n'équivaut pas à la détermination précise et définitive de la succession des régimes d'exécution. Néanmoins, la modulation de la peine à laquelle peut prétendre le justiciable est esquissée et les conditions de possibilité de sa réalisation définies. Cette ambition de programmer l'évolution du régime d'exécution s'est d'abord matérialisée par le projet d'exécution de peine, avant de muer sous la forme du parcours d'exécution de la peine.

299 Le projet d'exécution de peine. Le projet d'exécution de peine peut être défini comme un « programme à mettre en œuvre¹⁵³¹ », pour et dans le cadre de l'exécution de la peine. C'est un acte prenant la forme d'un engagement non contraignant, préparé par l'administration en concertation avec la personne condamnée et signé par cette dernière, dans lequel est décrite la prise en charge considérée la mieux à même d'assurer sa réinsertion. Cette volonté de prendre en compte le souhait du sujet dans la planification de la prise en charge n'est pas nouvelle. Dès les années soixante-dix, le pouvoir réglementaire précisait que les « détenus sont, dans la mesure du possible, intéressés à l'élaboration ou à la modification de leur programme de traitement individuel¹⁵³² ». Cependant, l'instauration du projet d'exécution de peine marque le début d'un processus d'institutionnalisation de cette pratique.

Avant d'être substitué au « programme individuel de traitement¹⁵³³ » dans le code¹⁵³⁴, le projet d'exécution de peine a été expérimenté dans dix sites pilotes à partir de 1996¹⁵³⁵. Il était pour l'administration la « formalisation des étapes qui jalonnent le parcours pénitentiaire du condamné. Il définit les attentes de l'institution à son égard et les perspectives

¹⁵³¹ « Projet », in *Vocabulaire juridique*, CORNU Gérard (dir.), *op. cit.*, p. 818.

¹⁵³² Al. 2, art. D. 69-1 du CPP, dans sa rédaction issue du décr. n° 72-852 du 12 septembre 1972 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (3° partie : Décrets). V. : DUTHEILLET-LAMONTHÉZIE, « Les modifications récentes du régime d'exécution des peines privatives de liberté », *RSC*, 1973, n° 3, p. 571

¹⁵³³ Art. D. 69-1 et D. 94 anciens du CPP.

¹⁵³⁴ Art. D. 74 et D. 94 anciens du CPP, dans leur rédaction issue du décr. n° 98-1099 du 8 décembre 1998 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie. Décrets) et relatif à l'organisation et au fonctionnement des établissements pénitentiaires.

¹⁵³⁵ Note du 2 mai 1996 relative à la mise en place du projet d'exécution de peine dans les établissements pour peines, Garde des Sceaux, JUSE9640024N.

qui peuvent lui être proposées.¹⁵³⁶ » Ce projet a pour objectif de « donner du sens à l'exécution de la peine », en cherchant à « adapter l'exécution aux caractéristiques individuelles des détenus »¹⁵³⁷. À cette fin, l'institution a expérimenté un dispositif où les personnes condamnées à de longues peines, volontaires, acceptent un programme d'exécution individualisé, combiné à une observation constante destinée à contrôler la pertinence de la prise en charge entérinée par les « commissions de projets »¹⁵³⁸. En cela, l'instauration du projet d'exécution de peine a démontré l'ambition de mettre en place, à la fois une nouvelle dialectique entre la personne et son assujettissement et une nouvelle articulation des pratiques des différents corps des personnels pénitentiaires, orchestrée par un psychologue chargé du projet d'exécution de peine¹⁵³⁹. Comme le démontre les modalités de sa généralisation, si le « [projet d'exécution de peine] a procédé d'une réflexion sur la gestion des condamnés à de longues peines d'emprisonnement¹⁵⁴⁰ », l'institution de ce dispositif met en exergue une transformation générale des pratiques punitives, destinée à répondre à la volonté d'individualisation caractérisant la politique pénitentiaire contemporaine.

Malgré les nombreuses difficultés révélées par la première expérimentation¹⁵⁴¹, l'administration a souhaité poursuivre l'instauration de cette nouvelle manière de planifier l'acte de punir en opérant, dès l'an 2000, la « généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peine¹⁵⁴² ». L'administration loue son « utilité pour le processus d'individualisation des peines » en ce qu'il tend à : « donner plus de sens à la peine privative de liberté en impliquant davantage le condamné dans l'évolution de celle-ci » ; à l'amélioration de la connaissance du détenu et ainsi à « l'efficacité des sanctions visant à sa réinsertion et [à] accroître la sécurité des établissements » ; et à « améliorer l'individualisation

¹⁵³⁶ *Ibid.*

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ COUV RAT Pierre, LAZERGES Christine, PONCELA Pierrette (dir.), *La notion de réinsertion dans l'exécution des peines privatives de liberté. Le cas particulier des établissements pénitentiaires à gestion déléguée*, op. cit., p. 177.

¹⁵³⁹ Comme le souligne un directeur d'établissement, le projet d'exécution de peine « a pour finalité de donner du sens à la peine en impliquant le détenu dans la « gestion » de celle-ci, et qui a pour corollaire d'engager tous les personnels, qu'ils soient surveillants ou travailleurs sociaux, à développer et à partager la connaissance qu'ils acquièrent des condamnés pour permettre une véritable individualisation » : LEBLAY Louis, « Le projet d'exécution des peines », in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, OTTENHOFF Reynald (dir.), op. cit., p. 263.

¹⁵⁴⁰ DARBÉDA Pierre, « La prison en mutation : projet de loi pénitentiaire, parcours d'exécution de peine et autres innovations », op. cit., p. 637.

¹⁵⁴¹ COUV RAT Pierre, LAZERGES Christine, PONCELA Pierrette (dir.), *La notion de réinsertion dans l'exécution des peines privatives de liberté. Le cas particulier des établissements pénitentiaires à gestion déléguée*, op. cit., p. 175-180 ; HELLOIN Céline, *L'itinéraire carcéral des détenus. Obstacle ou atout pour la réinsertion*, Thèse, Droit, Université de Poitiers, 1999, p. 393-394.

¹⁵⁴² Circ. du 21 juillet 2000 relative à la généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peines, DAP, JUSE0040058C, BOMJ n° 83 (1^{er} juillet – 30 septembre 2001).

judiciaire et administrative de la peine en proposant au juge ou à l'autorité administrative compétente des éléments objectifs d'appréciation du comportement de chaque détenu »¹⁵⁴³. Afin d'atteindre ces objectifs, les personnels pénitentiaires doivent faire du projet d'exécution de peine un support de la mobilisation de la personne, un instrument de réglementation de sa conduite sous la forme d'un « projet individuel », prenant en considération ses caractéristiques et les possibilités de prise en charge dans les différents établissements, un « dispositif de suivi des détenus », notamment par l'intermédiaire du « livret individuel » et un « outil d'aide à la décision » pour le juge devant contribuer à assurer la « cohérence entre l'individualisation administrative et judiciaire »¹⁵⁴⁴.

Au-delà de l'amélioration et de l'harmonisation des pratiques, l'apport essentiel de la généralisation de cette programmation de l'acte de punir est d'avoir élargi son champ d'application. Les établissements pénitentiaires ont effectivement reçu l'injonction de « mettre en place des modalités de prise en charge et de suivi de l'ensemble des détenus et pas seulement de ceux ayant accepté de suivre un projet d'exécution de peine¹⁵⁴⁵ ». À partir de cet instant, ce dispositif cesse d'être simplement une politique destinée à améliorer la prise en charge des personnes purgeant de longues peines, pour devenir une nouvelle manière de planifier l'acte de punir par sa programmation. L'encadrement de la participation de l'administration à l'acte de juger structure le processus d'individualisation et rationalise l'évolution du régime d'exécution au cours du *continuum* évolutif que constitue la peine. Ce changement d'envergure du dispositif déterminera le passage de la notion de projet à celle de parcours d'exécution de la peine.

300 Le parcours d'exécution de la peine. La circulaire du 19 mars 2008 illustre la modification de la conception du dispositif structurant le processus d'individualisation¹⁵⁴⁶. Ce dernier n'est plus destiné à être simplement un projet, mais « doit devenir plus largement, tant en milieu ouvert qu'en milieu fermé, le moyen de structurer le parcours d'exécution de peine des personnes condamnées par une prise en charge globale et pluridisciplinaire¹⁵⁴⁷ ». Cette nouvelle pratique vise à rationaliser l'évolution du régime d'exécution, qui n'est plus déterminée par la linéarité d'un *continuum* progressif, pour favoriser la constitution

¹⁵⁴³ *Ibid.*

¹⁵⁴⁴ « Le livret individuel du détenu est un outil de travail commun à l'ensemble des services et personnes intervenant auprès de ce dernier ; c'est un document de réception et de communication des informations. » : *ibid.* Sur l'instrumentation de la production scripturale liée à l'observation de la population pénale v. : *infra* n° 449.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*

¹⁵⁴⁶ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 6.

corrélative du sujet et de sa peine. En complément de l'individualisation des régimes, les usages des modalités d'exécution doivent également assurer l'individualisation de l'acte de punir dans le temps. Dès lors, le parcours d'exécution de la peine n'est pas seulement un projet ayant pour objet de prévoir la prise en charge pénitentiaire, mais également un parcours de détention désignant la succession de régimes d'exécution à laquelle aura pu donner lieu la différenciation de l'acte de punir¹⁵⁴⁸. Par la suite, et à l'initiative du gouvernement, cet enrichissement de la notion sera inséré dans le code de procédure pénale pour consacrer le « parcours d'exécution de la peine¹⁵⁴⁹ ».

Le parcours d'exécution de la peine est devenu un « instrument d'individualisation¹⁵⁵⁰ » de l'acte de punir, « élaboré par le chef d'établissement et le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation pour les condamnés, en concertation avec ces derniers¹⁵⁵¹ ». L'analyse de son champ d'application confirme le constat de l'instauration d'une nouvelle pratique de la planification de l'acte de punir, dorénavant structurée autour de la notion de parcours et relevant d'une « rationalité managériale¹⁵⁵² ». D'abord, un parcours d'exécution de la peine doit être arrêté pour « chaque personne détenue condamnée¹⁵⁵³ », bien que la durée de la peine et le refus d'adhésion de la personne puissent grandement impacter sa substance. Ensuite, le parcours à vocation à appréhender l'ensemble de l'exécution de la peine, et non seulement la période d'assujettissement en détention si l'on

¹⁵⁴⁸ Il est possible d'imaginer pour une personne ayant été condamnée pour des faits de vol aggravé en état de récidive légale une affectation initiale en maison centrale, puis un transfert dans un quartier en centre de détention avec portes fermées puis ouvertes, un second transfèrement dans un centre pour peines aménagées avant une mesure de libération conditionnelle par exemple. Une personne condamnée pour des faits identiques pourrait toutefois obtenir une affectation initiale en centre de détention avant d'être détectée en voie de radicalisation et faire l'objet d'une affectation dans un quartier de prise en charge de la radicalisation dédié à l'évaluation, avant d'être affecté à un quartier de prise en charge ou mise à l'isolement pour une période prolongée en raison du résultat de son examen par les personnels pénitentiaires, puis terminer sa peine en maison centrale avant d'être élargie sous le régime de la surveillance judiciaire.

¹⁵⁴⁹ Al. 1, art. 717-1 du CPP, modifié par la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire ; art. D. 88 et s. du CPP, modifiés par le n° 2010-1635 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets). « Le gouvernement estime qu'il convient de donner un fondement législatif au [parcours d'exécution de la peine] qui apparaît un outil essentiel de préparation à la réinsertion et de lutte contre la récidive. Ce dispositif permet en effet de suivre, avec le détenu, l'évolution de son parcours carcéral et les efforts réalisés pour donner un sens à la peine et, par voie de conséquence, préparer une sortie sans récidive. » : DARBÉDA Pierre, « La prison en mutation : projet de loi pénitentiaire, parcours d'exécution de peine et autres innovations », *op. cit.*, p. 637.

¹⁵⁵⁰ LE MOINE Cathy, *L'individualisation du traitement pénitentiaire dans le cadre du PEP en milieu fermé*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁵⁵¹ Al. 1, art. 717-1 du CPP.

¹⁵⁵² KAMINSKI Dan, « Troubles de la pénalité et ordre managérial », *Recherches sociologiques*, n° 1, 2002, p. 96. Le parcours d'exécution de la peine « permet en effet de poser des temps qui viennent rythmer l'exécution de la peine dans un double objectif : d'une part, faire un bilan du temps écoulé pour faire le point sur ce que la personne a pu travailler au cours de la période mais aussi et d'autre part, fixer des objectifs pour la période à venir » : BONIS-GARÇON Évelyne, DERASSE Nicolas (dir.), *Les longues peines*, *op. cit.*, §230.

¹⁵⁵³ Al. 1, art. D. 88 du CPP.

se fonde sur la circulaire du 19 mars 2008¹⁵⁵⁴. Car sur ce point, la politique pénitentiaire et le droit positif semble en contradiction en ce que, d'une part, le contenu du parcours est présenté par le code comme regroupant « l'ensemble des actions qu'il est envisagé de mettre en œuvre au cours de sa détention » et, d'autre part, la durée du parcours indiquée comprend « l'ensemble de la période de détention, y compris la préparation à la sortie »¹⁵⁵⁵. Néanmoins, la personne assujettie en milieu ouvert demeure placée sous main de justice et relève des services pénitentiaires jusqu'à l'expiration de sa peine. Dès lors, en l'absence de mention excluant les mesures d'individualisation judiciaires, il est possible d'articuler le droit positif et la politique pénitentiaire en incluant le « parcours d'aménagement de peine¹⁵⁵⁶ » dans le parcours d'exécution.

Le parcours d'exécution par l'instrumentation du processus d'individualisation permet et justifie l'exécution de la peine sous la forme d'un *continuum* évolutif, c'est-à-dire sous la forme d'un acte de punir individualisé tout au long de l'assujettissement de la personne condamnée. Pour autant, cette indexation de l'évolution du régime d'exécution sur l'individu ne doit pas être comprise comme impliquant nécessairement une progressivité dans les conditions d'exécution. L'impératif d'individualisation impose la recherche d'une adaptation constante du régime d'exécution aux caractéristiques de la population pénale, ce qui ne revient pas impérativement à procéder à une modulation de la peine, notamment en l'absence de modalités de prise en charge adaptées ou d'évolution des caractéristiques attribuées à la personne par les évaluations régulières. Ainsi, inscrire l'exécution de la peine dans une progressivité impérative des conditions d'exécution ne fait pas partie des fonctions cumulatives de la structuration du processus d'individualisation (2).

2. Les fonctions cumulatives de la structuration du processus d'individualisation

301 La légitimation du processus d'individualisation. L'affirmation d'un impératif d'adaptation du régime d'exécution, « en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation¹⁵⁵⁷ » du sujet, provoque l'institution d'un processus d'individualisation qui ne cesse

¹⁵⁵⁴ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.* Sur le projet de transposition du parcours d'exécution de la peine en milieu ouvert : DAUMAS Anne-Camille, *Le parcours d'exécution de peine en milieu ouvert. De quelques adaptations de la pluridisciplinarité au suivi du condamné libre*, Mémoire de recherche et d'application professionnelle, Agen, ENAP, 5^e promotion des directeurs pénitentiaires d'insertion et de probation, 2013, 71 p.

¹⁵⁵⁵ Al. 1, art. D. 88 du CPP.

¹⁵⁵⁶ « Fiche 2. La notion de parcours d'aménagement de peine », in Circ. du 10 décembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, *op. cit.*

¹⁵⁵⁷ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

qu'à l'expiration de la peine. Le déclin de la progressivité de l'acte de punir, au profit de sa programmation, a accompagné cette transformation des pratiques punitives en structurant l'évolution du régime d'exécution. Cette légitimation du processus d'individualisation opère tant au moyen de l'insertion de la personne condamnée dans le parcours d'exécution que de l'articulation des acteurs de l'exécution dans ce dernier.

302 L'insertion de la personne condamnée dans le parcours. La programmation de l'évolution du régime d'exécution est une tentative de faire de l'individualisation de la prise en charge une pratique de « justice consensuelle¹⁵⁵⁸ ». Par la concertation avec la personne condamnée, au moyen de l'enregistrement de ses « souhaits exprimés¹⁵⁵⁹ », l'administration recherche son adhésion à l'acte de punir. La prise en compte de l'avis de la population pénale et la volonté d'obtenir son assentiment à l'évolution du régime d'exécution sont d'abord une manière de légitimer la mutabilité des conditions d'exécution eu égard aux personnes condamnées. Ensuite, la mobilisation de ces dernières dans la programmation de leur peine permet également de partager avec elles la responsabilité de la modulation de l'acte de punir. Il s'agit ainsi de subordonner partiellement l'avenir de la peine à l'investissement du sujet qui la subit. C'est finalement la promesse de l'institution faite au justiciable que, s'il adhère à l'acte de punir, il pourra donner un sens à celui-ci et obtenir de meilleures conditions d'exécution. De cette façon, la programmation de l'acte de punir recherche également la souscription à une conduite.

Sous la forme d'un parcours projeté, la structuration de l'évolution du régime d'exécution permet de définir les conditions auxquelles ce dernier pourra se réaliser. La programmation octroie ainsi à l'administration la possibilité d'instituer un système de punitions et de récompenses, fondé sur l'attitude de la personne durant l'exécution de sa peine¹⁵⁶⁰. À l'instar de la diversité des régimes de détention, les différents parcours d'exécution instaurent des obligations à respecter, définissant des comportements à adopter au-delà de la protection du bon ordre de la détention. Le parcours d'exécution prend ainsi le relais des régimes de détention pour définir les termes d'une épreuve destinée à introduire la pratique de la probation en prison. De cette façon, la recherche de la souscription du sujet à

¹⁵⁵⁸ KAMINSKI Dan, « Troubles de la pénalité et ordre managérial », *op. cit.*, p. 100. Sur la participation consensuelle de la personne condamnée v. : *supra* n° 195.

¹⁵⁵⁹ Al. 2, art. D. 88 du CPP.

¹⁵⁶⁰ CHANTRAINE Gilles, « Les prisons sont-elles civilisées ? », *op. cit.*, p. 233.

une conduite considérée responsable poursuit une meilleure efficacité de la peine¹⁵⁶¹.

En définitive, l'instrumentation du processus d'individualisation organise l'insertion de la personne condamnée dans le parcours, tant pour rechercher une meilleure effectivité de la prise en charge, par l'organisation d'une concertation sur l'évolution de celle-ci, qu'une légitimation de l'individualisation de l'acte de punir, en permettant la prise en compte du degré d'adhésion du sujet à la prise en charge subjectivante¹⁵⁶². De même, l'articulation des acteurs de la peine dans le parcours est une fonction de la structuration du processus servant tant à l'organisation de l'individualisation qu'à sa légitimation.

303 L'articulation des acteurs de la peine dans le parcours. La participation de l'administration à la poursuite de l'acte de juger implique une réorganisation des pratiques de l'institution pénitentiaire. Le parcours d'exécution de la peine est le dispositif encadrant, organisant et rationalisant cette participation de l'administration à la détermination de l'acte de punir. Le passage d'un calcul à un processus d'individualisation emporte effectivement la modulation de la peine tout au long de son exécution, ce qui nécessite la constitution et l'actualisation d'un savoir sur la population pénale, ainsi que la circulation et le partage de ces connaissances au sein de l'institution. En conséquence, l'objectif de la structuration de l'évolution du régime d'exécution était également de produire un dispositif capable d'assurer l'observation constante de la population pénale, l'évaluation régulière des personnes détenues et la cohérence de l'action des différents acteurs de la peine dans l'élaboration de la « prise en charge globale et pluridisciplinaire¹⁵⁶³ » que doit dorénavant constituer l'acte de punir¹⁵⁶⁴.

Au sein du dispositif, le moyen d'assurer l'adaptation des conditions d'exécution aux caractéristiques de la population pénale est la pluridisciplinarité de la prise en charge pénitentiaire. Pour l'administration, « la mise en œuvre convergente du [parcours d'exécution de peine] et des règles pénitentiaires européennes implique la construction pluridisciplinaire d'un parcours de détention qui s'illustre particulièrement dans l'institution d'une commission unique¹⁵⁶⁵ ». La pluridisciplinarité à vocation à assurer la cohésion de l'action des personnels

¹⁵⁶¹ Sur la notion de bonne conduite en détention *lato sensu* v. : *infra* n° 345 ; 576. La Cour européenne des droits de l'Homme incite d'ailleurs les États à la mise en place d'un tel « programme individualisé » pour les personnes condamnées à perpétuité, destiné à « encourager le détenu à évoluer de manière à être capable de mener une existence responsable et exempte de crime », afin qu'il puisse obtenir un élargissement : CEDH, [GC], 26 avril 2016, *Murray c. Pays-Bas*, n° 10511/10, préc., §103.

¹⁵⁶² Sur la rétribution de l'adhésion à la prise en charge v. : *infra* n° 580 et s.

¹⁵⁶³ NADJAR Élodie, « Le parcours d'exécution de peine : un vecteur de réinsertion », *Cahiers de la sécurité et de la justice*, n° 12, 2010.

¹⁵⁶⁴ Sur le suivi des personnes condamnées et le caractère probatoire de leur prise en charge v. : *infra* n° 447 et s.

¹⁵⁶⁵ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*, p. 6.

au travers de la recomposition d'« un travail morcelé par la spécialisation » dans le but d'« assur[er] la continuité de la prise en charge »¹⁵⁶⁶. Cette notion vise donc l'articulation des savoirs et de l'action des différentes catégories de personnes intervenant auprès de la population pénale, et non la réunion d'experts provenant de multiples disciplines académiques. La pluridisciplinarité, comme le démontre la composition de la commission pluridisciplinaire unique¹⁵⁶⁷, vise largement les différents corps de personnels pénitentiaires, les personnels intervenants au titre du travail, de la formation professionnelle et de l'enseignement, le psychologue en charge du parcours d'exécution de la peine, les personnels de la protection judiciaire de la jeunesse, les personnels médicaux, *etc.* Il s'agit en conséquence et avant tout d'une approche interprofessionnelle de la prise en charge, orchestrée par le psychologue en charge du parcours d'exécution de la peine. Cette « pièce maîtresse » du dispositif a pour fonction d'« accompagner les personnels dans leur mission d'observation et [d']aider les condamnés à élaborer leur projet »¹⁵⁶⁸. Toutefois, ce sont bien les surveillants qui procèdent à l'observation au quotidien de la population pénale et qui retranscrivent toutes les informations jugées pertinentes dans le livret individuel¹⁵⁶⁹. Les personnels de surveillance sont ainsi devenus des acteurs de l'évaluation de la population pénale, au travers de leur participation à la commission pluridisciplinaire unique présidée par le chef d'établissement. De cette façon, le parcours d'exécution de la peine repose sur une pluridisciplinarité structurée autour d'un coordinateur, d'une instance unique et d'un décideur. Par cette « nouvelle organisation du travail en détention »¹⁵⁷⁰, l'institution met en place la

¹⁵⁶⁶ CHAUVENET Antoinette, RAMBOURG Cécile, « Annexe III. Note d'analyse sur l'impact de la mise en œuvre des règles pénitentiaires européennes (rpe) », in Circ. du 14 janvier 2009 relative à la poursuite de l'implantation progressive des RPE dans les établissements pénitentiaires selon 5 priorités définies pour leur capacité à faire évoluer le système pénitentiaire, DAP, JUSK0840015C, BOMJ n° 2009/1, p. 10

¹⁵⁶⁷ Art. D. 80 du CPP.

¹⁵⁶⁸ DARBÉDA Pierre, « La prison en mutation : projet de loi pénitentiaire, parcours d'exécution de peine et autres innovations », *op. cit.*, p. 639. « Institué dès l'expérimentation du projet d'exécution de peine, le psychologue PEP participe à la mise en place, au maintien et au développement du dispositif PEP sous l'autorité du chef d'établissement. Il aide au travail pluridisciplinaire, en collaborant à une meilleure connaissance des personnes détenues – par le biais d'entretiens individuels – et en assurant un rôle de soutien technique aux [commission pluridisciplinaire unique]. » : LE MOINE Cathy, *L'individualisation du traitement pénitentiaire dans le cadre du PEP en milieu fermé*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁶⁹ Sur cette pratique scripturale v. : *infra* n° 450.

¹⁵⁷⁰ « La mise en œuvre du [parcours d'exécution de peine] conduit nécessairement à une nouvelle organisation du travail en détention : le gradé est le garant de la tenue et de la mise à jour du livret et assure le secrétariat du dispositif, un personnel de direction qui effectue la synthèse globale, au moins une fois par an, des premiers surveillants qui établissent la synthèse des fiches d'observation, des surveillants plus stables dans leurs fonctions qui sont associés à toutes les étapes de ce parcours. Parmi les outils utilisés pour la mise en œuvre du [parcours d'exécution de peine], le livret du détenu est un élément essentiel. En effet, il rassemble tous les éléments relatifs à la vie du condamné et les observations recueillies sur lui par les différents services. Composé de la synthèse du dossier pénal, du dossier du centre national d'observation le cas échéant, du document formalisant le [parcours d'exécution de peine], des fiches par domaines d'activités, des fiches d'observation remplies par le surveillant, des fiches de synthèse réactualisées par le gradé. Le livret suit le condamné à travers son parcours pénitentiaire

constitution et la circulation d'un savoir sur la population pénale nécessaire à l'individualisation, tout en maintenant le pouvoir de décision entre les seules mains du chef d'établissement, la commission n'ayant qu'un pouvoir consultatif¹⁵⁷¹.

L'élaboration du parcours dans sa phase carcérale relève de décisions administratives individuelles. Pourtant, il appartient au juge d'application des peines « de fixer les principales modalités de l'exécution des peines privatives de liberté¹⁵⁷² ». « Ce magistrat est ainsi chargé par la juridiction de jugement ayant prononcé la condamnation de suivre la personne condamnée tout le temps de sa peine, en adaptant les modalités d'exécution de celle-ci¹⁵⁷³. » Cependant, le passage d'une progressivité de l'exécution de la peine à sa programmation, marqué par la suppression du régime progressif, a entraîné le retrait de toutes les compétences de l'autorité judiciaire sur le parcours de détention. Le juge ne siège pas à la commission pluridisciplinaire unique, alors qu'il présidait la commission de classement, et ne bénéficie en principe plus que d'un droit de communication portant sur le « projet initial et ses modifications ultérieures¹⁵⁷⁴ ». L'intensification de l'individualisation pénitentiaire se caractérise par un mouvement d'accroissement du pouvoir de l'administration et, corrélativement, une suppression quasi-totale de l'implication de l'autorité judiciaire dans la détermination des conditions d'exécution de la peine durant sa phase carcérale, abandonnant ainsi la prise en charge à la discrétion de l'administration.

La dichotomie entre l'individualisation administrative et judiciaire pose immanquablement la question de l'articulation entre le milieu ouvert et le milieu fermé dans le parcours d'exécution de la peine, c'est-à-dire de la cohérence entre la politique pénitentiaire et la politique d'application des peines. Bien entendu, l'adhésion du sujet à la prise en charge est favorablement prise en compte par le juge de l'application des peines. Néanmoins, l'investissement du détenu durant le parcours de détention ne garantit pas l'accès à un parcours d'aménagement : les promesses de l'administration ne lient pas l'autorité judiciaire. L'instrumentation du processus d'individualisation devait répondre à ce souci d'« une plus grande cohérence entre individualisation administrative de la peine et mesures

jusqu'à la libération et est transmis au service pénitentiaire d'insertion et de probation lorsque le relais est pris pour le suivi d'une mesure en milieu ouvert. » : DARBÉDA Pierre, « La prison en mutation : projet de loi pénitentiaire, parcours d'exécution de peine et autres innovations », *op. cit.*, p. 639.

¹⁵⁷¹ Spécifiquement sur le caractère pluridisciplinaire de l'évaluation v. : *infra* n° 527.

¹⁵⁷² Al. 1, art. 712-1 du CPP.

¹⁵⁷³ CC, Décision n° 2017-671 QPC du 10 novembre 2017, M. Antoine L. [Saisine d'office du juge de l'application des peines], préc.

¹⁵⁷⁴ Al. 1, art. 717-1 du CPP. Le juge de l'application des peines dispose toutefois d'une compétence spéciale pour l'élaboration du parcours d'exécution de la peine des personnes condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'une des infractions visées à l'article 706-53-13 du CPP : art. 717-1A du CPP.

d'individualisation judiciaires¹⁵⁷⁵ ». À cet égard, le parcours doit associer le procureur de la République et le juge de l'application des peines dans la mise en place du projet d'exécution de peine¹⁵⁷⁶, afin notamment de « mieux intégrer la jurisprudence locale d'application des peines dans les projets individuels des personnes condamnées¹⁵⁷⁷ ». Difficile d'évaluer la portée des échanges entre l'administration et l'autorité judiciaire sur la cohérence du parcours, l'existence d'une dualité de procédé d'individualisation ne peut toutefois que contribuer à l'imprévisibilité de l'évolution du régime d'exécution, quant bien même le parcours constituerait une aide à la décision pour le juge¹⁵⁷⁸.

*

304 La légitimation d'un nouvel exercice du pouvoir de punir. Le passage d'un calcul à un processus d'individualisation de la peine caractérise le nouvel exercice du pouvoir de punir de l'État. La poursuite de l'efficacité de la peine privative de liberté a en effet déterminé l'avènement d'un impératif d'adaptation du régime d'exécution au fur et à mesure de l'exécution de la peine. Dans ce contexte, l'instrumentation du processus d'individualisation structure la mutabilité des conditions d'exécution pour légitimer l'intensification de la constitution corrélative du sujet et de sa peine. La réglementation de la poursuite de l'acte de juger (§2) par l'administration, second volet de la planification de l'acte de punir, régit quant à elle la répartition initiale de la population pénale initiant ce processus.

§2. LA RÉGLEMENTATION DE LA POURSUITE DE L'ACTE DE JUGER

305 L'encadrement de la répartition initiale de la population pénale. Du fait de la diversification des modalités d'exécution, l'enjeu de la participation de l'administration à l'acte de juger s'est particulièrement accru. La répartition initiale de la population pénale, en raison de sa proximité dans le temps avec la condamnation et de sa portée sur l'acte de punir, est à ce titre spécialement réglementée par le régime pénitentiaire¹⁵⁷⁹. Dans le but de mesurer le devenir de la portée de la peine prononcée, et plus largement le rôle de la rationalité légale

¹⁵⁷⁵ « Annexe IV. L'implication des autorités judiciaires », in Circ. du 21 juillet 2000 relative à la généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peines, *op. cit.*

¹⁵⁷⁶ Circ. du 21 juillet 2000 relative à la généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peines, *op. cit.*

¹⁵⁷⁷ « Annexe IV. L'implication des autorités judiciaires », in *ibid.*

¹⁵⁷⁸ Sur l'articulation insuffisante avec le parcours d'aménagement de peine v. : *infra* n° 351-353.

¹⁵⁷⁹ Ce placement initial par les autorités pénitentiaires doit être distingué du placement en détention provisoire par l'autorité judiciaire. Sur ce dernier v. : art. 137, 143-1 et s. et D. 53 et s. du CPP.

dans la détermination des conditions d'exécution, il convient d'analyser les procédés d'individualisation mis en œuvre dans le cadre de la répartition initiale de la population pénale. Cette participation de l'administration à la planification de l'acte de punir peut être appréhendée par les conditions (A) et les modalités de la poursuite de l'acte de juger (B).

A. Les conditions de la poursuite de l'acte de juger

306 Les conditions de fond de la participation initiale de l'administration à l'acte de juger. Ayant pour objectif de déterminer l'affectation la mieux adaptée au condamné, la répartition initiale repose sur la distribution des personnes entre les différents établissements. Cependant, ce procédé est-il fondé sur une rationalité légale ou pénitentiaire ? De la réponse à cette question dépend le fondement des pratiques punitives et l'encadrement de la participation initiale de l'administration à la poursuite de l'acte de juger. L'observation du régime pénitentiaire révèle que les conditions de fond de la répartition fonctionnent à la fois avec des conditions formelles et des critères pénitentiaires. Néanmoins, la conciliation entre les deux rationalités antagonistes diffère dans les termes de l'affectation (1) et les termes de l'orientation (2), qui sont les deux procédures sur lesquelles repose la répartition.

1. Les termes de l'affectation

307 La prééminence de la rationalité pénitentiaire dans l'affectation. Le régime pénitentiaire détermine les termes dirigeant l'administration dans le choix de l'établissement où la personne exécutera sa peine¹⁵⁸⁰. Il s'agit des conditions de fond destinées à circonscrire et indexer l'affectation initiale. Ces termes appartiennent au droit pénitentiaire et sont énoncés dans le code de procédure pénale. Pourtant, tous ne renvoient pas à une notion juridique, de sorte que l'administration dispose d'un vaste pouvoir d'appréciation. L'intégration du paradigme pénitentiaire a en effet déterminé le passage d'une répartition des condamnés exclusivement conditionnée par la catégorie pénale, à une distribution déterminée avant tout par la rationalité pénitentiaire. Dès lors, si les conditions formelles n'ont pas disparu, l'encadrement de l'affectation est marqué par la prééminence des critères pénitentiaires.

¹⁵⁸⁰ Al. 2, art. 717-1 ; al. 2, art. D. 74 ; art. D. 80 et s. du CPP.

308 Les conditions formelles. La rationalité légale s'exprime dans le régime pénitentiaire par des conditions formelles, ayant pour fonction de restreindre ou élargir le champ des usages possibles des modalités d'exécution, notamment pour les maisons d'arrêt. Si ces structures et les établissements pour peine sont le lieu de la mise en œuvre du régime pénitentiaire¹⁵⁸¹, le régime des maisons d'arrêt diverge radicalement, en ce qu'il fait peu de cas de la rationalité réformatrice. C'est la raison pour laquelle l'affectation n'y est possible que de manière exceptionnelle pour les « condamnés à l'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à deux ans¹⁵⁸² ». L'usage d'une condition formelle présente l'utilité de circonscrire précisément et impérativement l'usage d'une modalité d'exécution, comme pour les centres pour peines aménagées, où seules les personnes dont le reliquat de peine restant à exécuter est égal ou inférieur à deux ans peuvent être placées sous écrou¹⁵⁸³. La durée de la peine n'est ainsi pas destinée à déterminer l'affectation, mais simplement à élargir le champ des possibilités pour la répartition de la population pénale. Au-delà, le régime pénitentiaire emploie également la condition du sexe pour contraindre l'administration, en disposant que les « hommes et les femmes sont incarcérés dans des établissements distincts¹⁵⁸⁴ ».

D'autres conditions formelles sont spécifiques à des statuts complémentaires. Il s'agit en premier lieu du critère de la minorité, pour les quartiers et établissements pour mineurs. À l'instar du reliquat de peine restant à exécuter, ce critère conditionne l'affectation à certaines structures, afin de circonscrire leur usage et ainsi protéger leur objet. Toutefois, une différence s'impose pour l'accès à ces établissements et quartiers spécialisés pour les mineurs, puisque ce critère est indérogeable. L'ensemble des personnes détenues de moins de dix-huit ans doivent être réparties dans des structures spécialisées, afin de respecter l'impératif de séparation des majeurs et des mineurs¹⁵⁸⁵. En second lieu, le droit pénitentiaire emprunte au

¹⁵⁸¹ Art. 717 du CPP.

¹⁵⁸² Al. 2, art. 717 du CPP. Cette circonscription de l'incarcération des personnes condamnées en maison d'arrêt n'est cependant pas sans exception. D'abord, le prononcé d'un aménagement de peine ou l'enregistrement d'une requête en aménagement sérieuse est de nature à justifier le maintien en maison d'arrêt. Ensuite, « lorsqu'il apparaît que leur comportement porte ou est susceptible de porter atteinte au maintien du bon ordre de l'établissement ou à la sécurité publique », elles peuvent-être maintenues en maison d'arrêt dans un quartier de prise en charge de la radicalisation ou une unité pour détenus violents : al. 1, art. 726-2 du CPP.

¹⁵⁸³ Al. 3, art. D. 72-1 du CPP.

¹⁵⁸⁴ Art. D. 248 du CPP. Cette séparation des sexes est particulièrement stricte, bien qu'il soit admis qu'un établissement puisse accueillir des quartiers destinés à ces deux catégories de personnes condamnées. Le code prévoit dans ce cas que « toutes dispositions doivent être prises pour qu'il ne puisse y avoir aucune communication entre les uns et les autres » : al. 1, art. D. 248. Relevons toutefois que l'article 28 de la loi pénitentiaire prévoit, qu'« à titre dérogeatoire, des activités peuvent être organisées de façon mixte ».

¹⁵⁸⁵ Bien que ce critère prive l'administration de l'opportunité de placer un mineur avec les majeurs, le code dispose que lorsque « sa personnalité et son comportement en détention le justifient, une personne détenue qui atteint l'âge de la majorité en détention peut être maintenue avec son accord en [établissement pour mineur] ou en [quartier pour mineur] sur le fondement de l'article R. 57-9-11 du CPP jusqu'à l'âge de 18 ans et 6 mois. Cela

droit de l'application des peines l'un de ses statuts spéciaux, en la catégorie des personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit¹⁵⁸⁶, afin de disposer d'une condition assurant de la possibilité d'un « suivi médical et psychologique ¹⁵⁸⁷ ». Le mouvement de « pathologisation¹⁵⁸⁸ » du passage à l'acte a emporté que toutes les personnes condamnées pour l'une des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru soient affectées dans des établissements disposant des services médicaux capables de proposer une prise en charge adaptée¹⁵⁸⁹. Au nom d'un besoin de prise en charge hypothétique, le pouvoir d'appréciation de l'administration dans la répartition est amoindri. Mais cette disposition constituant un mésusage des incriminations, dont l'objet n'est aucunement de déceler un besoin thérapeutique, emporte également des conséquences pour la personne du fait que ce critère peut être un obstacle à une demande de transfert pour rapprochement familial. Ce critère n'a d'ailleurs pas pour objet d'assurer la disponibilité de soins aux personnes qui souhaiteraient débiter une thérapie, mais de permettre au juge de leur imposer un traitement et de subordonner l'octroi des mesures visées à l'alinéa 5 de l'article 717-1 à son suivi. Sur ce point, le pouvoir d'appréciation de l'administration est subordonné aux conditions d'octroi des mesures d'application des peines¹⁵⁹⁰.

Les conditions formelles ont une place négligeable dans la répartition de la population pénale, car elles ont avant tout pour objet de circonscrire des situations pour lesquelles une solution immobilière particulière est déterminée. Dans l'affectation des personnes condamnées, la rationalité légale s'impose pour déterminer certains usages spécifiques des modalités d'exécution, et non pour encadrer de manière générale le pouvoir d'appréciation de l'administration fondé sur les critères pénitentiaires.

309 Les critères pénitentiaires. Contrairement aux conditions formelles, les critères pénitentiaires ont pour objet de guider l'action de l'administration, et non de la contraindre. Il

peut s'avérer utile notamment dans le cadre d'une préparation d'aménagement de peine. » : Circ. du 24 mai 2013 relative au régime de détention des mineurs, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵⁸⁶ Sur ce statut v. : *supra* n° 111-113.

¹⁵⁸⁷ Al. 3, art. 717-1 du CPP.

¹⁵⁸⁸ FOUCAULT Michel, « L'évolution de la notion d'« individu dangereux » dans la psychiatrie légale », *op. cit.*, p. 408. Pour une explicitation du mouvement de pathologisation du passage à l'acte v. : note n° 739.

¹⁵⁸⁹ Conformément à l'article R. 57-8-3 du CPP, il s'agit des établissements sièges d'un service médico-psychologique régional, ceux dotés d'une unité fonctionnelle rattachée à un service médico-psychologique régional et de ceux dans lesquels intervient le secteur de psychiatrie générale en application des protocoles prévus par les articles R. 6111-29 et R. 6111-37 du CSP. Il convient en outre de relever que cette disposition définit un champ d'application plus restreint, puisqu'elle vise les condamnés à un suivi socio-judiciaire ou pour le meurtre ou l'assassinat d'un mineur de quinze ans précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou pour toute infraction visée aux articles 222-23 à 222-32 et 227-25 à 227-27 du CP.

¹⁵⁹⁰ Sur les pratiques pénitentiaires de la thérapie mentale v. : *infra* n° 421-422.

n'est d'ailleurs possible d'évoquer une poursuite de l'acte de juger qu'à partir du moment où l'affectation repose sur des critères. Ces derniers peuvent être distingués selon qu'ils font références aux caractéristiques biologiques ou criminologiques de la population pénale¹⁵⁹¹.

Les critères biologiques visent la constitution organique du condamné. La prise en compte de cette dimension s'est développée à partir de la réforme pénitentiaire de 1945, mais son origine se trouve dans le mouvement philanthropique, qui a mis en exergue l'incompatibilité de la rationalité réformatrice avec l'abandon des reclus. En tant qu'« institution totale¹⁵⁹² », responsable de l'ensemble des aspects de la vie des personnes incarcérées, l'institution pénitentiaire poursuit cette prise en compte des réalités biologiques de la population à sa charge afin de favoriser la réinsertion et prévenir les traitements inhumains ou dégradants. Ces critères fondés sur les caractéristiques biologiques sont invariablement l'âge et la santé¹⁵⁹³. En revanche, et en dehors de la minorité, les effets de leur considération sont moins déterminants qu'auparavant¹⁵⁹⁴. S'il existe toujours un statut des jeunes adultes en détention, ce dernier n'emporte plus l'affectation systématique de ces derniers dans un « centre de jeunes détenus », ayant succédé aux prisons-écoles, pas plus que les personnes âgées ne sont encore placées dans un « centre de détention sanitaire »¹⁵⁹⁵. Toutefois, l'âge sera pris en compte dans la détermination des conditions d'exécution, pour soumettre d'un côté les majeurs de moins de vingt et un ans « à un régime particulier et individualisé qui fait une large place à l'enseignement et à la formation¹⁵⁹⁶ » et, de l'autre, prendre en compte les besoins spécifiques des personnes les plus âgées¹⁵⁹⁷. De la même manière, la santé dans sa dimension physique et mentale est prise en considération, afin de pourvoir au mieux aux besoins sanitaires. Ce critère peut conduire à privilégier une prison disposant d'une unité de soins médico-psychologiques régionale, ou une affectation dans une structure spécialisée *de facto*, comme « Château-Thierry [qui] accueille des personnes

¹⁵⁹¹ Al. 2, art. 717-1 ; al. 1, art. D. 74 du CPP.

¹⁵⁹² GOFFMAN Erving, « On the Characteristics of Total institutions », in *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, *op. cit.*, p. 1-124.

¹⁵⁹³ Al. 2, art. 717-1 ; al. 1, art. D. 74 du CPP.

¹⁵⁹⁴ L'ancien article 718 disposait de différentes catégories de population pénale devant être affectées dans des établissements spéciaux. « Les condamnés dont la peine doit expirer avant qu'ils aient atteint l'âge de vingt-huit ans peuvent être détenus dans les prisons-écoles. Les condamnés séniles ou inaptes au travail peuvent être détenus dans les prisons-hospices. Les condamnés malades et les psychopathes peuvent être hospitalisés dans des établissements pénitentiaires appropriés. » : al. 2, 3 et 4, art. 718 ancien du CPP.

¹⁵⁹⁵ BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, §637 ; 647.

¹⁵⁹⁶ Al. 1, art. D. 521 du CPP.

¹⁵⁹⁷ Au 1^{er} avril 2021, les personnes écrouées âgées de plus de 60 ans étaient 3321 et représentaient 4,2% des personnes détenues : « Tableau 2 : Structure par tranches d'âge des personnes écrouées, selon la catégorie pénale », in *Statistiques trimestrielles des personnes écrouées en France. Mouvements au cours du 1^{er} trimestre 2021. Situation au 1^{er} avril 2021*, Bureau de la donnée, DAP, Ministère de la justice, 2021, p. 6.

détenues souffrant de troubles du comportement¹⁵⁹⁸ », ou encore une affectation dans une structure différenciée *de jure*, telle une unité hospitalière spécialement aménagée.

À l'instar des critères biologiques, les « critères criminologiques¹⁵⁹⁹ » ont la charge de rationaliser la pratique de la répartition en énonçant des éléments devant être pris en compte par l'administration. Par cette expression, il s'agit d'appréhender la diversité des critères liés à la fois à la personne et à son comportement passé et à venir. Ce sont les caractéristiques du sujet qui informent son futur, déduites de sa vie antérieure à l'incarcération et de son comportement durant celle-ci. Ces dernières peuvent être présentées comme les éléments pertinents pour comprendre sa conduite infractionnelle et gérer son comportement en détention. Le critère le plus important, mais aussi le plus flou et indéfini, est celui de la personnalité¹⁶⁰⁰. La seule certitude quant à ce critère est qu'il ne renvoie pas à la notion de la personnalité juridique. Ce terme doit en effet être entendu dans son sens profane, désignant « ce qui caractérise en particulier un individu (dans ses tendances et son tempérament), son individualité, son caractère¹⁶⁰¹ ». Il n'est toutefois pas question de personnalisation de l'acte de punir, mais d'individualisation de la prise en charge par l'intermédiaire de la catégorisation du sujet. Si la personne est visée, ce n'est que pour désigner les éléments de connaissance nécessaires à sa « classification¹⁶⁰² », au regard en premier lieu de sa dangerosité. Ne faisant pas l'objet d'une mention expresse dans les termes de l'affectation codifiés à la première phrase de l'article 717-1 du code de procédure pénale, la dangerosité est pourtant un facteur « particulièrement déterminant¹⁶⁰³ », renseigné pour l'administration par le statut de détenu particulièrement signalé, l'idéologie politico-religieuse, les antécédents judiciaires et pénitentiaires, *etc*¹⁶⁰⁴. D'autres critères, comme la catégorie de l'infraction commise – lorsque celle-ci est de nature à impacter fortement les relations au sein de la détention¹⁶⁰⁵ – sont

¹⁵⁹⁸ Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 4. Concernant le « Profil des personnes affectées à la MC Château-Thierry » v. : *ibid.*, p. 9.

¹⁵⁹⁹ PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 22^e éd., Paris, Cujas, 2019, §831.

¹⁶⁰⁰ Sur la notion de personnalité au-delà du sens commun v. : *infra* n° 484 et s.

¹⁶⁰¹ « Personnalité », in *Vocabulaire juridique*, CORNU Gérard (dir.), *op. cit.*, p. 760.

¹⁶⁰² « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.*, p. 4 ; SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, *op. cit.*, p. 241 ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, *op. cit.*, p. 177 ; BLONDIEAU Francis, « Les régimes de détention », *op. cit.*, p. 194 ; HANNAH-MOFFAT Kelly, SHAW Margaret, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *op. cit.*, p. 53. Sur la classification du sujet v. : *infra* n° 328 ; 504-511.

¹⁶⁰³ Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁰⁴ Sur l'évaluation de la dangerosité v. : *infra* n° 505-507.

¹⁶⁰⁵ Les personnes ayant commis des infractions sexuelles seront affectées en priorité vers certains établissements et quartiers, bénéficiant d'une prise en charge individualisée pour ce type de délinquance et permettant pour le bon ordre de la détention la séparation de cette catégorie de personne, souvent persécutée au

destinés à classer la personne, afin de pouvoir procéder à son affectation. Il convient en outre d'ajouter à ces critères celui des liens familiaux, essentiel à la réinsertion comme à la prévention des atteintes au droit à la vie privée et familiale.

310 Un diagnostic pénitentiaire. L'imposition de ces critères pénitentiaires met en exergue une substitution de causes dans la détermination des pratiques punitives. Le fondement de l'assujettissement demeure la condamnation, mais les conditions de celui-ci sont déterminées avant tout au travers de l'« objectivation¹⁶⁰⁶ » du sujet par ses caractéristiques biologiques et criminologiques¹⁶⁰⁷. Contrairement au prononcé de la peine, la répartition de la population pénale n'est pas indexée sur les faits commis et rationalisée par la personnalité et la situation de la personne condamnée. La distribution des personnes dans les établissements est entièrement fondée sur les caractéristiques de la population pénale, encadrée seulement par quelques conditions formelles du régime pénitentiaire. Il ressort de ce constat que la poursuite de l'acte de juger prend la forme d'un diagnostic pénitentiaire, en dehors de l'existence d'un régime de détention de droit commun, d'un parcours de détention prévisible et de conditions formelles susceptibles de maintenir un lien entre la peine et les pratiques punitives. Cette diminution drastique de la portée de la peine conduit dès lors à faire de la condamnation une autorisation de prise en charge, puisque les conditions d'exécution n'ont pas nécessairement de liens avec les faits. C'est notamment le cas de certaines personnes radicalisées, condamnées pour des infractions sans lien avec l'islamisme radical, dont l'acte de punir est pourtant tout entier indexé sur l'évolution de leur idéologie politico-religieuse. En raison de la diversification des modalités d'exécution, l'affectation n'est plus une simple mesure d'administration de la détention, mais un jugement sur la personne, indépendant et complémentaire de celui de la juridiction de condamnation, destiné à planifier l'acte de punir. L'affectation nécessite en conséquence une procédure de mise en l'état, afin de rassembler et d'évaluer les caractéristiques de la population pénale, au fondement de cette intervention de l'administration dans l'acte de juger. Celle-ci détermine d'ailleurs une autre conciliation entre les rationalités pénitentiaire et légale qu'en matière d'affectation, raison pour laquelle il convient de poursuivre notre étude de la répartition par les termes de l'orientation (2).

sein de la détention, du reste de la population pénale : *ibid.* Pour une liste des établissements différenciés *de facto* pour l'accueil de ces personnes v. : « Annexe 6. Carte des établissements labellisés AICS », in *ibid.*, p. 51.

¹⁶⁰⁶ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187 ; 189 ; 193.

¹⁶⁰⁷ Sur l'individualisation du sujet par l'évaluation v. : *infra* n° 497 et s.

2. Les termes de l'orientation

311 La prédominance de la rationalité légale dans l'orientation. La pratique de l'orientation, indispensable à la répartition initiale de la population pénale, en ce qu'elle constitue la mise en l'état de la décision d'affectation, n'est pas généralisée. Cette procédure consistant « à réunir tous les éléments relatifs à la personnalité du condamné [...] et, d'une manière générale, tous renseignements susceptibles d'éclairer l'autorité compétente pour décider de l'affectation la plus adéquate¹⁶⁰⁸ », dispose d'un champ d'application limité par la peine à subir. Le reliquat de peine restant à exécuter est en effet la condition de l'orientation obligatoire, ce qui n'exclut pas l'orientation facultative à la discrétion de l'administration.

312 L'orientation obligatoire. Le problème de l'orientation ne se pose qu'à partir du moment où la détermination des conditions d'exécution est indexée sur une rationalité pénitentiaire. Nulle orientation n'était nécessaire lorsque « le lieu et le régime d'exécution de la peine privative de liberté, dépendaient exclusivement de la nature juridique de la peine prononcée, qui dépendait elle-même de la nature de l'infraction commise¹⁶⁰⁹ ». La mise en l'état de la décision d'affectation n'a sa place dans le dispositif d'exécution que si ce dernier entreprend de poursuivre l'acte de juger. Dans ces conditions, la procédure d'orientation est la condition de possibilité de la répartition de la population pénale en fonction de critères pénitentiaires et dans un réseau de modalités fortement diversifié. Dans notre régime pénitentiaire, l'orientation est obligatoire pour les personnes dont le temps d'incarcération restant à subir est supérieur à deux ans pour les majeurs et supérieur à trois mois pour les mineurs¹⁶¹⁰. La condition de l'orientation obligatoire est en conséquence la peine à subir¹⁶¹¹. Malgré le principe de l'adaptation du régime d'exécution au sujet, le législateur exclut par principe les personnes exécutant une courte peine du périmètre de l'orientation. La délimitation du champ de la procédure de mise en l'état, aux cas pour lesquels elle aura la plus forte valeur ajoutée, emporte dès lors la circonscription de la rationalité pénitentiaire.

L'objectif de l'orientation est d'appréhender « la personnalité de la personne détenue dans toutes ses dimensions » et de « permettre une gestion dynamique du temps de la

¹⁶⁰⁸ Al. 1, art. D. 74 du CPP.

¹⁶⁰⁹ BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, §232.

¹⁶¹⁰ Al. 1, art. D. 75 du CPP.

¹⁶¹¹ Il s'agit du « reliquat de peine inscrit sur la fiche pénale, à la date à laquelle la condamnation est devenue définitive, crédit de réduction de peine (CRP) déduit » : Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 5.

détention »¹⁶¹². La pratique de l'orientation n'est pas seulement indispensable à la mise en œuvre d'une affectation initiale dirigée par des critères pénitentiaires, elle est aussi la condition de possibilité de l'élaboration d'un parcours d'exécution. Renoncer à connaître les personnes condamnées, c'est renoncer à la planification de l'acte de punir et donc au « supplément pénitentiaire¹⁶¹³ » inhérent à l'exécution de la peine privative de liberté depuis la fondation de l'institution pénitentiaire¹⁶¹⁴. C'est d'ailleurs ce qui distingue le dispositif de la détention provisoire de celui de la peine privative de liberté. La conséquence concrète de l'exclusion des courtes peines de l'orientation obligatoire est l'institution d'un principe de maintien des personnes condamnées à ces peines en maison d'arrêt. Les conditions d'affectation ouvrent la possibilité d'un maintien en maison d'arrêt des personnes condamnées¹⁶¹⁵, mais c'est la condition de l'orientation obligatoire qui fait de celui-ci une règle, car en l'absence de mise en l'état aucune décision d'affectation ne peut intervenir. Cette part de la population pénale est alors privée du bénéfice plein et entier du régime pénitentiaire leur étant applicable. Le supplément pénitentiaire à la détention, caractérisé par la programmation et la progressivité de la peine, laisse place à des conditions d'exécution figées, ou du moins grandement limitées dans leur mobilité pour ce qui est du volet carcéral du parcours d'exécution. La circonscription de l'orientation par la rationalité légale n'est dès lors pas tant la rationalisation du paradigme pénitentiaire que sa mise entre parenthèse.

La poursuite de l'acte de juger par l'administration semble ainsi subordonnée, *a priori*, à l'existence d'une durée suffisante pour que l'institution puisse rechercher la transformation du sujet de l'acte de punir par les usages des modalités d'exécution et son insertion dans un parcours. Néanmoins, il convient de considérer que cette circonscription est également le résultat du *numerus clausus* des établissements pour peine et de la plus faible diversité des modalités d'exécution en maison d'arrêt¹⁶¹⁶. Au demeurant, l'orientation facultative des

¹⁶¹² *Ibid.*

¹⁶¹³ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 251.

¹⁶¹⁴ Néanmoins, le refus de planifier la peine peut également s'expliquer par le prononcé prévisible d'une mesure d'individualisation judiciaire, rendant superflue l'affectation de la personne condamnée à un établissement pour peine. Il s'agit en l'absence de fondement réglementaire d'une exception de fait à l'affectation obligatoire pour les personnes dont le reliquat de peine restant à subir est égal ou supérieur à deux ans : *ibid.*, p. 6.

¹⁶¹⁵ Selon l'administration, l'opportunité d'accueillir ou de maintenir en maison d'arrêt des personnes condamnées, dont le reliquat restant à subir est égal ou inférieur à deux ans, doit être appréciée au regard de la préparation de leur libération, de leur situation familiale et leur personnalité : *ibid.*, p. 3. Ces critères ne seront toutefois mobilisés qu'une fois que l'autorité administrative aura décidé de l'opportunité de la mise en œuvre d'une procédure d'orientation facultative.

¹⁶¹⁶ En raison du principe de l'encellulement individuel, ne souffrant d'aucun moratoire dans les établissements pour peines, il existe pour cette catégorie d'établissement un *numerus clausus* : al. 1, art. 717-2 du CPP. Précisons toutefois que tout encellulement collectif n'est pas proscrit pour autant, puisqu'il peut être dérogé à ce

personnes condamnées autorise l'administration à décider, en opportunité, de la mise en l'état d'une décision d'affectation, en dehors du champ d'application impératif arrêté par le code.

313 L'orientation facultative. L'une des justifications de la modulation de la peine, et donc de la poursuite de l'acte de juger, est que la valeur de la condamnation s'amenuise au fur et à mesure de l'exécution de la peine. Primordial pour les longues peines d'emprisonnement, la mutabilité des conditions d'exécution des courtes peines peut également s'avérer essentielle à l'efficacité de l'acte de punir. Pour cette raison, le législateur a autorisé l'orientation exceptionnelle des personnes condamnées à de telles peines¹⁶¹⁷. À l'échelon local, l'administration peut ainsi « décider [...] de constituer un dossier d'orientation quand le profil particulier du condamné lui semble l'exiger, en raison par exemple de sa personnalité, du maintien de ses liens familiaux ou d'un projet de réinsertion particulier¹⁶¹⁸ ».

Le régime pénitentiaire aménage effectivement une marginalisation de la rationalité légale, circonscrivant l'usage des critères pénitentiaires dans la répartition de la population pénale. Et en premier lieu, ce sont les critères criminologiques qui peuvent motiver la décision de l'administration de procéder à une orientation facultative. Il peut s'agir d'envisager un placement dans un quartier pour peine aménagée, afin d'éviter les effets négatifs de l'incarcération en maison d'arrêt et pour assujettir la personne à « un régime essentiellement orienté vers la réinsertion sociale et la préparation à la sortie¹⁶¹⁹ ». L'opportunité de déroger au principe de l'absence de répartition des personnes condamnées à de courtes peines peut également être fondée sur la détection d'une radicalisation, emportant une procédure d'orientation caractérisée par l'affectation à un quartier d'évaluation de la radicalisation¹⁶²⁰. Les critères criminologiques ne sont toutefois pas les seuls de nature à justifier le déclenchement de la procédure d'orientation, puisque le ministère de la justice recommande également « de procéder à l'orientation des détenus condamnés, dont le temps d'incarcération restant à subir est inférieur à 2 ans, mais reste supérieur à 6 mois, chaque fois que cela permettra de lutter contre la surpopulation des maisons d'arrêt de leur ressort¹⁶²¹ ». Aussi, et si cela met la personne en mesure de préparer plus favorablement sa sortie, la circulaire du 21

principe « si les intéressés en font la demande ou si leur personnalité justifie que, dans leur intérêt, ils ne soient pas laissés seuls, ou en raison des nécessités d'organisation du travail » : al. 2, art. 717-2 du CPP.

¹⁶¹⁷ Al. 2, art. D. 76 du CPP.

¹⁶¹⁸ Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁶²⁰ Sur les quartiers d'évaluation de la radicalisation v. : *infra* n° 316.

¹⁶²¹ Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 6.

février 2012 invite également à « envisag[er] de procéder à l'orientation des personnes détenues condamnées dont le reliquat de peine est inférieur à six mois si cela permet de maintenir l'équilibre des établissements pénitentiaires¹⁶²² ». Dès lors, les critères de la mise en œuvre de la procédure d'orientation facultative ne sont pas nécessairement ceux de l'affectation elle-même. Les critères criminologiques, comme celui de la gestion des flux en détention, permettent de marginaliser l'emploi de la rationalité légale pour circonscrire le champ d'application de l'orientation. Ce constat n'est néanmoins pas surprenant, puisque l'emploi de la rationalité légale dans le régime pénitentiaire n'a pas tellement pour objet d'encadrer et de limiter l'emploi de la rationalité pénitentiaire, que de la mettre en parenthèse lorsque celle-ci est confrontée aux impératifs d'une bonne administration des établissements en situation de surpopulation carcérale. C'est la raison pour laquelle, si la rationalité légale est prédominante dans la détermination du champ d'application de l'orientation, elle n'est pas pour autant prééminente, en ce qu'elle ne peut s'imposer face aux critères criminologiques.

Au terme de notre analyse des conditions de fonds de la répartition, la conclusion de l'absence de rationalisation du paradigme pénitentiaire s'impose, en dépit de la prédominance de la rationalité légale dans la détermination du champ d'application de l'orientation de la population pénale. La poursuite de l'acte de juger emporte dès lors une diminution de la portée de la condamnation, de plus en plus réduite à être le support malléable de la prise en charge pénitentiaire. Il reste cependant à vérifier si la pratique de la répartition, abandonnée immodérément à la rationalité pénitentiaire, met tout du moins en œuvre, par les modalités de la poursuite de l'acte de juger (B), des garanties pour le justiciable.

B. Les modalités de la poursuite de l'acte de juger

314 Les conditions de forme de la participation initiale de l'administration à l'acte de juger. La répartition de la population pénale dans les établissements pénitentiaires contribue à déterminer les conditions d'exécution de la peine. Par le développement du droit pénitentiaire, cette première phase de l'individualisation administrative a été réglementée afin d'asseoir sa légitimité et d'offrir au justiciable une plus grande sécurité juridique. Il reste toutefois à analyser quelle place est effectivement réservée au sujet de l'affectation. À cette fin, il convient d'examiner les instances de répartition (1) et la procédure de répartition (2).

¹⁶²² *Ibid.*, p. 4.

1. Les instances de répartition

315 Les acteurs de la répartition. Proposer d'analyser la modulation de la peine par le prisme d'une conception matérielle de l'acte de juger conduit inévitablement à se poser la question des acteurs responsables de la poursuite de la détermination des pratiques punitives, ou plus précisément, de l'organisation des rôles et des compétences des différentes composantes de l'administration, intervenant dans la répartition de la population pénale¹⁶²³. Si l'on souhaite comprendre le procédé de la répartition, il est alors indispensable au préalable de considérer successivement les structures de l'orientation et les autorités de l'affectation.

316 Les structures de l'orientation. Dans la majorité des cas, l'instance responsable de la mise en l'état sera l'autorité décisionnelle. La diversité de l'offre d'accueil et des modalités de prise en charge, ainsi que l'enjeu de plus en plus important de la décision d'affectation pour la différenciation de l'acte de punir, emportent cependant l'attribution de l'opération d'orientation à des structures spécialisées dans l'évaluation. Cette corrélation entre la volonté d'individualisation et le besoin de savoir sur le sujet a conduit, dès l'intégration du paradigme pénitentiaire dans le droit positif¹⁶²⁴, à créer un « service pénitentiaire à vocation nationale spécialisé dans l'évaluation¹⁶²⁵ » et, plus récemment, des structures *ad hoc*.

Le « centre national d'évaluation¹⁶²⁶ » est le « service spécialisé permettant de déterminer les modalités de la prise en charge sociale et sanitaire¹⁶²⁷ » les mieux adaptées à la personne. Relevant de la direction de l'administration pénitentiaire, cette instance se compose aujourd'hui de « trois structures distinctes » ayant pour objet, après une évaluation de six semaines, de « dresser un bilan pluridisciplinaire de la personnalité du condamné, afin de proposer au bureau de gestion de la détention une affectation en établissement pour peines adaptée à sa catégorie pénale, son âge, son état de santé, sa personnalité, sa dangerosité et ses

¹⁶²³ Concernant l'appréhension de la modulation de la peine comme le résultat du morcellement de l'acte de juger v. : *supra* n° 57.

¹⁶²⁴ Sur l'intégration du paradigme pénitentiaire dans le droit positif v. : *supra* n° 233 et s.

¹⁶²⁵ Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶²⁶ Décr. n° 2010-350 du 31 mars 2010 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif au Centre national d'évaluation. Sur le centre national d'évaluation, et ses itérations antérieures v. : BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, §238-241 ; DERASSE Nicolas, VIMONT Jean-Claude, « Observer pour orienter et évaluer. Le CNO-CNE de Fresnes de 1950 à 2010 », *Criminocorpus. Revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines*, Savoirs, politiques et pratiques de l'exécution des peines en France au XX^e siècle, 2014, 48 p. ; PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 279 ; CÉRÉ Jean-Paul, « Prison – Organisation générale », *op. cit.*, §60.

¹⁶²⁷ Art. 717-1 A du CPP.

efforts en matière de réinsertion sociale »¹⁶²⁸. Dans le cadre de l'individualisation administrative¹⁶²⁹, ce centre « formule également des préconisations de prise en charge sociale et sanitaire du condamné et mesure sa capacité d'investissement dans un parcours d'exécution de peine¹⁶³⁰ ». Les personnels de surveillance, d'insertion et de probation, ainsi que les psychologues du travail et cliniciens, composant les quatre pôles de l'équipe pluridisciplinaire, ont à cet égard tous « pour mission d'évaluer la personne détenue, sur la base d'une observation au quotidien et d'entretiens réguliers pendant des sessions de plusieurs semaines¹⁶³¹ ». Concernant la valeur de « l'examen psychologique¹⁶³² », relevons que le statut de ces évaluateurs interroge. Effectivement, ils ne disposent ni des garanties du statut de médecin, ni de celui de fonctionnaire, et sont souvent recrutés en contrat à durée déterminée, parfois de courte durée ; aussi leur indépendance pose question. Cette situation de dépendance est couplée à l'absence d'autonomie de ces psychologues cliniciens dans le choix des méthodes utilisées, car les services centraux imposent « les outils d'évaluation et contrôle[nt] la qualité de leur mise en œuvre¹⁶³³ ». Ils interviennent dès lors bien plus comme des exécutants que comme des experts, ce qui laisse entrevoir un procédé artificiel de légitimation du résultat de l'évaluation¹⁶³⁴.

Les personnes relevant de cette instance d'orientation spécialisée sont d'abord celles condamnées « à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'une des infractions visées à l'article 706-53-13¹⁶³⁵ » du code de procédure pénale. Si la peine prononcée par la juridiction de jugement joue ici un rôle, c'est de nouveau le fondement de la condamnation qui est déterminant. Néanmoins, le ministre de la justice, pour les personnes relevant de sa compétence exclusive en matière d'affectation, peut décider de l'admission de celle-ci au centre national d'évaluation¹⁶³⁶, « au regard de la personnalité d'un condamné et de la nature des faits commis¹⁶³⁷ ». Une différence entre ces deux cas doit en revanche être soulignée, la compétence légale emporte que ce soit au juge de l'application des peines, et non plus à l'administration – qui garde toutefois la compétence d'affectation –, de

¹⁶²⁸ Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, *op. cit.*, p. 9 ; 3.

¹⁶²⁹ La seconde mission du centre national d'évaluation, à destination des juridictions judiciaires, est de « déterminer l'existence ou la persistance d'une dangerosité éventuelle chez les condamnés dans le cadre de l'examen d'une demande d'aménagement de peine ou d'une mesure de sûreté » : *ibid.*, p. 2.

¹⁶³⁰ *Ibid.*

¹⁶³¹ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶³² *Ibid.*, p. 11.

¹⁶³³ *Ibid.*

¹⁶³⁴ Sur les modalités de l'évaluation v. : *infra* n° 514 et s.

¹⁶³⁵ Art. 717-1 A du CPP.

¹⁶³⁶ 1°, art. D. 81-1 du CPP.

¹⁶³⁷ Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, *op. cit.*, p. 3.

définir un parcours d'exécution de la peine individualisé¹⁶³⁸. Une nouvelle fois, le statut spécial des personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit s'immisce dans le droit pénitentiaire pour revaloriser derechef la qualification des faits dans l'exécution de la peine. En tout état de cause, l'observation du rôle du centre national d'évaluation dans la répartition de la population pénale permet de percevoir la corrélation entre l'accroissement de l'enjeu de l'affectation initiale et le besoin de mettre en place des instances et procédés de nature à assumer et légitimer le classement des personnes condamnées par l'administration. L'institutionnalisation de la poursuite de l'acte de juger, au travers notamment du développement de structures spécialisées dans l'évaluation, répond à ce besoin.

Pareillement, le besoin de légitimation de la prise en charge individualisée des personnes dites radicalisées a déterminé l'institution de quartiers d'évaluation de la radicalisation¹⁶³⁹. Ces structures d'orientation spéciales permettent de soumettre la personne détenue à un programme d'évaluation de quatre mois, défini par une note et une doctrine d'emploi demeurant confidentielles¹⁶⁴⁰. Son objectif est à la fois « de déterminer le niveau de risque que la personne détenue présente de poser des actes de violence », « un parcours de détention et des interventions efficaces qui visent le désengagement de la violence et la distanciation par rapport aux idées radicales »¹⁶⁴¹. L'objet demeure toutefois celui de toute instance d'orientation, c'est-à-dire « de déterminer une affectation sur un autre établissement fondée sur une prise en charge adaptée au profil de la personne détenue¹⁶⁴² ». La pratique de l'orientation est d'ailleurs organisée de manière similaire, puisque « le conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation et les binômes de soutien évaluent la situation de la personne détenue et rédigent une synthèse pluridisciplinaire¹⁶⁴³ », qui sera transmise à l'administration centrale. Contrairement à l'admission au centre national d'évaluation, l'affectation à un

¹⁶³⁸ Art. 717-1 A du CPP.

¹⁶³⁹ L'intensification de l'individualisation a en effet conduit à l'élaboration pour les personnes dites radicalisées d'un statut spécifique, dans lequel la séparation du reste de la population pénale est une préoccupation majeure : HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire (suite) : Existe-t-il un statut *sui generis* des personnes "radicalisées" ? », *op. cit.* Cette volonté de regroupement, combinée aux besoins du parcours de détention *ad hoc* tracé pour ces personnes, a conduit à l'institutionnalisation progressive de structures spécifiques d'orientation, ayant d'abord pris simplement la forme d'unités dédiées particulières, puis celle de quartiers différenciés *de facto*, avant leur consécration dans le code de procédure pénale.

¹⁶⁴⁰ Note du 23 février 2017 relative aux modalités de prise en charge au sein des quartiers d'évaluation de la radicalisation, DAP. Sur le fonctionnement de ces quartiers : CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, DEPUSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, *op. cit.* ; CGLPL, *Prise en charge pénitentiaire des personnes « radicalisées » et respect des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 23-32.

¹⁶⁴¹ Règlement intérieur du Quartier d'évaluation de la radicalisation de la Maison d'arrêt du Val d'Oise, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶⁴² *Ibid.*

¹⁶⁴³ *Ibid.*, p. 17.

« quartier de prise en charge de la radicalisation spécialisé dans l'évaluation¹⁶⁴⁴ » repose uniquement sur la rationalité pénitentiaire et relève exclusivement du ministre¹⁶⁴⁵. Toute personne détectée comme s'inscrivant dans « un processus d'identification personnelle ou collective à des idées politiques ou politico-religieuses extrêmes, pouvant mener à la volonté de transformer la société par la violence¹⁶⁴⁶ » est appelée à être évaluée dans ces structures. Ce repérage préalable est effectué par différents outils de détection, se présentant comme des grilles d'indicateurs, et pour lesquelles l'action des personnels consiste essentiellement à cocher des cases. Concrètement, il s'agit pour les personnels, en commission pluridisciplinaire dédiée, d'échanger sur le résultat de l'usage des grilles, puis de rédiger une synthèse portant avis sur l'opportunité d'une admission dans un tel quartier d'évaluation.

Les structures de l'orientation participent du mouvement d'objectivation de la répartition, consistant à légitimer le classement de la population pénale. Il s'agit avant tout de la négation du fait que l'affectation des personnes relève d'une pratique de jugement, fondée sur les caractéristiques évaluées, et déterminant en grande partie les termes de la prise en charge. Pourtant, si la distribution des personnes condamnées dans les établissements ne peut être une pratique objective, elle demeure indispensable à la modération de l'acte de punir. C'est la raison pour laquelle cette pratique doit être strictement encadrée, de sorte qu'elle n'efface pas tout lien entre la peine et l'acte de punir, d'une part, et qu'elle ne réduise par le sujet à n'être qu'un objet de savoir pour les autorités de l'affectation, d'autre part.

317 Les autorités de l'affectation. La réglementation de la poursuite de l'acte de juger fait de l'orientation une mise en l'état, comme elle fait des autorités de l'affectation des autorités de jugement, déterminant les pratiques punitives fondées sur la condamnation. Cependant, *a contrario* des structures de l'orientation, les autorités décisionnelles ne sont pas spécialement instituées pour traiter de la répartition de la population pénale. Le pouvoir de distribuer les personnes condamnées dans les établissements est quasi-exclusivement placé entre les mains du ministre et des directeurs interrégionaux par l'article D. 80 du code de procédure pénale. La lecture du code révèle en effet une compétence d'affectation partagée mais monopolisée par les autorités pénitentiaires.

En matière d'affectation initiale, la compétence du ministre de la Justice est exercée

¹⁶⁴⁴ I, art. R. 57-7-84-13 du CPP.

¹⁶⁴⁵ I, art. R. 57-7-84-17 du CPP.

¹⁶⁴⁶ Note relative au guide d'utilisation des outils d'aide au repérage pluridisciplinaire d'un risque de radicalisation violente en établissement pénitentiaire, *op. cit.*, p. 2.

sur proposition du bureau de la gestion des détentions de la direction de l'administration pénitentiaire et, plus précisément, du service des transfèrements composé « de neuf cadres et d'un directeur des services pénitentiaires, chef d'établissement détaché¹⁶⁴⁷ ». Le garde des Sceaux dispose d'une compétence générale pour l'affectation des personnes condamnées dans tous les établissements pénitentiaires¹⁶⁴⁸. Historiquement, l'autorité centrale disposait d'une compétence exclusive pour les condamnés à une « longue peine¹⁶⁴⁹ », entendue comme les reliquats restant à subir supérieurs à deux ans¹⁶⁵⁰. Par un mouvement de « décentralisation¹⁶⁵¹ », cette dernière a ensuite été drastiquement réduite au profit d'une compétence d'attribution partagée avec les directeurs interrégionaux. Néanmoins, l'émergence d'une préoccupation sécuritaire à la fin des années quatre-vingt-dix a emporté, au début des années deux mille, un mouvement de « centralisation¹⁶⁵² » en reflux, caractérisé par un élargissement progressif de la compétence exclusive du ministre, fondée sur des conditions hétérogènes portant sur la nature des structures, la durée ou le fondement des condamnations, ainsi que le statut pénitentiaire¹⁶⁵³. Au-delà, il dispose d'une compétence partagée avec le directeur régional, qui prend la forme d'un droit d'évocation des dossiers sensibles. Les directeurs interrégionaux, quant à eux, disposent pour leur part d'une compétence spéciale pour l'ensemble des types d'établissement autres que les maisons centrales au sein du ressort¹⁶⁵⁴. Au demeurant, cette autorité déconcentrée peut déléguer aux chefs d'établissement une part de sa compétence, de sorte avant tout à faciliter les affectations, au sein d'un même établissement, entre des structures de nature distincte¹⁶⁵⁵.

L'affectation des condamnés après leur orientation relève de l'administration, statuant

¹⁶⁴⁷ PONCELA Pierrette, « Demandés ou imposés, les transfèrements sur la sellette », *RSC*, n° 1, 2014, p. 155. « Le bureau de renseignement pénitentiaire intervient aussi dans le choix des établissements d'affectation, en transmettant des informations et en suggérant les lieux qui lui semblent les plus appropriés compte tenu des niveaux de sécurité. » : *ibid.*

¹⁶⁴⁸ Al. 1, art. D. 80 du CPP.

¹⁶⁴⁹ Art. D. 76 ancien du CPP.

¹⁶⁵⁰ Art. D. 77 ancien du CPP, dans sa rédaction issue du décr. n°85-836 du 6 août 1985 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (3^{ème} partie: décrets).

¹⁶⁵¹ HELLOIN Céline, *L'itinéraire carcéral des détenus. Obstacle ou atout pour la réinsertion*, *op. cit.*, §116.

¹⁶⁵² DE SUREMAIN Hugues, BÉRARD Jean, « La gestion des longues peines au révélateur des luttes juridiques », *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁵³ Aujourd'hui, il dispose d'une compétence exclusive pour les affectations en maison centrale et quartier maison centrale, pour les personnes condamnées à une peine égale ou supérieure à dix ans et pour lesquelles la durée d'incarcération restant à subir est supérieure à cinq ans, pour les personnes condamnées pour des infractions de terrorisme, et pour les détenus particulièrement signalés : al. 1, art. D. 80 du CPP.

¹⁶⁵⁴ Al. 2, art. D. 80 du CPP. Ainsi, si l'affectation la plus appropriée pour la personne se trouve en dehors du ressort du directeur interrégional, la décision d'affectation du condamné reviendra au ministre de la Justice, sauf si cette dernière relève de la procédure du droit de tirage ou d'une mise à disposition interrégionale destinées à remédier aux déséquilibres entre les régions pénitentiaires : Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 12-13.

¹⁶⁵⁵ Al. 2 à 4, art. D. 80 du CPP ; Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 12.

eu égard aux critères pénitentiaires, et prenant en compte la gestion des flux indispensable à la bonne administration des maisons d'arrêt. Le juge ne dispose que d'une compétence exceptionnelle en matière d'affectation des personnes condamnées, prévenues ou accusées pour une autre cause¹⁶⁵⁶. Dans la procédure de répartition, le rôle de l'autorité judiciaire est ainsi cantonné à la transmission d'un avis consultatif¹⁶⁵⁷. Pourtant, le code attribue à l'autorité judiciaire la compétence pour « fixer les principales modalités d'exécution des peines privatives de libertés¹⁶⁵⁸ ». Ainsi, alors que les pratiques punitives sont de plus en plus diversifiées, l'autorité judiciaire est toujours écartée de la répartition initiale. La justification habituelle de l'éviction du juge repose sur les contraintes inhérentes à l'administration, notamment eu égard à l'impératif de sécurité, et à la nécessité d'une connaissance approfondie du parc pénitentiaire pour prendre des décisions éclairées. Au regard du rôle historique du juge dans la répartition de la population pénale¹⁶⁵⁹, ces arguments ne sont pas de nature à convaincre de l'opportunité d'une autonomie totale de l'administration pour l'affectation initiale. Le prolongement de l'acte de juger au-delà du procès pénal appelle nécessairement une réflexion sur le déplacement de la frontière entre ce qui relève des « principales modalités d'exécution des peines privatives de liberté¹⁶⁶⁰ », au regard de leur portée sur la matérialité de l'acte de punir, et ce qui relève de l'administration de celui-ci. D'ailleurs, plus le lien entre la condamnation et l'acte de punir sera ténu, en raison de l'absence d'un strict encadrement juridique du paradigme pénitentiaire, plus l'impératif d'une compétence judiciaire dans la procédure de répartition (2) initiale sera prégnant.

2. La procédure de répartition

318 Les procédés de la répartition. La répartition de la population pénale doit « concilier les impératifs liés à la sécurité des établissements et des personnes, l'encombrement des sites et le caractère adéquat de l'établissement au profil du condamné¹⁶⁶¹ ». Dans cette pratique, le sujet de la peine n'est appréhendé par l'institution qu'en tant qu'objet de savoir à classer, dès lors qu'il est impossible de relever la mise en cause de libertés ou droits fondamentaux. Que

¹⁶⁵⁶ Art. D. 53 du CPP. Sur l'affectation des prévenus et accusés condamnés v. : *ibid.*, p. 20-21.

¹⁶⁵⁷ Sauf urgence, l'avis du juge de l'application des peines doit toujours être recueilli : al. 6, art. D. 80 CPP.

¹⁶⁵⁸ Al. 1, art. 712-1 du CPP.

¹⁶⁵⁹ Longtemps, c'est en effet un juge qui a présidé la commission de classement du centre national d'observation, déterminant l'affectation initiale des personnes relevant d'une évaluation dans cette structure.

¹⁶⁶⁰ Al. 1, art. 712-1 du CPP.

¹⁶⁶¹ Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 8.

ce soit lorsque l'administration établit le dossier d'orientation ou lorsqu'elle prend la décision d'affectation, la place accrue accordée à l'individu dans les principes directeurs de l'exécution des peines ne se traduit pas par une meilleure prise en compte du sujet dans la poursuite initiale de l'acte de juger par l'administration.

319 Le dossier d'orientation. La mise en l'état préalable et indispensable à la décision d'affectation se matérialise par la constitution d'un « dossier d'orientation¹⁶⁶² ». De la responsabilité du chef d'établissement, ce dossier réunit l'ensemble des pièces et avis, informant l'autorité décisionnelle du profil du sujet¹⁶⁶³. Aux pièces communes à l'ensemble des personnes condamnées sont adjoints des documents spécifiques pour celles dont le reliquat de peine restant à subir est égal ou supérieur à deux ans¹⁶⁶⁴, l'avis du renseignement pénitentiaire pour les détenus particulièrement signalés¹⁶⁶⁵ et l'administration peut, aux fins de compléter le dossier, requérir un complément d'enquête au service pénitentiaire d'insertion et de probation sur la situation familiale et sociale d'un condamné¹⁶⁶⁶. De plus, dans le cas d'une affectation postérieure à l'admission dans une structure d'orientation, la « synthèse pluridisciplinaire d'évaluation de la personnalité¹⁶⁶⁷ » établie par la commission pluridisciplinaire unique dédiée aura une place prépondérante.

Au regard de la place du parcours d'exécution de la peine dans le dispositif, le mode de prise en compte de la personne dans la constitution du dossier d'orientation est décevant. Alors que les discours de politique pénitentiaire prônent une plus grande prise en compte du sujet, afin de le responsabiliser dans l'exécution de la peine, sa place dans cette procédure semble plus que marginale. Le recueil de l'avis du justiciable est d'ailleurs seulement prévu pour les mineurs¹⁶⁶⁸. La personne ne prend finalement part à l'orientation qu'en tant qu'objet de savoir, et non sujet de la procédure de détermination des pratiques punitives devant lui

¹⁶⁶² Art. D. 76 du CPP.

¹⁶⁶³ « Ce dossier comprend les renseignements relatifs à la situation pénale et pénitentiaire du condamné, les éléments afférents aux conditions de prise en charge sanitaire et l'avis du service pénitentiaire d'insertion et de probation compétent auprès de l'établissement, l'avis du juge de l'application des peines et celui du juge des enfants s'il y a lieu, ainsi que la proposition du chef d'établissement » : al. 1, art. D. 76 du CPP. Pour une liste des « pièces et renseignements constituant le dossier » v. : Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 7-8.

¹⁶⁶⁴ Art. D. 77 du CPP.

¹⁶⁶⁵ Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁶⁶ Art. D. 79 du CPP.

¹⁶⁶⁷ Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁶⁸ « Pour les mineurs, il comprend en outre l'avis du mineur et des titulaires de l'autorité parentale ou de ses représentants légaux et les éléments afférents aux conditions de prise en charge éducative ; il peut également comprendre l'avis de l'équipe pluridisciplinaire mentionnée à l'article D. 514 et, le cas échéant, l'avis de tout service ayant à connaître de la situation du mineur. » : al. 1, art. D. 76 du CPP.

permettre d'« agir en personne responsable¹⁶⁶⁹ ». Il ne s'agit évidemment pas ici de proposer le recueil d'un consentement à l'affectation ; considérer le détenu en tant que sujet dans l'acte de punir, c'est entièrement assumer que la condamnation est le fondement d'un assujettissement. Mais, c'est aussi refuser de réduire la personne à l'objet d'une prise en charge à laquelle on entend la faire adhérer, sans avoir le souci de préserver dans l'exécution de la peine sa condition de sujet juridique et d'usager du service public. Ce constat peut être illustré par la subordination du contradictoire à la mise en cause des droits fondamentaux.

Dans la procédure d'orientation, le recueil facultatif de l'avis de la personne condamnée, invitée principalement à s'exprimer sur le souhait d'un encellulement individuel, n'est prévu que par la circulaire du 21 février 2012¹⁶⁷⁰. Il est possible d'en déduire le rôle dérisoire de la personne dans la procédure de répartition initiale. Indéniablement, l'administration ne souhaite nullement que la décision d'affectation résulte de la confrontation des avis des personnels pénitentiaires avec le sien. À ce titre, si l'organisation de la contradiction dans la procédure d'orientation est par principe écartée, elle serait pourtant souhaitable afin qu'il soit notamment possible au justiciable de s'investir dans l'exécution de sa peine autrement que par l'expression d'une soumission ostensible à la prise en charge. Le contradictoire, sans aucun doute incontournable pour faire de la modulation de la peine un vecteur de réinsertion, n'est à mettre en œuvre dans cette procédure qu'à partir du moment où il existe un risque d'atteinte à un droit fondamental¹⁶⁷¹. Cette prescription de valeur *infra-réglementaire* à vocation à s'appliquer aux atteintes possibles au maintien des liens familiaux, aux droits à la santé, à la dignité humaine ou aux droits de la défense¹⁶⁷². Dans ces situations, l'article L. 122-1 du code des relations du public avec l'administration doit être appliqué par l'autorité décisionnelle, ce qui autorise le justiciable à déposer des observations écrites, ou à sa demande, des observations orales, et à être assisté par un avocat ou un mandataire

¹⁶⁶⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁶⁷⁰ Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁷¹ Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 8. Distinct du droit d'être appelé et de faire valoir ses prétentions, le contradictoire dans la procédure administrative préalable procède de l'« exigence d'une parfaite information de l'autorité compétente sur tous les éléments nécessaires à l'élaboration de la décision administrative », et non du droit au procès équitable : SEILLER Bertrand, « Acte administratif : régime – Élaboration de l'acte », *Rép. contentieux administratif*, 2015 (actualisé en 2018), §144. « La contradiction n'existe donc pas tant pour la satisfaction immédiate des administrés que pour la qualité de l'action administrative », bien que celle-ci semble indispensable à l'acceptation de son action pour les décisions affectant substantiellement la situation des administrés : *ibid.* En l'absence de principe général, l'article L. 121-1 du CRPA dispose que « les décisions individuelles qui doivent être motivées en application de l'article L. 211-2, ainsi que les décisions qui, bien que non mentionnées à cet article, sont prises en considération de la personne, sont soumises au respect d'une procédure contradictoire préalable ».

¹⁶⁷² Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 8.

agréé¹⁶⁷³. Nonobstant la subordination de cette garantie procédurale à la mise en cause d'un droit fondamental, l'article 726-2 du code de procédure pénale impose spécialement une procédure contradictoire préalable à la décision d'affectation dans les « quartiers spécifiques ». Ce même texte dans son alinéa 3 précise toutefois, sur le modèle de l'alinéa 2 de l'article 717-1 du code de procédure pénale relative au changement de régime de détention, que cette « décision n'affecte pas l'exercice des droits mentionnés à l'article 22 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, sous réserve des aménagements qu'imposent les impératifs de sécurité ». On perçoit dès lors à la fois l'hypocrisie de cette disposition déclarative et celle de l'organisation du contradictoire qui a principalement pour objet de légitimer la procédure d'affectation.

La portée de cette garantie est effectivement particulièrement limitée, en ce qu'aucune demande d'acte ne peut être effectuée et qu'aucune disposition ne prévoit la possibilité d'adjoindre des expertises ou toute autre pièce au dossier d'orientation. De surcroît, après l'admission au centre national d'évaluation, la « synthèse pluridisciplinaire d'évaluation de la personnalité¹⁶⁷⁴ » n'est communicable à la personne condamnée que postérieurement à la décision d'affectation. Impossible dès lors de discuter les conclusions de ce document à la portée pourtant déterminante¹⁶⁷⁵. En conséquence, l'organisation du contradictoire, faisant de la personne condamnée un sujet de la procédure, est dénuée de la portée suffisante pour être plus qu'une pratique de légitimation de la mise en l'état conduisant à la décision d'affectation.

320 La décision d'affectation. Poursuivant le processus d'individualisation de la peine, la décision d'affectation consiste « à déterminer, sur la base des éléments réunis dans le dossier d'orientation, quel établissement pénitentiaire semble le plus approprié au regard du projet d'exécution de peine du condamné¹⁶⁷⁶ ». Ce projet n'est pourtant pas élaboré à ce stade, il est défini par les autorités administratives de l'établissement d'affectation sur le fondement notamment des éléments du dossier d'orientation¹⁶⁷⁷. Cette mention s'analyse avant tout comme l'expression de l'ambition de l'administration de présenter l'affectation initiale comme la première étape d'un acte de punir tout entier déterminé par la rationalité réformatrice du processus d'individualisation, c'est-à-dire par la recherche de l'efficacité de la

¹⁶⁷³ « Annexe 8. Formulaire débat contradictoire », in *ibid.*, p. 58-69.

¹⁶⁷⁴ Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁷⁵ En outre, conformément à l'article L. 311-7 du code des relations entre le public et l'administration, des occultations ou disjonctions peuvent être effectuées lorsque des mentions sont « de nature à mettre en cause la sécurité publique ou la sécurité des personnes ainsi que les mentions relatives à des tiers » : *ibid.*

¹⁶⁷⁶ Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁷⁷ Sur l'élaboration du projet d'exécution de peine v. : *infra* n° 327.

peine par l'adaptation du régime d'exécution, « au fur et à mesure de l'exécution, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation¹⁶⁷⁸ » du sujet. Quoi qu'il en soit, l'affectation du sujet constitue une décision administrative à motiver¹⁶⁷⁹. Malgré le champ d'application restrictif de l'obligation légale de motivation¹⁶⁸⁰, sur le fondement d'une pratique extensive de « l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision¹⁶⁸¹ » de la part de l'administration pénitentiaire, la « décision d'affectation doit être motivée en droit [...] et en fait par référence aux différents critères qui ont présidé au choix de la destination pénitentiaire¹⁶⁸² ».

Malheureusement, la portée de cette obligation est drastiquement restreinte par la nature des décisions prises. Les « décisions d'affectation consécutives à une condamnation¹⁶⁸³ » sont encore qualifiées de mesure d'ordre intérieur par le juge administratif. La seule exception prévue à l'immunité juridictionnelle dont bénéficient ces décisions est la mise en cause de libertés ou droits fondamentaux¹⁶⁸⁴. Dès lors, l'intérêt de

¹⁶⁷⁸ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

¹⁶⁷⁹ Les articles D. 81 à D. 81-2 du code de procédure pénale dispose des multiples formes que peuvent prendre ces actes, ordonnant un transfèrement à destination d'une structure pénitentiaire ou le maintien du condamné dans l'établissement où il se trouve. Selon l'autorité décisionnelle compétente, la décision peut prendre la forme d'une mise à disposition de la décision à un autre directeur interrégional, à un dessaisissement au profit du ministère de la justice en vue d'une affectation dans une maison centrale, soit, lorsque le ministre est compétent, la forme d'une admission au centre national d'évaluation, à l'établissement pénitentiaire de santé nationale de Fresnes ou dans une unité hospitalière sécurisée interrégionale d'une autre direction : art. D. 393 du CPP.

¹⁶⁸⁰ En l'absence de principe général de motivation des décisions administratives, le législateur a institué une obligation légale exigeant l'exposé des motifs qui fondent la décision. Celle-ci est circonscrite aux décisions individuelles défavorables, appartenant aux catégories énoncées par le Code, et à celles dérogeant aux règles générales fixées par la loi et le règlement, ainsi qu'aux décisions dont l'élaboration est régie par des textes spéciaux : art. L. 211-2 et L. 211-3 du CRPA. À cet égard, considérons que la jurisprudence est sur cette question restrictive, comme en atteste l'arrêt du 28 mars 2011, refusant de considérer qu'un changement de régime différencié faisant grief puisse constituer une mesure défavorable : CE, 10^e-9^e SSR, 28 mars 2011, *Bennay*, n° 316977, recueil Lebon, préc.

¹⁶⁸¹ Art. L. 211-5 du CRPA.

¹⁶⁸² Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁸³ CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault*, n° 290420, recueil Lebon, RFDA 2008. 87, concl. Guyomar ; RSC 2008. 404, chron. Poncela ; D. 2008. 820, note Herzog-Evans ; D. 2008. 1015, chron. Céré ; AJDA 2008. 128, note Boucher, Bourgeois-Machureau ; Dr. pén. 2008. n° 2. comm. 25, note Maron ; Dr. ad. 2008. n° 2. comm. 24, note Melleray ; Gaz. Pal. 2008. n° 222. 24, note Minot, Missaloux ; Procédures 2008. n° 2. comm. 61, obs. Deygas ; CE, Ass., 14 décembre 2007, *Boussouar*, n° 290730, recueil Lebon, préc.

¹⁶⁸⁴ Le risque d'atteinte à une liberté ou un droit fondamental permet de transcender la dichotomie entre les mesures susceptibles de recours et les mesures présumées d'ordre intérieur, mais aussi d'emporter la justiciabilité des décisions de refus faisant l'objet d'une « injusticiabilité de principe », en ce que « le refus opposé à une demande émanant d'un détenu ne modifie sa situation ni sur un plan juridique, ni sur un plan matériel » : GUYOMAR Mattias, « Le Conseil d'État précise le régime contentieux des décisions relatives aux changements d'affectation des détenus », *Gaz. Pal.*, n° 353, 19 décembre 2013. Ce mécanisme a été pour la première fois énoncé dans l'arrêt *Boussouar*, où après avoir précisé différentes catégories de décisions insusceptibles de recours, la juridiction indique « sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus » : CE, Ass., 14 décembre 2007, *Boussouar*, n° 290730, recueil Lebon, préc. Ce critère subsidiaire a été ensuite défini dans un arrêt *Agamemnon*, qui indique « que doivent être regardées comme mettant en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus les décisions qui portent à ces droits

l'obligation de motivation est limitée à l'explicitation de la décision à l'administré, sans permettre un contrôle plus approfondi des motifs par le juge. Le critère de la recevabilité des recours en excès de pouvoir est pourtant la capacité de la décision à faire grief eu égard « à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus¹⁶⁸⁵ », considérée en fonction de l'impact potentiel de celle-ci sur les situations de droit ou de fait des personnes détenues¹⁶⁸⁶. Le choix de la structure d'accueil, en raison des conséquences majeures qu'il emporte sur les conditions d'exécution, devrait donc emporter la recevabilité du recours. De cette décision d'affectation, prenant la forme d'un diagnostic pénitentiaire, dépend en effet grandement les pratiques punitives auxquelles donneront lieu la prise en charge¹⁶⁸⁷. Au demeurant, que l'ouverture du recours juridictionnel contre les décisions d'affectation initiale soit élargie ou qu'elle soit toujours subordonnée à la mise en cause de libertés ou droits fondamentaux, demeure la difficulté inhérente à l'emploi de critères pénitentiaires, par nature subjectifs et fondés sur des notions a-juridiques, à l'encontre desquels il est par conséquent difficile de se défendre.

*

321 L'objectivation de la distribution de la population pénale. L'étude de la réglementation de la poursuite de l'acte de juger démontre une recherche d'objectivation de la distribution des détenus, destinée à légitimer l'intervention de l'administration pour définir,

et libertés une atteinte qui excède les contraintes inhérentes à leur détention » : CE, 10^e-9^e SSR, 13 novembre 2013, n° 338720, *Agamemnon*, recueil Lebon, RFDA 2014. 965, note Pollet-Panoussis ; AJDA 2013. 2287, obs. Poupeau ; Gaz. Pal. 2013. n° 353, note Guyomar.

¹⁶⁸⁵ CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault*, n° 290420, recueil Lebon, préc. ; CE, Ass., 14 décembre 2007, *Boussouar*, n° 290730, recueil Lebon, préc.

¹⁶⁸⁶ GUYOMAR Mattias, SEILLER Bertrand, *Contentieux administratif*, 4^e éd., Paris, Dalloz, « HyperCours », 2017, §669.

¹⁶⁸⁷ À la lecture des conclusions du commissaire au gouvernement dans les affaires *Boussouar* et *Planchenault*, il ne fait guère de doute que la qualification de mesure d'ordre intérieur des décisions d'affectation consécutives à la condamnation relève d'une décision d'opportunité. Ce dernier justifie d'abord la qualification de mesure d'ordre intérieur de la décision de première affectation par l'idée qu'« elle fait corps avec la peine d'emprisonnement » et qu'ainsi sa justiciabilité ne « paraît guère satisfaisant[e] » : GUYOMAR Mattias, « Limites des mesures d'ordre intérieur en matière pénitentiaire : déclassements d'emploi et changements d'affectation des détenus. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 14 décembre 2007, *M. Planchenault* (1^{ère} espèce), et *Garde des sceaux, ministre de la Justice c/ M. Boussouar* (2^e espèce) », RFDA, n°1, 2008, p. 87-103. Ensuite, il mobilise « l'insuffisance du parc pénitentiaire » et « la complexité de la tâche de l'administration pénitentiaire » : *ibid.* Enfin, il soulève l'argument de la gestion des flux et le spectre de voir la juridiction administrative submergée, argument qu'il qualifie lui-même de « pure opportunité » : *ibid.* Manifestement, le commissaire du gouvernement ne fait nullement application des critères et de la méthode qu'il propose lui-même, consistant à catégoriser les mesures eu égard à leurs effets potentiels afin d'établir une présomption de justiciabilité ou d'appartenance au périmètre des mesures d'ordre intérieur, et que suivra sans réserve l'Assemblée du Conseil d'État. L'immunité juridictionnelle de la décision de première affectation ne relève donc pas d'un raisonnement juridique, mais d'un usage instrumental de la qualification de mesure d'ordre intérieur.

en lieu et place de l'autorité judiciaire, les « principales modalités d'exécution¹⁶⁸⁸ » de la peine. À la rationalisation du paradigme pénitentiaire, par le maintien d'un lien entre la peine et les pratiques punitives et la revalorisation de la place accordée au sujet dans la procédure, sont substitués des procédés de « véridiction¹⁶⁸⁹ ». La procédure de répartition peut en définitive s'analyser en un régime de production de vérité sur les caractéristiques des personnes condamnées et les structures les mieux adaptées pour les accueillir au regard des principes directeurs de l'exécution des peines¹⁶⁹⁰. Ainsi, la réglementation de la poursuite de l'acte de juger se joint à l'instrumentation du processus d'individualisation pour légitimer la diversité et la mutabilité des conditions d'exécution de la peine.

**

322 La légitimation de la mutabilité des conditions d'exécution. En dépit du développement d'un « droit pénitentiaire partagé¹⁶⁹¹ », la place du sujet dans le dispositif d'exécution demeure particulièrement réduite dans la planification de l'acte de punir. La personne condamnée se révèle n'être appréhendée qu'en tant qu'objet de la prise en charge pénitentiaire fondée sur la condamnation. Il existe à ce titre une concordance sur le mode de prise en compte du sujet dans l'instrument du parcours d'exécution de la peine, structurant la mutabilité des conditions d'exécution, et dans la réglementation de la poursuite de l'acte de juger, légitimant la participation initiale de l'administration à la détermination des pratiques punitives. *In fine*, la planification de l'acte de punir n'est pas une pratique destinée à revaloriser la place du sujet dans le dispositif, mais à établir le commencement d'un parcours de détention individualisé, constitué d'une succession de régimes de détention résultant de l'administration de l'acte de punir (Section 2).

¹⁶⁸⁸ Al. 1, art. 712-1 du CPP.

¹⁶⁸⁹ FOUCAULT Michel, *Subjectivité et vérité. Cours au Collège de France. 1980-1981*, *op. cit.*, p. 15-16 ; 224 ; 240-242.

¹⁶⁹⁰ Sur l'évaluation des personnes condamnées en tant que procédé de véridiction v. : *infra* n° 513 et s.

¹⁶⁹¹ PONCELA Pierrette, « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *op. cit.*, p. 190.

SECTION 2. L'ADMINISTRATION DE L'ACTE DE PUNIR

323 La direction de la prise en charge. Administrer l'acte de punir consiste pour l'institution en l'individualisation du parcours d'exécution de la peine par une succession de décisions administratives (changement d'établissement, de quartier de détention ou d'unité de vie, classement à un emploi, mise à l'isolement, affectation dans une structure d'évaluation, prescription d'un programme de prévention de la récidive, *etc.*). La mutabilité des conditions d'exécution et le principe d'adaptation du régime d'exécution, au fur et à mesure de l'acte de punir, imposent en effet le besoin d'une direction de la prise en charge pénitentiaire. Afin d'appréhender cette pratique, il convient de considérer que chaque modification des conditions d'exécution correspond à l'usage d'une modalité d'exécution, dans le but de redéfinir le régime d'exécution et de constituer une nouvelle étape du parcours d'exécution. Il est alors possible de retracer l'individualisation de ce parcours par l'étude des effets et des conséquences des usages des modalités d'exécution. Les décisions administratives portant sur les conditions d'exécution de la peine déterminent effectivement la constitution du parcours (§1) et emportent de ce fait la différenciation de ce dernier (§2), mettant ainsi un peu plus à distance l'acte de punir de la condamnation.

§1. LA CONSTITUTION DU PARCOURS

324 La modulation du régime d'exécution. L'adaptation chronique du régime d'exécution implique la « segmentation¹⁶⁹² » de l'acte de punir en plusieurs étapes, caractérisées par différentes conditions d'exécution. Par des décisions administratives relatives au régime de détention, l'institution pénitentiaire modifie la combinaison de modalités définissant le régime d'exécution et détermine par là une nouvelle étape de la peine. Au regard du partage de compétence entre les autorités administratives participant à l'acte de punir, il convient pour appréhender la pratique de la constitution du parcours de distinguer la segmentation de l'acte de punir au sein de l'établissement (A) et au-delà de ce dernier (B).

¹⁶⁹² BONIS-GARÇON Évelyne, DERASSE Nicolas (dir.), *Les longues peines*, *op. cit.*, §259.

A. La segmentation de l'acte de punir au sein de l'établissement

325 La modulation par l'autorité administrative locale. À l'instar de la condamnation, l'affectation initiale de la personne condamnée ne met pas un point final au processus d'individualisation, en ce que les conditions d'exécution ne sont pas encore entièrement déterminées et, qu'au demeurant, elles ne le seront jamais définitivement. Le chef d'établissement a donc la responsabilité de poursuivre l'individualisation de la peine, en organisant la prise en charge de la personne condamnée au sein de la structure qu'il dirige¹⁶⁹³. Par l'usage des modalités d'exécution à sa disposition, le chef d'établissement entreprend alors tant la définition (1) que la modification du régime de détention (2).

1. La définition du régime de détention

326 La détermination des conditions de la prise en charge au sein de l'établissement.

Au niveau local, le dispositif d'exécution organise la répartition de la population pénale pour adapter au mieux les conditions d'exécution aux caractéristiques des personnes détenues. Nous retrouvons une pratique caractérisée par une volonté de connaissance et de différenciation, indissociable d'une poursuite de l'acte de juger dans un dispositif fonctionnant à partir du paradigme pénitentiaire. La poursuite de l'acte de juger à ce niveau du processus d'individualisation se matérialise par deux phases, dont l'action complémentaire permet la définition du régime de détention : la première consiste en l'accueil des personnes condamnées, quand la seconde procède de leur affectation au sein de l'établissement.

327 La phase d'accueil des personnes condamnées. Depuis 2006, et la recherche d'une meilleure application des recommandations du Conseil de l'Europe¹⁶⁹⁴, la phase d'accueil de la population pénale a été règlementée¹⁶⁹⁵. Commune à l'ensemble des personnes écrouées en raison de leur affectation d'office au « quartier accueil et évaluation¹⁶⁹⁶ », la première étape

¹⁶⁹³ Al. 1 et 2, art. 717-1 du CPP ; art. D. 92 du CPP.

¹⁶⁹⁴ Circ. du 14 janvier 2009 relative à la poursuite de l'implantation progressive des RPE dans les établissements pénitentiaires selon 5 priorités définies pour leur capacité à faire évoluer le système pénitentiaire, *op. cit.*

¹⁶⁹⁵ Faiblement encadrée par le code de procédure pénale, la réglementation de la phase d'accueil correspond à des normes de qualité, énoncées dans un référentiel, dont la mise en œuvre par les établissements pénitentiaires fait l'objet d'une labellisation, procédé de certification mené par des organismes indépendants : DAP, *Référentiel d'application des règles pénitentiaires européennes dans le système pénitentiaire français 2008-2012*, Version n° 3, 2011, 15 p.

¹⁶⁹⁶ APIJ, *Nouveau programme immobilier pénitentiaire. Guide de programmation 2012*, *op. cit.*, p. 171.

du parcours de détention a pour objet d'adoucir les effets psychologiques de l'incarcération et de préparer le « classement¹⁶⁹⁷ » de la personne condamnée. Cette période singulière, chargée d'harmoniser les pratiques de la définition du régime de détention, est la continuation de la réglementation de la poursuite de l'acte de juger.

En ce qu'elle constitue une phase d'orientation propre à l'établissement, la « période d'observation pluridisciplinaire¹⁶⁹⁸ », prescrite par le code en vue de l'élaboration d'un bilan de personnalité, est nécessaire à l'individualisation des régimes d'exécution et légitime cette pratique dans un contexte de diversification des modalités d'exécution¹⁶⁹⁹. Le passage au quartier arrivant a pour objectif de caractériser les justiciables « en prenant en compte leur personnalité, leur santé, leur dangerosité et leurs efforts en matière de réinsertion sociale¹⁷⁰⁰ ». Pour cela, les personnels pénitentiaires observent la personne, durant deux à trois semaines, et s'entretiennent avec elle pour élaborer le parcours d'exécution de la peine en envisageant, dès l'entrée en détention, la préparation à la sortie au travers de multiples activités (formation, travail, programme de prévention de la récidive, versement des dommages et intérêts aux parties civiles, *etc.*)¹⁷⁰¹. Le cœur du bilan de personnalité, à l'instar du dossier d'orientation, est l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité de la personne au moyen d'une grille d'évaluation. Cette « grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité des personnes détenues¹⁷⁰² » est une parfaite illustration de l'instrumentation des pratiques et de la structuration du jugement professionnel. Concernant la définition du régime de détention, la phase d'accueil des personnes condamnées consiste essentiellement en un « bilan

¹⁶⁹⁷ PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *op. cit.*, p. 142 ; FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187 ; FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, *op. cit.*, §991.

¹⁶⁹⁸ Al. 1, art. 717-1 du CPP.

¹⁶⁹⁹ « Cette période doit aboutir à un bilan de personnalité destiné à recueillir toutes les informations utiles sur la situation personnelle, familiale, scolaire, physique du détenu, ses besoins de prise en charge au regard des faits commis, ses éventuelles difficultés de comportement en détention, son profil psychologique avec notamment pour objectif de déceler les risques que chaque détenu peut présenter pour les autres et pour lui-même. Ce bilan initial sera utilisé pour déterminer le régime de détention le mieux approprié à sa personnalité et fixer les premiers objectifs du parcours d'exécution de la peine du détenu. » : Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de prise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, *op. cit.*

¹⁷⁰⁰ Al. 3, art. 717-1 du CPP.

¹⁷⁰¹ Précisons que les avis des personnes condamnées, des personnels et des chercheurs convergent vers le constat de la « vacuité actuelle du parcours d'exécution de la peine » pour les longues peines, souffrant de nombreuses difficultés : BONIS-GARÇON Évelyne, DERASSE Nicolas (dir.), *Les longues peines*, *op. cit.*, §235 ; 235 et s.

¹⁷⁰² Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.* Elle est constituée de six rubriques (« dangerosité / risques liés à la condamnation et à la prévention », « dangerosité / risques liés aux antécédents », « dangerosité – vulnérabilité / risques liés à des troubles comportementaux », « dangerosité – vulnérabilité / éléments d'environnement social », « vulnérabilité », « éléments complémentaires d'informations »), subdivisées en items, pour lesquels les personnels doivent répondre de manière binaire, puis comptabiliser le nombre de réponses positives et négatives, afin de classer la personne « dans quatre catégories à risque « vulnérabilité en détention, risques auto-agressifs, risques hétéro-agressifs, risques liés à la sécurité » : *ibid.* Sur les modalités de l'évaluation v. : *infra* n° 514 et s.

individualisé de la personne détenue¹⁷⁰³ » et en un temps d'échange pour la préparation du projet d'exécution de peine, en vue de la phase de classement des personnes condamnées.

328 La phase de classement des personnes condamnées. À la suite de cette évaluation, l'administration procède à la détermination de leur prise en charge au travers du régime de détention venant compléter les dispositions du régime pénitentiaire. Ce pouvoir revient exclusivement au chef d'établissement, bien qu'il puisse déléguer certaines de ses fonctions. Seul ce dernier peut décider de l'affectation de la personne dans un quartier et une cellule de l'établissement et la classer à un emploi, une formation ou toute autre activité nécessitant une décision administrative¹⁷⁰⁴. Au préalable, c'est également lui, conjointement avec le directeur des services pénitentiaires d'insertion et de probation et en concertation avec les personnes condamnées, qui a la responsabilité d'élaborer le parcours d'exécution de la peine¹⁷⁰⁵.

Pour l'ensemble de ses missions, il est accompagné de la commission pluridisciplinaire unique, « lieu central d'échanges, de réflexions et de propositions concernant le parcours de détention des personnes condamnées incarcérées¹⁷⁰⁶ ». Cette commission chargée de garantir la pluridisciplinarité du processus décisionnel n'a toutefois, au regard des dispositions D. 89 et suivantes du code de procédure pénale, qu'« un caractère consultatif dont les avis ont pour objet d'éclairer le choix du chef d'établissement¹⁷⁰⁷ ». Ainsi, le pouvoir d'intervenir dans la détermination des conditions d'exécution est encadré par l'obligation pour celui-ci de prendre sa décision dans la formation compétente de cette commission. Elle dispose en effet de plusieurs formations, destinées à adapter la composition de l'instance en fonction de l'objet des décisions¹⁷⁰⁸, comme par exemple celle dédiée à l'élaboration et la révision du parcours d'exécution de la peine¹⁷⁰⁹. C'est dans cette

¹⁷⁰³ Circ. du 14 janvier 2009 relative à la poursuite de l'implantation progressive des RPE dans les établissements pénitentiaires selon 5 priorités définies pour leur capacité à faire évoluer le système pénitentiaire, *op. cit.*, p. 1.

¹⁷⁰⁴ Règlement intérieur de la Maison centrale de Saint-Martin-de-Ré, DISP de Bordeaux, 24 avril 2014, p. 9.

¹⁷⁰⁵ Al. 1, art. 717-1 du CPP.

¹⁷⁰⁶ Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud Francilien, *op. cit.*, p. 155.

¹⁷⁰⁷ CE, 10^e-9^e ch. réunies, 12 décembre 2018, n° 421294, recueil Lebon, RSC 2019. 163, note Poncela.

¹⁷⁰⁸ Au centre pénitentiaire Sud Francilien, la commission pluridisciplinaire unique se divise en neuf volets faisant varier le président de la commission, les membres de droit et les membres associés en fonction de chaque objet : arrivants, changement de régime, classement au travail, classement formation, activités, lutte contre l'indigence, parcours d'exécution de peine, prévention du suicide et CCR et unité de vie familiale : Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud Francilien, *op. cit.*, p. 132-133.

¹⁷⁰⁹ Au centre pénitentiaire Sud francilien, elle est présidée par le directeur du type de secteur concerné ; le directeur fonctionnel des services pénitentiaires d'insertion et de probation, un responsable du secteur d'hébergement concerné, un représentant du service de l'enseignement, le surveillant parcours d'exécution de peine et le psychologue parcours d'exécution de peine sont membres de droits ; le chef de la détention, le responsable local de la formation, un représentant de l'unité de soins et une assistante sociale du service

commission à la composition flexible que le parcours d'exécution de la peine sera élaboré sur le fondement des renseignements rassemblés durant la phase d'accueil. Le projet ébauché durant la phase d'orientation interne à l'établissement, en concertation avec le détenu, sera alors validé ou modifié, puis versé dans son dossier individuel¹⁷¹⁰.

Chacun des aspects de la prise en charge doit faire l'objet d'une décision administrative prise en commission pluridisciplinaire unique, sous différentes compositions, et indexée dans le livret de suivi individuel afin d'assurer le partage des informations et la cohérence du parcours¹⁷¹¹. La détermination des conditions de la prise en charge est donc le résultat d'une pluralité de décisions administratives, et non l'objet d'une décision unique déterminant l'ensemble des conditions d'exécution. C'est la raison pour laquelle l'individualisation administrative ne relève pas simplement d'un partage du pouvoir de punir avec l'autorité judiciaire, mais d'un morcellement de l'exercice et de l'attribution de ce dernier. Les modalités de l'intervention de l'administration à la détermination des pratiques punitives démontrent une fragmentation du pouvoir de punir en autant d'instances participant à la direction de la prise en charge. Dans ces conditions, la phase de classement est la période durant laquelle le régime de détention et le parcours d'exécution de la peine sont définis, par l'accumulation des décisions fondant l'assujettissement du sujet aux multiples modalités d'exécution (quartier de détention, cellule, statut, activités, *etc.*). Par la suite, la modification du régime de détention (2) peut intervenir par l'usage analogue des modalités d'exécution.

2. La modification du régime de détention

329 La modulation des conditions de prise en charge au sein de l'établissement.

Chaque décision administrative sur la combinaison des modalités d'exécution module le régime de détention pour un temps de l'acte de punir. La succession de ces périodes dessine alors un parcours de détention au sein de l'établissement. Néanmoins, il ne s'agit pas nécessairement d'un parcours en adéquation avec le projet d'exécution arrêté lors de la phase d'accueil. Comme l'a précisé le Conseil d'État, les décisions sur le régime de détention sont indépendantes de celles sur l'élaboration et la rectification du parcours d'exécution de la

pénitentiaire d'insertion et de probation sont eux des membres associés dont l'absence n'est pas un obstacle à prise de décision : *ibid.*, p. 132.

¹⁷¹⁰ Cette inscription se fera via le cahier électronique de liaison, dorénavant intégré dans le logiciel GENESIS. Sur les procédés d'écriture sur la personne et son comportement en détention v. : *infra* n° 448-450.

¹⁷¹¹ Art. D. 89 du CPP.

peine¹⁷¹². Le projet d'exécution ne peut lier l'administration, de même qu'il ne peut contraindre le justiciable¹⁷¹³. La modulation des conditions de la prise en charge dépend en conséquence uniquement de l'usage des modalités *rationae loci* et *rationae personae*.

330 L'usage des modalités *rationae loci*. Les deux acceptions de la notion de parcours d'exécution de la peine – le projet d'exécution et le parcours de détention – sont déterminées indépendamment et se matérialisent distinctement. Ces deux volets du parcours d'exécution évoluent toutefois en interaction. Le projet d'exécution est un point de référence pour la modulation de la prise en charge au cours de la peine et ce projet est rectifié au regard de l'évolution du parcours de détention. Ainsi, l'absence de valeur juridique contraignante des décisions sur le parcours d'exécution de la peine ne signifie pas l'absence d'effets sur l'usage des modalités d'exécution. Cependant, cette programmation de l'acte de punir sous la forme de modalités de prise en charge hypothétiques ne peut que difficilement être source de prévisibilité dans le volet carcéral du processus d'individualisation. La loi, le règlement et les sources pénitentiaires appréhendent peu la mutabilité des conditions d'exécution après la phase de classement¹⁷¹⁴. Rien de surprenant toutefois car l'individualisation administrative, à la suite de la répartition de la population pénale, est quasiment ignorée par le code, y compris par le règlement intérieur type des établissements pénitentiaires. Afin d'explicitier l'organisation des usages des modalités *rationae loci*¹⁷¹⁵, nous nous appuierons sur le règlement intérieur du centre pénitentiaire Sud Francilien qui, contrairement à de nombreux établissements, a adapté son règlement afin de régir la poursuite de l'acte de juger.

Composé notamment de trois quartiers centre de détention, l'établissement instaure deux régimes différenciés (encadré et de responsabilité), dans lesquels les arrivants sont répartis par la commission « régime de détention ». Abstraction faite des affectations dans un régime spécial¹⁷¹⁶, les modalités *rationae loci* sont par la suite entre les mains de la

¹⁷¹² CE, 6^e-1^{ère} SSR, 11 juillet 2012, n° 347247, recueil Lebon.

¹⁷¹³ « qu'ainsi qu'il ressort des termes de l'article 89 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 modifiant l'article 717-1 du code de procédure pénale, éclairés par les travaux préparatoires, le parcours d'exécution de la peine, qui se borne à décrire les actions envisagées pour favoriser la réinsertion de la personne détenue, ne saurait avoir pour objet ni pour effet de contraindre celle-ci à participer aux actions qu'il prévoit ; qu'en tout état de cause et contrairement à ce qui est soutenu, la définition du parcours d'exécution de la peine est indépendante de la décision par laquelle les autorités pénitentiaires déterminent le régime de détention du condamné » : *ibid.*

¹⁷¹⁴ Seul l'article D. 92 du CPP indique que des « modalités de prise en charge individualisées peuvent, pour l'application du deuxième alinéa de l'article 717-1, être appliquées, au sein de chaque établissement pénitentiaire, aux personnes détenues, en tenant compte de leur parcours d'exécution de la peine et de leur capacité à respecter les règles de vie en collectivité ».

¹⁷¹⁵ Sur les modalités d'exécution carcérales *rationae loci* v. : *supra* n° 252 et s.

¹⁷¹⁶ Sur les régimes spéciaux de détention v. : *supra* n° 271.

commission « régime différencié¹⁷¹⁷ ». Cette instance se réunit au moins une fois par mois pour statuer sur les demandes de changement d'affectation (formalisées et motivées) émises par l'administration et les usagers, en prenant une décision motivée de changement de régime, de refus ou d'avertissement sur le fondement de critères individuels, appréciés *in concreto* par la commission pour décider d'un changement d'affectation¹⁷¹⁸. De manière générale, le règlement rappelle que les « régimes différenciés permettent d'individualiser le régime de détention en tenant compte de la diversité de la population pénale et des spécificités de chaque personne détenue¹⁷¹⁹ ». Plus spécifiquement, le passage d'un régime à l'autre est lié à l'autonomie du sujet en détention et sa capacité à respecter les règles de vie en collectivité, ainsi qu'à sa « mobilisation constante s'agissant des objectifs qui lui sont fixés¹⁷²⁰ ». Au-delà des critères d'affectation communs¹⁷²¹, la personne prétendant à l'affectation ou au maintien dans le régime de responsabilité doit donc s'investir dans la poursuite d'« objectifs individuels » « fixés initialement par la CPU dans son volet « arrivants » », « réévalués et adaptés en CPU changement de régime en fonction de l'évolution personnelle du détenu et de celle de son parcours de détention »¹⁷²². La bonne conduite, entendue au sens strict comme l'absence de commission de faute disciplinaire, n'est plus suffisante pour avancer dans le parcours. Il est exigé du sujet qu'il adhère à la prise en charge, ce qui illustre l'avènement de l'injonction faite à l'individu de se conformer à une norme de bonne conduite définie positivement. Or, les usages des modalités d'exécution *rationae loci*, comme ceux des modalités *rationae personae*, interviennent de plus en plus pour sanctionner ces nouvelles

¹⁷¹⁷ Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud francilien, *op. cit.*, p. 109-110.

¹⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 108. Si cette procédure n'est pas autant encadrée que celle la répartition initiale, les établissements mettent tout de même en place des procédés réglementés au travers de leur règlement intérieur. Une demande de changement de régime doit être formalisée et motivée. Dans le cas d'une demande d'un personnel, la procédure peut intervenir qu'après un avertissement préalable indiquant à la personne concernée que son « attitude qui n'est pas en adéquation avec son régime de détention » : *ibid.*, p. 107. Cette demande devra en outre être motivée par des éléments de fait contenus dans le dossier individuel de la personne dans le logiciel GENESIS. En outre, une procédure d'urgence est prévue pour les affectations conservatoires : *ibid.*, p. 108-109.

¹⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 105.

¹⁷²⁰ *Ibid.*

¹⁷²¹ *Ibid.*, p. 110-111. Les critères d'affectation communs visés par le règlement intérieur sont les suivants : le volontariat et la motivation sous-tendant la demande, la personnalité de l'intéressé (sa vulnérabilité, sa dangerosité, ...), la qualité de ses relations avec les personnels et les différents intervenants, la qualité de ses relations avec les autres détenus et son aptitude à vivre en collectivité, l'investissement dans les activités socioculturelles, sportives ou de travail, l'investissement dans la préparation à la sortie, la prise en charge personnelle à travers un suivi psychologique ou médical, la tenue de la cellule et l'hygiène générale, le comportement du détenu en général et notamment le respect du règlement intérieur, les efforts significatifs à l'égard des parties civiles en considération de ses capacités contributives et tout autre motif avancé par un détenu à l'occasion de sa demande et qui semblerait pertinent à la commission : *ibid.*

¹⁷²² *Ibid.*, p. 110.

prescriptions au travers de la redéfinition du régime de détention¹⁷²³.

331 L'usage des modalités *rationae personae*. La dimension personnelle du régime de détention est aussi modulée par différentes compositions de la commission pluridisciplinaire unique¹⁷²⁴. La prise en charge pourra en effet évoluer selon les décisions relatives au travail pénitentiaire, à la formation professionnelle, aux activités, aux programmes de prise en charge des addictions, *etc.* Concernant chacune de ces catégories de décision, la procédure sera analogue à celle décrite concernant les changements d'affectation, bien que les critères et les conséquences de la décision puissent être distincts¹⁷²⁵.

À côté de ces mesures ponctuelles, la modification du régime de détention par l'application de modalités *rationae personae* peut également être provoquée par le classement de la personne condamnée dans une catégorie de population pénale. L'exemple le plus récent, et présentant l'enjeu le plus important, est le statut spécifique des personnes dites radicalisées. La commission pluridisciplinaire unique connaît aussi de l'application de ce statut ayant progressivement été élaboré, après la consécration des personnes radicalisées comme catégorie de population pénale¹⁷²⁶. Dans sa composante carcérale, il emporte l'assujettissement de la personne à des pratiques pénitentiaires, des protocoles de surveillance et des programmes de prise en charge spécifiques, sans pour autant déroger aux modalités relevant du régime pénitentiaire¹⁷²⁷. À la manière des grilles d'évaluation structurant l'observation des condamnés durant la phase d'accueil, la détection des personnes dites radicalisées, qui ne sont pas placées sous main de justice pour une infraction en lien avec l'islam radical, passe par l'emploi par les personnels pénitentiaires d'un formulaire, composé de rubriques et d'items, destiné être le « support à l'échange pluridisciplinaire dans le cadre de la CPU¹⁷²⁸ ». Ces « outils d'aide au repérage pluridisciplinaire d'un risque de radicalisation violente en établissement pénitentiaire¹⁷²⁹ » déterminent l'usage de nombreuses modalités d'exécution spécifiques. Or, l'administration individualise le régime de détention de ces

¹⁷²³ Sur la rétribution de l'adhésion à la prise en charge v. : *infra* n° 548 et s.

¹⁷²⁴ Sur les modalités d'exécution carcérales *rationae personae* v. : *supra* n° 259 et s.

¹⁷²⁵ Pour un exemple concernant le classement à un emploi : Règlement intérieur de la Maison centrale de Saint-Martin-de-Ré, *op. cit.*, p. 111-113.

¹⁷²⁶ HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire », *op. cit.*, p. 588.

¹⁷²⁷ Pour une description de la substance de ce statut en détention v. : MARGAINE Clément, « Le régime d'application de la peine pour les djihadistes », *op. cit.*, p. 36-39 ; HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire (suite) : Existe-t-il un statut *sui generis* des personnes « radicalisées » ? », *op. cit.*, p. 545-550.

¹⁷²⁸ Note relative au guide d'utilisation des outils d'aide au repérage pluridisciplinaire d'un risque de radicalisation violente en établissement pénitentiaire, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷²⁹ *Ibid.*

personnes sur le fondement de critères distincts de la discipline carcérale, des catégories pénales et du fondement de l'incarcération, pour ne rechercher que l'idéologie politico-religieuse de l'individu et ses éventuelles conséquences sur sa dangerosité. Dans ces conditions, la segmentation de l'acte de punir au sein de l'établissement relève également d'une pratique hygiéniste, organisée dans le cadre de la prise en charge pénitentiaire¹⁷³⁰.

In fine, que ce soit par les usages des modalités *rationae loci* ou *rationae personae*, les conditions de la prise en charge sont toujours susceptibles d'évoluer, afin d'individualiser le parcours d'exécution de la peine au sein de l'établissement ou d'élargir l'échelle de ce dernier par la segmentation de l'acte de punir au-delà de l'établissement (2).

B. La segmentation de l'acte de punir au-delà de l'établissement

332 La modulation par l'autorité administrative régionale ou centrale. À l'instar du processus d'individualisation, la distribution des personnes condamnées dans les établissements pénitentiaires ne s'achève pas avec la répartition initiale. Au nom d'une meilleure individualisation du régime de détention, à titre de mesure de sécurité ou dans le cadre d'un rapprochement familial, le directeur interrégional des services pénitentiaires ou le ministre dispose du pouvoir d'élargir le périmètre du parcours de détention. L'usage des modalités d'exécution pour moduler la peine peut prendre la forme de décisions de transfert isolées – en vue de modifier ponctuellement le lieu et/ou la nature de la structure où s'exécute la peine – ou subordonnées à un statut pénitentiaire instaurant un parcours spécifique. Afin de comprendre ces pratiques autorisées par le régime des changements d'affectation, nous étudierons successivement les mesures de transfèrement contingentes (1) et systémiques (2).

1. Les mesures de transfèrement contingentes

333 Le dépaysement du parcours de détention. Par une procédure analogue à celle de l'affectation, l'administration peut transférer la responsabilité du parcours de détention d'une personne à un autre établissement. Ces changements d'affectation élargissent ainsi le champ du parcours d'exécution de la peine au-delà de la structure d'affectation initiale¹⁷³¹. De nature

¹⁷³⁰ Sur les mesures d'hygiène pénitentiaires v. : *infra* n° 425 et s.

¹⁷³¹ Précisons qu'il existe également des transferts internationaux, dans le cadre de conventions bilatérales ou dans le cadre de l'Union européenne. Il ne sera toutefois pas question ici de ces décisions provoquant un dessaisissement de la prise en charge d'un État au profit d'un autre. Ces transfèvements ne constituent pas en effet un acte d'administration de la prise en charge, partie intégrante de la modulation de la peine, mais fonde un

à modifier drastiquement les conditions d'exécution, ces mesures peuvent être initiées par l'administration comme par la personne condamnée¹⁷³², mais dans tous les cas, il s'agit d'un usage des modalités d'exécution guère plus encadré que celui de l'administration locale.

334 Les transferts à la demande de l'administration. En raison de leur forte similarité, le code n'appréhende les transferts qu'au travers du changement d'affectation qu'ils impliquent¹⁷³³. La différence de temporalité entre les deux décisions emporte toutefois la nécessité de clairement distinguer les deux usages des modalités d'exécution *rationae loci*. L'affectation initiale poursuit l'acte de juger en planifiant l'acte de punir, par la détermination de la structure où se constituera le parcours de détention. Quant au transfert, il poursuit l'acte de juger en administrant l'acte de punir par la modulation des conditions d'exécution de la peine afin de constituer une nouvelle étape dans le parcours de détention. Or, en ce qu'il intervient au cours de l'exécution, le transfèrement peut intervenir comme un moyen de gestion de la détention. Ces « transfert[s] par mesure d'ordre ou de sécurité¹⁷³⁴ » posent la question de la sécurité juridique des personnes et des conséquences de ces sanctions sur la cohérence du parcours d'exécution, le maintien des liens familiaux, la préparation à la sortie, *etc.* Non seulement le transfert peut venir doubler ou remplacer une sanction disciplinaire, mais il peut également intervenir pour rétribuer des comportements que l'institution « juge inadaptés¹⁷³⁵ », en l'absence de toute infraction à l'ordre intérieur. En plus d'un jugement sur les caractéristiques de l'individu, les transfèvements peuvent constituer une sanction de comportements qualifiés de mauvaise conduite en dehors de toute procédure disciplinaire¹⁷³⁶.

La décision de changement d'affectation n'est subordonnée par le droit pénitentiaire

terme ou un commencement de prise en charge de la personne par l'État français. Sur ces transfèvements v. : BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., §243-246 ; NEVEU Suliane, *Le transfert de l'exécution des peines privatives et restrictives de liberté en droit européen. À la recherche d'un équilibre entre intérêts individuels et collectifs*, Limal (Belgique), Anthémis, « Criminalis », 2017, 505 p.

¹⁷³² Al. 1, art. D. 82 du CPP.

¹⁷³³ Ainsi, les articles D. 82 et suivant du CPP décrivent, à la manière de l'encadrement de la procédure d'affectation initiale, la constitution du dossier de mise en l'état de la décision, la répartition des compétences entre les directeurs interrégionaux et le ministre de la justice et les décisions que peuvent prendre ces autorités.

¹⁷³⁴ CGLPL, *Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Rapport d'activité 2012*, Paris, 2013, p.153.

¹⁷³⁵ *Ibid.*, p. 154. L'état du problème est bien résumé par le CGLPL qui souligne que ces « décisions de « transfert disciplinaire » peuvent être prises à titre principal (du fait d'un grief mais en dehors de toute procédure disciplinaire), de manière conservatoire (c'est-à-dire en parallèle d'une procédure disciplinaire et avant la tenue de la commission de discipline) ou, plus couramment, en *sus* de sanctions disciplinaires déjà exécutées » : *ibid.*, p. 153. « Les figures de proue de ce détournement de procédure sont les personnes qui, affichant un profil contestataire ou des fragilités psychiatriques provoquant régulièrement des incidents, effectuent de ce fait un « tour de France » des établissements pénitentiaires, ce qui met éminemment à mal le maintien de leurs liens familiaux. » : *ibid.*

¹⁷³⁶ Sur le « transfèrement imposé » v. : FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, op. cit., §974-984.

qu'à la survenance d'« un fait ou élément d'appréciation nouveau¹⁷³⁷ ». Aucune précision n'étant apportée par le régime pénitentiaire, il convient de se référer aux larges critères de la décision d'affectation initiale de l'article D. 74 du code de procédure pénale et aux motifs énoncés par la circulaire du 21 février 2012¹⁷³⁸. L'administration énonce des motifs justifiant le renouvellement de l'appréciation de l'affectation et des motifs de nature à appuyer la demande émanant du chef d'établissement. La première liste de motifs, explicitement non exhaustive, vise des critères extrêmement larges, tel le « projet d'exécution de peine », permettant de douter qu'il existe des hypothèses où l'administration ne serait pas en mesure d'envisager un transfert¹⁷³⁹. La seconde liste désigne les motifs pouvant être mobilisés afin de justifier une mesure de transfert¹⁷⁴⁰. La prise en compte du « comportement ou profil de la personne détenue incompatible avec le régime de détention » ou le « maintien du bon ordre dans l'établissement » semble être inhérente à l'orientation distincte des régimes des maisons centrales et des centres de détention¹⁷⁴¹. Néanmoins, l'absence de précision de ces critères laisse une vaste marge d'appréciation à l'administration, de sorte qu'elle puisse viser, notamment, les personnes « affichant un profil contestataire ou des fragilités psychiatriques provoquant régulièrement des incidents¹⁷⁴² ».

On perçoit dès lors que l'encadrement de la procédure disciplinaire a provoqué l'investissement par l'administration de nouvelles pratiques lui permettant de gérer la détention en dehors des restrictions inhérentes au développement du droit pénitentiaire. Derechef, regrettons le faible niveau d'encadrement juridique et le rôle restreint du juge de l'application des peines (cantonné à un avis consultatif¹⁷⁴³), paradoxaux au regard des enjeux pour la condition du sujet et ses conditions d'exécution.

¹⁷³⁷ Dernier al., art. D. 82 du CPP.

¹⁷³⁸ Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 16-20.

¹⁷³⁹ « Il peut s'agir, notamment, des motifs suivants : projet d'exécution de peine, changement dans la situation familiale, comportement de la personne détenue incompatible avec le régime des centres de détention (art. D. 97 CPP), état de santé de la personne détenue nécessitant un changement de régime de détention (art. D. 382 CPP), personne détenue en fin de peine, exécution de mesures d'aménagement de peine, risque de trouble à l'ordre public. » : *ibid.*, p. 16.

¹⁷⁴⁰ « Le chef d'établissement peut solliciter le changement d'affectation d'un condamné pour l'un des motifs suivants : comportement ou profil de la personne détenue incompatible avec le régime de détention, maintien du bon ordre dans l'établissement, intérêt de la personne détenue, par exemple la réaffectation d'une personne détenue incarcérée en maison centrale dans une autre catégorie d'établissement à la suite de la stabilisation de son comportement, condamné en fin de peine dont il est nécessaire de préparer la libération, évolution de l'état de santé de la personne détenue (article D 382 du CPP) : handicap nécessitant une cellule adaptée, proximité d'un établissement hospitalier adapté... » : *ibid.*, p. 16-17.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*

¹⁷⁴² CGLPL, *Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Rapport d'activité 2012*, *op. cit.*, p. 153.

¹⁷⁴³ Dernier al., art. D. 82-1 du CPP.

335 Les transferts à la demande de la personne condamnée. Les transfèrements peuvent en second lieu être à l'initiative du sujet de l'acte de punir. Dans cette hypothèse, les critères d'appréciation de l'opportunité d'une mesure de transfèrement sont différents¹⁷⁴⁴. Le plus souvent l'enjeu est le rapprochement familial ou le souhait d'une affectation en centre de détention, afin de bénéficier d'un régime détention plus souple et des conditions permettant de préparer un parcours d'aménagement de peine.

Concernant le motif du rapprochement familial, c'est avant tout la « politique d'éloignement et d'isolement de certaines catégories de personnes détenues¹⁷⁴⁵ » qui pose problème. Pour les personnes condamnées à des actes de terrorisme ou originaires de l'outre-mer ayant commis des faits graves, l'expression de dépaysement prend tout son sens puisque l'exécution de la peine est le plus souvent organisée à dessein au détriment des liens familiaux et personnels de la personne¹⁷⁴⁶. En présence seulement de critères d'appréciation, sans aucune condition venant rationaliser le processus décisionnel, l'administration est entièrement libre dans la détermination de sa politique de répartition de la population pénale dans les établissements pénitentiaires. Or, seule une atteinte à un droit fondamental sera de nature à ouvrir la voie d'un recours juridictionnel¹⁷⁴⁷. La légalité de la décision dépendra ensuite de l'appréciation *in concreto* par le juge de la nécessité et de la proportionnalité de l'ingérence dans la vie privée et familiale que constitue le refus du transfert.

Concernant le motif des perspectives de réinsertion, la situation est plus compliquée car, en désaccord avec l'administration sur l'opportunité de dépayser le parcours de détention,

¹⁷⁴⁴ Selon l'administration, le motif pouvant justifier un changement d'affectation à la demande de la personne condamnée sont les suivants : « rapprochement familial, perspective de réinsertion, projet d'exécution de peine, volonté de changement de régime de détention, formation professionnelle [...], exécution de mesures d'aménagement de peine : placement extérieur, semi-liberté, placement sous surveillance électronique, obtenir un placement en cellule individuelle : la personne condamnée peut demander son transfert dans l'établissement le plus proche permettant un placement en cellule individuelle » : *ibid.*, p. 18.

¹⁷⁴⁵ PONCELA Pierrette, « Demandés ou imposés, les transfèrements sur la sellette », *op. cit.*, p. 162.

¹⁷⁴⁶ Sur cette question v. : *ibid.*, p. 160-163 ; GARRO Carrera Enara, « Absurdités de la politique criminelle espagnole antiterroriste. Réflexions critiques sur la stratégie pénale et pénitentiaire pour lutter contre l'« ancien » et le « nouveau » terrorisme », *op. cit.*, p. 161. Plus généralement sur l'effectivité du droit au respect de la vie privée et familiale v. : BECHLIVANOU Georgia, « Rendre plus effectif le droit au maintien des liens familiaux », *RSC*, n° 1, 2013, p. 137-148.

¹⁷⁴⁷ Dans l'hypothèse d'un changement d'affectation à la demande de l'administration, l'atteinte à l'article 8 de la Césdh peut, par exemple, résulter d'un transfert dans une prison à 800 km du domicile des proches d'un détenu, alors que l'établissement d'affectation n'était qu'à 60 km, et que ce changement emporte, au regard de l'éloignement et du coût des voyages, une diminution des trois quarts des visites organisées au parloir : CE, 6^e-1^{ère} SSR, 27 mai 2009, *Miloudi*, n° 322148, recueil Lebon, Gaz. Pal. 2009. n° 174. 12, obs. Guyomar. En revanche, le juge refuse de considérer, comme une décision portant « une atteinte qui excède les contraintes inhérentes à [la] détention », le refus d'un transfert d'une personne originaire de la réunion vers ce département en ce que, eu égard à la durée et aux conditions de son séjour en métropole, le seul fait qu'une partie de sa famille réside sur ce territoire n'était pas suffisant pour mettre en cause son droit au respect de sa vie privée et familiale : CE, 10^e-9^e SSR, 13 novembre 2013, n° 338720, *Agamemnon*, recueil Lebon, préc.

la personne condamnée ne peut espérer pouvoir bénéficier d'un recours juridictionnel. La démonstration d'une atteinte possible aux libertés et droits fondamentaux qui excède les contraintes inhérentes à la détention est impossible. Des « personnes détenues invoquent dans leurs recours le « droit à la réinsertion », mais les juridictions administratives refusent de le compter au nombre des droits fondamentaux¹⁷⁴⁸ ». Somme toute, il est vrai que malgré l'importance fondamentale de cet objectif pour l'exécution de la peine, il est difficile de trouver un fondement de rattachement à cet éventuel droit et il serait d'autant plus compliqué de le garantir, tant il est subjectif et conditionné par les relations économiques et sociales.

De surcroît, au faible encadrement des transferts et à l'accès restreint au juge, il convient d'ajouter les difficultés pour les détenus à s'entourer d'un conseil, pourtant essentiel pour accompagner la personne condamnée dans des parcours de plus en plus complexes, notamment lorsqu'ils sont façonnés par des mesures de transfèrement systémiques (2).

2. Les mesures de transfèrement systémiques

336 L'élargissement du parcours de détention. La pratique des transferts est fortement déterminée par la politique pénitentiaire, qui spécifie les usages des changements d'affectation. Si l'emploi ponctuel d'une mesure permet le dépaysement du parcours de détention, l'usage chronique des transfèrements autorise un changement d'échelle de ce dernier pour qu'il se constitue principalement par la succession des affectations. Cet usage particulier des transferts inscrit ces derniers dans un système constituant un parcours spécifique. Subordonnée à des statuts pénitentiaires, cette pratique diffère selon que l'administration souhaite soit neutraliser la progressivité de l'exécution de la peine par des « transferts répétés et inopinés¹⁷⁴⁹ », soit instituer un parcours de détention spécifiquement axé sur une prise en charge individualisée. Ces objectifs antagonistes caractérisent respectivement la prise en charge des personnes considérées par l'administration comme

¹⁷⁴⁸ PONCELA Pierrette, « Demandés ou imposés, les transfèrements sur la sellette », *op. cit.*, p. 160. Examinant la valeur de la réinsertion sociale des détenus à l'occasion d'un litige suite au refus implicite de l'administration d'une demande de transfert, la haute juridiction rappelle qu'elle est un objectif de l'exécution de la peine, mais « n'est cependant pas au nombre des droits et libertés fondamentaux des détenus » : CE, 10^e-9^e SSR, 13 novembre 2013, *Agamemnon*, n° 338720, recueil Lebon, préc., consid. 3. Rappelons à cet égard que le Conseil constitutionnel fait lui de la réinsertion une « des finalités de la peine » : MARGAINE Clément, « Peines perpétuelles et réinsertion des détenus dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 68. « « L'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion » : CC, Décision 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, consid. 12.

¹⁷⁴⁹ PONCELA Pierrette, « Demandés ou imposés, les transfèrements sur la sellette », *op. cit.*, p. 162.

particulièrement dangereuses et celle des personnes dites radicalisées.

337 Les détenus particulièrement dangereux. Le parcours de détention des détenus « particulièrement dangereux¹⁷⁵⁰ » se caractérise par des transferts nombreux et fréquents entre des établissements appartenant à la même catégorie¹⁷⁵¹. Paradoxalement, ces « transferts à répétition¹⁷⁵² » ont pour conséquence de construire un parcours de détention aussi fortement segmenté que marqué par l'immobilisme. Les ruptures accumulées dans le déroulement du parcours n'ont en effet pas pour objet de moduler le régime d'exécution. Il s'agit au contraire d'une pratique d'instrumentalisation des transferts ayant pour objet de maintenir une condition spécifique, constituant un obstacle à l'évolution des conditions d'exécution et à la mise en œuvre d'un projet d'exécution. Ainsi, les changements d'affectation ne concourent plus à la progressivité du parcours de détention, particulièrement lorsque la systématisation des changements d'affectation se double d'un maintien de longue durée à l'isolement¹⁷⁵³.

Cette instabilité du lieu d'écrou est aujourd'hui le résultat d'un usage systémique des modalités d'exécution, correspondant à des actes unilatéraux successifs, quand elle était auparavant fondée sur une seule décision prise en l'application d'une note de service¹⁷⁵⁴. L'annulation du texte instituant les rotations de sécurité, pour incompetence du ministre, n'a en rien mis un terme à cette pratique sécuritaire¹⁷⁵⁵. L'intervention du Conseil d'État, outre la reconnaissance de cette politique pénitentiaire occulte, a emporté l'application de garanties procédurales et la nécessité pour l'autorité compétente de prendre une décision indépendante pour chaque transfert. La faible portée de ces obligations a toutefois moins déterminé une rationalisation de l'usage de ces transferts systémiques qu'une légitimation de l'action de l'administration. De plus, la décision administrative ne pourra être contrôlée que lorsqu'un droit fondamental est en cause, c'est-à-dire soit que la fréquence des transferts est telle qu'elle

¹⁷⁵⁰ CE, 10^e SS, 29 février 2008, n° 308145, inédit.

¹⁷⁵¹ Sur le statut des détenus particulièrement dangereux v. : *supra* n° 262.

¹⁷⁵² FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, op. cit., §982.

¹⁷⁵³ Pour les personnes faisant l'objet de transferts systémiques, maintenues à l'isolement durant une longue durée, l'isolement devient un mode durable d'exécution de la peine, plus qu'une étape de celui-ci. L'isolement tend à se banaliser et à devenir pour certaines personnes considérées particulièrement dangereuses systématique, alors même qu'il constitue un régime spécial et qu'il est considéré de longue date par l'administration comme n'étant pas un mode normal d'exécution de la peine : Circ. du 12 juillet 1991 relative au placement à l'isolement, DAP, JUSE9140047C, BOMJ n° 43 du 30 septembre 1991, 5 p. ; Circ. du 14 décembre 1998 relative au placement à l'isolement, DAP, JUSE9840065C ; Circ. du 14 avril 2011 relative au placement à l'isolement des personnes détenues, Garde des sceaux, JUSK1140023C, BOMJ n° 2011-04 du 29 avril 2011.

¹⁷⁵⁴ Note du 29 octobre 2003 relative à la gestion des détenus les plus dangereux incarcérés dans les maisons d'arrêt, op. cit.

¹⁷⁵⁵ CE, 10^e SS, 29 février 2008, n° 308145, inédit. Il convient de noter que, ni dans la décision du 29 février 2008, ni dans la décision du 14 décembre 2007 qualifiant d'acte administratif la soumission d'une personne à des rotations de sécurité, la pratique systématique des transferts n'a été, en elle-même, mise en cause par le juge.

constitue un risque d'atteinte à la dignité ou de traitement inhumain ou dégradant, soit car l'une des décisions peut constituer une atteinte excessive au droit à la vie privée et familiale. Derechef, il s'agit ainsi pour le droit pénitentiaire d'encadrer l'action de l'administration sans jamais la contraindre ou la limiter par des conditions formelles et impératives, comme celles dont connaît le droit de l'application des peines¹⁷⁵⁶.

La limitation de cette pratique des transfèvements, et non sa rationalisation, procède finalement d'une « institutionnalisation d'une gestion de la détention par l'isolement¹⁷⁵⁷ », au travers de la banalisation de ce mode de détention et de la consécration de nouveaux « régimes de détention spéciaux¹⁷⁵⁸ ». Par ailleurs, ces deux moyens de gestion des détenus particulièrement dangereux par l'administration pénitentiaire se retrouvent dans la prise en charge des détenus radicalisés.

338 Les détenus radicalisés. Dans le sous-dispositif dédié aux personnes radicalisées, la pratique systémique des transfèvements est utilisée pour instituer un parcours spécifique. Le changement du lieu d'écrou correspond à une modulation du régime d'exécution caractérisant les différentes étapes d'un parcours de détention dédié s'étendant sur plusieurs établissements. Le transfert n'est pour autant pas systématique, c'est un nouveau classement de la personne incarcérée dans le régime de détention qui lui correspond le mieux. La pratique des transferts est en revanche systémique, car elle s'insère dans un dispositif où le changement d'affectation est programmé en fonction de l'évolution de la personne. Le sujet n'est pas destiné à effectuer l'ensemble de sa peine dans une même structure, mais à progresser dans un parcours au-delà de l'établissement, dans le sens d'une aggravation ou d'un adoucissement de ces conditions de détention en fonction de son évolution. La description des étapes instituées illustre la progressivité programmée de ce parcours spécifique¹⁷⁵⁹. Après la détection de la radicalisation d'un détenu ou d'un risque de radicalisation, la personne est par principe affectée à un quartier d'évaluation de la radicalisation, chargé de déterminer l'étape suivante du parcours

¹⁷⁵⁶ À la suite de la mise en cause de ces pratiques, il n'y a pas eu de modification de la partie réglementaire du code pour introduire un délai minimum entre deux transferts ou une quelconque condition analogue. De surcroît, la liste des motifs justifiant de l'opportunité d'une nouvelle appréciation de l'affectation ne fait mention d'aucune condition formelle de nature à rationaliser l'usage systémique des transferts : Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, *op. cit.*, p. 16.

¹⁷⁵⁷ DE SUREMAIN Hugues, BÉRARD Jean, « La gestion des longues peines au révélateur des luttes juridiques », *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁵⁸ FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, *op. cit.*, §982.

¹⁷⁵⁹ Sur le parcours de détention des personnes radicalisées v. : MARGAINE Clément, « Le régime d'application de la peine pour les djihadistes », *op. cit.*, p. 36-39 ; HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire », *op. cit.* ; HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire (suite) : Existe-t-il un statut *sui generis* des personnes « radicalisées » ? », *op. cit.*

de la personne la plus adaptée au regard de ses caractéristiques¹⁷⁶⁰. Les autres étapes procèdent de l'organisation d'une suite de régimes de détention aux conditions d'assujettissement progressives. Certains établissements sont d'abord habilités à recevoir les personnes radicalisées pour l'exécution de leur peine, dans le cadre d'une prise en charge définie par la direction de l'administration pénitentiaire¹⁷⁶¹. Ensuite, les personnes radicalisées pourront également être affectées à l'un des quartiers de prise en charge de la radicalisation¹⁷⁶². Enfin, la dernière étape du parcours dédié aux personnes radicalisées, dans le sens de l'aggravation des conditions de détention, est le placement à l'isolement¹⁷⁶³.

Par la description de ce parcours, il est possible de percevoir l'instrumentalisation des changements d'affectation pour instituer un système de sanction à la fois en dehors du cadre de la procédure du prétoire et dans le respect du régime pénitentiaire. L'atteinte à la liberté d'opinion et de religion demeure bien entendu¹⁷⁶⁴, mais l'absence de violation du droit pénitentiaire et l'inscription de ce parcours dans le fonctionnement général du dispositif d'exécution légitiment ce sous-dispositif carcéral. Ces usages des modalités *rationae loci* sont finalement une nouvelle marque de l'intensification de la constitution corrélative du sujet et de sa peine, recherchée afin de mieux poursuivre l'efficacité de l'acte de punir. Sans aucun doute, la mutabilité des conditions d'exécution est indispensable à la poursuite des finalités prospectives de la peine. L'indexation de la différenciation du parcours (§2) sur l'adhésion à une bonne conduite définie positivement pose toutefois problème.

§2. LA DIFFÉRENCIATION DU PARCOURS

339 La succession des régimes d'exécution. L'admission de la participation de l'administration à l'acte de juger autorise la modulation du régime d'exécution et l'élaboration d'un parcours de détention. Ces multiples interventions de l'autorité

¹⁷⁶⁰ I, art. R. 57-7-84-13 du CPP.

¹⁷⁶¹ Note de service relative à la gestion et prise en charge des personnes détenues repérées comme radicalisées ou en voie de radicalisation dans les établissements pénitentiaires, DAP, 2 août 2016, p. 4.

¹⁷⁶² « Lorsqu'une personne détenue majeure est dangereuse en raison de sa radicalisation et qu'elle est susceptible, du fait de son comportement et de ses actes de prosélytisme ou des risques qu'elle présente de passage à l'acte violent, de porter atteinte au maintien du bon ordre de l'établissement ou à la sécurité publique, elle peut être placée au sein d'un quartier de prise en charge de la radicalisation, dès lors qu'elle est apte à bénéficier d'un programme et d'un suivi adaptés. » : II, art. 57-7-84-13 du CPP.

¹⁷⁶³ Note de service relative à la prise en charge des personnes détenues en unité dédiée, *op. cit.* ; Règlement intérieur du Quartier d'évaluation de la radicalisation de la Maison d'arrêt du Val d'Oise, *op. cit.*, p. 7 ; MISSION DE LUTTE CONTRE LA RADICALISATION VIOLENTE, *Stratégie d'évaluation et de prise en charge de la radicalisation violente. Séminaire juillet 2020*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷⁶⁴ Sur cette question v. : *supra* n° 265.

administrative différencient ce dernier en déterminant la succession des régimes d'exécution qui le constitue. Par ce brouillage des frontières entre l'acte de juger et l'acte de punir, le dispositif d'exécution perfectionne l'individualisation de la prise en charge (A), mais provoque l'imprévisibilité de celle-ci (B).

A. L'individualisation de la prise en charge

340 L'indexation de la prise en charge sur la rationalité pénitentiaire. La différenciation du parcours, par la succession des régimes d'exécution, fonctionne à partir de la rationalité pénitentiaire. Les catégories de population pénale fondées sur le savoir pénologique conditionnent la différenciation du parcours, quand l'attitude des personnes condamnées détermine son orientation. L'individualisation de la prise en charge pénitentiaire repose en effet sur deux pratiques indispensables à la mobilité de la peine : la classification (1) et l'observation des personnes condamnées (2).

1. La classification des personnes condamnées

341 Le classement des personnes condamnées. La différenciation du parcours de détention est indexée sur la rationalité pénitentiaire, qui recherche l'adaptation toujours plus fine des conditions d'exécution aux caractéristiques des personnes condamnées. « Dans le but de rationaliser les diverses prises de décisions¹⁷⁶⁵ » relatives à l'individualisation de sa peine, les usages des modalités d'exécution sont subordonnés à la « classification¹⁷⁶⁶ » du sujet dans différentes catégories de population pénale, comme celle des personnes dites radicalisées. Il s'agit de l'affectation d'une personne à un ensemble d'individus réunis par des caractéristiques communes, sous-tendant une problématique pénologique les différenciant du reste des personnes détenues et identifiant un besoin spécifique de prise en charge. Entre les mains de la commission pluridisciplinaire unique et prenant la forme d'une « décision de classification¹⁷⁶⁷ » du chef d'établissement, cette opération repose sur l'évaluation de la

¹⁷⁶⁵ CHANTRAINE Gilles, VACHERET Marion, « Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens », *Questions pénales*, n° 4, vol. 18, 2005, p. 1.

¹⁷⁶⁶ « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.*, p. 4 ; SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, *op. cit.*, p. 241 ; BLONDIEAU Francis, « Les régimes de détention », *op. cit.*, p. 194 ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, *op. cit.*, p. 177. Sur la classification du sujet v. : *infra* n° 504 et s.

¹⁷⁶⁷ Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.*, p. 6.

personne et sur sa qualification.

342 L'évaluation de la personne. L'opération d'évaluation de la personne consiste pour l'institution à appréhender le sujet de la peine comme un individu, c'est-à-dire comme une somme de caractéristiques permettant de mettre ce dernier en perspective avec les catégories de population pénale¹⁷⁶⁸. En d'autres termes, l'évaluation a pour objet de détecter les traits distinctifs de ces catégories chez la personne condamnée. La catégorie des personnes radicalisées réunit par exemple les personnes s'inscrivant dans « un processus d'identification personnelle ou collective à des idées politiques ou politico-religieuses extrêmes qui impliquent la volonté de transformer la société par la violence¹⁷⁶⁹ ». L'idéologie politico-religieuse devient alors une caractéristique du sujet contribuant à le qualifier dans le champ du savoir pénologique. Les catégories du savoir pénitentiaire modèlent ainsi l'objet de l'évaluation pour assurer le fonctionnement du dispositif d'exécution ordonné à l'individualisation. Issues des relations entre le savoir et les pratiques pénitentiaires, les catégories de population pénale ne sont pas connues du droit de l'exécution de la peine et ne relève que de la rationalité pénitentiaire. Il n'existe pas de typologie formelle, mais seulement un agrégat informe composé d'objets discursifs en perpétuelle évolution, informant et informé par les pratiques du champ pénitentiaire. En définitive, ce sont les relations de « pouvoir-savoir¹⁷⁷⁰ » ordonnant ce champ que l'on retrouve au fondement des catégories à partir desquelles la prise en charge est différenciée et dans lesquelles les personnes sont classées.

343 La qualification de la personne. Le « classement¹⁷⁷¹ » correspond à l'opération de qualification de la personne dans le champ du savoir pénologique¹⁷⁷². Sur le fondement des caractéristiques évaluées, la personne est étiquetée par la ou les catégories qui lui correspondent et qui détermineront sa prise en charge (ordinaire ou faible risque détecté ; vulnérabilité en détention ; risques auto-agressifs ; risques hétéro-agressifs ; risques liés à la

¹⁷⁶⁸ VIENNE Roger, « De l'individualisation de la peine à la personnalisation de la mesure. À propos du soixante-quinzième anniversaire de la parution de l'ouvrage de Saleilles (1898-1973) », *op. cit.*, p. 195. Sur la rationalisation de l'évaluation des personnes v. : *infra* n° 478 et s.

¹⁷⁶⁹ URVOAS Jean-Jacques, *Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁷⁰ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 32. Pour une définition de ce concept v. : note n° 147.

¹⁷⁷¹ SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁷⁷² Sur la qualification du sujet de l'acte de punir v. : *infra* n° 496 .

sécurité ; personnes radicalisées ; *etc.*¹⁷⁷³). S'il n'existe pas de parcours de détention unique et pré-déterminé, toutes les personnes ne sont pas susceptibles d'être assujetties à l'ensemble des modalités d'exécution. Le classement du sujet détermine le champ des modalités envisageables dans son parcours de détention. À ce titre, « la décision de classification à l'issue de la [commission pluridisciplinaire unique]¹⁷⁷⁴ » « exerce une influence déterminante sur le régime de détention¹⁷⁷⁵ » et l'élaboration du projet d'exécution de peine¹⁷⁷⁶. La connaissance du sujet est en effet essentielle pour envisager et prévoir les modalités du parcours. Le projet d'exécution, imposé à l'ensemble de la population pénale, n'est pas le projet personnel du détenu, mais l'expression d'une exécution programmée de la peine en fonction de la catégorie dans laquelle il a été classé et de son niveau de risque, combinée à un comportement attendu de l'individu et destiné à « lui permettre d'agir en personne responsable¹⁷⁷⁷ ». Le projet d'exécution de peine n'est finalement que le parcours type applicable à la personne en fonction de son classement et des modalités matériellement disponibles. La réalisation de ce parcours est toutefois subordonnée au fait qu'elle acquiert le comportement adéquat pour cette succession de régimes d'exécution (être autonome en détention, suivre les soins proposés, participer à un programme de prévention de la radicalisation violente, *etc.*). De cette manière, le projet d'exécution de peine est également une manière de définir positivement la bonne conduite en détention. L'adoption du comportement cohérent avec le projet élaboré par l'institution devient dès lors un critère d'évaluation de l'individu. Indirectement, le projet d'exécution de peine définit une norme comportementale de référence pour juger l'attitude du sujet vis-à-vis de sa prise en charge. L'observation des personnes condamnées (2) est dès lors la pratique indispensable pour connaître de leur comportement et sur ce fondement différencier la prise en charge.

¹⁷⁷³ « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.*, p. 3-4 ; Note relative au guide d'utilisation des outils d'aide au repérage pluridisciplinaire d'un risque de radicalisation violente en établissement pénitentiaire, *op. cit.*, p. 12-22. « Un même détenu peut être classé dans différentes catégories au même moment (par ex. : vulnérable et présentant des risques pour la sécurité, présentant des risques auto-agressifs et hétéro-agressif...) » : Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 6. Sur la classification du sujet de l'acte de punir v. : *infra* n° 504-510.

¹⁷⁷⁵ FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, *op. cit.*, §985.

¹⁷⁷⁶ Une personne évaluée comme ayant une paraphilie, mais ne présentant qu'une faible dangerosité pénitentiaire, pourra par exemple se voir proposer un projet planifiant une affectation dans un établissement adapté pour les personnes ayant commis des violences sexuelles, avec un régime de détention peu stricte, si le détenu est responsable de lui-même en détention, accepte les soins pénitentiaires qui lui sont proposés et sa participation à un programme de prévention de la récidive.

¹⁷⁷⁷ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

2. L'observation des personnes condamnées

344 Le comportement des personnes condamnées. Après la détermination des termes de la prise en charge, l'observation des personnes permet à l'administration d'user des modalités d'exécution pour élaborer progressivement l'acte de punir. L'avancement dans les étapes du parcours de détention dépend en effet du comportement de ce dernier et de ce qu'il révèle de l'évolution de ses caractéristiques. Plus précisément, c'est la capacité d'adaptation du sujet aux pratiques punitives qui est observée¹⁷⁷⁸. L'évolution de la personne dans le parcours est ainsi corrélée à son acceptation et son adhésion à la prise en charge.

345 L'acceptation du fonctionnement de l'institution : la conception *stricto sensu* de la bonne conduite. La première marque de l'adaptation du sujet à la prise en charge est l'acceptation de son fonctionnement. Il s'agit de la dimension du comportement de la personne observée la plus proche de l'exigence classique de bonne conduite, définie négativement par des interdictions. Institution disciplinaire par excellence, l'institution pénitentiaire exige de ses membres qu'ils respectent le règlement intérieur de l'établissement, en ne commettant pas de faute disciplinaire et en ne troublant pas l'ordre de la détention, indispensable au bon fonctionnement du service public pénitentiaire. Dans son acception classique, c'est-à-dire dénuée de lien avec l'exécution de la peine, la bonne conduite trace une frontière formelle entre ce qui est admis et ce qui ne l'est pas¹⁷⁷⁹, en dépit du fait que les infractions disciplinaires ne répondent que d'une conception formelle de la légalité pénale¹⁷⁸⁰. L'adoption par le condamné d'une bonne conduite, entendue dans ses termes stricts, est bien sûr un élément pris en compte dans le cadre de son évaluation et de la différenciation de son parcours. La capacité de la personne incarcérée à s'adapter à ces normes comportementales contribue à un jugement favorable sur sa personnalité et ses possibilités de réinsertion. À l'inverse, un mauvais comportement pourra évidemment être un facteur conduisant les personnels pénitentiaires à appréhender la personne par des caractéristiques négatives comme l'inadaptation sociale ou l'intolérance à la frustration. Ce qu'apportent les pratiques punitives

¹⁷⁷⁸ Nous nous référons ici au concept de « *primary adjustment* » de GOFFMAN visant l'adaptation primaire de l'individu à l'organisation d'une institution totale : GOFFMAN Erving, *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, op. cit., p. 189. « When an individual co-operatively contributes required activity to an organization and under required conditions [...] he is transformed into a co-operator ; he becomes the « normal, » « programmed, » or built-in member. [...] I shall speak in these circumstances of the individual having a primary adjustment to the organization » : *ibid.*, p. 188-189.

¹⁷⁷⁹ Sur la notion de mauvaise conduite en matière de retrait de crédits de réduction de peine v. : *supra* n° 167.

¹⁷⁸⁰ Sur les fautes disciplinaires v. : *infra* n° 375.

contemporaines, c'est la prise en compte de l'attitude du sujet vis-vis du comportement attendu de lui. L'apport du parcours d'exécution de la peine a en effet été d'institutionnaliser l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir, de sorte que l'adhésion à la teneur de la prise en charge participe à la définition *lato sensu* de la bonne conduite et, de ce fait, à la différenciation du parcours d'exécution de la peine.

346 L'adhésion à la teneur de la prise en charge : la conception *lato sensu* de la bonne conduite. De l'entrelacement des actes de juger et de punir, sous la forme du parcours d'exécution de la peine, découle l'injonction pour la personne d'adhérer à la substance de la prise en charge. La structuration du processus d'individualisation a effectivement pour conséquence de transformer la définition de la bonne conduite en détention. En raison de la prise en compte de l'attitude du sujet eu égard aux pratiques punitives poursuivant les finalités du régime d'exécution, une conception *lato sensu* de la bonne conduite émerge. La définition d'une norme comportementale positive grâce aux parcours d'exécution de la peine ne limite plus la définition de la bonne conduite à des interdictions. Dorénavant, le sujet est également soumis à l'injonction d'adopter un comportement donné et décrit comme responsable. En dehors des dispositions du régime pénitentiaire, l'organisation du dispositif d'exécution autorise en effet à soumettre la personne à des obligations relatives à la teneur de la prise en charge, sanctionnées par l'évolution du parcours. Le projet d'exécution de peine détermine par conséquent les conditions de possibilité d'un parcours et non la succession des régimes d'exécution en elle-même. Le projet n'est pas tant un outil pour programmer l'exécution de la peine que pour définir positivement un bon comportement de nature à permettre l'évaluation de l'individu à partir de cette référence. Respecter le règlement intérieur et correspondre aux critères d'affectation classiques ne suffisent plus à progresser dans le parcours d'exécution, il est dorénavant en *sus* exigé du sujet qu'il s'inscrive dans la poursuite des objectifs individualisés par le projet d'exécution. À ce titre, les décisions relatives à ce projet participent à la définition du statut de la personne dans le champ pénitentiaire.

Le parcours d'exécution de la peine est en fin de compte moins un outil de programmation qu'une aide à l'évaluation, permettant l'indexation de la différenciation du parcours sur une bonne conduite *lato sensu*. C'est ainsi qu'il « contribue à l'individualisation de la peine, à la responsabilisation de la personne détenue, ainsi qu'à la préparation à sa sortie¹⁷⁸¹ ». Cette orientation du parcours de la personne en fonction de sa classification

¹⁷⁸¹ Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud Francilien, *op. cit.*, p. 154.

permet de différencier le parcours d'exécution de la peine mais emporte, en l'absence de réglementation juridique, l'imprévisibilité de la prise en charge (B).

B. L'imprévisibilité de la prise en charge

347 La réglementation de la prise en charge par le régime pénitentiaire. Si la différenciation de l'acte de punir est permise par la diversification des régimes de détention, elle est en revanche régie par le régime pénitentiaire en ce que l'adaptation du régime d'exécution est prescrite pour l'ensemble des personnes condamnées¹⁷⁸². Malheureusement, la succession de ces régimes est tout aussi peu appréhendée par le droit pénitentiaire que la combinaison des modalités d'exécution définissant le régime de détention. Le régime pénitentiaire échoue à limiter la liberté de l'administration dans sa participation à l'acte de juger comme à assurer sa continuité avec le prononcé des mesures d'individualisation judiciaires. Une prise en charge imprévisible résulte dès lors d'un encadrement insuffisant du parcours de détention et d'une articulation insatisfaisante avec le parcours d'aménagement.

1. Un encadrement insuffisant du parcours de détention

348 L'exclusion de la rationalité légale. En dépit de la prééminence de la rationalité pénitentiaire, la rationalité légale n'a pas disparu du dispositif d'exécution. Elle est d'ailleurs encore prépondérante pour circonscrire certaines pratiques de l'administration pénitentiaire, telle l'orientation initiale des personnes condamnées¹⁷⁸³. Cependant, lorsque l'on observe sur la réglementation de la direction de la prise en charge, le constat de l'absence totale de conditions juridiques formelles s'impose. L'encadrement quasi-inexistant du parcours de détention se caractérise, en effet, tant par l'absence d'ordonnancement des régimes d'exécution que par l'absence de limites aux usages des modalités d'exécution carcérales.

349 L'absence d'ordonnancement des régimes d'exécution. Le classement des personnes condamnées spécifie le champ des modalités d'exécution possibles, sans pour autant prédéterminer le parcours d'exécution. Le classement de la population pénale aide

¹⁷⁸² « 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. » : al. 2, II, art. 707 du CPP.

¹⁷⁸³ Sur ce point v. : *supra* n° 311.

l'autorité administrative à déterminer les modalités d'exécution pertinentes, mais le parcours se constitue et se différencie seulement au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en raison de la fragmentation de l'exercice du pouvoir de punir. Chaque décision modulant les conditions d'exécution contribue à individualiser concomitamment le régime et le parcours de du justiciable. L'avancement dans le parcours étant par ailleurs subordonné à la bonne conduite *lato sensu* du sujet, il est impossible d'affirmer que l'évolution des conditions d'exécution soit le résultat de la programmation de l'acte de punir par le projet d'exécution. De même, l'orientation du parcours de détention vers des régimes revalorisant le capital de liberté du détenu n'est jamais acquise¹⁷⁸⁴. À la mutabilité des conditions d'exécution répondent, en l'absence de limites aux usages des modalités d'exécution, l'instabilité des régimes de détention et l'imprévisibilité du parcours qu'ils dessinent.

350 L'absence des limites aux usages des modalités d'exécution. À quelques exceptions près, les décisions administratives ordonnant l'usage d'une modalité d'exécution ne sont jamais encadrées par des conditions formelles définies en référence à la condamnation¹⁷⁸⁵. Les usages des modalités d'exécution sont parfois réglementés, notamment au niveau de leur procédure¹⁷⁸⁶, mais les décisions ne sont conditionnées que par les critères pénitentiaires (personnalité, dangerosité, efforts en matière de réinsertion sociale, parcours d'exécution de la peine, capacité à respecter les règles de vie en collectivité, *etc.*¹⁷⁸⁷). La conséquence est que la quasi intégralité des pratiques punitives est applicable à l'ensemble des personnes condamnées. En raison de l'impératif de sécurité et de la rationalité réformatrice, les modalités ne sont plus considérées selon la gravité de l'assujettissement auquel elles soumettent les personnes condamnées. Toute perspective de nécessité et de proportionnalité de la peine avec l'infraction s'efface dès lors derrière le motif d'utilité de la modalité d'exécution pour l'efficacité de l'acte de punir.

Au-delà, il existe également des modalités d'exécution non règlementées. Dans les interstices du régime pénitentiaire, l'institution organise par ce biais des espaces dans lesquels l'administration peut agir en dehors de toute réglementation et sans aucun contrôle juridictionnel lorsqu'il est impossible de mettre en cause un droit fondamental. L'une de ces

¹⁷⁸⁴ Sur les deux orientations ordonnant la diversité des régimes de détention v. : *supra* n° 275 et s.

¹⁷⁸⁵ C'est notamment le cas du placement en centre pour peines aménagées : al. 3, art. D. 72-1 du CPP. Sur les conditions formelles de l'affectation initiale des personnes condamnées v. : *supra* n° 308.

¹⁷⁸⁶ Voir par exemple les modalités de la répartition initiale de la population pénale dans les établissements pénitentiaires : *supra* n° 314 et s.

¹⁷⁸⁷ Al. 2, art. 717-1 du CPP ; art. D. 92 du CPP. Sur les critères pénitentiaires v. : *supra* n° 309 ; 504 et s.

modalités est la pratique de placement dans des « cellules particulières¹⁷⁸⁸ » : il s'agit par là de sanctionner un détenu, sans user de la procédure disciplinaire ou de mise à l'isolement. Il s'agit *de facto* d'« un régime de « mise à l'écart » hybride, entre confinement et isolement, pour une durée limitée, mais sans recourir aux procédures prévues par la réglementation¹⁷⁸⁹ ». Dans l'administration de l'acte de punir, la personne condamnée ne dispose que d'une frêle sécurité juridique, en raison de la labilité de sa condition et de la mutabilité de ses conditions d'exécution. Il en découle une prise en charge caractérisée par son imprévisibilité, d'autant que l'articulation entre le parcours de détention et d'aménagement apparaît insatisfaisante (2).

2. Une articulation insatisfaisante avec le parcours d'aménagement

351 Un parcours d'exécution hybride. Bien que le droit positif soit source de confusion sur ce point¹⁷⁹⁰, le parcours d'exécution de la peine comporte deux volets complémentaires, concernant respectivement le milieu fermé et le milieu ouvert. L'articulation entre le parcours de détention et le « parcours d'aménagement de peine¹⁷⁹¹ » est toutefois peu appréhendée par le code, notamment en raison de la différence de nature des sous-ensembles normatifs applicables. Certes, le droit pénitentiaire organise une concordance des critères décisionnels, mais il maintient une dichotomie des autorités décisionnelles.

352 Une concordance des critères décisionnels. Les mesures d'individualisation judiciaires successives, constituant le parcours d'aménagement de peine « qui s'inscrit dans la prolongation du parcours d'exécution de peine¹⁷⁹² », sont prononcées par les juridictions de l'application des peines en fonction de critères généraux et spéciaux¹⁷⁹³. Les critères généraux, communs à l'ensemble des modalités d'exécution judiciaires, sont en premier lieu fortement similaires aux critères usités par l'administration, en ce qu'ils sont en adéquation avec les principes directeurs de l'exécution des peines. L'objectif de réinsertion sociale et la finalité de prévention de la récidive assurent en effet une certaine concordance entre les critères d'appréciation des autorités administrative et judiciaire, bien que le degré de

¹⁷⁸⁸ CGLPL, *Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Rapport d'activité 2012*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*

¹⁷⁹⁰ Sur les frontières de la notion de parcours d'exécution de la peine v. : *supra* n° 300.

¹⁷⁹¹ « Fiche 2. La notion de parcours d'aménagement de peine », in Circ. du 10 décembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, *op. cit.*

¹⁷⁹² *Ibid.*

¹⁷⁹³ Sur les critères d'appréciation v. : *supra* n° 78 et s.

cohérence varie en fonction des modalités d'exécution carcérales envisagées¹⁷⁹⁴. En second lieu, les critères spéciaux paraissent de prime abord singuliers eu égard aux modalités d'exécution carcérales. Nulle exigence pour la personne condamnée d'avoir un projet de réinsertion pour effectuer une demande de classement dans une activité ou de changement d'affectation. Cependant, la structuration du processus d'individualisation, au travers du parcours d'exécution de la peine, contribue à développer une cohérence entre le parcours de détention et le parcours d'aménagement influençant les critères décisionnels. La diversification des modalités d'exécution, destinée notamment à assurer la continuité du parcours d'exécution et la préparation à la sortie, a eu pour résultat de créer des lieux d'affectation pour lesquels les détenus doivent s'inscrire dans le projet d'exécution et s'investir dans des objectifs individuels. Certains quartiers de détention sont d'ailleurs explicitement conçus pour accompagner les justiciables dans la préparation de leur dossier d'aménagement¹⁷⁹⁵. En définitive, les critères demeurent distincts, notamment en ce que la bonne conduite en détention ne donne pas droit à une mesure d'individualisation, mais ils s'inscrivent de plus en plus dans la cohérence prônée par les principes directeurs de l'exécution des peines. Toutefois, l'articulation du parcours de détention et du parcours d'aménagement se heurte toujours à la dichotomie des autorités décisionnelles.

353 Une dichotomie des autorités décisionnelles. Suite au prononcé de la peine, le pouvoir de punir est partagé entre les autorités administrative et judiciaire, en raison de la « dualité de compétence¹⁷⁹⁶ » en droit de l'exécution des peines. Depuis la finalisation de la juridictionnalisation de l'application des peines, une dichotomie totale a été instituée entre les mesures élargissant la personne condamnée et les décisions modifiant les conditions de détention de celle-ci¹⁷⁹⁷. Pour autant, le volet carcéral et probatoire de l'exécution de la peine ont vocation à s'accorder, de sorte à concourir au mieux à l'efficacité de la peine. C'est la

¹⁷⁹⁴ Lorsque l'usage de la modalité d'exécution est destiné à assurer les fonctions primaires de l'institution carcérale, par exemple l'ordre de la détention par une mise à l'isolement, le critère de la prévention de la récidive n'aura plus aucun poids. Sur la dichotomie entre les fonctions primaires et secondaires v. : *infra* n° 382.

¹⁷⁹⁵ Le règlement intérieur de l'établissement de Mont-de-Marsan va d'ailleurs plus loin dans l'organisation de la cohérence, puisqu'il indique que dans le cadre de son « module respect » les personnes affectées bénéficient de « réductions supplémentaires de peine » : Règlement intérieur du Centre pénitentiaire de Mont-de-Marsan, DISP de Bordeaux, avril 2016, p. 7. Sur ces régimes de détention dédiés v. : *supra* n° 258.

¹⁷⁹⁶ CÉRÉ Jean-Paul, « Prospective sur la répartition juridictionnelle des compétences en droit de l'exécution des peines », *op. cit.*, p. 874. V. également : TREMOLIERE Alexandre, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *RFDA*, n° 4, 2017, p. 731-740.

¹⁷⁹⁷ L'alinéa 3 de l'article 723-3 du CPP dispose toutefois que lorsqu'une « première permission de sortir a été accordée à un condamné majeur par le juge de l'application des peines en application de l'article 712-5, les permissions de sortir ultérieures peuvent, sauf décision contraire de ce magistrat, être accordées par le chef d'établissement pénitentiaire ».

raison pour laquelle, bien que distinctes, les autorités administrative et judiciaire interagissent dans le cadre de leur pratique respective d'individualisation de la peine. Essentiellement organisée par le législateur, l'articulation de l'action de ces deux autorités consiste essentiellement en un dialogue par l'échange d'avis consultatifs.

Dans le cadre de la modulation judiciaire de la peine, l'avis de l'administration pénitentiaire est systématiquement recherché. Mais, dans le cadre des mesures prononcées en commission d'application des peines, l'interaction entre les deux autorités est bien plus importante. En l'absence d'exigence d'un projet de réinsertion concernant ce type de mesures d'individualisation, seuls les critères généraux sont applicables, de sorte qu'il soit aisé pour les deux autorités de participer à un processus décisionnel unique. Qui plus est, en matière de retrait de crédit de réduction de peine, la délibération commune se mue *de facto* en un enregistrement de l'activité pénitentiaire, en ce que le juge subordonne sa décision aux sanctions disciplinaires¹⁷⁹⁸. La portée de la dichotomie des autorités décisionnelles en matière de modulation judiciaire est donc à nuancer en fonction des mesures d'individualisation et de leurs modalités d'octroi.

Dans le cadre de la modulation administrative, l'apport du juge de l'application des peines au processus décisionnel de l'autorité administrative est très restreint. Son avis n'est pas systématiquement recherché, il peut y être dérogé en cas d'urgence et, surtout, nul magistrat n'est membre de la commission pluridisciplinaire unique, pourtant essentielle à l'évolution des conditions d'exécution de la peine. En particulier, alors que le juge est chargé de déterminer les principales modalités d'exécution de la peine, le projet d'exécution ne relève pas de la commission d'application des peines et le juge ne dispose que d'un droit d'information relatif à cette programmation de l'exécution de la peine¹⁷⁹⁹, à l'exception de sa compétence spéciale pour les personnes admises de *jure* au centre national d'évaluation¹⁸⁰⁰. L'office du juge de l'application des peines, en dépit de la lettre du code, est dès lors quasi inexistant concernant le volet carcéral du parcours d'exécution de la peine¹⁸⁰¹.

Dans ces conditions, les interactions entre les deux autorités décisionnelles sont

¹⁷⁹⁸ Sur cette question v. : *supra* n° 91 ; 167.

¹⁷⁹⁹ Le code dispose simplement que le « projet initial et ses modifications ultérieures sont portés à la connaissance du juge de l'application des peines » : al. 1, art. 717-1 du CPP.

¹⁸⁰⁰ Pour les personnes condamnées à une peine de réclusion criminelle égale ou supérieure à 15 ans pour l'une des infractions visées à l'article 706-53-13 du CPP, « le juge de l'application des peines définit un parcours d'exécution de la peine individualisé » : art. 717-1A du CPP.

¹⁸⁰¹ La seule exception à ce constat est la faculté du juge de l'application des peines de soumettre, si un médecin à indiquer au préalable qu'une thérapie était envisageable, de proposer à une personne condamnée pour l'une des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru un traitement médical en détention : al. 4, art. 717-1 du CPP. Sur les soins pénitentiaires proposés par le juge de l'application des peines v. : *infra* n° 421.

insuffisantes pour parer aux problèmes issus de la nature hybride du parcours d'exécution de la peine. En l'absence de participation du juge dans l'élaboration et l'actualisation du projet d'exécution de peine, impossible en effet d'espérer une articulation efficace entre les parcours de détention et d'aménagement, en dépit du « rôle des SPIP dans l'élaboration de l'aménagement de peine¹⁸⁰² ». Or, la succession des régimes d'exécution contribue à élaborer l'acte de punir et indirectement à définir sa durée, en raison de l'influence du parcours de détention sur le parcours d'aménagement.

*

354 L'imprévisibilité de l'acte de punir. Le parcours d'exécution relève tant de l'acceptation « parcours de détention » que de celle de « projet d'exécution », bien que ce dernier n'ait finalement pour rôle que de constituer une aide à la décision pour l'administration, à raison de sa participation à la conception *lato sensu* de bonne conduite, et non celui d'une stricte programmation de la peine. L'objet du projet est de proposer l'instrument d'une individualisation de la peine au-delà des critères formels, c'est-à-dire de l'indexation de l'évolution du régime d'exécution sur l'adhésion du sujet à la prise en charge pénitentiaire. De cette absence de prévision découle une imprévisibilité de l'acte de punir qui s'ajoute à la mutabilité des conditions d'exécution. Dans le volet carcéral du parcours, les pratiques punitives ne sont finalement que le résultat d'une combinaison et d'une succession de décisions administratives, recherchant la constitution corrélative du sujet et de sa peine.

**

355 Une participation discrétionnaire de l'administration à l'acte de juger. À la recherche d'une meilleure efficacité de la peine, les usages des modalités d'exécution carcérales s'intensifient pour constituer et différencier le parcours d'exécution. L'accroissement de l'intervention de l'administration dans le processus d'individualisation ne s'est pourtant guère accompagné du développement d'une réglementation de cette compétence par le régime pénitentiaire. La participation discrétionnaire de l'administration à l'acte de juger peut alors laisser place à des actes arbitraires, légitimés par la mobilisation de notions a-juridiques. *In fine*, la modulation administrative de la peine ne relève que de la gestion du service public pénitentiaire et n'est dès lors encadrée par aucune garantie du droit pénal moderne.

¹⁸⁰² « Fiche 2. La notion de parcours d'aménagement de peine », in Circ. du 10 décembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

356 L'élaboration de l'acte de punir par les usages des modalités d'exécution carcérales. Second temps de l'étude de la précarisation de la dichotomie entre l'acte de juger et l'acte de punir dans le volet carcéral du processus d'individualisation, l'analyse dynamique des usages des modalités d'exécution met en exergue la portée considérable de la compétence de l'administration dans l'élaboration de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. L'acte de punir prend en effet la forme d'un parcours d'exécution, construit et différencié par la succession des décisions administratives redéfinissant le régime d'exécution, en fonction de l'évolution des caractéristiques des individus. En fragmentant ainsi l'exercice du pouvoir de punir, pour permettre la poursuite de l'acte de juger sur le fondement de la rationalité pénitentiaire, le dispositif d'exécution organise le contournement des principes du droit pénal moderne. Du fait de cette marginalisation de la rationalité légale, la détermination des pratiques punitives relève essentiellement de l'exercice du pouvoir de gestion du service public pénitentiaire par l'autorité administrative et contraint dès lors la condamnation à prendre la forme d'une autorisation de prise en charge.

Au-delà de la compréhension de l'individualisation administrative, l'étude du parcours d'exécution de la peine met en lumière que l'intensification de la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine n'est pas seulement le moyen d'une plus grande adaptation du régime d'exécution aux caractéristiques de l'individu. L'indexation de l'évolution des conditions d'exécution sur un projet et des objectifs modifie les critères de différenciation de l'acte de punir et fait des usages des modalités d'exécution autant de sanctions de l'adhésion du sujet à la prise en charge, définie pour elle sur le fondement de son évaluation. L'observation de l'entrelacement de plus en plus étroit de l'acte de juger et de l'acte de punir révèle ainsi que les usages des modalités d'exécution ne sont pas seulement le moyen de l'atténuation de la portée des garanties du droit pénal moderne, mais également la condition de possibilité de l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, afin de poursuivre par de nouvelles pratiques punitives l'efficacité de l'acte de punir.

CONCLUSION DU TITRE 2

357 L'atténuation de la portée des garanties du droit pénal moderne par la modulation administrative. Les modalités d'exécution sont les instruments de la modulation de la peine, qui permettent aux autorités de l'exécution des peines de différencier l'acte de punir, en poursuivant l'acte de juger sur le fondement de la rationalité pénitentiaire. En particulier, les usages des modalités d'exécution carcérales par l'administration, sur le fondement de son pouvoir de gestion du « service public pénitentiaire¹⁸⁰³ », individualisent concomitamment le « régime d'exécution¹⁸⁰⁴ » et le « parcours d'exécution de la peine¹⁸⁰⁵ ». Le régime d'exécution de la peine privative de liberté n'est effectivement pas un régime unique et prédéterminé, mais la combinaison des modalités d'exécution relevant du régime pénitentiaire et du « régime de détention¹⁸⁰⁶ ». Quant au parcours d'exécution de la peine, il désigne à la fois l'instrument et le résultat du processus d'individualisation. Les pratiques punitives sont en effet avant tout déterminées par la succession des régimes d'exécution, composée par la multitude des décisions administratives ponctuant l'assujettissement, et non plus par la peine prononcée et son régime pénitentiaire. Ainsi, les usages des modalités d'exécution carcérales, par la précarisation de la dichotomie entre l'acte de juger et l'acte de punir, contournent les limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État fondées sur la loi, la condamnation et le sujet de droit, de sorte que le prononcé de la peine privative de liberté s'apparente de plus en plus à une autorisation de prise en charge. En définitive, l'étude de la participation de l'administration à l'acte de juger démontre que la diversification des modalités d'exécution et la multiplication de leurs usages, à la poursuite de l'efficacité de l'acte de punir, a pour effet de libéraliser les conditions d'exécution de la peine et pour conséquence d'atténuer la portée des garanties du droit pénal moderne.

¹⁸⁰³ Art. 2, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹⁸⁰⁴ Al. 1, art. 707 du CPP.

¹⁸⁰⁵ Al. 1, art. 717-1 ; art. D. 88 et s. du CPP.

¹⁸⁰⁶ Al. 2, art. 717-1 du CPP.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

358 La segmentation de l'acte de punir. En raison de la modulation de la peine par les usages des modalités d'exécution, il n'existe plus de délimitation étanche entre l'acte de juger et l'acte de punir. La détermination de la peine est un processus d'individualisation qui s'étend au-delà de la phase de jugement, de sorte que la frontière entre l'opération de définition de l'acte de punir et son exécution se brouille. Cet entrelacement des phases de l'exercice du pouvoir de punir de l'État emporte que le dispositif d'exécution de la peine privative de liberté n'a plus pour seule fonction d'assurer l'exécution de la sanction, mais également de déterminer, au fur et à mesure de l'exécution de la peine, les pratiques punitives auxquelles donne lieu la condamnation. De cette libéralisation des conditions d'exécution découle que la peine ne correspond plus à une forme punitive déterminée, s'exécutant uniformément durant la durée de la sanction. La participation des juridictions de l'application des peines et des autorités pénitentiaires à l'acte de juger autorise l'adaptation du régime d'exécution et la différenciation de l'acte de punir tout au long de l'assujettissement. Les usages des modalités d'exécution font ainsi de la peine privative de liberté une sanction segmentée, correspondant à un parcours d'exécution dont les étapes sont caractérisées par des conditions d'exécution individualisées.

359 Des modes distincts de différenciation de l'acte de punir. Cette segmentation de l'acte de punir, par une succession de régimes d'exécution, est rendue possible par les deux modes d'adaptation des conditions d'exécution de la peine. D'un côté, l'individualisation judiciaire, entre les mains des juridictions de l'application des peines, fait une place importante à la rationalité légale en raison de son objet et de la nature de ses acteurs. Les usages des modalités d'exécution relevant de ce mode sont donc circonscrits par le régime des mesures d'individualisation judiciaires, qui n'opère que des distinctions en fonction de catégories de personnes condamnées, au travers de statuts spéciaux qui s'imposent à l'autorité judiciaire et dérogent au droit commun de l'octroi des modalités d'exécution judiciaires. De l'autre, l'individualisation administrative est prédominée par la rationalité pénitentiaire, de sorte à accorder une compétence discrétionnaire aux autorités pénitentiaires pour la direction de la prise en charge. De ce fait, les usages des modalités d'exécution relevant de ce mode sont très peu encadrés par le droit pénitentiaire, ce qui permet leur indexation sur les

catégories de population pénale, dans la limite du respect du régime pénitentiaire et notamment des droits fondamentaux. Au demeurant, et malgré un régime dichotomique de l'individualisation, la modulation de la peine relève d'une pratique commune de l'exercice du pouvoir de punir de l'État.

360 Une pratique commune de l'exercice du pouvoir de punir de l'État. La fragmentation du pouvoir de punir conduit à ce que l'acte de juger se poursuive au-delà du procès pénal. Ce passage d'un calcul à un processus d'individualisation de la peine emporte la libéralisation des conditions d'exécution, c'est-à-dire l'autonomisation de l'acte de punir des termes de la condamnation, en autorisant la redéfinition de la matérialité et de la temporalité de la peine durant son exécution. Dorénavant, la condamnation à la peine privative de liberté doit, au regard de la portée des modalités d'exécution sur les conditions de l'assujettissement, être considérée avant tout comme une autorisation de prise en charge du sujet par le dispositif d'exécution. Nous ne pouvons dès lors plus concevoir la peine qu'à l'image d'un espace-temps où s'exercent les pratiques punitives, segmenté par la succession des régimes d'exécution afin de pouvoir mieux individualiser l'acte de punir en fonction des caractéristiques des personnes condamnées. À ce titre, le processus d'individualisation fonctionne de plus en plus à partir de notions a-juridiques, telle la personnalité, au détriment de l'adéquation des garanties du droit pénal moderne pour appréhender et rationaliser cette nouvelle pratique du pouvoir de punir de l'État. Cet accroissement de la place de l'individu dans le dispositif d'exécution, dans la poursuite d'une meilleure efficacité de la peine privative de liberté, ne s'accompagne pas pour autant d'une modération accrue. *A contrario*, les usages des modalités d'exécution ont semble-t-il pour conséquence d'intensifier l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, en recherchant sans cesse la constitution corrélative du sujet et de sa peine.

Après la démonstration de l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir, l'analyse des usages des modalités d'exécution, quant au sujet, doit nous permettre de comprendre les nouvelles pratiques punitives, communes et transversales aux deux modes d'individualisation de la peine, recherchant la subjectivation du condamné à la figure de la « personne responsable¹⁸⁰⁷ ». Cette étude du fonctionnement du nouvel exercice du pouvoir de punir de l'État, indispensable à la vérification de l'hypothèse d'une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, sera entreprise par l'exploration du

¹⁸⁰⁷ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

second objet des usages des modalités d'exécution. La constitution corrélatrice du sujet et de sa peine procède effectivement tant de la modulation de la peine que de la sanction de la personne par les usages des modalités d'exécution (Partie 2), qui rétribue la conduite du sujet eu égard à de nouvelles prescriptions, dans le but d'inculquer au condamné un mode de vie responsable, en ne considérant plus ce dernier qu'en tant qu'objet d'une prise en charge subjectivante.

PARTIE 2. LA SANCTION DE LA PERSONNE

PAR LES USAGES DES MODALITÉS D'EXÉCUTION

361 L'objet des usages des modalités d'exécution quant au sujet. La sanction de la personne dans le champ pénitentiaire renvoie classiquement à la discipline carcérale, chargée d'assurer le respect du règlement intérieur et le bon ordre de la détention par la répression de fautes disciplinaires¹⁸⁰⁸. D'ordinaire, la sanction de la personne n'est donc pas liée à l'entreprise de réformation du sujet, au fondement du projet pénitentiaire inhérent à la peine privative de liberté¹⁸⁰⁹. La rétribution du comportement du condamné a pour objet la protection d'un « ordre intérieur¹⁸¹⁰ » à la prison, indispensable au fonctionnement des établissements pénitentiaires. Cependant, la rationalité punitive contemporaine a transformé le paradigme de la modulation de la peine pour faire de la différenciation de l'acte de punir un instrument de gouvernement des conduites des personnes condamnées, au service de la prévention spéciale des infractions¹⁸¹¹. Les « principes directeurs¹⁸¹² » de l'exécution des peines prescrivent à ce titre que le « régime [d'exécution] 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 condamnée¹⁸¹³ ». De ce fait, l'évolution des conditions d'exécution de la peine doit dorénavant être considérée comme une sanction du sujet, autorisée par l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir, pour rechercher sa subjectivation en tant que « personne responsable¹⁸¹⁴ ».

Dans une première partie, nous avons effectivement souligné que la diversification des modalités d'exécution et la multiplication de leurs usages ont déterminé l'institution d'un processus d'individualisation, libéralisant les conditions d'exécution de la peine. Cette réorganisation de l'exercice du pouvoir de punir de l'État, responsable d'une atténuation de la

¹⁸⁰⁸ « Section 1 : De la discipline » : art. R. 57-7 et s. du CPP. Sur la discipline carcérale v. : *infra* n° 375.

¹⁸⁰⁹ Sur la combinaison de la privation de liberté avec un projet de réformation de la personne condamnée v. : *supra* n° 218 et s.

¹⁸¹⁰ MBANZOULOU Paul, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJ Pénal*, n° 4, 2008, p. 172.

¹⁸¹¹ Sur la rationalité punitive contemporaine v. : *supra* n° 9-11.

¹⁸¹² Sur l'usage de l'expression « principes directeurs » de l'exécution des peines v. : COUV RAT Pierre, « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines. Commentaire des articles 159 et 161 de la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II », *op. cit.*, p. 682 ; GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §587 et s. Sur les principes de l'exécution des peines v. : *infra* n° 77.

¹⁸¹³ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

¹⁸¹⁴ Al. 1, II, art. 707 du CPP. Sur l'acte de punir en tant que pratique subjectivante v. : *supra* n° 40.

portée des principes du droit pénal moderne, autorise l'indexation de l'évolution des conditions d'exécution sur celle des caractéristiques de la personne condamnée. L'analyse des usages des modalités d'exécution, quant à la peine, a ainsi permis de comprendre les conditions de possibilité d'une constitution corrélative du sujet et de sa peine de plus en plus étroite, permettant de rechercher la subjectivation de l'individu en tant que « personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société¹⁸¹⁵ ». Après avoir mis en lumière ce nouvel exercice du pouvoir de punir, recherchant le perfectionnement des procédés de réformation du sujet afin « d'éviter la commissions de nouvelles infractions¹⁸¹⁶ », il convient de l'explorer pour mettre en exergue qu'il est à l'origine de l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

En ce sens, la poursuite de l'étude des pratiques punitives contemporaines s'effectuera en considérant les différents usages des modalités d'exécution comme autant de sanctions de la personne. C'est en effet sous l'angle du sujet de l'acte de punir, et non plus de la peine, que doit désormais être entreprise l'analyse des usages des modalités d'exécution. Cette nouvelle approche présente l'intérêt de dépasser la dichotomie des modes d'individualisation analysés en première partie afin de s'intéresser aux pratiques communes à ces derniers, qui déterminent l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. Dans la poursuite des finalités de l'exécution de la peine, le dispositif d'exécution organise en effet des pratiques transversales à l'individualisation judiciaire et administrative, dédiées à l'élaboration de l'acte de punir par une succession de sanctions du sujet.

362 L'élaboration de l'acte de punir par une succession de sanctions. Dans notre étude, la notion de sanction ne désigne pas uniquement l'instrument d'une procédure répressive, ni seulement la mesure « justifiée par la violation d'une obligation¹⁸¹⁷ », mais, plus largement, les différentes formes de réaction des autorités de l'exécution des peines à la conduite de la personne condamnée. En se référant à la sociologie du droit, il est effectivement possible d'entendre par le terme de sanction la « réaction d'un groupe social ou d'une institution face à une certaine conduite, par laquelle s'exprime l'approbation ou la désapprobation de la conduite qu'on sanctionne, et sont renforcées les règles d'action du groupe dans sa tentative d'encourager ou décourager ses membres pour qu'ils accomplissent certaines conduites ou s'abstiennent d'en accomplir certaines autres, avec la perspective d'obtenir l'avantage ou de

¹⁸¹⁵ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁸¹⁶ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁸¹⁷ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 943.

souffrir de la privation qui, du point de vue du sanctionné, forme le contenu de la sanction¹⁸¹⁸ ». À partir de cette conception extensive, nous pouvons considérer le « parcours d'exécution de la peine¹⁸¹⁹ » comme le résultat d'une succession de sanctions, que celles-ci soient favorables ou non à la personne condamnée, en ce qu'elles sont toujours une réaction à sa conduite dans le champ pénitentiaire, ayant pour objet de différencier l'acte de punir.

L'intérêt de considérer les usages des modalités d'exécution comme autant de sanctions de la personne est d'appréhender l'indexation de l'évolution des conditions d'exécution sur la réformation du sujet. Sous le régime de la rationalité punitive contemporaine, le parcours d'exécution s'élabore en effet en réaction à « l'évolution de la personnalité et de la situation¹⁸²⁰ » de l'individu, afin d'entreprendre sa subjectivation en tant que « personne responsable¹⁸²¹ ». Le dispositif d'exécution organise ainsi la sanction de la personne assujettie et de sa conduite durant l'exécution de la peine. Ce sont d'ailleurs ces sanctions qui font de l'acte de punir une pratique normalisante et subjectivante¹⁸²², car elles rétribuent les comportements de la personne condamnée en vue de déterminer la constitution du sujet en référence à cet idéal-type. Il est donc essentiel de connaître de cette notion de personne responsable. Cependant, la substance de ce standard n'est pas renseignée par le code. La loi dispose seulement que la personne responsable est celle qui « respecte les règles et les intérêts de la société¹⁸²³ ». Nous pouvons toutefois déduire de l'absence d'emploi de normes ou de catégories juridiques qu'il ne s'agit pas de viser les personnes respectant les valeurs et intérêts protégés par le droit pénal et donc que le paradigme visé est celui de la responsabilité sociale. Il n'est plus seulement enjoint à la personne de respecter les biens juridiques protégés par les incriminations¹⁸²⁴, mais de se conformer à l'injonction d'être responsable de soi. Une nouvelle fois, le droit de l'exécution des peines substitue dans sa quête d'efficacité de l'acte de punir la rationalité pénitentiaire à la rationalité pénale.

Pour autant, la difficulté à identifier la substance de la notion de personne responsable

¹⁸¹⁸ « Sanction », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, ARNEAUD Jacques (dir.), *op. cit.*, p. 536.

¹⁸¹⁹ Al. 1, art. 717-1 du CPP ; art. D. 92 du CPP.

¹⁸²⁰ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

¹⁸²¹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁸²² Sur l'acte de punir en tant que pratique normalisante et subjectivante v. : *supra* n° 39-40.

¹⁸²³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁸²⁴ Précisons à ce titre que nous entendons la notion de bien juridique dans une « fonction immanente au système de droit positif », correspondant à « l'interprétation téléologique des normes pénales et à leur construction systémique » : BARRATTA Alessandro, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *op. cit.*, p. 1. « La conséquence dogmatique principale de cet usage intra-systématique du concept de bien juridique aboutit à la duplicité du comportement contraire à la loi : sur le plan formel, le comportement contraire à la loi consiste en la violation de la norme sociale ou juridique sous-tendant les types d'infraction ; sur le plan matériel, le comportement contraire à la loi consiste en l'atteinte ou la mise en danger de l'intérêt protégé par la norme. » : *ibid.*

peut être dépassée par une démarche inductive, destinée à identifier les éléments constitutifs de « l'ordre pénitentiaire¹⁸²⁵ » à partir des prescriptions des régimes d'exécution et du parcours d'exécution de la peine. L'observation des comportements sanctionnés par l'évolution des conditions d'exécution doit effectivement permettre de renseigner le standard de la personne responsable et, à partir de là, d'analyser la teneur de l'assujettissement auquel donne lieu la peine sous le régime de la rationalité punitive contemporaine.

363 L'analyse de la personne responsable par l'identification de l'ordre pénitentiaire.

La constitution corrélatrice du sujet et de sa peine implique l'élaboration de l'acte de punir par une succession de sanctions (modification du régime de détention, octroi d'une mesure d'individualisation judiciaire, modification du régime probatoire, retrait ou révocation d'une mesure d'élargissement, *etc.*), recherchant la subjectivation de la personne condamnée en tant que personne responsable. Le champ pénitentiaire est en effet structuré par nombre de prescriptions comportementales, dont le respect par la personne condamnée est rétribué, pour gouverner sa conduite durant l'exécution de la peine. Le sujet de l'acte de punir, qui adopte une bonne conduite en respectant les prescriptions de son régime d'exécution et en s'investissant dans sa prise en charge, sera récompensé en évoluant dans un parcours d'exécution favorable (transfert en centre de détention ou quartier pour peines aménagées, placement dans un « module respect », réductions de peine supplémentaires, *etc.*). À l'inverse, une personne condamnée adoptant une mauvaise conduite, en ne présentant aucun égard pour les prescriptions structurant le champ pénitentiaire, verra son attitude punie par des conditions d'exécution plus strictes ou qui n'évoluent pas. Le dispositif d'exécution, d'un côté, prescrit et valorise certains comportements et, de l'autre, en proscriit et dévalorise d'autres, en fonction des intérêts poursuivis par l'exécution de la peine. Ces intérêts institutionnels, pouvant être identifiés à partir des prescriptions pénitentiaires, sont à distinguer des valeurs sociales protégées, en ce qu'ils ne visent pas un bien juridique appréciable en lui-même et valorisé par une société¹⁸²⁶. Les intérêts poursuivis par les prescriptions pénitentiaires sont les objectifs du

¹⁸²⁵ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 363 ; GALEMBERT DE Claire, « Le « radical », une nouvelle figure de dangerosité carcérale aux contours flous », *op. cit.*, p. 58 ; SCHMITZ Julia, « Les contradictions de la loi pénitentiaire de 2009 », *op. cit.*, p. 17 ; CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, DEPUSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, *op. cit.*, p. 190.

¹⁸²⁶ MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, *op. cit.*, §6 ; DARSONVILLE Audrey, « La pertinence des valeurs sociales protégées », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, MISTRETTA Patrick, PAPILLON Salomé, KUREK Camille (dir.), Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2020, p. 35.

dispositif d'exécution, qui s'inscrivent dans des « tactiques pénitentiaires¹⁸²⁷ » et qui ne sont valorisés qu'en ce qu'ils constituent le moyen de rechercher les fins de l'acte de punir, notamment la subjectivation de l'individu en tant que « personne responsable¹⁸²⁸ ». Dès lors, l'identification des intérêts institutionnels légitimant les sanctions de la personne condamnée dans le champ pénitentiaire peut nous permettre d'identifier un ordre pénitentiaire, dont les composantes renseignent la figure de la personne responsable et la teneur de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

Les usages des modalités d'exécution sanctionnent effectivement la conduite du sujet, par la différenciation de l'acte de punir, à partir d'un ordre d'intérêts propre au champ pénitentiaire. Le dispositif d'exécution définit un « ordre institutionnel¹⁸²⁹ », constituant un ensemble de points de référence pour le gouvernement des conduites de la population pénale, c'est-à-dire pour la sanction des personnes condamnées et l'élaboration du parcours d'exécution de la peine. La subjectivation de ces individus, au cœur de la rationalité punitive contemporaine, consiste ainsi à assujettir la population pénale à des normes de conduite et à enjoindre aux personnes condamnées la constitution de soi, avec pour ordre de référence, les intérêts prônés par l'institution pénitentiaire (bon ordre de la détention, insertion économique et sociale, santé mentale, déradicalisation, responsabilisation du sujet envers la société et la victime, *etc.*).

364 Les modes de gouvernement structurant le prononcé des sanctions inhérentes à l'acte de punir. L'élaboration de l'acte de punir repose sur différentes pratiques, dont le dispositif d'exécution est la matrice et qui ont pour objet le prononcé de sanctions recherchant la subjectivation des personnes condamnées. Autrement dit, le dispositif d'exécution entend par la modification des conditions d'exécution de la peine du sujet « lui permettre d'agir en personne responsable¹⁸³⁰ ». Ces pratiques, communes à l'individualisation judiciaire et administrative, relèvent de deux modes de gouvernement de la population pénale. Complémentaires, l'un et l'autre contribuent à l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la peine, sous le régime de la rationalité punitive contemporaine. La condamnation est en effet aujourd'hui l'autorisation permettant de faire du sujet de la peine l'objet d'une

¹⁸²⁷ Nous déclinons ici la formule de Frédéric GROS, « tactique pénale », désignant des procédures d'assujettissement sans les faire dépendre « d'un système de représentations ou d'une mentalité », mais d'une pratique agonistique qui vise ici la lutte de l'institution contre la déviance des individus eu égard à l'ordre pénitentiaire : GROS Frédéric, « Foucault et “La société punitive” », *Pouvoirs*, n° 4, vol. 13, 2010, p. 7.

¹⁸²⁸ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁸²⁹ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 363.

¹⁸³⁰ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

prise en charge, correspondant à deux procédés de subjectivation, relevant respectivement de la police et de la direction des personnes condamnées dans le champ pénitentiaire.

D'un côté, le gouvernement de la population pénale est entrepris par l'intermédiaire de la réglementation de la vie dans le champ pénitentiaire. Les différentes modalités d'exécution de la peine autorisent effectivement un mode de gouvernement relevant de la police des personnes condamnées, destiné à rechercher l'acceptation de l'ordre pénitentiaire par le sujet, c'est-à-dire sa soumission aux prescriptions pénitentiaires. Au travers des modalités d'exécution, la vie des personnes condamnées est régie par un ensemble d'interdictions et d'obligations formelles à respecter, de plus en plus nombreuses et autonomes des biens juridiques protégés par le droit pénal, telle l'obligation de « [r]especter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique¹⁸³¹ » dédiée à la modification de l'idéologie politico-religieuse du sujet de l'acte de punir.

De l'autre, le gouvernement des conduites se poursuit par la différenciation de l'acte de punir dans le temps. L'individualisation du « parcours d'exécution de la peine¹⁸³² », grâce à la succession des régimes d'exécution, organise un mode de gouvernement relevant de la direction des personnes condamnées, destiné à déterminer l'adhésion du sujet à l'ordre institutionnel, c'est-à-dire sa responsabilisation dans le champ pénitentiaire. Au travers des usages des modalités d'exécution de la peine, les personnes condamnées sont désormais également assujetties à une direction des conduites, structurée par des prescriptions matérielles étrangères au régime d'exécution, comme l'exigence d'un repentir et de l'expression de compassion envers la victime durant l'exécution de la peine¹⁸³³.

Distingués par le caractère formel ou non des normes à partir desquels ils fonctionnent, les deux modes de gouvernement des personnes condamnées participent d'une pratique pénitentiaire commune, recherchant la subjectivation de l'individu pris en charge en tant que « personne responsable¹⁸³⁴ ». L'une et l'autre de ces pratiques s'appuient sur les usages des modalités d'exécution pour sanctionner la personne condamnée, afin de lui inculquer les intérêts composant l'ordre pénitentiaire et espérer par là accroître l'efficacité de la peine. Le dispositif d'exécution n'entend plus faire de la sanction le support d'une réflexion autonome du sujet sur les valeurs et intérêts sociaux protégés constituant « l'ordre public

¹⁸³¹ 20°, art. 132-45 du CP. Sur cette obligation v. : *infra* n° 431.

¹⁸³² Al. 1, art. 717-1 du CPP ; art. D. 92 du CPP.

¹⁸³³ Sur l'exigence d'un repentir et de l'expression de compassion v. : *infra* n° 567-569.

¹⁸³⁴ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

pénal¹⁸³⁵ ». Il enjoint désormais à la personne condamnée de se gouverner eu égard aux intérêts institutionnels constituant l'ordre pénitentiaire, en espérant prévenir ainsi la commission de nouvelles infractions. À cet égard, il résulte de cette recherche d'une meilleure efficacité de l'acte de punir, au travers d'une constitution corrélative du sujet et de sa peine de plus en plus étroite, l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, par la police (Titre 1) et la direction des personnes condamnées (Titre 2) dans le champ pénitentiaire.

¹⁸³⁵ PIN Xavier, « L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2020, p. 112 : « Sous cette réserve, il convient d'opérer d'emblée un rapprochement entre l'atteinte ou la menace à des valeurs sociales protégées et le trouble à l'ordre public qui justifie l'intervention du pénal. L'ordre public pénal est en effet le réceptacle des valeurs d'ordre civique, politique ou social jugées essentielles à la vie en société. Donc il faut tenir pour équivalentes la protection pénale de l'ordre public et la protection pénale des valeurs sociales essentielles. ».

TITRE 1. L'INTENSIFICATION DE L'ASSUJETTISSEMENT PAR LA POLICE DES PERSONNES CONDAMNÉES

365 La notion de police en tant que rationalité gouvernementale. Aux XVI^e et XVII^e siècle, une nouvelle raison gouvernementale, s'inscrivant dans une « stratégie de contrôle social¹⁸³⁶ », émerge avec la naissance du mercantilisme sous la forme « de la police¹⁸³⁷ ». Pour la « maximisation des forces de l'État, il s'agit de perfectionner l'activité de tous les hommes, et d'accroître le bien-être, la santé et la félicité de chacun en ce qu'ils conditionnent la puissance étatique dans une circularité vertueuse¹⁸³⁸ ». Dès le XVIII^e siècle, un commissaire affirmait en ce sens que la police « est la science de gouverner les hommes [...] la manière de les rendre, autant qu'il est possible, ce qu'ils doivent être pour l'intérêt général de la société¹⁸³⁹ ». De manière plus théorique, la police est « un système de réglementation de la conduite générale des individus¹⁸⁴⁰ », c'est-à-dire une rationalité gouvernementale fonctionnant à partir de la discipline des individus, et non l'exercice de la justice pour des sujets juridiques. Il s'agissait à cette époque d'une « nouvelle technologie de gouvernement¹⁸⁴¹ », fonctionnant à partir d'un exercice direct du pouvoir du souverain sur la multitude d'individus, en tant que population¹⁸⁴².

Traditionnellement, justice et police sont à clairement distinguer, en ce qu'il s'agit de deux exercices du pouvoir distincts. La police est « caractérisée par la prise en charge des individus dans leurs moindres faits et gestes¹⁸⁴³ » ; c'est « sur le mode réglementaire que la police intervient¹⁸⁴⁴ », et non sur le mode général et abstrait de la loi comme le regrettait BECCARIA¹⁸⁴⁵. La police est en effet l'activité de gouvernement dont l'instrument est l'« ensemble des règles imposées par l'autorité publique aux citoyens en vue de faire régner

¹⁸³⁶ NAPOLI Paolo, *La naissance de police moderne. Pouvoir, normes, société*, La Découverte, Paris, « Armillaire », 2003, p. 48.

¹⁸³⁷ BECCARIA Cesare, CHEVALIER Maurice (trad.), *Des délits et des peines*, op. cit., p. 85.

¹⁸³⁸ DARDOT Pierre, LAVAL Christian, *Dominer. Enquête sur la souveraineté de l'État en occident*, La Découverte, Paris, « Sciences humaines », 2020, p. 330.

¹⁸³⁹ LEMAIRE Jean-Baptiste-Charles, *La Police de Paris en 1770 : mémoire inédit composé par ordre de G. de Sartine sur la demande de Marie-Thérèse*, Édition Augustin Gazier, Daupelay, Paris, 1879, p. 36.

¹⁸⁴⁰ FOUCAULT Michel, « Espace, pouvoir et savoir », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e éd. (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2004, vol. 2/2, p. 1091.

¹⁸⁴¹ FOUCAULT Michel, « La technologie politique des individus », in *ibid.*, p. 1640.

¹⁸⁴² FOUCAULT Michel, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, op. cit., p. 347.

¹⁸⁴³ MACMILLAN Alexandre, « La biopolitique et le dressage des populations », *Cultures & Conflits*, vol. 78, « Biopolitique et gouvernement des populations », 2010, p. 41-42.

¹⁸⁴⁴ FOUCAULT Michel, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, op. cit., p. 348.

¹⁸⁴⁵ BECCARIA Cesare, CHEVALIER Maurice (trad.), *Des délits et des peines*, op. cit., p. 85.

l'ordre, la tranquillité et la sécurité dans l'État¹⁸⁴⁶ ». Toutefois, l'avènement de l'institution pénitentiaire a été le biais de l'introduction de la technologie de la police dans la justice. Sans aucun doute, la prison disciplinaire a été un point de rencontre déterminant entre ces deux exercices hétérogènes du pouvoir, du simple fait que « l'ordre intérieur est également une police¹⁸⁴⁷ ». La conversion de la justice à cette nouvelle rationalité gouvernementale s'est néanmoins rapidement étendue au milieu ouvert, comme l'illustre parfaitement la « peine accessoire¹⁸⁴⁸ » de la « surveillance spéciale de la haute police¹⁸⁴⁹ », permettant de réglementer le séjour des personnes condamnées et de les exposer à l'infraction de ban¹⁸⁵⁰. Depuis, l'acte de punir n'a cessé d'intégrer et de reproduire, par son dispositif d'élaboration, les techniques de la police pour rechercher les finalités de l'acte de punir.

366 La police comme mode de subjectivation des personnes condamnées. Une police propre à l'ordre pénitentiaire a en effet été progressivement développée pour prescrire un mode de vie aux personnes condamnées et organiser ainsi un régime de subjectivation. Les modalités d'exécution expriment en effet des prescriptions comportementales à respecter, en milieu fermé comme en milieu ouvert, pour garantir la sécurité pénitentiaire, la « sécurité publique¹⁸⁵¹ » et « préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée » par sa normalisation¹⁸⁵². La définition et l'inculcation d'un ordre pénitentiaire, au travers de la réglementation de la vie des personnes condamnées, recherchent finalement toujours la « majoration des forces de l'État¹⁸⁵³ », par la recherche de l'efficacité de l'exécution de la peine et, notamment, de l'injonction faite aux sujets de l'acte de punir « d'agir en personne responsable¹⁸⁵⁴ ». Le dispositif d'exécution instaure donc une police dans le champ pénitentiaire, qu'il convient toutefois de distinguer d'une police administrative spéciale. La police des personnes condamnées n'a pas spécialement pour objet de prévenir les troubles à

¹⁸⁴⁶ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 773.

¹⁸⁴⁷ POUTHIER Tristan, « L'épuisement des mesures d'ordre intérieur en prison. Essai d'interprétation historique », op. cit., p. 104.

¹⁸⁴⁸ GIRAUD Alfred, « De la surveillance de la haute police et de la réhabilitation », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 7, 1861, p. 524-546.

¹⁸⁴⁹ LASCOUTES Pierre, PONCELA Pierrette, LENOËL Pierre, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, op. cit., p. 183.

¹⁸⁵⁰ Art. 11 et art. 45 et s. du code pénal de 1810. Sur les prémices et l'évolution du régime de la surveillance de haute police v. : RENAUT Marie-Hélène, « Les avatars de l'interdiction de séjour (XIX^{ème}, XX^{ème} et XXI^{ème} siècle) », *RSC*, n° 2, 2001, p. 307-324.

¹⁸⁵¹ Art. 2, Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹⁸⁵² Sur l'acte de punir en tant que pratique normalisante v. : *supra* n° 39. Pour une définition de la normalisation v. : *infra* n° 369.

¹⁸⁵³ FOUCAULT Michel, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, op. cit., p. 334.

¹⁸⁵⁴ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

l'ordre public dans un domaine déterminé, mais de faire respecter un ordre pénitentiaire dans le champ de l'exécution des peines.

En d'autres termes, le dispositif de police de l'acte de punir est l'ensemble des règles imposées à la population pénale pour assujettir les personnes condamnées à un ordre institutionnel, qui définit un mode de vie qualifié de responsable, respectant « les règles et les intérêts de la société¹⁸⁵⁵ ». Il n'est pas seulement question de l'ordre public, mais également de prescriptions comportementales propres aux personnes condamnées, qui ne correspondent pas à des valeurs ou intérêts sociaux protégés par le droit pénal. Les prescriptions pénitentiaires n'ont pas pour rôle de consacrer et protéger les valeurs considérées essentielles par notre société. Leur objet est d'organiser la punition des atteintes à celles-ci, en fonction de la rationalité punitive ordonnant le dispositif d'exécution. Or, cette dernière indexe de plus en plus les privations de liberté inhérentes au régime d'exécution de la peine sur les nécessités de la prévention spéciale, notamment par la recherche de subjectivation de l'individu à la figure de la personne responsable¹⁸⁵⁶. Cette police constitue en conséquence un mode de gouvernement réglementé, fondé sur un ordre pénitentiaire distinct de l'ordre public, auquel la personne condamnée est soumise par l'intermédiaire de son « régime d'exécution¹⁸⁵⁷ ». Les usages des modalités d'exécution sont à la fois les instruments de la définition pour le sujet d'un régime réglementant sa vie et l'instrument de sanction de la violation de cet ensemble individualisé de prescriptions pénitentiaires.

367 Les pratiques assurant la police de la population pénale. Consacré au premier mode de gouvernement des personnes condamnées dans le champ pénitentiaire, ce premier titre a pour objet d'étudier l'apport des prescriptions pénitentiaires formelles à la connaissance de la figure de la personne responsable et à la démonstration de l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, résultant de l'indexation de l'évolution des conditions d'exécution sur la subjectivation du sujet à cette personnification de l'ordre pénitentiaire. Poursuivant l'amélioration de l'efficacité de la sanction privative de liberté, la police des personnes condamnées se fonde sur deux pratiques complémentaires, marquées respectivement par un mouvement d'amplification. D'une part, les modalités d'exécution procèdent à la réglementation de la vie des personnes condamnées, afin de les soumettre à un mode de vie responsable. D'autre part, le dispositif d'exécution organise la production de

¹⁸⁵⁵ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁸⁵⁶ Sur la rationalité punitive contemporaine v. : *supra* n° 9-11.

¹⁸⁵⁷ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

connaissance sur la conduite de la population pénale, nécessaire à la sanction des violations du régime d'exécution.

Le premier chapitre consacré à la police des personnes condamnées aura pour objet de démontrer l'amplification de la réglementation de la vie (Chapitre 1). Pour ce faire, nous observerons l'extension des prescriptions pénitentiaires formelles à de nouveaux domaines de l'existence du sujet, essentielle à l'observation de l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. À cette occasion, nous identifierons les intérêts institutionnels constituant l'ordre pénitentiaire, pour informer la notion de personne responsable sur laquelle est indirectement indexée la sanction de la personne condamnée. En partant de l'évolution des prescriptions formelles du régime d'exécution, il est en effet possible de connaître de la redéfinition de l'ordre pénitentiaire et de l'évolution des pratiques punitives qu'elle induit, pour constater une réglementation de la vie qui ne recherche plus seulement le bon fonctionnement de l'exécution de la peine, mais la reconfiguration de l'existence du sujet, « afin de lui permettre d'agir en personne responsable¹⁸⁵⁸ ».

Le second chapitre consacré à la police des personnes condamnées sera dédié à l'amplification de la production de connaissance (Chapitre 2) sur la conduite des individus pris en charge, condition de possibilité de la sanction des prescriptions formelles des modalités d'exécution. L'autonomisation de l'ordre pénitentiaire de la protection des biens juridiques protégés par le droit pénal, destinée à perfectionner la normalisation des personnes condamnées pour mieux prévenir la commission de nouvelles infractions, nécessite effectivement l'évolution des moyens de connaissance des atteintes aux intérêts institutionnels poursuivis. L'amplification de la réglementation de la vie, par l'extension de la police à de nouveaux domaines de l'existence du sujet, requiert effectivement l'adaptation des modalités de recherche des atteintes à l'ordre pénitentiaire, de manière à réunir les connaissances nécessaires à la sanction des violations du régime d'exécution.

¹⁸⁵⁸ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

CHAPITRE 1. L'AMPLIFICATION DE LA RÉGLEMENTATION DE LA VIE

368 Le caractère réglementaire de l'acte de punir. Le dispositif d'exécution réglemente la vie dans le champ pénitentiaire, par des prescriptions comportementales visant « à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions¹⁸⁵⁹ ». En milieu fermé comme en milieu ouvert, les usages des modalités d'exécution définissent pour le sujet un « régime d'exécution¹⁸⁶⁰ », composées d'interdictions et d'obligations à respecter, adaptées à leur personnalité et leur situation. Ce caractère réglementaire de la prise en charge pénitentiaire découle du fait que la peine privative de liberté est un instrument de gouvernement des conduites, destiné à assurer la bonne exécution de la sanction et la réformation de l'individu pour prévenir la récidive. En ce sens, la soumission de la personne condamnée à cette réglementation autorise à sanctionner son respect au travers de l'évolution des conditions d'exécution, afin de punir ou récompenser la bonne ou mauvaise conduite. L'acte de punir s'élabore ainsi en premier lieu en fonction de l'acceptation de l'ordre pénitentiaire par le sujet, de sorte à entreprendre la normalisation de la vie de la population pénale.

369 L'intensification de la normalisation de la vie de la population pénale. En raison de ce caractère réglementaire de la prise en charge, l'acte de punir est un outil de normalisation¹⁸⁶¹. Cette notion désigne à la fois « l'action de rendre normal, conforme à une norme », la « planification des comportements individuels selon un type moyen défini réglementairement » et « la soumission à un ordre établi »¹⁸⁶². Dans notre étude, il faut alors entendre par ce terme l'emploi d'un ensemble de prescriptions normatives, destiné à régler le mode de vie de la population pénale durant l'exécution de la peine et à diriger pour l'avenir la conduite des personnes condamnées pour faire d'elles des personnes responsables, agissant conformément à l'« ordre pénitentiaire¹⁸⁶³ » inculqué par le dispositif d'exécution. Or, cette

¹⁸⁵⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁸⁶⁰ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

¹⁸⁶¹ Sur l'acte de punir en tant que pratique normalisante v. : *supra* n° 39.

¹⁸⁶² « Normalisation », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, ARNEAUD Jacques (dir.), *op. cit.*, p. .

¹⁸⁶³ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 363 ; GALEMBERT DE Claire, « Le « radical », une nouvelle figure de dangerosité carcérale aux contours flous », *op. cit.*, p. 58 ; SCHMITZ Julia, « Les contradictions de la loi pénitentiaire de 2009 », *op. cit.*, p. 17 ; CHANTRAINE

recherche de « l'objectif traditionnel [...] de normalisation des conduites¹⁸⁶⁴ » s'intensifie par la diversification des modalités d'exécution et le renouvellement des pratiques punitives qu'elle emporte, à la recherche de l'efficacité de la peine dans sa finalité réformatrice.

Intrinsèquement, la prison en raison de son mode de fonctionnement disciplinaire dispose d'une « fonction normative et sanctionnaire¹⁸⁶⁵ », qui est aujourd'hui diffusée au-delà du territoire carcéral, au travers des régimes d'exécution en milieu ouvert. Le développement des mesures d'individualisation judiciaires, mais plus largement notre rationalité punitive contemporaine, a déterminé une intensification de la normalisation de la vie inhérente à la peine privative de liberté¹⁸⁶⁶. Les prescriptions comportementales composant le régime d'exécution n'ont plus seulement pour objet d'organiser la vie en détention, mais cherchent de plus en plus à normaliser la vie de la population pour l'avenir, en étendant la réglementation à de nouveaux domaines de l'existence du sujet, pour diminuer les facteurs de passage à l'acte et prévenir ainsi la commission de nouvelles infractions. La multiplication des modalités d'exécution a en effet emporté une redéfinition de « l'ordre institutionnel¹⁸⁶⁷ » établi, prôné et défendu par le dispositif d'exécution. D'un ordre intérieur dédié au bon fonctionnement de l'institution carcérale, nous sommes passés à un ordre pénitentiaire traduisant substantiellement les fins de l'exécution de la peine en termes de prescriptions comportementales. La normalisation de la vie des personnes condamnées est moins la finalité de l'acte de punir que son objet, poursuivi au travers d'interdictions et d'obligations se diversifiant sans cesse. Le problème qui se laisse dès lors entrevoir est que l'amplification de la réglementation de la vie, en vue de la soumission à un mode de vie considéré comme responsable, conduit à un renforcement de la teneur de l'assujettissement, recherchant dorénavant chez la personne condamnée le respect d'un ordre pénitentiaire de plus en plus autonome de l'ordre public dans sa dimension pénale.

370 La redéfinition de l'ordre pénitentiaire par la diversification des modalités d'exécution. L'ordre pénitentiaire est marqué par un mouvement d'autonomisation des

Gilles, SCHEER David, DEPUSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, op. cit., p. 190.

¹⁸⁶⁴ MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, op. cit., p. 97.

¹⁸⁶⁵ DUPRAT Catherine, « Punir et guérir. En 1819, la prison des philanthropes », op. cit., p. 87.

¹⁸⁶⁶ Sur les mesures d'individualisation judiciaires v. : *supra* n° 60. Sur la rationalité punitive contemporaine v. : *supra* n° 9-11.

¹⁸⁶⁷ MASSAT Eric, « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration », *RSC*, n° 4, 2003, p. 743.

intérêts institutionnels qui le composent vis à vis des « objets protégés¹⁸⁶⁸ » – valeurs et intérêts sociaux – constituant « l'ordre public pénal¹⁸⁶⁹ ». Traditionnellement, l'institution pénitentiaire a toujours bénéficié d'une certaine autonomie vis-à-vis du droit pénal, pour l'édification des règles indispensables à l'organisation de la vie carcérale et la recherche de l'amendement du condamné. La loi et la condamnation légitiment, de toute évidence, ces ingérences dans la liberté individuelle inhérentes à l'exécution de la peine privative de liberté. La diversification des modalités d'exécution détermine toutefois de nos jours une redéfinition de l'ordre pénitentiaire, par la poursuite de nouveaux intérêts institutionnels, bien au-delà des nécessités de l'ordre intérieur des établissements pénitentiaires et de l'organisation d'une réflexion autonome du sujet sur les valeurs sociales protégées. Le renouvellement de la conception du passage à l'acte en criminologie, et corrélativement des savoirs pénologiques relatifs à la réformation du sujet, suscite l'émergence de nouvelles pratiques punitives, centrées sur les facteurs de récidive et la responsabilité sociale¹⁸⁷⁰. L'identification des nouveaux intérêts institutionnels poursuivis par le dispositif d'exécution doit nous permettre de mettre en exergue ces nouvelles « tactiques pénitentiaires¹⁸⁷¹ » et les traits caractéristiques de la « personne responsable¹⁸⁷² », constituant la référence pour la subjectivation du sujet de la prise en charge.

371 L'identification des intérêts institutionnels poursuivis par la réglementation de la vie. Afin d'appréhender cette nouvelle définition de l'ordre pénitentiaire, et à travers elle la substance du standard de la personne responsable, il conviendra d'examiner les interdictions et obligations des régimes d'exécution. Par une méthode inductive, il s'agit d'analyser les prescriptions pénitentiaires exprimant l'ordre institutionnel, pour constituer un « champ nouveau de visibilité¹⁸⁷³ » des pratiques punitives contemporaines. L'ordre pénitentiaire est en effet défini par les modalités d'exécution, mais il est composé d'intérêts poursuivis par l'acte de punir, correspondant à des tactiques pénitentiaires et informant les traits de la figure de la personne responsable. Par l'identification des éléments constitutifs de cet ordre, il est alors

¹⁸⁶⁸ BARRATTA Alessandro, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *op. cit.*, p. 5. Sur la distinction pouvant être opérée entre les valeurs, constituant un bien appréciable en soi, et les intérêts, valorisés en ce qu'il constitue un moyen au service d'une fin v. : *infra* n° 381.

¹⁸⁶⁹ PIN Xavier, « L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal », *op. cit.*, p. 112.

¹⁸⁷⁰ Sur l'évolution de la conception de la rationalité réformatrice v. : *supra* n° 264.

¹⁸⁷¹ Nous déclinons ici la formule de Frédéric GROS, « tactique pénale », désignant des procédures d'assujettissement sans les faire dépendre « d'un système de représentations ou d'une mentalité », mais d'une pratique agonistique qui vise ici la lutte de l'institution contre la déviance des individus eu égard à l'ordre pénitentiaire : GROS Frédéric, « Foucault et "La société punitive" », *op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁷² Al. I, II, art. 707 du CPP.

¹⁸⁷³ PONCELA Pierrette, LASCOUTES Pierre, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte ?*, *op. cit.*, p. 70.

possible de rendre intelligible l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation et mettre en exergue son intensification par l'amplification de la réglementation de la vie.

Le premier temps de notre démonstration de l'amplification de la réglementation de la vie portera sur les interdictions des régimes d'exécution (Section 1). Illustrant une évolution en retrait par rapport aux obligations, les proscriptions du régime d'exécution nous permettront d'explicitier notre conceptualisation de l'ordre pénitentiaire et notre méthode d'analyse des prescriptions pénitentiaires. Contribuant à la réglementation la vie des personnes condamnées, ces infractions du champ de l'acte de punir sont autant de points de visibilité de l'ordre pénitentiaire et des tactiques mises en œuvre par les modalités d'exécution, afin de poursuivre les intérêts institutionnels. L'analyse de la somme des prescriptions formelles composant les régime d'exécution peut ainsi nous permettre de rendre compte de la production normative dont l'ordre pénitentiaire est issu.

Le second temps de notre démonstration de l'amplification de la réglementation de la vie s'attachera à explorer les obligations des régimes d'exécution (Section 2). Au travers de l'observation de la multiplication de ces prescriptions, nous pourrons constater que le régime d'exécution recherche désormais la subjectivation de la personne eu égard à l'idéal-type de la responsabilité sociale. L'étude des nouvelles dimensions de l'ordre pénitentiaire, issues du développement du milieu ouvert, nous permettra d'esquisser cette forme de personnification de l'ordre pénitentiaire. S'imposera alors le constat d'une « pénalisation de l'existence¹⁸⁷⁴ », indissociable d'une recherche de dissuasion spéciale par la subjectivation des individus à la figure de la « personne responsable¹⁸⁷⁵ », emportant l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

¹⁸⁷⁴ FOUCAULT Michel, *La société punitive. Cours au collège de France. 1972-1973, op. cit.*, p. 197.

¹⁸⁷⁵ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

SECTION 1. LES INTERDICTIONS DES RÉGIMES D'EXÉCUTION

372 Un ordre pénitentiaire exprimé négativement. Les régimes d'exécution de la peine privative de liberté sont d'abord constitués d'interdictions, qualifiant des comportements constituant des atteintes à l'ordre pénitentiaire, c'est-à-dire des obstacles à l'efficacité de l'acte de punir. Les obligations de ne pas faire peuvent dès lors être considérées comme des points de visibilité des intérêts institutionnels poursuivis, qui, une fois mis en rapport les uns avec les autres, permettent de tracer les contours de l'ordre pénitentiaire. Ensemble d'intérêts défendus par le dispositif d'exécution, ce dernier est le fruit d'une production normative formatée par la rationalité punitive contemporaine¹⁸⁷⁶. L'ordre pénitentiaire est en effet un ordre institutionnel, et non un ordre public spécifique. Par conséquent, les infractions pénitentiaires n'informent pas des valeurs et des intérêts sociaux – contrairement aux incriminations qui « vise[nt] à protéger contre les atteintes graves à des biens juridiques dignes d'intérêt¹⁸⁷⁷ » –, mais les intérêts devant être poursuivis, pour assurer l'efficacité de l'acte de punir. Il convient toutefois d'analyser l'ordre pénitentiaire au travers de ses rapports avec l'ordre public, afin de mettre en exergue un mouvement de dissociation des intérêts poursuivis par le dispositif d'exécution, des « objets protégés¹⁸⁷⁸ » par le droit pénal, dépassant les nécessités de la mise en œuvre du régime pénitentiaire. Dans ce but, nous soulignerons d'abord l'autonomie de l'ordre pénitentiaire, par l'observation des interdictions corrélatives à l'ordre public (§1), avant d'étudier l'ampleur de celle-ci, par l'examen des interdictions indépendantes de l'ordre public (§2).

§1. DES INTERDICTIONS CORRÉLATIVES À L'ORDRE PUBLIC

373 La connexité de l'ordre pénitentiaire. Les régimes d'exécution réglementent la vie de la population pénale, afin de rétribuer les atteintes à l'ordre public, punies par la condamnation, et réformer la personne condamnée pour « éviter la commission de nouvelles infractions¹⁸⁷⁹ ». Les atteintes aux valeurs et intérêts sociaux protégés, durant l'exécution de la peine, pourront à cet égard constituer des obstacles aux fonctions de la peine et des signes

¹⁸⁷⁶ Sur la rationalité punitive contemporaine v. : *supra* n° 9-11.

¹⁸⁷⁷ PARIZOT Raphaële, « L'autonomie personnelle, nouvelle valeur sociale protégée par le droit pénal ? », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, MISTRETTA Patrick, PAPILLON Salomé, KUREK Camille (dir.), *op. cit.*, p. 73.

¹⁸⁷⁸ BARRATTA Alessandro, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *op. cit.*, p. 5.

¹⁸⁷⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

d'échec du dispositif d'exécution à poursuivre les finalités de l'acte de punir. C'est la raison pour laquelle nombre d'interdictions du régime d'exécution réitèrent des infractions pénales, au premier titre desquelles les violences protégeant l'intégrité physique, dont connaît le « régime disciplinaire des personnes détenues¹⁸⁸⁰ » pour assurer la « sécurité intérieure¹⁸⁸¹ ». Il existe effectivement une correspondance entre certains intérêts poursuivis par le dispositif d'exécution et des biens juridiques protégés par le droit pénal, procédant d'un lien de connexité entre l'ordre pénitentiaire et l'ordre public. Conséquemment, les régimes d'exécution contribuent à la protection de l'ordre public, en punissant par des sanctions disciplinaires et l'évolution des conditions d'exécution certaines des atteintes portées aux valeurs sociales. Afin d'illustrer cette concordance des ordres, nous relèverons les valeurs sociales protégées au travers des régimes d'exécution (A). Il convient toutefois de souligner le caractère incident de cette protection, car l'analyse des prescriptions pénitentiaires démontre la nature institutionnelle de l'ordre pénitentiaire. Pour ce faire, nous procéderons à l'identification des intérêts institutionnels poursuivis par les régimes d'exécution (B), en vue de démontrer l'autonomie de l'ordre pénitentiaire.

A. Les valeurs sociales protégées au travers des régimes d'exécution

374 Des valeurs et intérêts sociaux contribuant à l'ordre institutionnel. Si les valeurs et intérêt sociaux protégés sont seulement des éléments constitutifs de l'ordre public, ils contribuent indéniablement à l'ordre pénitentiaire. L'efficacité de l'exécution de la peine n'est en effet guère concevable sans l'effectivité de la protection des biens juridiques dans le champ pénitentiaire. Nombre de comportements portant atteinte à l'ordre public sont donc sanctionnés par les régimes d'exécution de la peine privative de liberté. Afin de mesurer le périmètre de la concordance entre les ordres, il conviendra de relever les valeurs sociales protégées au travers des fautes disciplinaires (1) et des causes d'interruption des périodes probatoires (2).

1. Les valeurs sociales protégées au travers des fautes disciplinaires

375 Les fautes disciplinaires. Le champ pénitentiaire est l'un des lieux d'exercice de prédilection de la discipline, qui a vocation à faire respecter les dispositions du règlement

¹⁸⁸⁰ Art. 726 du CPP.

¹⁸⁸¹ Art. D. 266 du CPP.

intérieur régissant la vie au sein de l'établissement pénitentiaire et à assurer « le maintien de l'ordre interne¹⁸⁸² » à la détention. Énoncées aux articles R. 57-7-1 et suivant du code de procédure pénale, les fautes disciplinaires sont les infractions du « régime disciplinaire des personnes détenues¹⁸⁸³ », punies par les sanctions énoncées aux articles R. 57-7-33 et suivants. Constitue par exemple une faute, pour une personne détenue, le fait d'« opposer une résistance violente aux injonctions des personnels¹⁸⁸⁴ ». L'évolution de ce régime est caractérisée par sa « juridicisation¹⁸⁸⁵ », au point de pouvoir relever l'avènement d'un « droit disciplinaire carcéral¹⁸⁸⁶ ». Cette transformation s'est effectuée à partir d'une « inspiration pénaliste¹⁸⁸⁷ » marquée, mettant en exergue la connexité de l'ordre intérieur à la prison avec l'ordre public. Il faut toutefois savoir raison garder et ne pas hâtivement adhérer à la thèse de l'assimilation du droit disciplinaire pénitentiaire au droit pénal¹⁸⁸⁸. À bien des égards, la discipline carcérale est toujours un dispositif hétérogène à la justice pénale, se contentant d'en reproduire certaines formes¹⁸⁸⁹. Certes, les réformes du régime disciplinaire, d'abord entreprises sous l'influence des règles pénitentiaires européennes¹⁸⁹⁰, ont su substituer au champ informel des fautes une classification tripartite des infractions disciplinaires, réparties en trois degrés de gravité pour déterminer par renvoi les sanctions encourues¹⁸⁹¹. Cependant,

¹⁸⁸² Circ. du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, JUSK1140024C, BOMJ n° 2011-06 du 30 juin 2011.

¹⁸⁸³ Art. 726 du CPP.

¹⁸⁸⁴ 3°, art. R. 57-7-1 du CPP.

¹⁸⁸⁵ MASSAT Eric, « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration », *op. cit.* Sur ce mouvement v. : FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, Paris, Mare & Martin, « Bibliothèque des thèses. Droit privé et sciences criminelles », 2016, 855 p.

¹⁸⁸⁶ PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 301.

¹⁸⁸⁷ COUV RAT Pierre, « Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996 », *RSC*, n° 3, 1996, p. 709-716.

¹⁸⁸⁸ MASSAT Eric, « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration », *op. cit.* ; CÉRÉ Jean-Paul, *Droit disciplinaire pénitentiaire*, Paris, L'Harmattan, « BibliothèqueS de droit », 2011, p. 48-49.

¹⁸⁸⁹ À ce titre, cette citation de FOUCAULT paraît toujours opportune : « Le petit tribunal qui semble siéger en permanence dans les édifices de la discipline, et qui parfois prend la forme théâtrale du grand appareil judiciaire, ne doit pas faire illusion : il ne reconduit pas, sauf par quelques continuités formelles, les mécanismes de la justice criminelle jusqu'à la trame de l'existence quotidienne ; ou du moins ce n'est pas là l'essentiel ; les disciplines ont fabriqué — en prenant appui sur toute une série de procédés d'ailleurs fort anciens — un nouveau fonctionnement punitif, et c'est lui qui a peu à peu investi le grand appareil extérieur qu'il semblait reproduire modestement ou ironiquement. » : FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 185.

¹⁸⁹⁰ COUV RAT Pierre, « Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996 », *op. cit.* ; BOURGOIN Nicolas, GALINDO Carole, « La règle et son application : la punition en prison », *RSC*, n° 2, 2004, p. 323-338.

¹⁸⁹¹ Les fautes disciplinaires ont été classifiées pour la première fois en 1996, elles ont été modifiées une première fois au lendemain de la loi pénitentiaire, puis en 2019 : Décr. n° 96-287 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) ; Décr. n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) ; Décr. n° 2019-98 du 13 février 2019 modifiant les dispositions réglementaires du code de procédure pénale relatives au régime disciplinaire des personnes détenues. À l'origine, il était possible de décrire les différents degrés comme visant respectivement les

cette codification des atteintes à l'ordre intérieur n'est conforme que partiellement à une conception formelle de la légalité pénale, en l'absence d'une définition des fautes disciplinaires et de l'énonciation des sanctions encourues pour chacune d'entre elles¹⁸⁹².

Au demeurant, de nombreuses correspondances entre les interdictions relevant des fautes disciplinaires et les incriminations peuvent être relevées¹⁸⁹³. Les infractions disciplinaires sont en grande partie indexées sur les atteintes à l'ordre public¹⁸⁹⁴, particulièrement pour les fautes les plus graves, du premier et du second degré¹⁸⁹⁵. D'un côté, il est possible de se réjouir de cette concordance, qui confirme que les fautes disciplinaires graves répriment le plus souvent des comportements portant atteinte à des valeurs suffisamment importantes pour être protégées par le droit pénal. De l'autre, elle est une source d'inquiétude, car elle multiplie les risques d'une rétribution disproportionnée des comportements portant atteinte aux biens juridiques composant l'ordre public et contribuant à l'ordre pénitentiaire, en raison d'un cumul de sanctions non coordonnées. En tout état de cause, cette connexité entre les fautes disciplinaires et les incriminations s'articule autour des biens juridiques relatifs à la vie en collectivité et à l'autorité de l'État.

376 Les biens juridiques protégés relatifs à la vie en collectivité. La concordance de l'ordre public et de l'ordre pénitentiaire découle d'abord de leur objet commun, consistant à

atteintes à la sécurité et les actes de violences graves, les comportements portant atteinte à l'ordre de la détention et constituant des fautes moins graves, et enfin les manquements mineurs au règlement intérieur : PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 303-304 ; COUV RAT Pierre, « Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996 », *op. cit.* ; BOURGOIN Nicolas, GALINDO Carole, « La règle et son application : la punition en prison », *op. cit.* Cette rationalisation de la classification des fautes semble toutefois aujourd'hui bouleversée, notamment par l'extension du premier degré à des violences peu graves ou des comportements ne portant pas atteinte à la sécurité. Sur l'évolution de la classification v. : HERZOG-EVANS Martine, « Décret du 13 février 2019 sur la discipline pénitentiaire : un raidissement institutionnel et une occasion manquée », *AJ Pénal*, n° 3, 2019, p. 139-143.

¹⁸⁹² À ce titre, les commentaires de la circulaire du 9 juin 2011 font office d'un complément indispensable au code pour comprendre les comportements interdits : Circ. du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, *op. cit.*

¹⁸⁹³ CÉRÉ Jean-Paul, « Feu le nouveau droit disciplinaire pénitentiaire », *AJ Pénal*, n° 4, 2011, p. 172-175 ; BOUQUET Alexandre, « Droit disciplinaire et loi pénitentiaire : le rendez-vous manqué », *APC*, vol. 34, « Les violences sexuelles », 2012, p. 312-313.

¹⁸⁹⁴ Concernant d'abord les fautes du premier degré, 4 sur 16 ne sont pas des comportements qualifiables d'infractions pénales, dont une vise la complicité de faute disciplinaire. Concernant ensuite les fautes du deuxième degré, 5 sur 16 ne sont pas des comportements qualifiables d'infractions pénales, dont une vise la complicité de faute disciplinaire. Concernant enfin les fautes du troisième degré, seul 1 comportement sur 8 est qualifiable d'infraction pénale.

¹⁸⁹⁵ COUV RAT Pierre, « Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996 », *op. cit.* ; PRADEL Jean, « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire. », *D.*, n° 37, 1996, p. 319-327 ; CÉRÉ Jean-Paul, « Feu le nouveau droit disciplinaire pénitentiaire », *op. cit.*

gouverner « la vie en collectivité¹⁸⁹⁶ », en dépit de leur finalité et de leur champ distincts. Dès lors, nous retrouvons dans le champ pénitentiaire de nombreuses infractions communes au droit pénal et au droit disciplinaire carcéral. Il faut en déduire que les fautes disciplinaires contribuent à protéger l'ordre public et, corrélativement, que la protection des valeurs sociales contribue incidemment à l'ordre pénitentiaire.

Les fautes disciplinaires protègent ainsi de manière contingente de nombreuses valeurs sociales protégées par le droit pénal, au premier titre desquels l'intégrité physique, la liberté sexuelle, la santé publique, la propriété, la pudeur ou encore l'honneur. Ces biens juridiques constitutifs de « l'ordre public pénal¹⁸⁹⁷ » sont effectivement protégés par les nombreuses fautes disciplinaires qui tendent à réitérer des incriminations. Il ne s'agit pas en disant cela d'arguer que les infractions seraient identiques, mais que les comportements portant atteinte aux deux ordres sont qualifiés de manière analogue. Un exemple significatif sont les fautes visant les violences, qui distinguent les infractions seulement en fonction de la victime, et non du résultat, mais qui sont caractérisées à partir d'éléments matériel et moral identiques¹⁸⁹⁸. Ainsi, la réglementation de la vie en détention semble en partie indexée sur celle du milieu libre, laissant ainsi entrevoir une certaine subordination de l'ordre institutionnel à l'ordre de la société, pouvant être résumée par l'idée qu'une atteinte à l'ordre public en détention constituer nécessairement un désordre en prison. Cette dynamique de transposition est d'ailleurs récemment illustrée par l'apologie du terrorisme instituée en 2019, sur le modèle de l'article 421-2-5 du code pénal, en tant que faute de premier degré dans le régime disciplinaire des personnes détenues¹⁸⁹⁹.

Ce premier aspect de la concordance, pour les interdictions participant aux régimes d'exécution en milieu fermé, est une convenance entre les ordres, résultant d'une mise en conformité ponctuelle de l'ordre pénitentiaire avec l'ordre public. Il s'agit donc d'une correspondance entre certaines valeurs sociales protégées par le droit pénal et certains intérêts défendus par l'institution pénitentiaire. L'intégrité physique est par exemple une valeur dont

¹⁸⁹⁶ Circ. du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, *op. cit.*

¹⁸⁹⁷ PIN Xavier, « L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal », *op. cit.*, p. 112.

¹⁸⁹⁸ « Constitue une faute disciplinaire du premier degré le fait, pour une personne détenue : 1° D'exercer ou de tenter d'exercer des violences physiques à l'encontre d'un membre du personnel ou d'une personne en mission ou en visite dans l'établissement ; 2° D'exercer ou de tenter d'exercer des violences physiques à l'encontre d'une personne détenue ; » : art. R. 57-7-1 du CPP.

¹⁸⁹⁹ « Constitue une faute disciplinaire du premier degré le fait, pour une personne détenue : [...] 6° De provoquer par des propos ou des actes à la commission d'actes de terrorisme ou d'en faire l'apologie ; » : art. R. 57-7-1 du CPP, modifié par le décr. n° 2019-98 du 13 février 2019 modifiant les dispositions réglementaires du code de procédure pénale relatives au régime disciplinaire des personnes détenues.

la protection participe indéniablement à la sécurité intérieure des établissements pénitentiaires.

377 Les biens juridiques protégés relatifs à l'autorité de l'État. La concordance entre l'ordre public et l'ordre pénitentiaire découle ensuite de la participation de l'institution carcérale à l'exercice du pouvoir de punir de l'État. Le droit pénal et le régime disciplinaire des détenus ont comme objet commun la protection de l'autorité de l'État dans le champ de l'acte de punir. Les fautes disciplinaires sanctionnent effectivement nombre de comportements qualifiés de crime ou de délit par le droit pénal, en ce qu'ils portent atteinte à l'autorité de l'État. D'un côté, les infractions pénitentiaires transposent les incriminations protégeant l'autorité de l'administration publique. Dans le but de protéger le respect de l'institution pénitentiaire et de ses agents, le régime disciplinaire carcéral punit les atteintes à l'autorité publique en réprimant des comportements qualifiables de corruption¹⁹⁰⁰, d'injure, de menace et d'outrage à l'encontre d'un membre du personnel de l'établissement, d'une personne en mission ou en visite au sein de l'établissement pénitentiaire ou des autorités administratives¹⁹⁰¹, ou encore de rébellion¹⁹⁰². De l'autre, les fautes disciplinaires recherchent également la protection de l'autorité de la justice au travers de la répression des injures, menaces ou outrages aux autorités judiciaires¹⁹⁰³, notamment par courrier adressé à ces personnes ou à des tiers¹⁹⁰⁴, de l'évasion¹⁹⁰⁵, de l'interdiction de communiquer irrégulièrement avec une personne extérieure à l'établissement¹⁹⁰⁶ et de la détention d'un objet interdit en détention lorsqu'il provient de l'extérieur¹⁹⁰⁷.

Ce second aspect de la concordance, pour les interdictions participant aux régimes d'exécution en milieu fermé, correspond à une adéquation de l'ordre pénitentiaire à l'ordre public, dans le sens d'une équivalence entre le bien juridique et l'intérêt institutionnel. Difficile en effet de distinguer l'intérêt de l'institution de celui de la société, en ce que le droit pénal vient directement protéger l'institution et son fonctionnement. Il y a donc ici une concordance quasi-parfaite entre l'ordre pénitentiaire et l'ordre public, relevant d'une symétrie entre les éléments constitutifs des deux ordres, quant à la protection de l'autorité de

¹⁹⁰⁰ 2°, art. R. 57-7-2 du CPP.

¹⁹⁰¹ 12°, art. R. 57-7-1 du CPP ; 5°, 6°, art. R. 57-7-2 du CPP.

¹⁹⁰² 3°, art. R. 57-7-1 du CPP.

¹⁹⁰³ 12°, art. R. 57-7-1 du CPP.

¹⁹⁰⁴ 5°, 6°, art. R. 57-7-2 du CPP.

¹⁹⁰⁵ 8°, art. R. 57-7-1 du CPP.

¹⁹⁰⁶ 3°, art. R. 57-7-3 du CPP.

¹⁹⁰⁷ 10°, 11°, art. R. 57-7-1 du CPP ; 8°, art. R. 57-7-1 du CPP.

l'État dans le champ pénitentiaire. Une telle concordance, tendant à substituer au caractère connexe des rapports entre les ordres celui de l'identité, demeure toutefois limitée aux intérêts sociaux protégés par le droit pénal, comme l'illustrent les biens juridiques protégés au travers des causes d'interruption des périodes probatoires (2).

2. Les biens juridiques protégés au travers des causes d'interruption des périodes probatoires

378 Les causes d'interruption des périodes probatoires. Les causes d'interruption des périodes probatoires sont les motifs autorisant le retrait ou la révocation, par les juridictions de l'application des peines, des mesures d'individualisation judiciaires déterminant, directement ou non, l'élargissement de la personne condamnée¹⁹⁰⁸. Ces causes peuvent, bien entendu, qualifier des comportements constituant également des infractions pénales. Les régimes d'exécution en milieu ouvert participent de cette façon à la constitution d'un champ d'illégalismes commun avec le droit pénal, nous permettant de mettre en exergue la concordance entre les ordres public et pénitentiaire. Les causes d'interruption peuvent d'abord directement viser la commission d'une faute pénale, en retenant comme fondement de l'interruption de la période probatoire une condamnation par les juridictions répressives¹⁹⁰⁹. Ensuite, elles peuvent qualifier une infraction pénale d'« inconduite notoire¹⁹¹⁰ », de « mauvaise conduite¹⁹¹¹ » ou, exceptionnellement, de manquement à une obligation du régime probatoire¹⁹¹². Ces deux cas de figure emportent une protection pénitentiaire de l'ordre public qu'il convient de parcourir en explorant, d'une part, l'intérêt social protégé de l'autorité de la justice et, d'autre part, les valeurs sociales protégées relatives à la sécurité publique.

379 L'intérêt social protégé de l'autorité de la justice. La commission de certaines infractions peut être de nature à caractériser un obstacle au maintien en milieu ouvert, en raison d'un rejet des obligations pénitentiaires nécessaires au suivi judiciaire. L'opposition à la surveillance et au contrôle peuvent constituer une infraction pénale spécialement prise en compte par les causes d'interruption des périodes probatoires. C'est notamment l'hypothèse du refus de prélèvement biologique, érigé par l'article 706-56 du code de procédure pénale à

¹⁹⁰⁸ Sur les causes d'interruption des périodes probatoires v. : *supra* n° 160 et s.

¹⁹⁰⁹ Sur la condamnation pénale en tant que cause de retrait ou de révocation V. : *supra* n° 162.

¹⁹¹⁰ Art. 733 ; 723-13 du CPP. Sur la notion d'inconduite notoire v. : *supra* n° 166.

¹⁹¹¹ Art. 721 ; 723-2 ; 723-7-1 ; D. 49-25 du CPP. Sur la notion de mauvaise conduite v. : *supra* n° 167.

¹⁹¹² Sur la violation d'une obligation en tant que cause de retrait ou de révocation V. : *supra* n° 163.

la fois comme une infraction pénale et comme une cause de retrait des réductions de peine. Cette cause spéciale de retrait intervient ici pour protéger l'autorité de la justice, condition *sine qua non* de l'élargissement en milieu ouvert. Plus généralement, les comportements constituant des fautes pénales portant atteinte à l'autorité de la justice seront qualifiés et sanctionnés, indirectement, par l'intermédiaire de la notion de mauvaise conduite ou par un manquement aux obligations et interdictions du régime probatoire. C'est notamment le cas de l'évasion dont la définition s'est adaptée au développement du milieu ouvert. Si l'article 434-27 du code pénal mentionne seulement « le fait, par un détenu, de se soustraire à la garde à laquelle il est soumis », l'article 434-29 du même code précise que constitue également une évasion le fait de se soustraire au contrôle auquel il est soumis alors qu'il bénéficie d'une mesure d'individualisation judiciaire, de ne pas réintégrer l'établissement pénitentiaire à la suite d'un élargissement temporaire ou de neutraliser par quelque moyen que ce soit le procédé dédié à la surveillance électronique. Par des biais divers, le régime des mesures d'individualisation judiciaires protège les biens juridiques contribuant à l'ordre pénitentiaire, qu'il s'agisse spécialement de l'autorité de la justice – intérêt social équivalent à l'intérêt institutionnel – ou plus largement de valeurs relevant de la sécurité publique.

380 Les valeurs sociales protégées relatives à la sécurité publique. Les régimes d'exécution en milieu ouvert sanctionnent également les atteintes à la « sécurité publique¹⁹¹³ », que le code de la sécurité intérieure considère comme « un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives¹⁹¹⁴ ». Ce droit de valeur législative vise une dimension de l'ordre public caractérisée par l'absence de périls pour les biens juridiques essentielles à la protection des personnes, telles que « la vie, la liberté ou le droit de propriété¹⁹¹⁵ ». À ce titre, l'application des peines participe à l'objectif à valeur constitutionnelle de « sauvegarde de l'ordre public¹⁹¹⁶ », au travers de la différenciation de l'acte de punir.

En premier lieu, le législateur érige parfois la condamnation pénale comme cause d'interruption de la période probatoire, lorsque celle-ci est spécialement de nature à caractériser un obstacle au maintien de la personne en milieu ouvert. En raison de l'échec indéniable de la réinsertion, démontré par certaines condamnations, les juridictions de

¹⁹¹³ Art. 2, Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹⁹¹⁴ Art. L. 111-1 du CSI.

¹⁹¹⁵ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 953.

¹⁹¹⁶ CC, Décision n° 82-141 du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle, consid. 5

l'application des peines procéderont au retrait ou à la révocation de la mesure pour préserver la valeur sociale atteinte par l'infraction et la sécurité publique. C'est notamment le cas de la condamnation d'une personne, élargie sous le régime de la surveillance judiciaire, pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru¹⁹¹⁷. En second lieu, le législateur accorde aux juridictions de l'application des peines, sur le fondement de la mauvaise conduite et de l'inconduite notoire, la liberté de prendre en compte tous faits, et notamment la commission d'une infraction, caractérisant une disconvenance entre le régime d'exécution et le comportement du probationnaire, démontrant l'inopportunité du maintien de celui-ci en milieu ouvert. Impossible dès lors de relever les valeurs sociales protégées contribuant à l'ordre pénitentiaire, puisque les causes d'interruption des périodes probatoires ne visent pas des comportements énumérés. Il s'agit par là d'offrir au juge le moyen de relever toute conduite faisant obstacle à l'élargissement, notamment une atteinte à une valeur sociale démontrant un risque pour la sécurité publique. Il est dès lors moins question d'une concordance parfaite entre les ordres que d'une correspondance entre, d'un côté, des valeurs protégées par le droit pénal et, de l'autre, des intérêts pénitentiaires poursuivant « la prévention de la récidive et [...] la sécurité publique dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes¹⁹¹⁸ ».

Si ainsi de nombreuses valeurs sociales contribuent à l'ordre pénitentiaire, elles n'en sont pas pour autant les éléments constitutifs. Ce dernier ne recherche que de manière incidente la protection des biens juridiques, car l'objet du dispositif d'exécution est la poursuite de la rationalité punitive contemporaine, qui ne se confond pas avec la rationalité pénale. Les valeurs sociales ne peuvent d'ailleurs informer toutes les interdictions structurant la police de la population pénale. Impossible dès lors de rendre intelligibles les tactiques pénitentiaires, au service de l'efficacité de l'acte de punir, par le seul intermédiaire des catégories d'analyse de l'ordre public. L'appréhension de l'évolution de la teneur de l'assujettissement, au travers de l'observation de l'amplification de la réglementation de la vie, ne peut donc être entreprise sans considérer l'autonomie de l'ordre pénitentiaire, en mettant en exergue les intérêts institutionnels poursuivis par les régimes d'exécution (B).

¹⁹¹⁷ Al. 3, art. 723-35 du CPP.

¹⁹¹⁸ Art. 2, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

B. Les intérêts institutionnels poursuivis par les régimes d'exécution

381 Des intérêts institutionnels constituant l'ordre pénitentiaire. En dépit d'une frontière difficile à tracer entre les deux concepts, un intérêt ne peut, contrairement à une valeur, être considéré comme un bien appréciable en lui-même et dont la préservation est nécessaire en soi¹⁹¹⁹. La notion d'intérêt renvoie à « ce qui convient à une personne, une collectivité, une institution, [à] ce qui lui est avantageux, bénéfique dans un domaine¹⁹²⁰ » et qui constitue de ce fait un objectif à poursuivre et à prendre en considération. Les intérêts institutionnels expriment les termes d'une stratégie, destinée à poursuivre la finalité de l'institution¹⁹²¹. Ainsi, les éléments constitutifs de l'ordre public et de l'ordre pénitentiaire sont en principe distincts, car ils poursuivent des rationalités différentes, qui ne présentent entre elles qu'une simple connexité¹⁹²². Formaté par la rationalité punitive contemporaine, l'ordre institutionnel désigne les intérêts poursuivis par les régimes d'exécution. L'analyse des interdictions qui les composent peut donc permettre de retracer les contours de l'ordre dans lequel s'inscrivent les pratiques punitives. À ce titre, l'ordre pénitentiaire est le résultat d'une réflexion stratégique sur l'exercice de l'acte de punir, et non le produit d'une interrogation technique sur les ingérences dans la liberté individuelle indispensables à l'exécution de la peine. Les intérêts institutionnels sont les points de visibilité de la stratégie issue de ce questionnement, ayant pour objet d'assurer l'efficacité de la peine. Ce constat est indispensable pour comprendre que l'ordre pénitentiaire n'est pas le fondement des tactiques pénitentiaires, il en est le produit. C'est la raison pour laquelle identifier ses éléments constitutifs peut nous permettre d'avoir une vision générale des pratiques punitives contemporaines et de leur évolution. À cet égard, l'ordre pénitentiaire n'a longtemps été constitué que de l'ordre intérieur à la prison. La reconfiguration du dispositif d'exécution, par

¹⁹¹⁹ Pour le point de vue d'un auteur considérant ces termes comme « synonymes » v. : BEAUSSONIE Guillaume, « La notion de valeur sociale protégée », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, MISTRETTA Patrick, PAPILLON Salomé, KUREK Camille (dir.), *op. cit.*, p. 6.

¹⁹²⁰ « Institution », in *Trésor de la langue française informatisé, Dictionnaire de la langue du XIX^e et XX^e siècle*, CNRS (1976-1994), *op. cit.* : <https://www.cnrtl.fr/definition/institution>.

¹⁹²¹ Quant aux intérêts sociaux, il s'agit de moyens au service d'une fin concernant l'ensemble de la société et suffisamment digne d'intérêt dès lors pour être protégée par le droit pénal. Il s'agit par exemple de l'intégrité des marchés financiers, protégée en ce qu'elle contribue à la stabilité de l'économie et à la confiance du public dans les échanges de valeurs mobilières.

¹⁹²² La rationalité pénale désigne la protection des valeurs sociales, ainsi que de certains intérêts sociaux, au moyen d'un exercice du pouvoir de punir respectant les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité de la répression aux atteintes à l'ordre public. D'ailleurs, le Garde des sceaux a eu l'occasion de souligner que « le rôle de l'action disciplinaire menée sous la responsabilité du chef d'établissement ne doit en aucun cas se confondre avec l'action publique qui incombe à l'autorité judiciaire » : Circ. du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, *op. cit.*

le développement du milieu ouvert, a toutefois en partie renouvelé les tactiques pénitentiaires. Au regard de la dichotomie des pratiques punitives, mises en œuvre de part et d'autre de la frontière carcérale, il convient de considérer l'ordre pénitentiaire comme étant composé de deux volets. Nous examinerons en conséquence successivement les intérêts institutionnels de l'ordre pénitentiaire *intra-muros* (1) et *extra-muros* (2).

1. Les intérêts institutionnels de l'ordre pénitentiaire *intra-muros*

382 L'ordre pénitentiaire *intra-muros*. La dimension intérieure de l'ordre pénitentiaire vise les intérêts poursuivis par le sous-dispositif carcéral, qui correspond aux régimes organisant l'exécution de la peine sous le mode de la détention. Il s'agit des intérêts que la prison poursuit, afin de garantir les fonctions primaires et rechercher les fonctions secondaires de l'exécution de la peine. Cette dichotomie est utile en ce qu'elle distingue les missions du service public pénitentiaire correspondant à des obligations de résultat et de moyen. Dans la première catégorie se trouvent les fonctions inhérentes à toute privation de liberté, à savoir prévenir les évasions et les intrusions, ainsi que protéger les droits fondamentaux des personnes détenues¹⁹²³. La seconde catégorie est composée des objectifs propres au service public pénitentiaire, c'est-à-dire l'insertion ou la réinsertion des personnes condamnées, la prévention de la récidive et la sécurité publique dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes et des droits des personnes détenues¹⁹²⁴. Les fautes disciplinaires contribuent tant à la garantie de ces fonctions primaires qu'à l'exercice de ces fonctions secondaires. Malgré la protection contingente des valeurs sociales composant l'ordre public, la discipline carcérale a toujours pour objet de poursuivre les intérêts institutionnels. Cette contribution des fautes disciplinaires au dispositif, en particulier celles qualifiant les illégalismes incriminés et qui sont l'objet de ces développements, s'articule entre la protection de la sécurité intérieure de l'établissement pénitentiaire et celle du bon ordre de la détention.

383 La sécurité intérieure de l'établissement pénitentiaire. Le régime disciplinaire des personnes détenues ne recherche que « le maintien de l'ordre interne¹⁹²⁵ », c'est-à-dire en

¹⁹²³ La protection des droits fondamentaux des personnes privées de liberté est la fonction qui s'est lentement imposée au travers de la réforme pénitentiaire et qui a trouvé dans l'article 22 de la loi pénitentiaire le support de sa consécration.

¹⁹²⁴ Art. 2 et 22, loi n° 2009-1346 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹⁹²⁵ Circ. du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, *op. cit.* Sur l'ordre interne v. : HERZOG-EVANS Martine, *Droit pénitentiaire. 2020/2021, op. cit.*, §3.01 et s.

premier lieu la « sécurité intérieure¹⁹²⁶ » permettant à l'institution de garantir ses fonctions primaires et de poursuivre ses fonctions secondaires. La qualification des violences en détention illustre bien la dichotomie des rationalités entre le droit pénal et le droit pénitentiaire. Celles-ci ne sont en effet pas qualifiées en fonction de la valeur sociale touchée, ni de son degré d'atteinte, mais seulement en fonction de la gravité du désordre qu'elle représente pour l'institution, en fonction de la qualité de la victime¹⁹²⁷.

La discipline et la sécurité sont intrinsèquement liées, elles font d'ailleurs l'objet d'un chapitre commun dans le code de procédure pénale¹⁹²⁸. On comprendra alors que le premier objet des fautes disciplinaires soit le maintien de la sécurité dans l'établissement pénitentiaire, notamment pour les fautes du premier degré¹⁹²⁹, les plus graves, bien que la hiérarchie de la classification tripartite des fautes soit moins évidente que par le passé. Se trouvent naturellement qualifiée de faute de premier degré différents comportements de violences, mais également le fait de « commettre intentionnellement des actes de nature à mettre en danger la sécurité d'autrui¹⁹³⁰ », ou encore d'introduire ou tenter d'introduire des objets de nature à compromettre la sécurité des personnes ou de l'établissement¹⁹³¹. La hiérarchie des fautes fait ainsi la part belle à la « mission de sécurité¹⁹³² » de l'institution, contribuant à la sécurité publique par la répression des évasions, mais surtout destinée à punir les atteintes aux personnes et aux biens, causant des désordres de nature à entraver les fonctions secondaires de l'institution. La garantie des fonctions primaires est en effet essentielle à la poursuite de la réformation des personnes condamnées par la prise en charge pénitentiaire. La sécurité intérieure n'est toutefois pas suffisante pour garantir le bon fonctionnement du dispositif d'exécution et se trouve complétée par le bon ordre de la détention.

384 Le bon ordre de la détention. Le « bon ordre des établissements¹⁹³³ » est un intérêt institutionnel fondamental et complémentaire à la sécurité intérieure, en ce que les troubles qu'il vise à prévenir et réprimer ne sont pas limités à la question de la sécurité. S'étendant au

¹⁹²⁶ Art. D. 266 du CPP.

¹⁹²⁷ « Constitue une faute disciplinaire du premier degré le fait, pour une personne détenue : 1° D'exercer ou de tenter d'exercer des violences physiques à l'encontre d'un membre du personnel ou d'une personne en mission ou en visite dans l'établissement ; 2° D'exercer ou de tenter d'exercer des violences physiques à l'encontre d'une personne détenue ; » : art. R. 57-7-1 du CPP.

¹⁹²⁸ « Chapitre V : De la discipline et de la sécurité des établissements pénitentiaires » : art. D. 249 et s. du CPP.

¹⁹²⁹ CÉRÉ Jean-Paul, « Feu le nouveau droit disciplinaire pénitentiaire », *AJ Pénal*, n° 4, 2011, p. 172-175.

¹⁹³⁰ 5°, art. R. 57-7-1 du CPP.

¹⁹³¹ 10°, art. R. 57-7-1 du CPP.

¹⁹³² Art. 12, Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹⁹³³ Art. 22, Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

« fonctionnement normal de l'établissement¹⁹³⁴ », « l'ordre intérieur est également une police¹⁹³⁵ » qui appréhende positivement la tranquillité de la prison. Il s'agit de cette façon de viser la protection de la détention de manière générale et complètement détachée de la sécurité publique. En d'autres termes, il est question de garantir un fonctionnement de la détention à même de permettre à l'institution de poursuivre au mieux ses fonctions, au travers du « développement d'une vie harmonieuse¹⁹³⁶ ». La protection de cet intérêt institutionnel a récemment été fortement revalorisée dans le régime disciplinaire carcéral¹⁹³⁷, notamment par des hypothèses inédites intégrées aux fautes de premier degré.

D'une part, le décret du 13 février 2019 transpose l'apologie du terrorisme, érigé en trouble de la détention majeure, après des agressions de surveillants ayant un mobile apparent politico-religieux¹⁹³⁸. D'autre part, ce texte qualifie de faute disciplinaire le fait de « capter, fixer ou enregistrer ou tenter de capter, fixer ou enregistrer, par quelque moyen que ce soit, des images ou des sons dans un établissement ou de diffuser ou tenter de diffuser, par quelque moyen que ce soit, des images fixées ou des sons captés dans un établissement, ou de participer à ces captation, fixation, enregistrement ou diffusion¹⁹³⁹ ». D'ores et déjà sanctionné au titre de la sécurité intérieure¹⁹⁴⁰, et pouvant caractériser l'infraction de recel¹⁹⁴¹, l'acte faisant l'objet de cette nouvelle faute est de nouveau qualifié, au titre cette fois de la

¹⁹³⁴ 9°, art. R. 57-7-1 du CPP.

¹⁹³⁵ POUTHIER Tristan, « L'épuisement des mesures d'ordre intérieur en prison. Essai d'interprétation historique », *op. cit.*, p. 104.

¹⁹³⁶ Circ. du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, *op. cit.*

¹⁹³⁷ C'est le cas de la participation à une action collective de nature à troubler l'ordre de l'établissement, qui devient une faute de premier degré même en l'absence d'actes de nature à compromettre la sécurité de l'établissement : 7°, art. R. 57-7-1 du CPP.

¹⁹³⁸ Art. R. 57-7-1 du CPP.

¹⁹³⁹ 15°, art. R. 57-7-1 du CPP.

¹⁹⁴⁰ Ces comportements peuvent en effet être qualifiés de participation à une tentative d'évasion, d'introduction ou de détention de données stockées sur un support quelconque de nature à compromettre la sécurité de l'établissement, d'enfreindre ou de tenter d'enfreindre les dispositions législatives ou réglementaires, le règlement intérieur de l'établissement ou toute autre instruction de service applicables en matière d'introduction, de détention, de circulation, ou de sortie d'objets quelconques, de ne pas respecter les dispositions du règlement intérieur de l'établissement ou les instructions particulières arrêtées par le chef d'établissement ou encore de communiquer irrégulièrement avec une personne détenue ou toute autre personne extérieure à l'établissement : 8°, 10°, art. R. 57-7-1 du CPP ; 8°, art. R. 57-7-2 du CPP ; 1°, 3°, art. R. 57-7-3 du CPP. À ce titre, un téléphone portable est considéré par l'administration pénitentiaire et le Conseil d'État comme un objet dangereux permettant de qualifier sa détention de faute de premier degré : Circ. du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, *op. cit.* ; CE, 10^e-9^e SSR, 4 février 2013, n° 344266, recueil Lebon, D. 2013. 1304, chron. Herzog-Evans ; Droit administratif 2013. n° 5. comm. 37, note Éveillard ; Gaz. Pal. 2013. n° 115, obs. Guyomard. La juridiction suprême de l'ordre administratif considère effectivement comme dangereux « tout objet dont on peut raisonnablement craindre, en raison notamment de la facilité de son usage, que l'utilisation ne soit susceptible de mettre en cause la sécurité des personnes et des biens, notamment dans l'enceinte pénitentiaire » : *ibid.*

¹⁹⁴¹ L'infraction de recel permet effectivement de réprimer pénalement ces comportements, en ce qu'ils nécessitent des objets introduits illégalement dans l'établissement, comportement puni d'un an et de 15 000 euros d'amende par l'article 434-35 du CP.

protection du bon ordre de l'établissement. La multiplication de vidéos diffusées sur internet depuis la détention constitue en effet des désordres affectant la légitimité de l'institution. Le pouvoir réglementaire, en réaction, a érigé ces publications en faute disciplinaire autonome¹⁹⁴². La qualification de faute de premier degré retenue, permettant le prononcé de trente jours de cellule disciplinaire, alors que la sécurité intérieure et la sécurité publique ne sont pas en jeu, démontre d'ailleurs toute l'importance accordée à l'image de l'institution. À cette occasion, rappelons derechef que l'ordre pénitentiaire est un produit de la politique pénitentiaire, et non une somme d'intérêts indispensables à l'exécution de la peine. Une telle conception technique serait d'ailleurs insusceptible d'expliquer le renouvellement des tactiques pénitentiaires informé par les intérêts institutionnels de l'ordre intérieur comme de l'ordre *extra-muros* (2).

2. Les intérêts institutionnels de l'ordre pénitentiaire *extra-muros*

385 L'ordre pénitentiaire *extra-muros*. La notion d'ordre extérieur constitue la seconde composante de l'ordre pénitentiaire, dont les frontières, contrairement aux apparences, ne se discernent pas sans difficulté. En raison de la reconfiguration du dispositif d'exécution, le passage entre la détention et le suivi judiciaire est dégressif, notamment grâce aux mesures d'exécution des peines, qui ordonnent l'élargissement de la personne condamnée sans pour autant procéder à la levée de l'écrou¹⁹⁴³. Le principe de progressivité du parcours d'exécution de la peine conduit en effet à ce que les deux composantes de l'ordre pénitentiaire puissent se superposer¹⁹⁴⁴. L'ordre pénitentiaire *extra-muros* n'a donc pas pour objet de régir la vie des personnes qui ne sont plus sous écrou mais, plus largement, des personnes exécutant leur peine en milieu ouvert sur le fondement d'une mesure d'individualisation judiciaire. Malgré une superposition possible avec la composante carcérale, il est opportun d'appréhender spécifiquement cette dimension de l'ordre pénitentiaire, en ce qu'elle poursuit des intérêts exprimant une stratégie distincte, bien que cohérente. L'ordre pénitentiaire *extra-muros*

¹⁹⁴² HERZOG-EVANS Martine, « Décret du 13 février 2019 sur la discipline pénitentiaire : un raidissement institutionnel et une occasion manquée », *op. cit.*, p. 139.

¹⁹⁴³ Sur les mesures d'exécution des peines v. : *supra* n° 138.

¹⁹⁴⁴ L'article R. 57-7-4 du CPP dispose en effet que les fautes disciplinaires sont applicables à l'extérieur de l'établissement pénitentiaire. Toutefois, relevons que la circulaire du 9 juin 2011 précise que l'action disciplinaire ne doit être mise en mouvement que lorsque l'ordre pénitentiaire est affecté. « Ainsi, ne doivent être sanctionnés par la commission de discipline que les actes commis par les personnes condamnées qui sont en lien avec l'exécution de la mesure d'aménagement ou qui exercent une influence sur l'ordre et la discipline au sein de l'établissement pénitentiaire. » : Circ. du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, *op. cit.*

correspond aux intérêts institutionnels poursuivis par le sous-dispositif probatoire, identifiables par l'analyse de la réglementation de la vie en milieu ouvert, qui poursuit tant l'effectivité de la fonction de contrôle que de réinsertion des modalités d'exécution.

386 L'effectivité de la fonction du contrôle en milieu ouvert. En premier lieu, les illégalismes constituant à la fois des infractions pénales et des causes d'interruption des périodes probatoires portent sur l'acceptation, par la personne, du suivi dont elle fait l'objet en milieu ouvert. L'élargissement est toujours subordonné à un régime probatoire, comportant d'abord des mesures de contrôle dont le respect est une condition *sine qua non* du maintien de l'inscription de la personne suivie en milieu ouvert. L'effectivité de ce contrôle est essentielle pour garantir la sécurité publique, structurer l'insertion en milieu ouvert des personnes placées sous main de justice et justifier de la modulation de la peine. La poursuite du parcours d'exécution de la peine en milieu libre, en direction d'un relèvement progressif de l'assujettissement, est par conséquent corrélée à l'acceptation du contrôle institutionnel par le sujet de l'acte de punir, de sorte que les atteintes à ce dernier soient sanctionnées par les juridictions d'application des peines. Il existe une forte concordance entre les infractions pénitentiaires saisisant ces illégalismes et les incriminations des atteintes à l'autorité de la justice. Ces deux ensembles d'interdictions demeurent pourtant distincts, en ce que les causes d'interruption qualifient les illégalismes du point de vue du dispositif d'exécution, selon les effets du comportement sur la fonction de contrôle et pour ses conséquences sur les conditions d'exécution de la peine. Ainsi, malgré l'équivalence entre les intérêts sociaux protégés et les intérêts institutionnels poursuivis, l'ordre pénitentiaire demeure spécifique et autonome de l'ordre public. Les rapports de connexité entre les ordres n'emportent en effet aucune identité des infractions, y compris dans l'hypothèse d'une qualification identique, car les interdictions n'ont pas la même nature et le même but, comme l'illustrent les causes d'interruption relevant de l'effectivité de la fonction de réinsertion.

387 L'effectivité de la fonction de réinsertion en milieu ouvert. Les incriminations et les causes d'interruption des périodes probatoires sont des infractions de natures différentes, poursuivant des buts distincts. Les infractions pénitentiaires contribuent à l'élaboration de l'acte de punir, quand les infractions pénales fondent la rétribution des atteintes à l'ordre public. Le but des qualifications pénitentiaires est la différenciation de l'acte de punir, en fonction de l'attitude du sujet par rapport à l'ordre pénitentiaire. L'objet des causes d'interruption des périodes probatoires est en effet de rechercher et perpétuer l'adéquation

entre le régime d'exécution et la personne condamnée, ce qui est particulièrement bien illustrée par les interdictions relatives à la fonction de réinsertion.

Le sous-dispositif dédié au suivi judiciaire partage avec le sous-dispositif carcéral la recherche de la réinsertion de la personne, afin de mettre en conformité les pratiques de l'acte de punir avec la rationalité punitive prescrite à l'article 707 du code de procédure pénale. C'est la raison pour laquelle les infractions pénales démontrant l'ineffectivité du régime d'exécution en milieu ouvert, pour la poursuite de la fonction de réinsertion, entraînent une réincarcération, ou à tout le moins, une modification des conditions d'exécution de la peine consistant en une intensification du contrôle. Si la commission d'une infraction n'est pas en soi une atteinte à l'ordre pénitentiaire *extra-muros*, une infraction pénale en lien avec le fondement de la condamnation initiale, démontrant un risque de récidive ou faisant directement échec à la réinsertion de la personne condamnée entraînera le retrait ou la révocation de la mesure d'individualisation judiciaire¹⁹⁴⁵. Les motifs de retrait ou de révocation de ces mesures illustrent ainsi la divergence entre les ordres. La connexité ne consiste pas en une identité des objets protégés, mais en une correspondance des catégories de l'ordre public avec les intérêts de l'institution pénitentiaire en milieu ouvert. Cette conception est d'ailleurs conforme au constat de la chambre criminelle qui, examinant le cumul d'une sanction pénale avec le retrait du placement à l'extérieur dont bénéficiait la personne ayant détenu des stupéfiants, a considéré que la cause d'interruption de la période probatoire « n'a pas la même nature juridique ni le même but que celui, de santé publique, tenant à la prohibition de la détention de produits stupéfiants¹⁹⁴⁶ ». Il faut alors déduire avec la Cour de cassation que, malgré le lien de connexité entre l'ordre pénitentiaire et l'ordre public, les intérêts institutionnels demeurent distincts des biens juridiques, ce qui démontre l'autonomie de l'ordre pénitentiaire et justifie l'indépendance des systèmes sanctionneurs¹⁹⁴⁷.

*

¹⁹⁴⁵ Entretien avec Madame LEDUC, Directrice du service de l'application des peines au TGI de Bobigny, JAP, réalisé dans les locaux du service le 17 février 2017.

¹⁹⁴⁶ Crim., 3 mai 2018, n° 17-83.225, Bull. crim. n° 81, D. 2018. 2259, chron. Ginestet ; Dr. pén. 2018. comm. 115, note Maron, Haas.

¹⁹⁴⁷ L'autonomie inhérente à la nature institutionnelle de l'ordre pénitentiaire justifie toujours une indépendance des systèmes sanctionneurs, chargés de réprimer les atteintes à ces ordres concordants, ce qui soulève inmanquablement la question du cumul de sanctions. Sans entreprendre ici l'analyse de cette question, il est possible d'avancer que la complémentarité des systèmes sanctionneurs impose l'admission du cumul de sanctions. Toutefois, il convient également de souligner que l'absence de coordination des sanctions de nature différentes, dans le champ pénitentiaire, crée un risque de répétition des procédures et de disproportion de la répression des faits pouvant être qualifiés à la fois d'infraction pénale, de faute disciplinaire et/ou de cause d'interruption d'une période probatoire.

388 La protection pénitentiaire contingente de l'ordre public. Malgré un champ d'illégalismes en commun, les catégories de l'ordre public sont insusceptibles de rendre intelligibles les pratiques punitives et d'explicitier la production normative à l'origine des régimes d'exécution. L'inadéquation des valeurs sociales comme grille de lecture s'explique par le fait que la réglementation de la vie de la population pénale relève de la rationalité punitive, recherchant l'efficacité de l'exécution de la peine, et non de la rationalité pénale, destinée à modérer l'exercice du pouvoir de punir de l'État. À cet égard, la protection des biens juridiques, par les prescriptions du régime d'exécution, n'est que contingente à la connexité entre l'ordre pénitentiaire et l'ordre public. L'ordre pénitentiaire informé par les modalités d'exécution et informant les pratiques punitives est autonome de l'ordre public. Les intérêts institutionnels qui le composent sont d'ailleurs de plus en plus dissociés des valeurs sociales protégées. À la recherche d'une meilleure efficacité de la peine, la diversification des modalités d'exécution amplifie en effet la réglementation de la vie, en multipliant notamment les interdictions indépendantes de l'ordre public (§2).

§2. DES INTERDICTIONS INDÉPENDANTES DE L'ORDRE PUBLIC

389 La relativité de l'ordre pénitentiaire. Les interdictions des régimes d'exécution, étrangères au champ d'illégalismes commun avec le droit pénal, informent une dimension de l'ordre pénitentiaire qui n'entretient plus qu'un lien de relativité avec l'ordre public. En d'autres termes, les intérêts institutionnels qui composent cette dimension ne correspondent pas à des biens juridiques. Les interdictions indépendantes de l'ordre public ne contribuent à la protection des valeurs et intérêts sociaux qu'en ce qu'elles participent à l'effectivité et l'efficacité de la peine. Ces proscriptions sont ainsi celles qui illustrent le mieux l'autonomie de l'ordre pénitentiaire vis-à-vis de l'ordre public et qui peuvent dès lors nous permettre d'en mesurer l'ampleur. Plus précisément, il s'agit de savoir dans quelle mesure la redéfinition de la rationalité punitive provoque l'élargissement du champ de l'« emprise institutionnelle¹⁹⁴⁸ » sur le sujet, en vue de poursuivre l'efficacité de l'acte de punir contemporain. En considérant que l'amplification de la réglementation de la vie relève avant tout des obligations des régimes d'exécution, l'analyse des interdictions indépendantes de l'ordre public doit nous permettre d'entrevoir l'évolution de la teneur de la prise en charge. En ce sens, nous

¹⁹⁴⁸ ROSTAING Corinne, « Interroger les changements de la prison. Des processus de déprise et de reprise institutionnelle », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 17, « Que faire des institutions ? », 2009, p. 98.

examinerons la circonscription du champ de la sociabilité (A), puis les autres restrictions de la liberté (B) du sujet.

A. La circonscription du champ de la sociabilité

390 Une police relative à la sociabilité. La privation de liberté se caractérise intrinsèquement par une prise en charge par le dispositif d'exécution, dont la détention n'est qu'une des formes possibles¹⁹⁴⁹. C'est dans le caractère général de cette prise en charge que la privation de liberté se différencie de la simple restriction. La personne condamnée n'est pas seulement soumise à une pluralité de prescriptions, mais à un ensemble de formes possibles d'assujettissement, autorisant une réglementation de la vie individualisée. C'est en effet au travers de la police de la population pénale que le dispositif peut assurer la poursuite des objectifs et finalités de l'acte de punir, par une normalisation des comportements autorisant le contrôle de leur conformité. En premier lieu, les interdictions des régimes d'exécution contribuent à cette normalisation en définissant les limitations du champ de la sociabilité des personnes assujetties, c'est-à-dire de la capacité à nouer et entretenir librement des relations sociales. Cette dimension de la réglementation de la vie procède d'abord d'un capital spatial délimité (1), puis d'un capital de sociabilité déterminé (2), étant entendu que le premier conditionne en partie le second.

1. Un capital spatial délimité

391 Le « capital spatial » de la population pénale. Historiquement, la peine privative de liberté est avant toute chose une « prise sur les corps, prise de corps, *prison*¹⁹⁵⁰ ». Si ses formes se sont fortement diversifiées, il n'en demeure pas moins que cette sanction se caractérise toujours par le rapport du condamné à l'espace. Le dispositif d'exécution individualise d'ailleurs la police de la population pénale par la différenciation du « capital spatial¹⁹⁵¹ » des sujets de l'acte de punir. Cette notion désigne l'accès à l'espace en tant que

¹⁹⁴⁹ En raison de la reconfiguration de l'institution pénitentiaire – qui ne peut plus aujourd'hui être réduite au dispositif carcéral –, il faut se réfréner de vouloir réduire la privation de liberté à l'incarcération, en renvoyant les autres formes de la peine à des aménagements de l'emprisonnement. La peine privative de liberté renvoie au « mode disciplinaire » plus qu'à la détention : CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁹⁵¹ LUSSAULT Michel, *L'homme spatial : la construction sociale de l'espace humain*, *op. cit.*, p. 187.

ressource, déterminant les interactions possibles avec et dans ce dernier¹⁹⁵². Son intérêt pour le juriste est d'appréhender la plus ou moins grande possibilité de déplacement de personnes privées de leur liberté d'aller et de venir. Il s'agit de viser, non l'exercice d'un droit, mais le degré de jouissance possible de l'espace octroyé par le régime d'exécution. Le champ dans lequel ces personnes peuvent se sociabiliser étant fortement conditionné par ce capital, sa délimitation, par des interdictions de franchissement de certaines frontières en détention et en milieu ouvert, est l'un des principaux objets de la réglementation de la vie. La valeur de ce capital spatial est par ailleurs de plus en plus indexée sur la conduite du sujet durant l'acte de punir. La modulation de ce dernier constitue en effet une sanction de la personne, contribuant à différencier son parcours d'exécution en fonction de son acceptation de l'ordre pénitentiaire. En ce but, les milieux fermé et ouvert ont été mis en cohérence, de sorte à créer un parcours progressif homogène. La diversification des modalités d'exécution a effectivement permis la reconfiguration du dispositif autour d'un « *continuum* pénal hybride¹⁹⁵³ ». L'exploration de cette progressivité, résultant de l'« éclatement des limites géographiques de la peine¹⁹⁵⁴ », nous permettra de démontrer que la modularité du capital spatial n'est pas une singularité du milieu ouvert¹⁹⁵⁵, mais le résultat de la reconfiguration du dispositif dans son ensemble, afin d'intensifier la constitution corrélative du sujet et de sa peine. Pour ce faire, nous distinguerons la fragmentation du territoire carcéral des divisions de l'espace sociétal.

392 La fragmentation du territoire carcéral. La délimitation du capital spatial de la population pénale et son individualisation en fonction des régimes d'exécution sont rendues possibles par la fragmentation du territoire carcéral, au moyen de multiples séparations matérialisées par des portes, des grilles et des murs. Ce quadrillage apposé sur l'espace de la détention autorise l'instauration, au travers du règlement intérieur et du régime disciplinaire des personnes détenues, de maintes « interdictions de franchissement¹⁹⁵⁶ », réglementant la capacité des personnes à interagir avec l'espace au travers de leur mobilité. Ces proscriptions

¹⁹⁵² Sur la notion de capital spatial v. : *supra* n° 194.

¹⁹⁵³ LARMINAT DE Xavier, « Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation », *op. cit.*

¹⁹⁵⁴ BONY Lucie, « Interdictions de séjour. Une analyse de géographie pénale », *Champ pénal*, vol. 16, 2019, p. 2.

¹⁹⁵⁵ Des auteurs opposent la technologie disciplinaire à celle du contrôle, la prison au milieu ouvert et, ainsi, restreignent la pratique de la modulation de la dimension spatiale de l'assujettissement au sous-dispositif probatoire. Sur cette position v. : DELEUZE Gilles, *Pourparlers. 1972-1990*, *op. cit.*, p. 236 ; MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁹⁵⁶ Règlement intérieur du Quartier d'évaluation de la radicalisation de la Maison d'arrêt du Val d'Oise, *op. cit.*, p. 9.

sont la traduction juridique de la « dimension coercitive¹⁹⁵⁷ » du sous-dispositif carcéral qui consistent avant toute chose à interdire et imposer certains espaces, pour assurer la sécurité intérieure, la sécurité publique et le bon ordre de la détention. Or, la volonté d'individualisation, caractérisant la rationalité punitive contemporaine, se transcrit dans l'architecture carcérale par une sectorisation de l'espace intra-muros qui ne cesse de s'intensifier. Les « nouvelles prisons¹⁹⁵⁸ » sont en effet marquées par l'accroissement du degré de fragmentation de l'espace de la détention. Ces établissements se présentent sous la forme de différentes unités fonctionnelles, elles-mêmes subdivisés en différents sous-espaces pour les quartiers d'hébergement.

Ces différentes entités – quartier, secteur, unité de vie et cellule – permettent par leur séparation du reste de la détention un traitement architectural individualisé (verrou de confort, lieux collectifs en libre accès, multiples cours de promenade, *etc.*), mais surtout une différenciation des prescriptions spatio-temporelles selon les espaces¹⁹⁵⁹. Ces règles différenciées de franchissement des séparations structurant la détention, comme l'ouverture des portes des cellules en journée, la possibilité de se déplacer entre les unités, ou encore le libre accès à la cour de promenade, modulent le capital spatial des personnes détenues et individualisent ainsi leur régime de détention. Cette variation des prescriptions spatio-temporelles relève toujours d'une individualisation de la réglementation de la vie, dont les conséquences pour le capital spatial délimité sont toutefois polarisées. D'un côté, elle conduit à l'assouplissement des interdictions de franchissement, de façon à rapprocher les conditions d'exécution de la peine entre le milieu fermé et le milieu ouvert¹⁹⁶⁰. De l'autre, le dispositif d'exécution connaît de régimes de détention se caractérisant par un appauvrissement extrême de la capacité à interagir avec l'espace, et donc avec les autres¹⁹⁶¹. La réglementation de la mobilité est en effet toujours une régulation des interactions sociales, que ce soit au travers de la fragmentation du territoire carcéral ou des divisions de l'espace sociétal.

¹⁹⁵⁷ MILHAUD olivier, *Séparer et punir. Les prisons françaises : mise à distance et punition par l'espace*, Thèse, Géographie, Université Michel de Montaigne – Bordeaux III, 2009, p. 328.

¹⁹⁵⁸ DÉLÉGATION POUR LA RÉALISATION D'ÉTABLISSEMENTS PÉNITENTIAIRES, « Dossier : nouvelles prisons. Le programme 13 000 », *op. cit.* Pour une définition des nouvelles prisons v. : note n° 1334.

¹⁹⁵⁹ Sur les modalités d'exécution *rationae loci* v. : *supra* n° 252 et s.

¹⁹⁶⁰ Outre les quartiers de semi-liberté et les centres pour peines aménagées, le développement de quartiers dans lesquels les détenus disposent d'un fort capital spatial, comme dans les modules « respect », tend à brouiller la frontière carcérale. Sur la dégressivité du parcours de détention et sa mise en adéquation avec le milieu ouvert v. : *supra* n° 277.

¹⁹⁶¹ Sur l'intensification de la segmentation et la tendance vers l'isolement v. : *supra* n° 280.

393 Les divisions de l'espace sociétal. Les régimes d'exécution en milieu ouvert divisent l'espace sociétal par l'instauration de lieux de séjour prohibés et imposés. Le « contrôle spatio-temporel¹⁹⁶² » de la mobilité, par le sous-dispositif probatoire, s'exerce ainsi par des séparations binaires. Évidemment, les prescriptions spatiales peuvent se combiner entre elles pour complexifier le régime de la mobilité des personnes placées sous main de justice. Toutefois, ces découpages de l'espace sociétal demeurent distincts de la fragmentation du territoire carcéral, en ce que les divisions instaurées sont virtuelles, et non intrinsèquement coercitives comme les séparations carcérales. En revanche, les interdictions relevant de la « dimension spatiale des mesures probatoires¹⁹⁶³ » ont en commun, avec le sous-dispositif carcéral, d'autoriser la modulation du capital spatial. L'usage des modalités d'exécution permet en effet de faire varier la teneur de l'ingérence dans la liberté d'aller et de venir du probationnaire, en vue de « régir [...] son mode de vie afin de le détacher de toute perspective criminelle¹⁹⁶⁴ ». Il s'agit avant tout de poursuivre l'objectif de la sécurité publique par la prévention de présence ou de co-présence pouvant faciliter un passage à l'acte, troubler l'ordre public ou la tranquillité de la victime.

À l'instar du milieu fermé, ces modalités portant sur le capital spatial se multiplient dans la recherche d'une meilleure individualisation de l'assujettissement. La « délimitation spatiale¹⁹⁶⁵ » de l'acte de punir peut d'abord intervenir au travers de modalités spéciales, telles que la semi-liberté, le placement à l'extérieur, la surveillance judiciaire ou les modes de surveillance électronique. Le placement sous surveillance électronique mobile est à cet égard la modalité autorisant la réglementation la plus intense de la mobilité, ayant conduit un auteur à parler d'« enfermement virtualisé¹⁹⁶⁶ », en ce qu'elle permet la définition de zones d'inclusion, d'exclusion et de zones tampon se rapprochant du quadrillage de l'espace carcéral¹⁹⁶⁷. Ensuite, la modulation du capital spatial intervient au travers d'obligations particulières du régime probatoire, diversifiées à partir des années 2000 et qui permettent aujourd'hui l'éloignement de la personne condamnée d'une partie du territoire, d'un lieu ou

¹⁹⁶² MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁹⁶³ BONY Lucie, « Interdictions de séjour. Une analyse de géographie pénale », *op. cit.*, p. 2. D'ailleurs, « toutes les mesures de contrôle ou presque font référence à l'espace ou aux mouvements du probationnaire que la peine tend à réorganiser » « afin de surveiller et maîtriser l'espace dans lequel évolue l'individu » : MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 69. Toutefois, nous ne traiterons ici que des interdictions particulières des régimes d'exécution prohibant et imposant des lieux en milieu ouvert.

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*, §33.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*, §41.

¹⁹⁶⁶ RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, ENAP, Agen, 2010, p. 119.

¹⁹⁶⁷ Art. R. 61-25 du CPP.

d'une personne¹⁹⁶⁸. La principale interdiction spatiale est la transposition de la peine complémentaire de l'interdiction de séjour¹⁹⁶⁹, qui constitue la forme contemporaine de la surveillance de haute police. Les juridictions de l'application des peines peuvent sur ce fondement interdire au probationnaire « de paraître en tout lieu, toute catégorie de lieux ou toute zone spécialement désignés¹⁹⁷⁰ », soit par exemple une circonscription administrative, les piscines municipales ou encore une adresse et ses abords¹⁹⁷¹. De surcroît, la loi a également, de manière désordonnée, multiplié les interdictions devant contribuer à assurer la tranquillité et la sûreté de la victime¹⁹⁷².

Cette multiplication des procédés de délimitation du capital spatial participe à élargir le domaine de la réglementation de la vie et à réduire la teneur de la distinction entre les deux sous-dispositifs. Les prescriptions en milieu fermé et ouvert se répondent en effet de plus en plus autour d'une « régulation des usages de l'espace¹⁹⁷³ », par des prescriptions individualisées prohibant et interdisant des lieux. Le dispositif d'exécution procède à ce titre d'une « gouvernementalité spatiale¹⁹⁷⁴ », destinée avant toute chose à exercer une police sur la population pénale, de sorte à définir un capital de sociabilité déterminé (2) pour celle-ci.

2. Un capital de sociabilité déterminé

394 Le capital de sociabilité de la population pénale. Désignant les ressources nécessaires à la création et à l'entretien des rapports sociaux, le capital de sociabilité est l'un

¹⁹⁶⁸ À titre d'exemple, le législateur prévoit spécialement une interdiction de fréquenter les débits de boisson : 11°, art. 132-45 du CP.

¹⁹⁶⁹ Art. 131-31 et 131-32 du CP ; art. 762-1 à 762-5 et D. 571 à D. 571-3 du CPP. Cette peine peut également être prononcée à titre de peine alternative v. : 6°, art. 131-6. Exceptionnellement, elle constitue une peine de substitution d'une peine criminelle prescrite v. : art. 763 du CPP. En vertu du principe de légalité, la violation par un probationnaire de son interdiction ne doit pas être considérée comme constituant le délit incriminant « le fait, par un interdit de séjour de paraître dans un lieu qui lui est interdit » : al. 1, art. 434-38 du CPP.

¹⁹⁷⁰ 9°, art. 132-45 du CP, mod. 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.

¹⁹⁷¹ Pour une revue des lieux interdits sur le fondement de la peine d'interdit de séjour en fonction de l'infraction commise v. : BONY Lucie, « Interdictions de séjour. Une analyse de géographie pénale », *op. cit.*, p. 16-17.

¹⁹⁷² Peut ainsi être proscrit à la personne condamnée de paraître au domicile ou aux abords immédiat de celui-ci dans le cas de violences *intra*-familiales, de violer l'interdiction de se rapprocher d'une victime de violences conjugales, ou encore dans certaines situations de paraître au domicile ou au lieu de travail d'une victime ou d'une partie civile : 18°, art. 132-45 du CP, mod. par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, puis complétée par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ; 18° *bis*, art. 132-45 du CP, mod. par la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille ; 1°, art. 132-45-1 du CPP ; al. 1, art. 712-16-2 du CPP, créé loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

¹⁹⁷³ BONY Lucie, « Interdictions de séjour. Une analyse de géographie pénale », *op. cit.*, p. 2.

¹⁹⁷⁴ « Spatial Governmentality » : MERRY Sally Engle, « Spatial Governmentality and the New Urban Social Order : Controlling Gender Violence through law », *American Anthropologist*, n°1, 2001, vol. 103, p. 16-29.

des objets centraux de la réglementation de la vie¹⁹⁷⁵. C'est l'un des facteurs de la teneur de l'assujettissement auquel est soumis la personne condamnée, puisque ce dernier détermine la capacité à se socialiser librement avec d'autres opérateurs sociaux. Or, une part essentielle des interactions sociales exigeant une forme de co-présence, le capital de sociabilité de la population pénale est fortement prédéterminé par le capital spatial. La capacité du sujet à interagir avec l'espace délimite sa mobilité et, par là, le champ dans lequel des liens sociaux peuvent être noués. L'appauvrissement ou la revalorisation du capital spatial est ainsi de nature à agrandir ou restreindre le champ de la sociabilité, pour favoriser ou non le développement de liens sociaux librement noués par la population pénale.

La modulation du champ de la sociabilité, par l'usage des modalités d'exécution, individualise le régime d'exécution et nourrit la progressivité du parcours, de sorte à autoriser une différenciation de l'acte de punir plus fine en fonction de l'acceptation par la personne condamnée de la réglementation de sa vie. Ce caractère réglementaire de l'assujettissement est la singularité de la peine privative de liberté, autorisant le dispositif d'exécution à élaborer l'acte de punir au travers d'une succession de sanctions, positives ou négatives, rétribuant le comportement de la personne vis-à-vis de l'ordre pénitentiaire. Cette police de la population pénale est la forme du premier mode de subjectivation contribuant à la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine. Il s'agit pour la personne condamnée de se soumettre à l'injonction de se conduire conformément au comportement déterminé par une multiplicité de normes formelles, se combinant pour constituer les régimes d'exécution de la peine. Concernant la détermination du capital de sociabilité, la circonscription des interactions en détention et la restriction de celles-ci en milieu ouvert modulent la teneur de la privation de liberté.

395 La circonscription des interactions en détention. Le capital de sociabilité en détention est essentiellement déterminé par les interdictions du régime pénitentiaire et par les interdictions individualisées relevant du régime de détention. Les premières sont avant tout dirigées vers les communications avec l'extérieur et les rencontres entre catégories de détenus. D'un côté, le régime disciplinaire sanctionne toute forme de communication avec des personnes étrangères à la détention, en dehors des visites, correspondances et communications téléphoniques autorisées¹⁹⁷⁶, que celles-ci mettent ou non en jeu la sécurité intérieure¹⁹⁷⁷. De

¹⁹⁷⁵ Sur la notion de capital de sociabilité v. : *supra* n° 194.

¹⁹⁷⁶ Concernant les relations des personnes détenues avec l'extérieur v. : art. 39 et s. de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire ; art. R. 57-8-7 et s. du CPP ; art. 26 et s. du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, annexe de l'art. R. 57-6-18 du CPP.

¹⁹⁷⁷ 3°, art. R. 57-7-3 du CPP.

l'autre, l'administration pénitentiaire organise les circulations, l'affectation et les activités, de sorte à respecter la règle imposant qu'il n'y ait « aucune communication¹⁹⁷⁸ » entre les majeurs et les mineurs, ainsi qu'entre les hommes et les femmes. Quant aux secondes, elles sont dirigées vers les interactions sociales internes à la détention. Les prescriptions portent sur la vie commune en unités de vie, sur la communication entre secteurs ou quartiers de détention, sur les modalités des activités collectives, du culte ou de la promenade, *etc.* La politique pénitentiaire est pour celle-ci décisive, comme le démontre deux exemples évocateurs de l'amplitude de la modulation de la sociabilité. Les détenues affectés dans une unité pour détenus violents ne peuvent participer à des activités que par groupes restreints de quelques personnes, « si leur personnalité et leur comportement le permettent¹⁹⁷⁹ » ; quant aux promenades, elles « s'effectuent séparément des autres personnes détenues de l'unité chaque fois que des impératifs de sécurité ou de maintien du bon ordre de l'établissement l'exigent¹⁹⁸⁰ ». À l'inverse, la population de certains quartiers, au régime différencié tendant à une forte revalorisation du capital de liberté, pourra se socialiser librement au sein d'un secteur, de la cour de promenade, ou même, exceptionnellement, dans des activités mixtes.

Si l'ordre public et la sécurité publique interviennent pour légitimer la circonscription des interactions en détention, c'est la sécurité intérieure et le bon ordre de l'établissement qui sont immédiatement recherchés par les interdictions des régimes d'exécution carcéraux. L'écart entre l'ordre pénitentiaire *intra-muros* et l'ordre public se justifie d'ailleurs par les impératifs propres à une prise en charge totale de la population pénale sous ce mode d'exécution. En l'absence d'une telle appréhension des personnes par le sous-dispositif probatoire, la restriction des interactions en milieu ouvert a pour objet principal la prévention des atteintes à l'ordre public.

396 La restriction des interactions en milieu ouvert. Les interdictions déterminant le capital social de la population pénale en milieu ouvert mettent en exergue des liens plus étroits entre l'ordre pénitentiaire et l'ordre public, au travers de la prévention de la commission de nouvelles infractions. Les intérêts poursuivis sont toujours institutionnels, mais les modalités d'exécution participent indirectement d'une protection de l'ordre public.

La reconfiguration du dispositif d'exécution, occasionnant la diffusion des fonctions carcérales dans le champ social, autorise la recherche des finalités de l'acte de punir au travers

¹⁹⁷⁸ Art. 1, règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, annexe de l'art. R. 57-6-18 du CPP.

¹⁹⁷⁹ Al. 1, art. R. 57-7-84-4 du CPP.

¹⁹⁸⁰ Al. 2, art. R. 57-7-84-4 du CPP.

de la modulation du capital de sociabilité de la population pénale. La « déterritorialisation¹⁹⁸¹ » de l'acte de punir se traduit par une multiplication des obligations particulières permettant, notamment, d'interdire au probationnaire de fréquenter certains condamnés¹⁹⁸², nommément désignés par la juridiction¹⁹⁸³. Le régime de la probation autorise également le juge à interdire au sujet de l'acte de punir « d'entrer en relation avec certaines personnes, dont la victime, ou certaines catégories de personnes, et notamment des mineurs, à l'exception, le cas échéant, de ceux désignés par la juridiction¹⁹⁸⁴ ». Plus large que l'obligation de ne pas faire précédente, notamment du fait qu'elle ne vise pas seulement des interactions habituelles, cette interdiction n'en est pas moins conforme à l'article 8 de la Convention pour la chambre criminelle¹⁹⁸⁵. De toute évidence, la prévention des infractions pénales est un des objectifs de nature à justifier la nécessité d'une ingérence au droit à la vie privée. La question de la proportionnalité de la restriction perdure néanmoins et demeure problématique dans le cadre de l'acte de punir, puisque cette exigence de juste mesure ne relève plus de la rationalité pénale. Effectivement, il n'est plus question dans la détermination des conditions d'exécution de la proportionnalité de la répression avec l'atteinte à l'ordre public. La rationalité pénitentiaire s'impose ici et fait du risque de récidive le principal critère de l'acte de punir. Particulièrement marquée par la prise en compte des facteurs de passage à l'acte, la redéfinition de l'ordre pénitentiaire se caractérise également par la recherche de « la protection des intérêts et des droits de la victime ou de la partie civile¹⁹⁸⁶ ». La révision de la rationalité punitive se caractérise en effet aussi par la place renouvelée de la victime dans l'acte de punir, ce qui s'exprime par le développement de nouvelles restrictions du capital de sociabilité. L'article 712-16-2 du code de procédure pénale accorde pour cela un « pouvoir très général¹⁹⁸⁷ » au juge de l'application des peines, lui permettant de prononcer notamment une interdiction d'entrer en contact avec la victime ou la partie civile¹⁹⁸⁸. Ainsi, par des interdictions de plus en plus précises et nombreuses, les modalités d'exécution circonscrivent

¹⁹⁸¹ FROMENT Jean-Charles, « Le pouvoir souverain, la peine et le corps. Éléments pour une philosophie pénale de la surveillance électronique », *RIEJ*, n° 2, vol. 37, 1996, p. 8 ; FROMENT Jean-Charles, « La surveillance électronique à domicile : une nouvelle économie du pouvoir de punir ? », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 34, 1998, p. 150.

¹⁹⁸² 12°, art. 132-45 du CP.

¹⁹⁸³ GIACOPELLI Muriel, « Sursis avec mise à l'épreuve », *Rép. pén.* Dalloz, 2018 (actualisé en 2020), §65.

¹⁹⁸⁴ 13°, art. 132-45 du CP.

¹⁹⁸⁵ *Crim.*, 3 février 1992, n° 91-82.098, inédit.

¹⁹⁸⁶ Art. D. 49-64 du CPP.

¹⁹⁸⁷ ALIX Julie, « Le dispositif français de protection des victimes de violences conjugales », *AJ Pénal*, n° 5, 2014, p. 209.

¹⁹⁸⁸ Le second paragraphe de l'article 721-2 du CPP autorise aussi dans le cadre des réductions de peine conditionnelles d'interdire au condamné de recevoir, de rencontrer ou d'entrer en relation avec la victime.

le champ de la sociabilité participent d'un mouvement d'amplification de la réglementation de la vie, auquel contribuent la multiplication des autres restrictions de la liberté (B) du sujet.

B. Les autres restrictions de la liberté

397 Une police extensive. Les ingérences dans la liberté des personnes condamnées tendent à sans cesse se multiplier, pour soumettre le sujet à un mode de vie toujours plus normalisé. Les interdictions ne relevant pas du champ de la sociabilité en détention relèvent pour l'essentiel du régime pénitentiaire commun à la population pénale, alors que les autres restrictions en milieu ouvert sont individualisées. Elles poursuivent en effet des intérêts institutionnels différents, qui appellent des réponses distinctes de la part de l'institution. Il convient dès lors de dissocier les interdictions ayant pour objet les comportements troublant l'ordre *intra-muros* (1) de ceux troublant l'ordre *extra-muros* (2).

1. Les comportements troublant l'ordre *intra-muros*

398 Les interdictions générales relative à la discipline pénitentiaire. La juridicisation de l'ordre normatif pénitentiaire a imposé le caractère formel de la police de la population pénale, pour garantir la prévisibilité et l'« accessibilité aux règles régissant la vie en détention¹⁹⁸⁹ ». L'imposition d'une légalité disciplinaire a permis de rationaliser l'arbitraire de l'administration et le champ du pouvoir de police du chef d'établissement. Toutefois, demeure la soumission de la population pénale au pouvoir d'injonction de tous les personnels pénitentiaires, y compris en l'absence d'un fondement juridique propre à l'ordre donné¹⁹⁹⁰. La faute disciplinaire qualifiant la désobéissance est la marque de la persistance de la discipline comme prise illimitée sur le corps des individus, et non seulement en tant que réglementation juridique¹⁹⁹¹. Cette prérogative disciplinaire des agents ne participe néanmoins que de manière diffuse à la réglementation de la vie, car les injonctions émises interviennent pour prévenir ou réagir aux troubles de la détention, plus que pour les définir. D'ailleurs, le trouble à l'ordre pénitentiaire faisant l'objet de l'interdiction est le refus d'obéir lui-même, en tant

¹⁹⁸⁹ Note du 20 décembre 2013 relative aux règles intérieures des établissements pénitentiaires, *op. cit.*, p. 1.

¹⁹⁹⁰ Concernant l'ordre de ne pas s'asseoir sur un muret durant une visite : CE, 6^e-1^{ère} SSR, 20 mai 2011, *Letona Biteri*, n° 326084, recueil Lebon, préc.

¹⁹⁹¹ « Constitue une faute disciplinaire du deuxième degré le fait, pour une personne détenue : 1° De refuser de se soumettre à une mesure de sécurité définie par une disposition législative ou réglementaire, par le règlement intérieur de l'établissement pénitentiaire ou par toute autre instruction de service ou refuser d'obtempérer immédiatement aux injonctions du personnel de l'établissement ; » : art. R. 57-7-2 du CPP.

qu'il porte atteinte à la discipline et, le cas échéant, au bon ordre de l'établissement. L'injonction ne peut au demeurant qu'intervenir dans le cadre des dispositions du droit pénitentiaire¹⁹⁹² et dans le respect de la dignité et des droits de la personne détenue¹⁹⁹³.

Le pouvoir disciplinaire de l'administration se trouve effectivement limité par l'impératif de garantir « à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits¹⁹⁹⁴ ». L'exercice de ceux-ci « ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre de l'établissement, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes¹⁹⁹⁵ ». Se trouvent ici énoncées les principales composantes de l'ordre pénitentiaire *intra-muros*, dont on perçoit l'apport de la rationalité punitive contemporaine par la mention de la prévention de la récidive et les intérêts des victimes, qui illustrent le décalage avec les fonctions classiques de l'emprisonnement et que l'on retrouve dans la description de l'objet du service public pénitentiaire¹⁹⁹⁶. À partir de cet ordre pénitentiaire redéfini, la vie est organisée par le sous-dispositif carcéral et les violations de la réglementation de celle-ci doivent être considérées comme des atteintes à l'ordre *intra-muros* qualifiées de fautes disciplinaires. « Ne pas respecter les dispositions du règlement intérieur de l'établissement ou les instructions arrêtées par le chef d'établissement¹⁹⁹⁷ » constitue en effet une infraction à la discipline, tout comme les interdictions d'enfreindre les dispositions « en matière d'introduction, de détention, de circulation, ou de sortie de sommes d'argent, correspondance, objets ou substances quelconques¹⁹⁹⁸ » et relatives aux jeux¹⁹⁹⁹. Par renvoi, la violation de n'importe quelle disposition interne à l'établissement se trouve érigée en faute disciplinaire, avec « le risque d'élargir arbitrairement le champ de la répression disciplinaire²⁰⁰⁰ », malgré

¹⁹⁹² « La personne détenue doit obéir aux fonctionnaires ou agents ayant autorité dans l'établissement pénitentiaire en tout ce qu'ils lui prescrivent pour l'exécution des dispositions législatives ou réglementaires, du règlement intérieur ou de toute autre instruction de service. » : al. 1, art. 5 du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, annexe de l'art. R. 57-6-18 du CPP.

¹⁹⁹³ Le Conseil d'État admet qu'une personne détenue puisse s'abstenir de déférer à un ordre d'un membre du personnel, s'il se trouve être « manifestement de nature à porter une atteinte à la dignité de la personne humaine », notamment en matière de mesure de sécurité : CE, 6^e-1^{ère} SSR, 20 mai 2011, *Letona Biteri*, n° 326084, recueil Lebon, préc. ; CAA de Douai, 2^e ch., 7 décembre 2017, n° 16DA00715, inédit, AJDA 2018. 1041, note Costa.

¹⁹⁹⁴ Art. 22, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹⁹⁹⁵ Art. 22, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire ; Préambule du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, annexe de l'art. R. 57-6-18 du CPP.

¹⁹⁹⁶ Art. 2, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

¹⁹⁹⁷ 1^o, art. R. 57-7-3 du CPP.

¹⁹⁹⁸ 8^o, R. 57-7-2 du CPP.

¹⁹⁹⁹ 7^o, R. 57-7-3 du CPP.

²⁰⁰⁰ CÉRÉ Jean-Paul, « Prison : sanctions disciplinaires », Rép. pén. Dalloz, 2018 (actualisé en février 2019), §24.

l'exigence du respect de la hiérarchie des normes de l' « ordre juridique pénitentiaire²⁰⁰¹ ».

Le régime disciplinaire prévoit ainsi des fondements généraux pour la sanction des troubles à l'ordre pénitentiaire. L'étude des dispositions des règlements intérieurs des prisons est dès lors un biais permettant d'entrevoir ce qu'est le bon ordre de l'établissement. Il ne sera bien sûr pas ici question de parcourir l'ensemble des troubles appréhendés par les interdictions de ne pas respecter le règlement intérieur, mais d'en illustrer l'ampleur. Les principales mesures, touchant notamment aux « règles de vie²⁰⁰² », concernent tous les détenus. Il s'agit notamment de la liste des objets interdits, de celle des vêtements prohibés ou encore du fait d'« obturer les portes et les passages, d'obstruer les œilletons et d'étendre son linge sur les barreaux des fenêtres²⁰⁰³ ». La faute disciplinaire du non respect du règlement ayant une portée générale, elle peut également sanctionner des prescriptions individualisées. Constitue ainsi au quartier d'évaluation de la radicalisation de la maison d'arrêt du Val d'Oise une faute disciplinaire le fait de porter des vêtements religieux dans les espaces à usage collectif²⁰⁰⁴, de détenir un « signe ostentatoire de l'appartenance à un groupe quel qu'il soit²⁰⁰⁵ » dans la cellule ou encore de ne pas respecter l'emploi du temps de la structure²⁰⁰⁶. Ainsi, le seul refus de prendre part au fonctionnement de l'institution suffit à troubler l'ordre *intra-muros* et à fonder une sanction disciplinaire, y compris lorsque la prise en charge a pour objet de modifier l'idéologie politico-religieuse des détenus, ce qui ne peut s'analyser qu'en une atteinte à la liberté d'opinion et de religion²⁰⁰⁷. On perçoit ici clairement l'ampleur du décalage pouvant être réalisé, à l'initiative de la rationalité punitive contemporaine, avec les

²⁰⁰¹ FROMENT Jean-Charles, « Vers une "prison de droit" ? », préc., p. 537-560. Concernant la hiérarchie des normes émises par l'administration pénitentiaire v. : Note du 20 décembre 2013 relative aux règles intérieurs des établissements pénitentiaires, *op. cit.*, p. 2.

²⁰⁰² Chapitre II. Les règles de vie, règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, annexe de l'art. R. 57-6-18 du CPP.

²⁰⁰³ Art. 7, annexe de l'art. R. 57-6-18 du CPP.

²⁰⁰⁴ Règlement intérieur du Quartier d'évaluation de la radicalisation de la Maison d'arrêt du Val d'Oise, *op. cit.*, p. 15.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 8.

²⁰⁰⁶ Le règlement intérieur de ce quartier précise d'ailleurs qu'« en cas de refus de la personne détenue de respecter l'emploi du temps et les modalités de prise en charge qui ont été définies pour elle, cette dernière fait l'objet d'un entretien de recadrage, avant d'envisager une décision de transfert vers un autre établissement ou un placement sous le régime de l'isolement : *ibid.*, p. 7 ; 10.

²⁰⁰⁷ Contrairement au Comité des ministres, le ministère de la Justice ne distingue par l'extrémisme violent, visant des atteintes à l'ordre public comme l'apologie du terrorisme, la préparation et la commission d'infractions, et la radicalisation désignant un processus d'identification à une idéologie radicale politico-religieuse relevant de la liberté d'opinion et de religion : Lignes directrices du Comité des ministres à l'intention des services pénitentiaires et de probation concernant la radicalisation et l'extrémisme violent, adoptées le 2 mars 2016 ; URVOAS Jean-Jacques, *Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, *op. cit.*, p. 3. Sur les prises en charge responsabilisantes portant sur une idéologie v. : *infra* n° 431.

fonctions classiques de la peine, au travers de modalités d'exécution poursuivant des intérêts institutionnels ne présentant qu'un lien de plus en plus distant avec l'ordre public.

399 Les interdictions spécifiques relatives à la discipline pénitentiaire. Aux côtés des interdictions générales relatives à la discipline, d'autres fautes viennent qualifier des troubles spécifiques à l'ordre pénitentiaire. En dehors du champ des illégalismes communs avec le droit pénal, ces interdictions portent essentiellement sur le bon ordre de la détention, venant assurer un fonctionnement efficace du sous-dispositif carcéral. Parcourir ces fautes disciplinaires doit nous permettre de mieux appréhender la notion d'ordre de l'établissement, formatée par la politique pénitentiaire et contrôlée par les juridictions administratives.

Les interdictions spécifiques relèvent d'abord de prescriptions réglementant la vie en détention de manière analogue à la vie en collectivité. Il s'agit d'infractions disciplinaires interdisant précisément des comportements touchant l'ordre de la détention, sans renvoi explicite ou implicite à cette notion. Sont par exemple proscrits l'état d'ébriété²⁰⁰⁸, le fait « de négliger de préserver ou d'entretenir la propreté de sa cellule²⁰⁰⁹ » ou « de jeter tout objet ou substance par les fenêtres²⁰¹⁰ ». Les prescriptions prohibant spécialement un comportement relèvent ensuite plus spécifiquement de la prise en charge, mais surtout, elles sont définies – implicitement ou non – par référence à la notion d'ordre de l'établissement. Entraver ou tenter d'entraver les activités pénitentiaires de la population pénale et faire un usage abusif ou nuisible d'objets autorisés par le règlement intérieur sont en effet des normes ne pouvant être comprises qu'eu égard au bon ordre de la détention²⁰¹¹. La subordination du champ *rationae materiae* de l'interdiction à cette notion est d'ailleurs parfois explicite, comme pour le tapage²⁰¹². Ce comportement n'est susceptible d'être réprimé que lorsqu'il est de nature à troubler l'ordre de l'établissement, laissant ainsi le champ matériel de la faute à la discrétion de l'administration²⁰¹³. Plus que la première catégorie des interdictions spécifiques, ces infractions informent par leur usage la notion d'ordre de l'établissement et, par là, la notion d'ordre pénitentiaire *intra-muros*. L'exemple des actions collectives en détention est à ce titre

²⁰⁰⁸ 14°, art. R. 57-7-2 du CPP.

²⁰⁰⁹ 4°, art. R. 57-7-3 du CPP.

²⁰¹⁰ 5°, art. R. 57-7-3 du CPP.

²⁰¹¹ 2°, 6°, art. R. 57-7-3 du CPP.

²⁰¹² 15°, art. R. 57-7-2 du CPP.

²⁰¹³ Dans les nouvelles prisons, il est alors possible de craindre que cette faute intervienne pour rendre plus effective la mise à distance, d'une part, entre la personne condamnée et le surveillant d'étage, en disqualifiant les demandes de circulation exprimées au travers du martèlement de la porte de la cellule et les contestations que peuvent occasionner leur refus, et, d'autre part, entre les personnes condamnées en raison des objectifs d'inintelligibilité entre les lieux de détention, contribuant à maîtriser toute sociabilité des personnes détenues.

le plus évocateur de la latitude abandonnée à l'administration par la notion de bon ordre.

Les actions collectives, sous toutes leurs formes (mutinerie, grève, refus de réintégrer les cellules, prière collective²⁰¹⁴, etc.), sont réprimées à partir du moment où elles sont de nature à compromettre la sécurité des établissements ou à en perturber l'ordre²⁰¹⁵. Le problème est alors la conception particulièrement extensive retenue des troubles à l'ordre de l'établissement, au point d'y inclure toute revendication collective²⁰¹⁶. Devant connaître d'une sanction de déclassement d'emploi sur ce fondement, le tribunal administratif de Rennes a conclu à l'absence d'une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression au regard du but poursuivi, au motif que la démarche consistant à avoir « rédigé et soumis à la signature des autres détenus une demande à caractère revendicatif [...] constituait bien une action collective de nature à perturber l'ordre de l'établissement²⁰¹⁷ ». Alors même que le comportement qualifié est en soi particulièrement large, en ce qu'aucun trouble effectif n'est exigé, la notion d'ordre de l'établissement fait l'objet d'un usage extensif par l'administration et manifestement d'un faible contrôle par le juge, puisqu'en l'espèce, toute atteinte à la liberté d'expression est considérée proportionnée par le juge si la faute disciplinaire est commise. La juridiction administrative refuse ainsi d'annuler une décision fondée sur un usage de la notion d'ordre et destinée à réprimer une pratique de résistance au fonctionnement de l'institution, consistant en une simple revendication, en dehors d'une quelconque appréciation de la légitimité de ses moyens et de son objet, en dépit de la vulnérabilité des personnes détenues²⁰¹⁸. Au nom de la protection du bon ordre de la détention, c'est donc la soumission sans réserve des détenus à l'autorité de l'administration qui est recherché, et la réduction à néant de toute possibilité de revendication collective.

L'observation des troubles à l'ordre *intra-muros* illustre l'ampleur de l'autonomie de l'ordre institutionnel, par la diversité des intérêts poursuivis par les régimes d'exécution carcéraux. C'est d'ailleurs dans la qualification de troubles à l'ordre de la détention que se

²⁰¹⁴ Sur l'interdiction des prières collectives en dehors des salles de culte v. : Note du 13 juillet 2007 relative à l'exercice du culte musulman en milieu pénitentiaire, DAP, n° 399, p. 2.

²⁰¹⁵ 7°, art. R. 57-7-1 du CPP.

²⁰¹⁶ La « conception particulièrement élastique donnée au concept d'ordre » est aujourd'hui d'autant plus problématique qu'elle constitue dorénavant une faute de premier degré équivalente à un mouvement collectif de nature à compromettre la sécurité de l'établissement : HERZOG-EVANS Martine, « Décret du 13 février 2019 sur la discipline pénitentiaire : un raidissement institutionnel et une occasion manquée », *op. cit.*

²⁰¹⁷ TA de Rennes, 10 septembre 2014, n° 1205245, AJ Pénal 2014. 547, obs. Péchillon. Dans cette affaire, la simple remise, par un détenu, d'imprimés-type concernant une demande de « promenade travailleurs » le week-end et d'un signalement d'une violation d'une disposition du code de procédure pénale, auquel le chef d'établissement a par ailleurs fait droit immédiatement, a suffi pour caractériser une faute du second degré.

²⁰¹⁸ Sur le rappel de cette vulnérabilité des personnes détenues v. : CEDH, 16 octobre 2008, *Renolde c. France*, n° 5608/05, §83.

trouve la genèse de l'élaboration d'un sous-dispositif dédié aux personnes radicalisées, entreprenant de plus en plus la réformation de l'idéologie politico-religieuse des personnes détenues²⁰¹⁹. La diversification des intérêts poursuivis par les régimes d'exécution, telle la déradicalisation, est symptomatique de la révision de la rationalité punitive contemporaine et des décalages qu'elle opère avec la rationalité pénale, en visant « à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable [...] et d'éviter la commission de nouvelles infractions²⁰²⁰ ». L'amplification de la réglementation de la vie qui en résulte, d'une portée limitée dans le sous-dispositif carcéral, s'illustre davantage par les comportements troublant l'ordre *extra-muros* (2).

2. Les comportements troublant l'ordre *extra-muros*

400 Les interdictions obstacles relatives à l'ordre public. En dépit de l'inscription des dimensions de l'ordre pénitentiaire dans une rationalité punitive unique, l'accent est placé par l'ordre *extra-muros* sur des intérêts distincts de l'ordre intérieur des établissements pénitentiaires. Si la sécurité publique et la prévention de la récidive sont des intérêts poursuivis en détention²⁰²¹, ils gagnent en importance au fur et à mesure de la revalorisation de la liberté dans le régime d'exécution. Le lien entre l'ordre pénitentiaire et l'ordre public se matérialise ainsi autrement, en passant principalement de l'organisation de la rétribution des infractions commises à la prévention des atteintes aux biens juridiques.

Nombre des prescriptions de l'article 132-45 du code pénal érigent des conduites en atteinte à l'ordre pénitentiaire, en ce qu'elles sont analysées comme un facteur d'aggravation du risque de l'élargissement pour la sécurité publique. Ces interdictions obstacles visent notamment le fait de conduire certains véhicules et de détenir ou porter une arme²⁰²². Plus attentatoire à liberté individuelle, l'interdiction de « se livrer à l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ou ne pas exercer une activité impliquant un contact habituel avec des mineurs²⁰²³ ». Ces interdictions ne sont destinées à être prononcées qu'en présence d'un « lien avec l'infraction ou dans l'intérêt de la partie

²⁰¹⁹ Ce n'est en effet ni une infraction pénale, ni une infraction disciplinaire qui a sous-tendu l'expérimentation fresnoise du regroupement, mais un trouble à l'ordre de l'établissement causé par la recrudescence du prosélytisme. Sur le développement d'un sous-dispositif dédié aux personnes radicalisées v. : HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire », *op. cit.* Sur l'usage des modalités d'exécution pour disqualifier des comportements non formellement interdits v. : *infra* n° 553 et s.

²⁰²⁰ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁰²¹ Art. 2, loi n° 2009-1346 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

²⁰²² 7°, 14°, art. 132-45 du CP.

²⁰²³ 8°, art. 132-45 du CP.

civile afin de donner tout son sens à la peine²⁰²⁴ ». Pas d'obligation légale toutefois, mais seulement l'exigence de motivation des décisions des juridictions de l'application des peines, au regard des principes directeurs de l'exécution des peines. À ce titre, ce lien avec l'infraction commise est avant tout une individualisation des conditions d'exécution en fonction des catégories de population pénale, puisque sont plus déterminants la situation, le mobile et la cause de l'atteinte à l'ordre public, qu'un strict lien avec certaines qualifications juridiques. En outre, l'indexation sur les critères généraux de l'octroi des mesures d'individualisation est autant un facteur de maintien d'une relativité avec l'ordre public qu'un vecteur pour s'en détacher, comme le démontre la prise en compte de l'intérêt des victimes²⁰²⁵. Les intérêts poursuivis par les régimes d'exécution s'éloignent ainsi des biens juridiques protégés, à l'initiative de la rationalité punitive contemporaine, ce qui justifie par ailleurs le développement d'interdictions obstacles indépendantes de l'ordre public.

401 Les interdictions obstacles indépendantes de l'ordre public. Les régimes d'exécution prescrivent des obligations de ne pas faire laissant apparaître un lien de plus en plus distant avec l'ordre public, malgré la finalité principale de la prévention de la récidive²⁰²⁶. L'obstacle à l'atteinte aux valeurs sociales en lequel consistent les interdictions relatives à liberté individuelle s'éloigne des comportements incriminés, de sorte qu'il soit de plus en plus nécessaire de poser la question de la nécessité et de la proportionnalité de ces prescriptions. C'est notamment le cas de l'interdiction d'engager des paris et de prendre part à des jeux d'argent et de hasard, qui ne dispose pas d'une relation aussi évidente avec des

²⁰²⁴ Circ. du 27 avril 2006 relative aux aménagements de peine et aux alternatives à l'incarcération, Garde des sceaux, JUSD06300051C, BOMJ n° 102 du 1^{er} avril au 30 juin 2006.

²⁰²⁵ Sur les critères d'octroi généraux des mesures d'individualisation judiciaires v. : *supra* n° 82-85.

²⁰²⁶ Or, ce n'est pas parce que la personne est condamnée que la protection de l'ordre public ne doit pas sous-tendre son assujettissement, particulièrement en ce que l'acte de punir se caractérise par son indétermination. Concernant la poursuite de l'emprisonnement, la Cour européenne des droits de l'Homme exprime cette exigence au travers de la notion de « motifs légitimes d'ordre pénologique » : CEDH [GC], 9 juillet 2013, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, préc., §128. En matière de régime d'exécution en milieu ouvert, c'est essentiellement la motivation des juridictions de l'application des peines, au regard des critères généraux de l'exécution des peines, qui doit garantir la nécessité et la proportionnalité de la police à laquelle est soumise la personne condamnée. Fondés sur la rationalité punitive contemporaine, ces critères sont la traduction et la prescription juridique de la diversification des fonctions et des finalités de l'acte de punir, notamment par la prise en compte de l'intérêt des victimes et du risque de récidive. Le problème se cristallise dès lors dans les tactiques pénitentiaires qu'autorise la rationalité de l'acte de punir, qui se trouve de plus en plus en décalage avec l'économie punitive libérale, esquissée par les réformateurs du XVIII^e siècle. La rationalité punitive contemporaine articule en effet un « droit pénal libéral », toujours rationalisé par les principes du droit pénal moderne, et un acte de punir néolibéral, ce qui conduit à une inadéquation des garanties du droit pénal moderne pour connaître des pratiques punitives contemporaines : MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, op. cit.*, §59.

atteintes à l'ordre public que l'interdiction de conduire un véhicule²⁰²⁷. Il n'est plus ici question de faire obstacle aux moyens ou à la situation dans laquelle l'infraction a eu lieu, mais, seulement, de prévenir une situation pouvant conduire à la commission d'une infraction. La relativité avec l'ordre public demeure, sans qu'il soit possible de s'abstenir de relever son relâchement, d'autant que cette interdiction est également prononcée à titre de garantie pénitentiaire du paiement des sommes dues au trésor public et aux victimes, de sorte que l'on puisse ajouter aux intérêts de l'ordre pénitentiaire la solvabilité des personnes condamnées. Mais sans conteste, l'exemple le plus significatif de l'amplification de la réglementation de la vie en ce domaine est l'interdiction « de diffuser tout ouvrage ou œuvre audiovisuelle dont il serait l'auteur ou le coauteur et qui porterait, en tout ou partie, sur l'infraction commise et s'abstenir de toute intervention publique relative à cette infraction²⁰²⁸ ». Applicable aux personnes condamnées pour des crimes ou délits d'atteintes volontaires à la vie, d'agressions sexuelles ou d'atteintes sexuelles, cette obligation prohibe à la personne de s'exprimer publiquement sur les faits commis, peu important le média. Large, cette obligation fait l'objet d'une interprétation prétorienne sévère et d'un contrôle juridictionnel accommodant.

D'une part, l'arrêt de la Cour de cassation en date du 24 juin 2009 illustre l'âpre manière dont le juge interprète cette disposition²⁰²⁹. Une personne en semi-liberté, lors d'un entretien avec un journaliste lui demandant si elle avait des regrets pour les actes commis, a indiqué à titre de réponse que la restriction de l'exercice de sa liberté d'expression ne pouvait qu'avoir pour objet l'absence d'un total dénigrement des faits commis²⁰³⁰. Tout en relevant l'ambiguïté du propos, la Cour d'appel a rendu un arrêt confirmatif de retrait de la mesure, au motif que la phrase « le fait que je ne m'exprime pas est une réponse » « exprime une opinion sur les faits pour lesquels il a été condamné²⁰³¹ ». Dès lors, ce commentaire de son régime d'exécution suffit à justifier une réincarcération pour une durée indéterminée, au titre de

²⁰²⁷ 10°, art. 132-45 du CP.

²⁰²⁸ 16°, art. 132-45 du CP.

²⁰²⁹ Crim., 24 juin 2009, n° 08-88.337, inédit, RSC 2009. 645, chron. Poncela.

²⁰³⁰ La « plus grande partie de l'interview publiée dans le magazine l'Express le 1^{er} octobre 2008 ne relève pas de l'interdiction faite mais qu'en répondant à la question du journaliste : « Regrettez-vous les actes d'Action Directe, notamment l'assassinat de Georges Y... » de la manière suivante : « Je n'ai pas le droit de m'exprimer là-dessus Mais le fait que je ne m'exprime pas est une réponse, car il est évident que si je crachais sur tout ce qu'on avait fait, je pourrais m'exprimer », Jean-Marc X... a exprimé une opinion sur les faits pour lesquels il a été condamné, fût-ce avec une ambiguïté que le commentaire, d'ordre plus général dont il a complété ses propos concernant l'impossibilité de tirer de l'expérience un vrai bilan critique, n'a pas levée ; » : CHAP de Paris, 4 décembre 2008, n° 08/09749, D. 2009. 1388, note Herzog-Evans. Sur la décision de première instance v. : HERZOG-EVANS Martine, « À propos de l'interdiction de s'exprimer quant à l'infraction Jugement rendu par Tribunal de l'application des peines de Paris », *AJ Pénal*, n° 12, 2008, p. 517. Sur la décision de la Cour d'appel v. : HERZOG-EVANS Martine, « Une interview qui coûte cher à un ancien terroriste », *D.*, n° 20, 2009, p. 1388-1392.

²⁰³¹ CHAP de Paris, 4 décembre 2008, n° 08/09749, préc.

l'exécution d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, sur le fondement d'une obligation consistant, selon les juges du fond, à protéger au premier chef les victimes de l'expression du probationnaire²⁰³². En s'abstenant de répondre aux moyens du pourvoi, soulevant notamment la disproportion de la sanction au regard du droit à la sûreté et à la liberté d'expression, la chambre criminelle considéra que la Cour d'appel a bien justifié sa décision²⁰³³, entérinant ainsi une sanction disproportionnée illustrant la politique d'aménagement spéciale en matière de terrorisme²⁰³⁴. Nous percevons dès lors toute la portée de la prise en compte des intérêts des victimes, qui érigent l'expression de l'absence de repentir et de remise en cause de ses actes en trouble à l'ordre pénitentiaire *extra-muros*, de nature à justifier la poursuite de l'emprisonnement, en l'absence de la caractérisation de tout risque d'atteinte aux biens juridiques²⁰³⁵.

D'autre part, cette interdiction restreignant la liberté d'expression fait l'objet d'un contrôle juridictionnel accommodant, éteignant tout espoir d'une reconnaissance de son inconvencionnalité, au regard de la disproportion de l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression et de la sanction pénale qu'occasionne sa violation avec la protection des victimes d'une expression publique sur les faits ayant fondé la condamnation. Une autre affaire, concernant le second intérêt poursuivi de cette interdiction – la protection de l'ordre public –, illustre la faible valeur de ce contrôle²⁰³⁶. Après le signalement qu'une personne condamnée pour des faits de terrorisme rédigeait un « mémoire », le ministère public, pensant qu'il pouvait s'agir que de ses mémoires, saisit le juge de l'application des peines d'une requête en modification du régime probatoire de sa libération conditionnelle. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a considéré qu'il convenait de soumettre la personne condamnée à l'obligation de l'article 132-45, 16° du code pénal au motif que « bien que ne sachant pas le contenu du terme mémoire il n'est donc pas exclu que M. X... ne soit tenté de publier ses mémoires et de faire des déclarations sur les faits pour lesquels il a été condamné²⁰³⁷ ». La Cour de cassation, alors même que le mémoire en question était destiné à l'obtention d'une maîtrise d'histoire, conclut que les juges d'appel avaient fait l'exacte application des textes, adhérant ainsi à l'analyse de la Cour d'appel quant à la

²⁰³² *Ibid.*

²⁰³³ Crim., 24 juin 2009, n° 08-88.337, inédit, préc.

²⁰³⁴ Sur cette politique de manière générale v. : *supra* n° 115. Sur l'écart de la sanction prononcée dans cette affaire avec la pratique commune de l'application des peines v. : HERZOG-EVANS Martine, « Une interview qui coûte cher à un ancien terroriste », *op. cit.*

²⁰³⁵ Sur l'exigence d'un repentir durant l'exécution de la peine v. : *supra* n° 567-569.

²⁰³⁶ Crim., 30 mars 2011, n° 10-86.999, inédit, préc. ; CEDH, 12 novembre 2015, *Bidart c. France*, n° 52363/11, Dr. pén. 2016. n° 4, chron. 4, chron. Dreyer ; AJDA 2016. 143, chron. Burgorgue-Larsen.

²⁰³⁷ CHAP de Paris, 31 août 2010, n° 10.06473.

conventionnalité de l'interdiction²⁰³⁸. Difficile pourtant de percevoir la nécessité et la proportionnalité de la mesure pour la sauvegarde de l'ordre public. Malgré un amalgame inquiétant, entre le militantisme politique et la matérialisation d'une absence de réinsertion caractérisant un risque de récidive, laissant peu de doute sur l'instrumentalisation du régime d'exécution à des fins étrangères à la protection des valeurs sociales, les juges strasbourgeois ont admis le but légitime de sauvegarde de l'ordre public. La Cour, alors même qu'elle reproche au juge interne de s'être fondé sur des propos éventuels et de n'avoir « ni procédé à la balance des intérêts en présence ni pleinement caractérisé le risque d'atteinte à l'ordre public²⁰³⁹ », reconnaît la nécessité et la proportionnalité de l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression, notamment en raison du risque de la réunion de « conditions favorisant une possible récidive²⁰⁴⁰ » et de la situation au Pays basque. En relevant seulement la possibilité d'une situation créant un risque, la Cour européenne des droits de l'Homme valide certes l'interdiction de s'exprimer sur les faits commis en matière de terrorisme, mais reconnaît également, par là, un lien ténu avec la sauvegarde de l'ordre public. Le problème réside finalement dans le fait que certaines opinions politiques sont considérées en soi contraires à l'ordre pénitentiaire, car perçues en elles-mêmes comme un obstacle à la réinsertion et comme un risque de récidive. Ce spectre invasif de la prévention de la récidive voile parfois un usage arbitraire de cette obligation, pour rechercher au travers de l'acte de punir plus que le respect des valeurs sociales protégées.

Comme le démontre clairement ce dernier exemple, l'intensification de l'individualisation dans le milieu ouvert conduit à une plus grande « emprise institutionnelle²⁰⁴¹ » sur la population pénale. Le passage de la rationalité pénale à la rationalité punitive, par la condamnation à la peine privative de liberté, ouvre la porte à un exercice du pouvoir de punir recherchant, non plus le respect des valeurs sociales protégées par les personnes condamnées, mais la soumission de la population pénale à un ordre pénitentiaire de plus en plus dissocié de l'ordre public. Ainsi, la reconfiguration du dispositif d'exécution, par la diversification des modalités d'exécution, n'apparaît pas être le terme de l'« excès du pénitentiaire sur le pénal²⁰⁴² », mais plutôt le vecteur de son intensification.

²⁰³⁸ Crim., 30 mars 2011, n° 10-86.999, inédit, *op. cit.* La Cour d'appel a considéré que l'obligation qui « se limite à interdire tout commentaire et toute apologie des infractions commises [...] ne constitue pas une mesure disproportionnée au regard de la nécessaire sauvegarde de l'ordre public et n'interdit nullement à Philippe Bidart d'exprimer ses convictions politiques » : CHAP de Paris, 31 août 2010, n° 10.06473.

²⁰³⁹ CEDH, 12 novembre 2015, *Bidart c. France*, n° 52363/11, préc., §40.

²⁰⁴⁰ *Ibid.*, §35.

²⁰⁴¹ ROSTAING Corinne, « Interroger les changements de la prison. Des processus de déprise et de reprise institutionnelle », *op. cit.*, p. 98.

²⁰⁴² GROS Frédéric, « Foucault et "La société punitive" », *op. cit.*, p. 13.

*

402 La protection pénitentiaire médiate de l'ordre public. En raison de la nature institutionnelle de l'ordre pénitentiaire, les interdictions des régimes d'exécution ne poursuivent pas la rationalité du droit pénal. Elles contribuent à la protection de l'ordre public de manière médiate, en poursuivant la rationalité punitive contemporaine, qui met de plus en plus l'accent sur les finalités prospectives de l'acte de punir. La police de la population pénale a désormais pour objet de normaliser le mode de vie des personnes condamnées pour l'avenir, en vue d'assurer l'efficacité de l'acte de punir, et non seulement garantir sa bonne exécution. Il en découle une amplification de la réglementation de la vie, déterminant la soumission des personnes condamnées à un ordre pénitentiaire de plus en plus dissocié de l'ordre public.

**

403 La dissociation de l'ordre pénitentiaire de l'ordre public. L'évolution des pratiques punitives et de l'ordre qui les structure correspond à une reconfiguration du dispositif d'exécution, dont les interdictions des régimes d'exécution sont symptomatiques. Les modalités d'exécution ne proscrivent et sanctionnent plus seulement les conduites portant atteinte à l'ordre pénitentiaire, en ce qu'elles constituent des obstacles à l'effectivité de la peine, mais également celles troublant ce dernier, en ce qu'elle constituent des entraves à l'efficacité de l'acte de punir, c'est-à-dire à sa capacité à permettre au condamné d'« agir en personne responsable [...] et d'éviter la commission de nouvelles infractions²⁰⁴³ ». En définitive, la rationalité punitive contemporaine poursuit un ordre de plus en plus indexé sur la prévention de la récidive, la défense des intérêts des victimes et, plus largement, sur la responsabilité sociale, ce qui implique une amplification de la réglementation de la vie de la population pénale et contribue à intensifier l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. La poursuite de l'analyse de l'ordre pénitentiaire doit nous permettre de confirmer la recherche d'une normalisation de la population pénale, par une réglementation de la vie poursuivant des intérêts de plus en plus dissociés de l'ordre public. Il convient donc de nous tourner dorénavant vers les obligations des régimes d'exécution (Section 2), de sorte que, en mettant en exergue les comportements requis par l'institution, il soit possible d'esquisser la silhouette de la « personne responsable²⁰⁴⁴ ».

²⁰⁴³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁰⁴⁴ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

SECTION 2. LES OBLIGATIONS DES RÉGIMES D'EXÉCUTION

404 Un ordre pénitentiaire exprimé positivement. Aux côtés de la prévention de la commission de nouvelles infractions a été juxtaposée une finalité de l'acte de punir visant à faire du sujet de la peine une « personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société²⁰⁴⁵ ». L'acte de punir ne se limite plus à l'entreprise d'une réformation morale dans le but de prévenir les atteintes aux biens juridiques, mais tend désormais à rechercher une subjectivation de la personne condamnée en référence à cet idéal-type de la responsabilité sociale. En ce but, le dispositif d'exécution exerce une police sur la population pénale, destinée à normaliser la vie des personnes condamnées eu égard à ce standard. L'observation de l'évolution des prescriptions pénitentiaires démontre effectivement une extension de la réglementation des régimes d'exécution à de nouveaux domaines de la vie du sujet de l'acte de punir²⁰⁴⁶. Au travers de l'identification des nouveaux intérêts institutionnels poursuivis, procédant de l'évolution de notre rationalité punitive et illustrant une dissociation de l'ordre pénitentiaire de l'ordre public, l'étude de cette forme de « pénalisation de l'existence²⁰⁴⁷ » doit nous permettre d'esquisser la figure de la personne responsable. Il convient dès lors d'analyser tant les obligations économiques et sociales (§1) que les obligations sanitaires (§2).

§1. LES OBLIGATIONS ÉCONOMIQUES ET SOCIALES

405 Un ordre pénitentiaire économique et social. De nombreuses obligations, prescrivant aux personnes condamnées des comportements à adopter afin « de mener une vie responsable²⁰⁴⁸ », portent sur les aspects économique et social de l'existence de la population pénale. Il s'agit d'un premier biais par lequel il est possible d'appréhender les nouvelles pratiques punitives et les tactiques pénitentiaires dans lesquelles elles s'inscrivent. Ainsi, nous pourrions commencer à esquisser, grâce à la dimension de l'ordre pénitentiaire qu'elles expriment, le standard de la « personne responsable²⁰⁴⁹ ». En ce sens, nous relèverons d'abord

²⁰⁴⁵ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁰⁴⁶ À cet égard, la police de la population pénale est l'une « des manifestations d'une nouvelle conception de la contrainte juridique où les obligations de faire prennent le pas sur les obligations de ne pas faire, au nom de la recherche de l'optimum social plutôt que de la défense du minimum nécessaire à la co-existence des individus. » : BELLEY Jean-Guy, « Une philosophie de l'aspiration juridique : l'art de bien se contraindre », *APD*, vol. 44, « L'obligation », 2000, p. 329.

²⁰⁴⁷ FOUCAULT Michel, *La société punitive. Cours au collège de France. 1972-1973*, op. cit., p. 197.

²⁰⁴⁸ Règle n° 102.1, Recommandation R (92) 16 du Comité des ministres aux États membres relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté.

²⁰⁴⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

les prescriptions relatives à l'activité économique (A), puis les prescriptions relatives aux interactions sociales (B).

A. Les prescriptions relatives à l'activité économique

406 L'extension de la gouvernementalité néolibérale au champ pénitentiaire. Les obligations des régimes d'exécution ne prescrivent pas une conduite pour prévenir directement le renouvellement d'une atteinte à l'ordre public. La police de la population pénale n'a pas comme fonction principale la protection des biens juridiques, ce qui explique l'absence d'exigence d'un lien entre la plupart des obligations et l'infraction commise. Certaines mesures, dont l'obligation d'« exercer une activité professionnelle ou suivre un enseignement ou une formation professionnelle²⁰⁵⁰ », voient d'ailleurs leur prononcé se systématiser²⁰⁵¹. Aux côtés de l'obligation d'activité en milieu fermé²⁰⁵², l'obligation d'exercer une activité économique vise, au-delà de l'idée de réformation morale et de l'objectif de réinsertion, à réguler l'emploi du « capital humain²⁰⁵³ ». Elles mettent à cet égard parfaitement en lumière le rôle l'extension de la rationalité économique au champ pénitentiaire dans la reconfiguration du dispositif d'exécution. Il est dès lors possible de se servir des développements consacrés aux prescriptions relatives à l'activité économique, pour présenter notre hypothèse des tenants et des aboutissants de l'amplification de la réglementation de la vie des personnes condamnées, en mettant en exergue qu'elles expriment

²⁰⁵⁰ 1°, art. 132-45 du CP. À cette première obligation d'exercer une activité économique se joint l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général : 21°, art. 132-45 du CP.

²⁰⁵¹ Comme le relève un auteur, le prononcé de l'obligation de travail, de soins et d'indemnisation des victimes semble se systématiser : MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, op. cit., p. 60. Malgré l'absence de statistiques nationales, plusieurs auteurs, sur le fondement de recherches empiriques, s'accordent sur le fait que ces trois obligations sont les plus prononcées par l'autorité judiciaire : *ibid.*, p. 58-60 ; DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 17 ; DE LARMINAT Xavier, *La probation en quête d'approbation. L'exécution des peines en milieu ouvert : entre gestion des risques et gestion des flux*, Thèse, Science politique, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, Université de Cergy-Pontoise, 2012, p. 358. En particulier, Xavier DE LARMINAT a pu constater que sur une cohorte de près de 1200 personnes suivies dans un service pénitentiaire d'insertion et de probation de milieu urbain, 78% étaient assujetties à une obligation de soins : *ibid.*

²⁰⁵² Si le travail obligatoire a disparu en détention, « toute personne condamnée est tenue d'exercer au moins l'une des activités qui lui est proposée » : art. 27, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

²⁰⁵³ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 94. « En résumé, le dispositif subjectif correspondant au capital humain définit chacun de nous comme un stock de compétences – innées et acquises, prodiguées et conquises, actuelles et potentielles » : FEHER Michel, « S'apprécier, ou les appréciations du capital humain », *Raisons politiques*, n° 4, vol. 28, 2007, p. 16. Il s'agit d'un « stock de compétences, aptitudes, talents, qualifications dont les individus disposent pour pouvoir vivre et travailler » : PALTRINIERI Luca, « Quantifier la qualité. Le « capital » entre économie, démographie et éducation », *Raisons politiques*, n° 4, vol. 52, 2013, p. 90.

un ordre pénitentiaire (1) et poursuit une rationalité punitive (2), modelés par la gouvernamentalité néolibérale²⁰⁵⁴.

1. Un ordre pénitentiaire modelé par la gouvernamentalité néolibérale

407 La gouvernamentalité néolibérale. Fondé sur un principe du laisser-faire, le libéralisme est une rationalité économique qui s'est construit « en opposition avec une gouvernamentalité dominée par la raison d'État²⁰⁵⁵ ». La gouvernamentalité néolibérale est, quant à elle, la doctrine d'intervention étatique consistant en l'extension de cette rationalité économique au champ social, destinée à diriger les conduites au travers des théories du choix rationnel. Pour mieux comprendre comment fonctionne cette gouvernamentalité, pour dans un second temps relever son apport au champ pénitentiaire, il convient de revenir sur les étapes décisives du développement du libéralisme.

Né de la critique des règlements de police au XVI^e siècle, le libéralisme prône un laisser-faire en matière économique, pour une régulation des échanges à partir des règles immanentes au marché²⁰⁵⁶. Le marché n'est plus un lieu de juridiction, mais un lieu de véridiction, « ce qui signifie qu'il devient le critère de vérification ou de falsification pour la pratique gouvernementale²⁰⁵⁷ ». C'est le bon fonctionnement du marché, à partir des intérêts individuels et au service de l'intérêt général, qui valide la politique gouvernementale. Cette légitimation de l'action économique de l'État par le marché va devenir ensuite une forme de gouvernement au-delà des échanges économiques²⁰⁵⁸. Le deuxième temps de l'évolution du gouvernement libéral consiste ainsi en l'exportation de la forme du marché à d'autres objets du gouvernement, par la « démultiplication de la forme « entreprise » à l'intérieur du corps social²⁰⁵⁹ ». Cette évolution a enfin, presque naturellement, déterminé l'extension des méthodes d'analyse des phénomènes économiques à l'étude des conduites humaines extérieures à ce champ²⁰⁶⁰. Plus précisément, il s'agit d'exporter la notion de capital pour

²⁰⁵⁴ Sur les conséquences de la gouvernamentalité néolibérale sur la prison du point de vue d'un philosophe v. : FONTAINE Victor, *Réguler et conduire. De la critique de la prison à la pénalité néolibérale*, thèse en philosophie, IEP de Paris, 2017, 409 p.

²⁰⁵⁵ PONCELA Pierrette, « Dehors... La prison dans la tête. Quelques réflexions à partir des peines de milieu ouvert », *op. cit.*, p. 17.

²⁰⁵⁶ FOUCAULT Michel, *Naissance de la Biopolitique. Cours au collège de France. 1978-1979*, Paris, EHESS Gallimard Seuil, « Hautes études », 2004, p. 33.

²⁰⁵⁷ LEGRAND Stéphane, « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », *op. cit.*, p. 41.

²⁰⁵⁸ « Il ne faut pas seulement rendre possible le marché libre dans la société, il faut organiser la société selon les formes propres à cette structure qu'est le marché » : *ibid.*, p. 43.

²⁰⁵⁹ FOUCAULT Michel, *Naissance de la Biopolitique. Cours au collège de France. 1978-1979*, *op. cit.*, p. 155.

²⁰⁶⁰ LEGRAND Stéphane, « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », *op. cit.*, p. 44.

étendre la « structure marché-entreprise comme principe d'intelligibilité et opérateur de gestion et de normalisation²⁰⁶¹ ». Appréhender l'individu par le concept de « capital humain²⁰⁶² », visant l'ensemble des capacités productives d'un individu résultant de ses connaissances et ses compétences, permet en effet la « définition de l'action humaine comme un choix opéré dans l'allocation de ressources rares à des fins alternatives selon des modalités concurrentes²⁰⁶³ ». C'est le point de départ autorisant « l'analyse d'un comportement humain et de la rationalité interne de ce comportement humain²⁰⁶⁴ » en termes économiques, c'est-à-dire en tant que choix rationnels déterminant la conduite des individus. À partir de cette connaissance de la rationalité interne des conduites, il est dès lors possible de déterminer les facteurs sur lesquels le gouvernement peut agir pour modifier les conduites à moindre coût. *In fine*, il s'agit de « recoder économiquement la nature du sujet de la conduite²⁰⁶⁵ » à diriger, en fonction de ce qu'il peut entreprendre, afin d'intervenir pour guider l'allocation de ses ressources, c'est-à-dire de ses facultés, en lui enjoignant d'être « entrepreneur de lui-même²⁰⁶⁶ » pour normaliser et responsabiliser sa participation au champ social.

Le champ pénitentiaire est l'une des composantes du champ social affectées par l'extension de la rationalité économique. La gouvernementalité néolibérale entretient l'ambition d'un acte de punir « capable de réaliser et de perfectionner une normalisation des comportements à moindre coût²⁰⁶⁷ » se traduisant, notamment, par l'injonction faite aux individus d'être entrepreneur de leur peine. Le dispositif d'exécution évolue en ce sens pour développer une régulation économique des conduites de la population pénale. Il est toujours question d'une subjectivation à des normes de comportement, sanctionnée par l'évolution des conditions d'exécution, mais elles sont renouvelées pour régler l'insertion sociale des personnes condamnées, c'est-à-dire gouverner l'emploi du « capital humain²⁰⁶⁸ » qu'elles représentent. Il en ressort un ordre pénitentiaire de plus en plus caractérisé par la correspondance des intérêts institutionnels et individuels²⁰⁶⁹.

²⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 45.

²⁰⁶² BECKER Gary, *Human Capital, A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Référence to Education*, 3^e éd., New York, Columbia University Press, 1993, 412 p.

²⁰⁶³ LEGRAND Stéphane, « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », *op. cit.*, p. 45.

²⁰⁶⁴ FOUCAULT Michel, *Naissance de la Biopolitique. Cours au collège de France. 1978-1979*, *op. cit.*, p. 229.

²⁰⁶⁵ LEGRAND Stéphane, « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », *op. cit.*, p. 45.

²⁰⁶⁶ FOUCAULT Michel, *Naissance de la Biopolitique. Cours au collège de France. 1978-1979*, *op. cit.*, p. 232.

²⁰⁶⁷ PONCELA Pierrette, « Dehors... La prison dans la tête. Quelques réflexions à partir des peines de milieu ouvert », *op. cit.*, p. 15.

²⁰⁶⁸ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 94.

²⁰⁶⁹ Selon Christian LAVAL, la notion d'intérêt ne peut être réduite à la sphère économique et en propose la définition suivante en s'appuyant sur les philosophes utilitaristes. « La notion abstraite d'intérêt, l'« intérêt en général », a assez vite désigné toute finalité propre de l'individu, toute espèce d'affirmation de soi, toute quête

408 La correspondance des intérêts institutionnels et individuels. Le travail pénitentiaire obligatoire, qui correspondait à un objectif de réformation morale et œuvrait pour l'intérêt financier de l'État, n'est plus²⁰⁷⁰. Malgré la survivance de la régie pénitentiaire, la fonction économique du travail en prison a depuis longtemps disparu et laissé place, en détention, à un travail volontaire – régi par un « acte d'engagement²⁰⁷¹ » et constituant un « gage de réinsertion et de bonne conduite des condamnés²⁰⁷² » – et, en milieu ouvert, à une obligation d'activité économique²⁰⁷³. Le travail demeure donc indissociable de la démarche de réadaptation, mais il s'insère maintenant dans un dispositif de gestion des risques, au travers de la correspondance des intérêts institutionnels et individuels. La reconfiguration du dispositif d'exécution recherche effectivement la mise en adéquation des intérêts institutionnels et de ceux de la personne condamnée. D'un côté pour le sujet de l'acte de punir, l'activité économique est une valorisation de soi et un critère de progressivité du parcours d'exécution de la peine ; de l'autre au profit de l'institution, elle est un facteur de protection contre la délinquance.

L'indexation de l'évolution des conditions d'exécution sur le respect de la

de succès et de gloire par une sorte de métaphorisation généralisée à l'ensemble de la conduite humaine : tout avantage personnel, toute avancée dans la vie, touthaussement de situation est comparé à un profit commercial, relevant des mêmes outils d'analyse et des mêmes calculs de risque. En ce sens, il faut comprendre comme l'expression de la rationalisation de la vie individuelle dans une société sécularisée, conception que la classe commerciale et industrielle a contribué à universaliser comme représentation légitime de l'existence. » : LAVAL Christian, *L'homme économique : essai sur les racines du néolibéralisme*, op. cit., p. 46-47.

²⁰⁷⁰ « Les condamnés à des peines privatives de liberté pour des faits qualifiés crimes ou délits de droit commun sont astreints au travail. » : al. 1, art. 720 ancien du CPP, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire. Sur le travail pénitentiaire v. : BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., §310 et s.

²⁰⁷¹ Art. 33, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire. Aux termes de l'article 717-3 du CPP, le travail en prison ne fait pas l'objet d'un contrat de travail. Le droit commun du travail est en conséquence largement inapplicable et le contentieux relatif à ce dernier est attribué au juge administratif, en ce qu'il « s'inscrit dans l'exécution de la peine privative de liberté [et] procède à la préparation de la réinsertion du condamné » : Tribunal des conflits, 14 octobre 2013, n° C3918, recueil Lebon, Droit social 2014. 11, chron. Tournaux ; AJ Pénal 2014. 47, obs. Péchillon ; AJDA 2013. 2321, note Schmitz. Malgré de nombreuses critiques dirigées contre ce régime dérogatoire au droit du travail, tant l'article 33 de la loi pénitentiaire que l'article 717-3 ont été déclarés conformes à la constitution : CC, Décision n° 2013/320-321 QPC, 14 juin 2013, M. Yacine T. et autre [Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées], Constitutions 2013. 408, Note Ghevontian ; Revue de droit du travail 2013. 565, note Wolmark ; D. 2014. 1115, chron. Porta ; CC, Décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, M. Johnny M. [Acte d'engagement des personnes détenues participant aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires], D. 2015. 2083, note Céré ; ibid. 2016. 1461, chron. Jacquinet, Mangiavillano ; Constitutions 2015. 564, obs. Ghevontian ; ibid. 579, note Wolmark ; AJ Pénal 2016. 98, obs. Falxa ; LPA 2016. n° 149. 4, chron. Tellier-Cayrol. Notons par ailleurs que le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, adopté en première lecture, prévoit la création d'une section 1 bis A aux articles 719-2 et s. du CPP. Intitulée « Du travail des personnes détenues », elle réforme substantiellement le travail pénitentiaire, en créant notamment un « contrat d'emploi pénitentiaire » entre la personne détenue et le chef d'établissement : art. 12, Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, préc.

²⁰⁷² Al. 1, art. 717-3 CPP. Concernant le travail des personnes détenues v. : art. D. 432-1 du CPP.

²⁰⁷³ 1°, art. 132-45 du CP.

réglementation de la vie renforce l'intérêt du condamné à se conformer à l'attitude attendue de lui. Le dispositif d'exécution a en ce sens pour objet de faire de l'individu un « calculateur rationnel de sa vie²⁰⁷⁴ », pour diminuer le risque de récidive. Le parcours d'exécution de la peine est l'instrument dédié à cette entreprise normalisatrice. En modulant le capital de liberté accordé à l'individu, selon son acceptation de l'ordre pénitentiaire, la différenciation de l'acte de punir renforce la constitution corrélative du sujet et de sa peine. Concernant l'activité économique, il convient dans un premier temps pour obtenir son élargissement de démontrer sa volonté de s'insérer par le travail et de matérialiser celle-ci par des activités en détention et un projet de sortie²⁰⁷⁵. Dans un second temps, l'obligation d'activité économique devient une prescription contrôlée, pour garantir la poursuite de la normalisation de la personne condamnée. La correspondance entre les intérêts institutionnels et individuels vient ainsi remplacer le lien entre les faits commis et les obligations auxquelles sont assujetties les personnes condamnées. De cette correspondance découle l'idée que la société punit les auteurs d'infraction pour leur bien, facilitant ainsi tant la légitimation de l'acte de punir que la subjectivation de la population pénale à un ordre pénitentiaire modelé par la rationalité économique, en lieu et place de l'« ordre politique²⁰⁷⁶ » érigé par la rationalité pénale. La réglementation de la vie se caractérise dès lors de plus en plus par la concordance des normes sociales et des obligations pénitentiaires.

409 La concordance des normes sociales et des obligations pénitentiaires. Par l'amplification de la réglementation de la vie, le dispositif d'exécution introduit la norme sociale dans le jeu de la différenciation de l'acte de punir. Au travers des obligations des régimes d'exécution, c'est en effet la « conformité à la norme²⁰⁷⁷ », en tant qu'elle est identifiée comme un facteur de récidive, qui est exigée et contrôlée. L'obligation d'exercer une activité économique est à ce titre, d'une part, caractéristique du développement d'une concordance entre les normes sociales et les obligations pénitentiaires et, d'autre part, une nouvelle manifestation de la plus en plus grande dissociation des intérêts institutionnels poursuivis des biens juridiques composant l'ordre public. De tout évidence, l'insertion économique n'est pas une valeur sociale dont le droit pénal doit assurer la protection et la

²⁰⁷⁴ LAVAL Christian, *L'homme économique : essai sur les racines du néolibéralisme*, op. cit., p. 50.

²⁰⁷⁵ Sur les critères d'octroi spéciaux des mesures d'individualisation judiciaires v. : *supra* n° 79-81.

²⁰⁷⁶ MISTRETTA Patrick, « Valeur sociale protégée et santé », in *L'empreinte des valeurs sociales en droit pénal*, MISTRETTA Patrick, PAPILLON Salomé, KUREK Camille (dir.), op. cit., p. 96.

²⁰⁷⁷ SALAS Denis, « La responsabilisation des fous criminels à l'ère néolibérale », *L'information psychiatrique*, n° 6, vol. 88, 2012, p. 427.

valorisation ; en revanche, elle est un attribut de la « personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société²⁰⁷⁸ ». De ce fait, le sujet de l'acte de punir doit démontrer qu'il est capable d'être un « homme économique²⁰⁷⁹ », s'il veut progresser dans son parcours d'exécution de la peine.

Comme le prescrivent les principes directeurs de l'exécution des peines²⁰⁸⁰, « le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée, afin de lui permettre d'agir en personne responsable²⁰⁸¹ ». Les obligations des régimes d'exécution contribuent à ce titre tant à informer cette figure de référence qu'à contrôler la subjectivation du sujet de l'acte de punir à celle-ci, pour prévenir la commission de nouvelles infractions. Issu de la conjonction des intérêts institutionnels et individuels, au service de la normalisation, l'ordre institutionnel participe d'une rationalité punitive modelée par la gouvernementalité néolibérale (2).

2. Une rationalité punitive modelée par la gouvernementalité néolibérale

410 Une intervention des régimes d'exécution pour éviter la déviance. Le dispositif d'exécution est gouverné par une rationalité punitive néolibérale²⁰⁸², qui se matérialise avant toute chose par une police destinée à réglementer l'investissement du « capital humain²⁰⁸³ » de la population pénale. L'ordre pénitentiaire distingue moins le permis et l'interdit pour des sujets juridiques que la norme de la déviance pour des individus auxquels il faut inculquer les

²⁰⁷⁸ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁰⁷⁹ LAVAL Christian, *L'homme économique : essai sur les racines du néolibéralisme*, op. cit.

²⁰⁸⁰ Sur les principes directeurs de l'exécution des peines v. : *infra* n° 75-77.

²⁰⁸¹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁰⁸² Le néolibéralisme pénal et la rationalité punitive néolibérale sont deux notions désignant une politique d'intervention de l'État dans le champ social, complémentaire au libéralisme dans le champ économique. Cependant, elles doivent à notre sens être distinguées, en ce qu'elles sont mobilisées dans l'étude de problématiques différentes. Dans les études portant sur le néolibéralisme pénal, il s'agit de mettre en exergue le rôle du droit pénal dans les sociétés où l'idéologie de l'ordre naturel du marché est dominante. Dans les études portant sur le néolibéralisme pénal, c'est d'abord la question de ce que l'on punit qui est posée et pourquoi, pour expliquer notamment l'emprisonnement de masse aux États-Unis. La rationalité punitive néolibérale, quant à elle, ne vise pas l'étude de l'apport paradoxal du droit pénal au gouvernement libéral, mais la part du néolibéralisme dans l'exécution des peines, c'est-à-dire l'extension de la rationalité libérale dans le champ pénitentiaire. Il s'agit de se demander comment l'on punit et pour quoi, c'est-à-dire de s'interroger sur l'exportation de la rationalité libérale aux pratiques punitives. Sur le néolibéralisme pénal v. : HARCOURT Bernard, « Pénalité néolibérale. Exceptionnalisme, autonomie et pluridisciplinarité dans le droit », *APD*, vol. 53, « Le droit pénal », 2010, p. 39-57 ; HARCOURT Bernard, *The illusion of free markets. Punishment and the myth of natural order*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, 328 p. ; WACQUANT Loïc, *Punishing the poor: the neoliberal government of social insecurity*, Durham (Etats-Unis), Duke University Press, « Politics, history, and culture », 2009, 384 p. ; WACQUANT Loïc, « La fabrique de l'État néolibéral. "Workfare", "prisonfare" et insécurité sociale », *Civilisations. Revue internationale d'anthropologie et de sciences humaines*, n° 1, vol. 59, « Sexualités : apprentissage et performance », 2010, p. 151-173.

²⁰⁸³ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 94.

termes du calcul rationnel des intérêts, dans le but d'assurer leur réinsertion au travers de leur normalisation. D'ailleurs, plus la personne assujettie avance dans le parcours d'exécution de la peine, plus c'est du respect de la norme dont elle devra répondre, au fur et à mesure que la fonction rétributive laisse place à la prévention de la récidive. Les usages des modalités d'exécution judiciaires interviennent à ce titre pour structurer l'inscription en milieu ouvert et contrôler les obligations destinées à réduire l'écart avec la norme sociale. La police de la population pénale intervient pour réglementer la vie et sanctionner la déviance, en vue de pallier à la défaillance de « la police interne à l'individu²⁰⁸⁴ ». De cette manière, le dispositif d'exécution inculque à la personne condamnée les termes du calcul rationnel, permettant de déterminer le comportement responsable à adopter²⁰⁸⁵.

Il ne faut toutefois pas négliger la fonction rétributive de la peine, qui – si elle a pu s'éclipser²⁰⁸⁶ – n'a jamais disparu et ressurgit au service d'une rationalisation juridique de la différenciation de l'acte de punir. Au travers de la durée de la peine et du régime d'octroi des mesures d'individualisation judiciaires, la rétribution module la portée de la rationalité néolibérale²⁰⁸⁷. La place accordée à la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine est inversement proportionnelle à la portée de la condamnation. Plus la participation des acteurs de l'exécution des peines à l'acte de juger est circonscrite par la peine prononcée, moins l'acte de punir est subordonnée à l'acceptation par la personne condamnée de la réglementation de sa vie, c'est-à-dire de sa conformité à un ordre pénitentiaire de plus en plus dissocié de « l'ordre public pénal²⁰⁸⁸ ». La place de la norme sociale dans l'acte de punir est en effet

²⁰⁸⁴ « Calculer veut dire déterminer une certaine espérance, au sens probabiliste du terme, dans les conséquences plus ou moins heureuses d'un acte. Mais ce calcul n'est pas une faculté naturelle, c'est une technologie qui assure une maîtrise sur ses propres désirs, c'est une police interne à l'individu qui permet de faire l'économie de ces pouvoirs abusifs qui empêchent la régulation de l'individu par lui-même. À ce titre, il participe d'une économie morale d'un nouveau type. » : LAVAL Christian, *L'homme économique: essai sur les racines du néolibéralisme*, *op. cit.*, p. 187.

²⁰⁸⁵ De nombreux auteurs perçoivent, dans la transformation des pratiques punitives, l'avènement d'un fonctionnement « post-disciplinaire » et des « sociétés de contrôle » : CHANTRAINE Gilles, « La prison post-disciplinaire », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 30, 2006, p. 273-288 ; DELEUZE Gilles, *Pourparlers. 1972-1990*, *op. cit.*, p. 236. Si nous ne pouvons que partager le constat d'une évolution des pratiques, symptomatique de l'affirmation d'une nouvelle gouvernamentalité, nous n'y voyons pas l'épuisement du mode disciplinaire, mais sa réussite, manifestée par l'internalisation progressive de l'impératif de la conformité à la norme : DE LARMINAT Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, *op. cit.*, p. 189. Le contrôle ne nous semble pas être une technologie gouvernementale distincte de la discipline, seulement une forme plus diffuse de l'archétype disciplinaire, dans laquelle l'infinie réglementation des conduites et l'omniprésente surveillance des corps laissent place à l'inculcation d'un calcul rationnel, dédié à l'apprentissage des compétences de « l'auto-discipline » : LAVAL Christian, *L'homme économique : essai sur les racines du néolibéralisme*, *op. cit.*, p. 202.

²⁰⁸⁶ PONCELA Pierrette, « Éclipses et réapparition de la rétribution », in *Rétribution et justice pénale*, BLONDIEAU Francis, VILLEY Michel (dir.), Paris, Presses Universitaires de France, « Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. Série philosophie du droit », 1983, vol. 1, p. 11-26.

²⁰⁸⁷ Sur le régime d'octroi des mesures d'individualisation judiciaires v. : *supra* n° 62 et s.

²⁰⁸⁸ PIN Xavier, « L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal », *op. cit.*, p. 112.

nécessairement liée à celle de la loi et de la condamnation. Moins la rationalité pénitentiaire est encadrée par la rationalité pénale, plus l'assujettissement auquel donne lieu la peine sanctionne la déviance, faisant du dispositif d'exécution une institution de régulation des conduites destinée à prévenir la récidive, au détriment de la modération de l'acte de punir.

411 Une institution de régulation des conduites pour prévenir la récidive. Le dispositif d'exécution, reconfiguré par la rationalité punitive néolibérale, n'a plus pour fonction essentielle le relèvement moral de la population pénale, mais la gestion des risques, qu'elle poursuit au travers de l'inculcation d'une « auto-discipline²⁰⁸⁹ » devant permettre aux personnes condamnées d'agir en personne responsable²⁰⁹⁰. L'ordre pénitentiaire n'est dès lors plus indexée sur une référence morale et politique. Désormais, il s'ordonne autour des normes sociales, ce qu'illustre parfaitement le *continuum* entre l'obligation d'activité en détention et l'obligation d'exercer une activité économique en milieu ouvert. La discipline tend alors à changer d'objet, des corps des individus aux conduites de la population ; plus le capital de liberté est revalorisé plus la discipline est diffuse et porte sur les déterminants de la conduite de la population eu égard à la récidive. L'importation de la rationalité néolibérale dans le champ pénitentiaire conduit ainsi à la sanction de l'écart à la norme de la personne, au travers de la sanction des violations des obligations des régimes d'exécution visant à sa responsabilisation du sujet. Au rêve révolutionnaire de la perfectibilité de l'Homme succède ainsi l'ambition de perfectionner les pratiques normalisatrices, en substituant une régulation des conduites à un projet de réformation morale fondée sur les biens juridiques. De nouveaux domaines de l'existence se trouvent en ce but régis par le régime d'exécution, multipliant les attributs de la personne responsable. En vue de mesurer l'ampleur de l'amplification de la réglementation de la vie qui en résulte, il convient de poursuivre notre travail d'exploration des obligations des régimes d'exécution, en nous tournant d'abord vers les prescriptions relatives aux interactions sociales (B).

B. Les prescriptions relatives aux interactions sociales

412 L'expansion de la rationalité punitive néolibérale à l'activité sociale. Au XX^e siècle, le courant de la « défense sociale nouvelle²⁰⁹¹ » recherchait déjà les meilleures

²⁰⁸⁹ LAVAL Christian, *L'homme économique : essai sur les racines du néolibéralisme*, op. cit., p. 202.

²⁰⁹⁰ SALAS Denis, « La responsabilisation des fous criminels à l'ère néolibérale », op. cit., p. 427.

²⁰⁹¹ ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, op. cit.

méthodes pour susciter chez le sujet de l'acte de punir un « sens des responsabilités²⁰⁹² ». Ces réflexions avaient toutefois comme point de départ l'appréhension des individus comme des sujets libres et autonomes dans la direction de leur conscience. À l'inverse de cette « thérapeutique de la liberté²⁰⁹³ », le nouveau chapitre du « grand récit pénitentiaire de l'amendement du condamné²⁰⁹⁴ » est celui de la recherche par le dispositif d'une adhésion du sujet à un mode de vie considéré responsable et défini positivement par la rationalité économique. Le régime d'exécution de la peine régit en ce but de plus en plus d'aspects de l'existence du sujet, analysés comme des facteurs de récidive ou de désistance. Dans le domaine de l'activité sociale, nous retrouvons ainsi, aux côtés des vecteurs classiques de la normalisation, des thèmes propres aux pratiques contemporaines. Examinons-les en dissociant entre les obligations interpersonnelles (1) et les obligations personnelles (2).

1. Les obligations interpersonnelles

413 Les obligations envers la famille. La participation à une vie familiale est un facteur ancien de normalisation, recherché d'abord par une « refamiliarisation abstraite²⁰⁹⁵ » au XIX^e siècle, puis par le développement des alternatives à la prison²⁰⁹⁶. Au-delà de la prise en compte de la situation familiale dans le prononcé des mesures d'individualisation judiciaires, deux obligations concernant les interactions familiales informent aujourd'hui la figure de la personne responsable. Légalisation d'une pratique *contra legem* à plusieurs reprises sanctionnées par la chambre criminelle²⁰⁹⁷, la première ordonne à la personne condamnée de « remettre ses enfants entre les mains de ceux auxquels la garde a été confiée par une décision de justice²⁰⁹⁸ ». La seconde prescrit la justification par le probationnaire de sa contribution aux charges familiales ou qu'il s'acquitte régulièrement des pensions alimentaires dont il est débiteur²⁰⁹⁹. Garantie d'une décision antérieure – notamment en matière d'abandon de famille – ou obligation autonome, cette prescription peut permettre le contournement du droit de la

²⁰⁹² Règle 67, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation ; Règle 27, Recommandation CM/Rec (2017) 3 relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté, p. 14.

²⁰⁹³ ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 255.

²⁰⁹⁴ CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, op. cit., p. 42-43.

²⁰⁹⁵ FOUCAULT Michel, « “Alternatives” à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social : une entrevue avec Michel Foucault », op. cit., p. 17.

²⁰⁹⁶ DE LARMINAT Xavier, *La probation en quête d'approbation. L'exécution des peines en milieu ouvert : entre gestion des risques et gestion des flux*, op. cit., p. 425 et s.

²⁰⁹⁷ Sur ce point v. : note n° 834.

²⁰⁹⁸ 17°, art. 132-45 du CP.

²⁰⁹⁹ 4°, art. 132-45 du CP.

famille, car le juge est dans cette seconde hypothèse libre de fixer le montant des prestations, leur périodicité et leurs modalités de versement, sans qu'il n'existe nécessairement un lien avec l'infraction²¹⁰⁰. La substance de cette dernière obligation confirme que l'intérêt poursuivi n'est pas seulement l'autorité de la justice, mais aussi la subordination de l'inscription en milieu ouvert à l'adoption d'un comportement responsable envers sa famille.

Destinées à réactiver « l'instrument essentiel de la prévention et de la correction de la criminalité²¹⁰¹ » qu'est la famille, ces prescriptions recherchent à la fois l'acceptation par le sujet du devoir de supporter la charge économique de ses liens familiaux et la préservation d'interactions familiales pour le facteur de désistance qu'elles constituent, au regard de la surveillance et de la « sanction morale²¹⁰² » qu'elles produisent²¹⁰³. Indéniablement, la « volonté de faire adhérer la personne condamnée à un certain modèle social²¹⁰⁴ » est de plus en plus prégnante dans la réglementation de la vie comme l'illustrent les obligations envers la victime de l'infraction.

414 L'obligation d'indemnisation de la victime. Au cours de l'exécution de la peine, la dichotomie instituée par le législateur entre l'action publique et l'action civile s'efface pour laisser place à l'entrelacement des intérêts de la société et des victimes²¹⁰⁵, dans la « confusion des logiques punitive et réparatrice²¹⁰⁶ ». La considération de la personne condamnée pour les victimes intervient en effet dans l'évolution des conditions d'exécution de la peine. L'indemnisation des victimes, en présence d'une décision sur l'action civile, repose avant toute chose sur le régime pénitentiaire, disposant d'une affectation automatique d'une part des valeurs pécuniaires des personnes détenues, présentes sur le compte nominatif

²¹⁰⁰ GIACOPELLI Muriel, « Sursis avec mise à l'épreuve », *op. cit.*, §57.

²¹⁰¹ FOUCAULT Michel, « "Alternatives" à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social : une entrevue avec Michel Foucault », *op. cit.*, p. 17.

²¹⁰² LAVAL Christian, *L'homme économique : essai sur les racines du néolibéralisme*, *op. cit.*, p. 245.

²¹⁰³ À cet égard, soulignons le pont pouvant être construit entre la figure de la personne responsable de l'article 707 du code de procédure pénale et le standard de la « personne raisonnable » du code civil, anciennement « bon père de famille » : art. 1197 ou 1301-1 du code civil ; anciens art. 601, 1728 et 1729 du code civil. L'une comme l'autre de ces notions sont fortement empreintes de moralité. Toutefois, ces objets ont des fonctions, et donc des natures, tout à fait différentes. Alors que la personne raisonnable est selon les hypothèses un standard normatif ou descriptif, la figure de la personne responsable n'est encore que la personnification abstraite de l'ordre de référence rendant intelligible la somme des prescriptions formelles composant les régimes d'exécution. Sur la distinction entre les standards normatif et descriptions v. : VINEY François, *Le bon père de famille et le pleurumque fit. Contribution à l'étude de la distinction des standards normatifs et descriptifs*, thèse en droit, Paris 1, 2013.

²¹⁰⁴ MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 103.

²¹⁰⁵ Sur la reconnaissance des droits des victimes v. : *supra* n° 76.

²¹⁰⁶ GIACOPELLI Muriel, « Quelle place de la victime dans l'exécution des peines ? », in *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale : Opinio doctorum*, MALABAT Valérie, DE LAMY Bertrand, GIACOPELLI Muriel (dir.), Paris, Dalloz, 2009, p. 331.

ouvert à l'établissement pénitentiaire²¹⁰⁷. Mais au-delà, il est attendu de la personne condamnée qu'elle s'investisse en détention pour réparer les préjudices causés, de sorte à démontrer « ses efforts sérieux de réadaptation sociale²¹⁰⁸ » et obtenir une mesure d'individualisation²¹⁰⁹. Dans la continuité, les juridictions de l'application des peines peuvent subordonner l'inscription du probationnaire en milieu ouvert à l'indemnisation des victimes. Qu'elle soit fondée sur le 5° de l'article 132-45 du code pénal ou sur l'article 712-2 du code de procédure pénale, l'obligation d'indemnisation – symptomatique de l'extension du mouvement de « privatisation du procès pénal²¹¹⁰ » à l'exécution de la peine – pose problème, en ce qu'elle autorise un contournement de l'action civile, ainsi qu'un détournement et une dénaturation de l'obligation d'indemnisation.

Premièrement, cette prescription de réparation du dommage causé par l'infraction permet un contournement de l'action civile, car l'obligation n'est nullement subordonnée à une décision sur les intérêts civils. Bien qu'en matière de réductions de peine conditionnelles la prescription ne puisse concerner que les parties civiles, rien ne fait obstacle au prononcé d'une obligation d'indemnisation par les juridictions de l'application des peines en dehors du procès pénal, dans le cadre d'une action ayant pour objet l'individualisation de la peine et alors que les victimes, quel qu'ait été leur statut lors du jugement sur l'action publique, ne sont pas parties à la procédure. L'autonomisation de la réparation du dommage de l'action publique en procédure pénale n'est toutefois pas le propre de l'exécution de la peine puisqu'un « exercice contourné de l'action civile²¹¹¹ » s'est développé dans les procédures participant du procès pénal accéléré. Et si les procédures d'individualisation judiciaires ne bénéficient pas des raisons tenant à la préservation de l'action civile en matière de procédures accélérées, il est intéressant que le droit de l'application des peines puisse proposer une garantie pénitentiaire à la réparation du dommage ou un substitut aux voies d'exécution civiles, d'autant qu'il apparaît opportun de tenir compte au titre de la différenciation de l'acte

²¹⁰⁷ Art 728-1 ; art. D. 320-1 et s. du CPP. Les sommes d'argent versées par la personne détenue ou ses proches sur son compte nominatif, géré par l'administration et lui permettant notamment de faire des achats en détention (cantinage), constituent un capital divisé en trois parts. La première, destinée exclusivement à l'indemnisation des victimes et au paiement des créanciers d'aliments, est constituée automatiquement par le blocage d'un pourcentage des valeurs présentes sur le compte prévu par le code.

²¹⁰⁸ Concernant la prise en compte des efforts relatifs à l'indemnisation des victimes au titre des critères spéciaux v. : 4°, al. 2, art. 729 ; art. 721-1 du CPP ; *supra* n° 79.

²¹⁰⁹ Concernant la prise en compte des efforts relatifs à l'indemnisation des victimes au titre des critères généraux v. : *supra* n° 83.

²¹¹⁰ PIN Xavier, « La privatisation du procès pénal », *RSC*, n° 2, 2002, p. 245-262. Pour l'auteur, la privatisation du procès pénal est le « phénomène caractérisé, en droit, par le renforcement du rôle des acteurs privés à tous les stades du procès pénal et par l'émergence de règles de procédure protégeant davantage des intérêts individuels ou collectifs que l'intérêt général » : *ibid.*

²¹¹¹ VIENNOT Camille, *Le procès pénal accéléré : étude des transformations du jugement pénal*, *op. cit.*, p. 465.

de punir de l'inexécution d'un élément de la condamnation, fût-il civil. Pour autant, le contournement autorisé de l'action civile est critiquable, en ce qu'il est de nature à détourner et dénaturer l'obligation d'indemnisation de la victime.

Deuxièmement, cette prescription détourne l'objet de l'obligation, en additionnant à la réparation du dommage une dimension rétributive. Lorsque la prescription est prononcée en l'absence de décision antérieure sur l'action civile, l'obligation d'indemnisation ne peut dès lors être fondée que sur la condamnation pénale. Il n'est donc plus question d'une garantie ou d'une voie pénitentiaire d'exécution, mais bien d'un ajout à la sanction, sur le fondement de l'autorisation de prise en charge résultant du prononcé de la peine privative de liberté²¹¹². Pas question pour autant d'arguer ici de l'existence d'un avatar des dommages-intérêts punitifs, car il n'est question que de réparer le dommage. En revanche, il est clair que cette obligation dépasse l'impératif d'une garantie des intérêts des victimes dans l'exécution de la peine. Privée du statut de partie²¹¹³, la victime n'est pas prise en compte en tant que personne juridique, elle n'est par ailleurs pas créancière de l'obligation, mais seulement bénéficiaire de celle-ci, bien qu'elle ait le droit de saisir l'autorité judiciaire de toute atteinte à ses intérêts²¹¹⁴. Le rapport dans lequel le probationnaire se trouve obligé est toujours celui de l'assujettissement à la peine, et c'est dans la poursuite des objectifs de l'acte de punir que la personne condamnée est soumise à une obligation de réparation du dommage. À l'instar des obligations familiales, il est question de rechercher la fonction dissuasive de la peine, au travers de la responsabilisation du condamné. La finalité est de déterminer et contrôler la subjectivation de l'individu à la figure de la personne responsable, afin de réduire le risque de récidive en faisant accepter à ce dernier un nouveau mode de vie. L'institution poursuit ainsi les finalités de l'acte de punir en détournant l'obligation d'indemnisation de la victime, mais, par là, elle dénature également l'obligation de réparer le dommage.

²¹¹² Cette finalité rétributive n'est *en sus* pas tout à fait étrangère au régime des valeurs pécuniaires en détention, puisque l'article 728-1 du CPP dispose que les sommes affectées à l'indemnisation des parties civiles, si elles ne sont pas réclamées, ne sont pas reversées à la personne condamnée à sa libération, mais versées au fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions.

²¹¹³ Sur cette question v. : *supra* n° 76, spéc. note n° 402.

²¹¹⁴ Le législateur avait prévu au profit des victimes une possibilité d'agir pour la défense de ses intérêts, par une saisine indirecte des juridictions de l'application des peines. Un décret du 13 novembre 2007 ouvrait en effet le droit de solliciter le juge délégué aux victimes pour que ce dernier saisisse éventuellement le juge de l'application des peines d'une demande de retrait ou de révocation de la mesure d'individualisation : décr. n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 instituant le juge délégué aux victimes. Cependant, le Conseil d'État a annulé ces dispositions au motif que, dans le mesure ou les articles D. 47-6-4 à D. 47-6-11 du CPP peuvent avoir une incidence sur les modalités d'exécution de peines, elles concernent la procédure pénale et donc le domaine de l'article 34 de la constitution : CE, 6^e-1^{ère} SSR, 28 décembre 2009, n° 312314, recueil Lebon. En dépit de la consécration ultérieure d'un droit pour la victime de saisir l'autorité judiciaire de toute atteinte à ses intérêts, aucune disposition législative n'est venue créer une procédure permettant aux victimes de saisir le juge de l'application des peines d'une mauvaise exécution de l'obligation de réparation. Au demeurant, le contrôle opéré par les services pénitentiaires est de nature à limiter l'opportunité d'une telle modalité procédurale.

Troisièmement, l'obligation résultant de l'attribution de la charge du dommage perd *a priori* sa nature civile, en ce qu'elle s'inscrit dans l'assujettissement auquel donne lieu la peine. En tant que cause d'interruption de la période probatoire, c'est nécessairement le droit de l'application des peines qui régit l'obligation, ce qui exclut l'applicabilité des voies civiles d'exécution. D'ailleurs, la dette de réparation, si tant est qu'il soit possible de désigner ainsi l'obligation résultant du régime probatoire, a pour critère non pas le dommage mais les facultés contributives de la personne et le juge est libre dans tous les cas de « fixer la périodicité et le montant des remboursements²¹¹⁵ ». L'intérêt de cette souplesse caractérisant le régime de l'obligation est d'éviter une violation du régime probatoire dans l'hypothèse d'une insolvabilité du probationnaire, ainsi que le risque de conflit entre les intérêts de la victime et de la société, par la canalisation de ressources nécessaires à la réinsertion. Il serait alors possible de croire que l'obligation, lorsqu'elle est autonome d'une décision sur l'action civile, perd entièrement sa nature civile et n'est plus subordonnée au régime général des obligations. Comme le démontre l'exigence d'une créance non éteinte, il n'en est rien²¹¹⁶. Il faut alors conclure à la nature hybride de l'obligation d'indemnisation, emportant le constat de la capacité du juge de l'application des peines de connaître d'office des intérêts civils, au titre de la considération des conséquences de la décision d'élargissement pour la victime²¹¹⁷. Or, au regard du régime plus que frêle encadrant spécifiquement le prononcé de cette obligation²¹¹⁸, des interrogations émergent, notamment quant au caractère opposable du délai de prescription en matière d'obligation civile délictuelle à titre d'exception.

De l'analyse du nœud constitué par l'entrelacement des fonctions de l'acte de punir ressort le constat d'une chimère, produite et alimentée par les discours victimaires et relatifs à la désistance, prenant la forme d'une obligation de nature hybride, à une fin tant indemnitaire que rétributive, au crédit d'une personne ne disposant pas du statut de partie à la procédure.

²¹¹⁵ Al. 2, art. D. 537 du CPP.

²¹¹⁶ Crim., 11 juin 1998, n° 97-83.017, inédit, Rev. soc. 1998. 814, obs. Bouloc.

²¹¹⁷ Al. 1, art. 712-16-1 du CPP. La chambre criminelle considère par ailleurs que la seule prescription de l'obligation de réparer le dommage peut suffire à correspondre à la prise en considération des intérêts de la victime, au regard des conséquences de la décision d'élargissement lors de l'octroi d'une mesure d'individualisation : Crim., 26 septembre 2007, n° 07-81.644, Bull. Crim n° 227, préc. Il fait alors conclure que la conséquence de la décision prise en compte par le juge se résume au terme du bénéfice du régime des avoirs en détention. À cet égard, il est possible de regretter que le consentement de la victime ne soit à aucun moment requis dans le cadre du régime probatoire, malgré la possibilité pour le juge de l'application des peines de se prononcer sur les intérêts civils d'une victime qui n'a pas agi, pour l'intégrer comme tiers-destinataire d'une obligation résultant d'un rapport d'assujettissement entre la personne condamnée et l'État.

²¹¹⁸ Une certitude apparaît en revanche à la lecture du régime de la libération conditionnelle. L'obligation de réparation du préjudice de la victime ne peut être envisagée que « lorsqu'il n'est pas établi que la victime a déjà été entièrement indemnisée » : al. 1, art. D. 537 du CPP. L'intervention d'un fond de garantie fait en conséquence *a priori* obstacle au prononcé de cette obligation.

Les efforts pour susciter chez le condamné une subjectivation à la figure de la personne responsable sont d'abord la cause d'une hybridation des dispositifs juridiques, non plus entre les finalités rétributives et préventives, mais entre les objectifs d'indemnisation du dommage et ceux propres à l'acte de punir. Cette nouvelle expérience de subjectivation est par ailleurs alimentée par les obligations personnelles (2) permettant, à l'instar des obligations envers la famille et la victime, d'intensifier l'individualisation du régime de contrôle en milieu ouvert.

2. Les obligations personnelles

415 La multiplication des obligations personnelles. Les obligations personnelles, dont le nombre s'accroît à chaque réforme pénale, désignent des obligations du probationnaire envers l'État, sans qu'une tierce personne soit directement affectée par le rapport d'assujettissement découlant de la condamnation²¹¹⁹. Au regard de leur objet, ces prescriptions relatives aux interactions sociales peuvent être distinguées selon qu'elles réglementent la mobilité des personnes condamnées ou qu'elles interviennent pour garantir le respect d'obligations étrangères au régime probatoire.

416 Les obligations relatives à la mobilité. En premier lieu, cette catégorie d'obligations du régime probatoire des mesures d'individualisation ajuste le capital spatial des probationnaires²¹²⁰. La personne condamnée peut notamment avoir l'obligation d'établir sa résidence dans un lieu déterminé, pouvant être choisi par le juge et dont la modification est soumise à autorisation²¹²¹. La loi du 15 août 2014 a ensuite complété ce régime par deux prescriptions particulières contribuant à intervenir sur les interactions spatiales du sujet de l'acte de punir. D'une part, et sous réserve de son accord, la personne suivie peut être obligée de s'inscrire et de se présenter aux épreuves du permis de conduire. En lien avec l'infraction commise ou avec le projet d'insertion professionnelle, cette obligation particulière est intéressante en ce qu'elle lie étroitement le processus de réinsertion et la punition. Issue d'expérimentations régionales²¹²², l'obligation de s'inscrire et se présenter aux épreuves du permis de conduire n'a toutefois rien d'anodin, comme le rappelle l'exigence du consentement,

²¹¹⁹ V. par exemple : art. 10, Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; art. 34, Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; art. 10, Loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille ; art. 80, Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²¹²⁰ Sur le capital spatial de la population pénale v. : *supra* n° 391-393.

²¹²¹ 2°, art. 132-45 du CPP.

²¹²² HERZOG-EVANS Martine, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, §613.84.

en qu'il s'agit de l'inscription à un examen comportant un coût non négligeable venant ainsi se rajouter à la peine. *In fine*, cette obligation recherche la canalisation de l'investissement du « capital humain²¹²³ » de la personne condamnée. D'autre part, et pour des raisons de gestion des flux, le législateur a déplacé des mesures de contrôle de l'article 132-44 du code pénal l'obligation d'obtenir l'autorisation préalable du juge de l'application des peines pour tout déplacement à l'étranger vers les obligations particulières, de sorte à limiter le champ d'application de cette prescription imposant une intervention judiciaire systématique²¹²⁴.

417 Les obligations de garantie. En second lieu, les obligations personnelles se multiplient en tant que points de contrôle de l'usage rationnel et responsable de la liberté. Toute obligation du régime probatoire peut amener à donner lieu à une justification auprès des services pénitentiaires d'insertion et de probation. Cependant, le législateur a, par la loi du 23 mars 2019, créé de surcroît une multitude d'obligations de justification destinées à garantir l'exécution d'une obligation préexistante ou issue de la condamnation. Précédemment, seul le paiement en fonction des facultés contributives des sommes dues au Trésor public à la suite d'une condamnation pouvait être ordonné²¹²⁵. Dorénavant, le régime probatoire est enrichi de l'obligation de justification de la remise d'un bien dont la confiscation a été ordonnée²¹²⁶, du paiement régulier des impôts²¹²⁷ et de la tenue d'une comptabilité régulière certifiée par un commissaire aux comptes²¹²⁸. L'ambition de faire de l'acte de punir le support de l'apprentissage d'un mode de vie responsable conduit ainsi à transformer le régime probatoire en modalité de garantie pour d'autres obligations. Outre qu'il s'agit d'une curieuse substitution du suivi en milieu ouvert aux voies d'exécution classiques, sans doute avant tout destinée à combler lacunes et défaillances dans les régimes d'exécution de ces obligations étrangères à la peine privative de liberté, les conséquences du non-respect d'une obligation ne portant pas atteinte à l'ordre public se trouvent décuplées, puisqu'elles s'étendent au reliquat de peine non exécuté. Finalement, ces obligations nous permettent de constater que l'inscription de l'acte de punir dans la gouvernamentalité néolibérale conduit à étendre, non seulement le champ de la rationalité économique, mais également celui de la peine privative de liberté, à de plus en plus de domaines de l'existence de la personne condamnée.

²¹²³ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 94.

²¹²⁴ 18°, art. 132-45 du CP.

²¹²⁵ 6°, art. 132-45 du CP.

²¹²⁶ 23°, art. 132-45 du CP.

²¹²⁷ 24°, art. 132-45 du CP.

²¹²⁸ 25°, art. 132-45 du CP.

*

418 La dimension économique et sociale de la figure de la personne responsable. La mise en exergue de la dimension économique et sociale de l'ordre pénitentiaire permet de prendre la mesure du renouvellement des pratiques punitives. S'inscrivant dans la gouvernamentalité néolibérale, la rationalité punitive contemporaine recherche en effet la soumission des personnes condamnées à un mode de vie considéré comme responsable, par un régime d'exécution règlementant de nouveaux domaines de l'existence du sujet et poursuivant des intérêts souvent étrangers aux biens juridiques (insertion économique et sociale, solvabilité, acquittement des charges de famille, indemnisation de la victime, garantie d'obligations diverses) et fédérés par le paradigme de la responsabilité sociale. Les prescriptions pénitentiaires, constituant les termes de cette normalisation de la population pénale, renseignent ainsi également la figure de la « personne responsable ²¹²⁹ ». Personnification de l'ordre pénitentiaire et vecteur de l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, l'esquisse de cette référence pour la subjectivation des personnes condamnées doit être complétée par l'identification des intérêts poursuivis par les obligations sanitaires (§2), caractérisant l'amplification de la réglementation de la vie.

§2. LES OBLIGATIONS SANITAIRES

419 Un ordre pénitentiaire sanitaire. La seconde dimension de l'ordre pénitentiaire, découlant des obligations des régimes d'exécution et permettant de mettre en lumière les contours de la figure de la personne responsable, est sanitaire. La réglementation de la vie des personnes condamnée s'étend en effet aujourd'hui à la santé de la population pénale, particulièrement mentale. Derechef, les obligations du régime d'exécution illustrent la dissociation des intérêts institutionnels poursuivis de l'ordre public, car ce n'est plus guère du respect des valeurs sociales dont il est question, mais de l'adaptation de l'individu pris en charge à la société. Cette affirmation trouve sa confirmation dans l'analyse des mesures de soins (A) et des mesures d'hygiène (B) pénitentiaires.

²¹²⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

A. Les mesures de soins pénitentiaires

420 Le développement d'une thérapeutique de la récidive. Les prises en charge psychiatrique et pénitentiaire des auteurs d'infraction répondaient auparavant d'une dichotomie, instituée par l'irresponsabilité pénale pour cause de démence dans le code pénal de 1810²¹³⁰. Malgré l'aménagement d'une hypothèse intermédiaire, au travers de l'altération du discernement²¹³¹, le traitement des personnes auteurs d'infraction relevait d'un système à deux institutions. Ces dernières connurent toutefois une évolution parallèle et symétrique, conduisant à une transformation de la dialectique entre les dispositifs de l'exécution des peines et de la psychiatrie. Un mouvement de « désinstitutionnalisation²¹³² » marqua l'une et l'autre, de sorte que les dispositifs pénitentiaire et psychiatrique ne peuvent plus se résumer à la prison et à l'asile²¹³³. Ce mouvement de reconfiguration est à l'origine de la réalisation du « mythe médical » d'un diagnostic et d'une « thérapeutique de la [récidive] »²¹³⁴, par l'introduction du savoir et des pratiques psychiatriques dans la prise en charge pénitentiaire²¹³⁵. L'étude de l'articulation de ces institutions dans le champ de l'acte de punir doit ainsi nous permettre de comprendre l'amplification de la réglementation de la vie en ce domaine et les conséquences de cette nouvelle dialectique sur l'ordre pénitentiaire. Pour cela, il sera nécessaire d'analyser les pratiques pénitentiaires de la thérapie mentale (1), dans le but de comprendre comment a été dépassée la dichotomie institutionnelle, pour organiser la prise en charge pénitentiaire de la santé mentale (2).

1. Les pratiques pénitentiaires de la thérapie mentale

421 Les modalités de la thérapie dans l'acte de punir. En parallèle d'une offre de soins indépendante des conditions d'exécution de la peine²¹³⁶, essentielle à la garantie des droits

²¹³⁰ ADAM Christophe, « Responsabilité et irresponsabilité dans le champ pénal : disjonction historique et ressort nosologique sous-jacent », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), *op. cit.*, p. 97-102.

²¹³¹ Al. 2, art. 122-1 du CP.

²¹³² FROMENT Jean-Charles, « Le pouvoir souverain, la peine et le corps. Éléments pour une philosophie pénale de la surveillance électronique », *op. cit.*, p. 17.

²¹³³ Sur les transformations de la psychiatrie à partir de la fin de l'hégémonie du modèle asilaire v. : CASTEL Robert, *La gestion des risques : de l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, *op. cit.*

²¹³⁴ ANCEL Marc, « Examen de conscience de défense sociale : le problème du traitement des délinquants », *op. cit.*, p. 949.

²¹³⁵ RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, *op. cit.*, p. 52.

²¹³⁶ « La qualité et la continuité des soins sont garanties aux personnes détenues dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficie l'ensemble de la population. » : al. 2, art. 46, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

fondamentaux, une prise en charge thérapeutique pouvant intervenir sous différents modes a été intégrée à l'acte de punir, allant de la consultation à l'hospitalisation, en détention et en milieu ouvert. Des obligations sanitaires se sont en effet développées, d'abord par l'émergence d'un milieu ouvert qui a été l'opportunité d'une diversification des pratiques punitives, puis par la mise en adéquation progressive du sous-dispositif carcéral avec ces nouvelles modalités, pour garantir un parcours d'exécution de la peine cohérent.

Dans le dispositif d'exécution, la thérapie mentale peut en premier lieu intervenir au travers de soins proposés en détention, fondés sur le régime des mesures d'individualisation judiciaires. Le juge de l'application des peines doit en effet proposer le suivi de soins aux personnes condamnées à un suivi socio-judiciaire, comprenant une injonction de soins, et peut proposer ceux-ci aux personnes condamnées pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, à la condition qu'un médecin considère qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement²¹³⁷. Le statut spécial des personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit fait du suivi d'une thérapie une condition d'octroi de la libération conditionnelle et des réductions supplémentaires de peine, ainsi qu'une condition de retrait des crédits de réduction de peine²¹³⁸. Une concordance est par là instituée entre les conditions d'octroi et les conditions du maintien de l'inscription de la personne en milieu ouvert, au profit de la continuité de la prise en charge pénitentiaire²¹³⁹. D'ailleurs, c'est dans tous les cas la sanction du sujet, au titre de son parcours d'exécution, qui favorise grandement l'obtention de son consentement au travers de la mise en adéquation des intérêts institutionnels et individuels. L'introduction de la thérapie dans l'acte de punir est en effet indissociable de sa différenciation et impossible sans la libéralisation des conditions d'exécution permises par les modalités d'exécution. À ce titre, les soins pénitentiaires, qu'ils soient proposés ou ordonnés, sont symptomatiques de la reconfiguration du dispositif d'exécution.

Les soins ordonnés sont la seconde catégorie de modalités d'exécution articulant le dispositif d'exécution de la peine et le dispositif psychiatrique. Au travers du régime probatoire, les juridictions de l'application des peines peuvent conditionner le maintien de la

²¹³⁷ Al. 2, art. 763-7 ; al. 4, art. 717-1 du CPP.

²¹³⁸ Al. 5, art. 729 ; al. 1, art. 721-1 ; al. 2, art. 721 du CPP. En outre, la condition spéciale de l'acceptation et du suivi des soins proposés, au titre de l'octroi des réductions de peine supplémentaires, sont applicables à la personne condamnée atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes : al. 1, art. 721-1 du CPP. Sur le statut des personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit v. : *supra* n° 111-113.

²¹³⁹ Une attention particulière a été accordée par le législateur à la continuité de la prise en charge dans son volet thérapeutique, comme l'illustre le secret partagé concernant « les informations médicales », imposé par l'article L. 3711-2 du CSP aux praticiens en détention au profit du médecin coordinateur et du médecin traitant en milieu ouvert. Sur ce partage d'information à caractère secret v. : MEDJKANE Missiva, « Le partage des informations à caractère secret », *AJ Pénal*, n° 9, 2017, p. 371-373.

personne condamnée en milieu ouvert au respect d'une obligation de soins, d'une injonction thérapeutique ou de soins. Particulièrement générale, l'obligation de soins est à la fois la prescription la plus flexible pour le juge, en ce qu'elle vise le fait de soumettre le probationnaire « à des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation²¹⁴⁰ », et la plus souple pour la personne, en l'absence d'un régime de suivi spécialement réglementé. L'injonction thérapeutique est l'exception à ce principe puisqu'elle organise tant le parcours de soins – autour d'une phase d'examen médical ou d'évaluation puis de prise en charge – que le suivi de sa mise en œuvre par un médecin relais²¹⁴¹. Il s'agit pour les personnes condamnées pour consommation de stupéfiant ou pour les probationnaires faisant une consommation habituelle et excessive d'alcool, de prescrire un traitement par un médecin ou une prise en charge socio-psychologique dans un centre de soins, d'accompagnement et de prévention en addictologie. Enfin, l'injonction de soins, constituant le suivi sanitaire le plus lourd (organisé autour d'un médecin coordinateur)²¹⁴², peut désormais être ordonnée, sur le fondement de l'article 132-45 du code pénal, pour toutes les personnes condamnées à une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru et dont un médecin a reconnu qu'elles pouvaient faire l'objet d'un traitement²¹⁴³.

Cette revue des modalités d'exécution introduisant la thérapie dans l'acte de punir apporte à la question de la dialectique des dispositifs d'exécution et psychiatrique une réponse technique. La mise en exergue des conditions de possibilité d'une nouvelle articulation entre les institutions pénitentiaire et psychiatrique n'offre toutefois pas d'explication à la question du *pour quoi ?* et *pourquoi ?* l'intégration de la thérapie mentale à l'art de sanctionner contemporain. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de poursuivre par l'étude des pratiques de la thérapie, pour savoir à quel assujettissement correspondent ces obligations.

²¹⁴⁰ 3°, art. 132-45 du CP.

²¹⁴¹ 3°, art. 132-45 du CP ; art. L. 3413-1 et s. du CSP ; art. R. 34-13-1 et s. du CSP.

²¹⁴² Sur le dispositif de l'injonction de soin v. notamment : GAUTRON Virginie (dir.), *(Se) soigner sous la contrainte : une étude du dispositif de l'injonction de soin*, Rapport final, Recherche réalisée avec le concours de la Mission de recherche Droit et Justice, 2017, 422 p.

²¹⁴³ Concernant la possibilité d'un traitement, il était possible de penser qu'il s'agissait de la nécessité d'un avis médical conforme de l'expert, soulignant la possibilité d'un traitement, entendue comme l'opportunité de ce dernier sous le régime de l'injonction de soins. Néanmoins, la chambre criminelle a récemment précisé que « la Cour d'assises n'était pas tenue par les conclusions du rapport d'expertise médicale figurant au dossier » : Crim., 16 octobre 2019, n° 18-84.374, Bull. crim. n° 225, Dr. pén. 2019. n° 12. comm. 214, note Peltier ; AJ Pénal 2019. 609, obs. Thierry ; Gaz. pal. 2020. n° 5. 69, obs. Fourment. Dès lors, il faut en conclure, quant à la signification de la disposition de l'article 131-36-4 du CP en cause, que l'exigence de la possibilité d'un traitement ne revient pas au constat de l'opportunité de l'injonction de soins par l'expert médical. Les juridictions répressives sont donc libres de prononcer des injonctions de soins à l'encontre de l'avis de l'expert médical, pour peu que la personne condamnée soit éligible à une intervention thérapeutique.

422 Les pratiques de la thérapie dans l'acte de punir. À l'ancienne dichotomie entre la peine de prison et l'internement a été en grande partie substituée l'ambivalence des mesures de soins, supportées et sanctionnées par les modalités d'exécution. Ayant émergé de la reconfiguration symétrique des institutions carcérale et asilaire, la notion de soin est floue et entourée d'une aura de bienveillance²¹⁴⁴, alors même qu'elle suppose dans l'exécution de la peine une démarche thérapeutique fondée sur un « consentement forcé²¹⁴⁵ ». Avant tout, le soin intervient à la croisée des dispositifs et de leur reconfiguration pour garantir la compatibilité de leur prise en charge respective, en se substituant à la notion de traitement médical, trop précise et exclusive pour permettre toute hybridation. Le soin est une qualification instrumentale permettant d'exclure d'autres catégories plus contraignantes et d'introduire de nouvelles pratiques, sans confrontation avec les paradigmes établis. *In fine*, la notion de soin présente la même ambivalence que la prévention de la récidive, inhérente à la correspondance des intérêts institutionnels et individuels. « Soin » est ainsi le nom du champ d'intervention commun aux deux institutions, mais quelles pratiques investissent ce champ ?

Illustrant la concurrence des thérapies, la revue des différents types de méthodes d'intervention n'a pas pour objet d'apprécier la valeur de ces pratiques. Il s'agit pour nous de percevoir l'évolution des thérapies qu'implique l'articulation des dispositifs d'exécution et psychiatrique autour du soin. Les thérapies psychodynamiques, auxquelles appartiennent notamment la psychanalytique et la psychanalyse, relèvent d'« une technologie qui prétend transformer le sujet en profondeur, afin littéralement de le « resubjectiver », [...] en opérant une conversion totale de lui-même, qui fasse disparaître le clivage sur lequel il s'était construit et la menace d'effondrement identitaire dont ses actes étaient le signe²¹⁴⁶ ». Fondées sur l'« alliance thérapeutique²¹⁴⁷ » entre le praticien et le patient, elles recherchent plutôt la guérison d'un malade et, malgré la « révolution cognitive²¹⁴⁸ » ayant renouvelé les méthodes thérapeutiques, elles sont toujours présentes dans la mise en œuvre des mesures de soins pénitentiaires. Toutefois, elles ont été fortement remises en cause, notamment en France

²¹⁴⁴ DORON Jean-Claude, « Ce que "soin" veut dire. Quelques réflexions à propos d'une substitution de mots dans la loi du 5 juillet 2011 », *Journal français de psychiatrie*, n° 3, vol. 38, 2010, p. 20-21.

²¹⁴⁵ PIN Xavier, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », *op. cit.*, p. 92.

²¹⁴⁶ DORON Claude-Olivier, « La maladie mentale en question », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, n° 1, vol. 2, 2008, p. 42.

²¹⁴⁷ KAPSAMBELIS Vassilis, « Chapitre 1. Spécificité de la psychiatrie », in *Manuel de psychiatrie clinique et psychopathologique de l'adulte*, KAPSAMBELIS Vassilis (dir.), Paris, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2012, p. 7.

²¹⁴⁸ QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *Criminologie*, n° 2, vol. 39, 2006, p. 148 ; QUIRION Bastien, « Des réformes pénitentiaires au Canada : uniformisation des pratiques et des programmes », in *L'administration pénitentiaire, 1945, 1975, 2015. Naissance des réformes, problématiques, actualité*, *op. cit.*, p. 240.

depuis les années 2000²¹⁴⁹, en raison de leur méthode non standardisées et de leur prétendue plus faible efficacité thérapeutique²¹⁵⁰.

Issues de la psychologie expérimentale, les techniques cognitivo-comportementales se sont développées en parallèle. Ces méthodes d'intervention individuelle ou collective s'articulent parfaitement avec l'hypothèse des soins pénitentiaires, poursuivant une gestion des risques de récidive, en ce qu'elles envisagent la thérapie comme une régulation des conduites. Relevant d'une technologie psycho-éducative et d'un modèle psycho-social, ces pratiques postulent et s'appuient sur l'autonomie du patient, pour modifier sa procédure de choix mal adaptée, afin de faire disparaître les dysfonctionnements dans le rapport à l'autre qui caractérisent ses troubles²¹⁵¹. Dès lors, plus question d'entreprendre la guérison d'une pathologie, mais seulement d'effectuer un apprentissage pour acquérir de nouvelles compétences cognitives et sociales, destinées à proscrire certaines conduites et à en renforcer d'autres²¹⁵². Il s'agit en d'autres termes de recodifier l'usage du « capital humain²¹⁵³ » de l'individu, pour éviter les dysfonctionnements dans l'insertion sociale. Nous percevons dès lors clairement qu'avec l'évolution des pratiques thérapeutiques c'est aussi l'objet du traitement qui change, passant d'une cause pathologique à des comportements indésirables, pour s'inscrire dans de nouvelles techniques de gouvernement des populations²¹⁵⁴.

Cette hypothèse n'est pas contredite par les traitements médicamenteux, qui sont le dernier grand type de thérapie mis en œuvre dans les soins pénitentiaires. Peuvent être prescrits, dans le cadre des mesures de soins, des compensateurs de dysfonctionnement biologique ou des substitutifs à certaines substances dans le cadre d'addiction, des antidépresseurs ou encore des traitements inhibiteurs de libido²¹⁵⁵. Dans ce dernier cas, la

²¹⁴⁹ Concernant une méta-analyse comparative des méthodes thérapeutiques v. : INSERM, *Psychothérapie. Trois approches évaluées*, Paris, 2004, 553 p. Cette période a également été marquée par un ouvrage collectif : MEYER Catherine (dir.), *Le livre noir de la psychanalyse. Vivre, penser et aller mieux sans Freud*, Paris, Les Arènes, 2005, 830 p.

²¹⁵⁰ Il convient toutefois de relever qu'il n'existe pas de consensus sur cette question et que la comparaison de l'efficacité de ces méthodes est difficile, notamment du fait qu'elle ont un objet différent et une temporalité différente, sans compter que très peu d'études existent que les thérapie psycho-dynamiques : PRADES Pierre, « L'efficacité des thérapies "psychodynamiques" : une validation empirique de la psychanalyse ? », *Revue du MAUSS*, n° 2, vol. 38, 2011, p. 51-63.

²¹⁵¹ DORON Claude-Olivier, « La maladie mentale en question », *op. cit.*, p. 41-42.

²¹⁵² CASTEL Robert, *La gestion des risques : de l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, *op. cit.*, p. 111-112.

²¹⁵³ *Ibid.*, p. 162 ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 94.

²¹⁵⁴ CASTEL Robert, *La gestion des risques : de l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, *op. cit.*, p. 11-12.

²¹⁵⁵ DELARUE Jean-Marie, ALEZRAH Charles (dir.), *Auteurs de violences sexuelles : prévention, évaluation, prise en charge*, *op. cit.*, p. 81-82 ; dernier al., art. L. 3711-3 du CSP. Les traitements inhibiteurs de libido consistent en une prise de médicament par voie orale ou par injection, ayant pour objet de réduire la production de testostérone. « Il est couramment qualifié de « castration chimique » bien qu'il ne présente aucun caractère

thérapie n'a même plus pour objet le symptôme, mais seulement la forte réduction d'une faculté biologique, dans les hypothèses où la canalisation de cette ressource du capital humain paraît trop incertaine et ne réduit pas suffisamment le risque de récurrence. La personne n'est pas le sujet de la thérapie, l'individu est l'objet du soin ayant pour finalité de traiter des facteurs de risque, peu importe qu'il s'agisse seulement du symptôme et non de la cause²¹⁵⁶.

L'observation des différentes thérapies auxquelles donnent lieu les soins pénitentiaires, qu'ils soient proposés ou ordonnés, démontre un déplacement de l'objet du traitement, d'une subjectivité en péril face à une pathologie à une intersubjectivité conflictuelle considérée pathologique. Si l'articulation des dispositifs a été rendue possible techniquement par les modalités d'exécution, c'est l'évolution de l'objet de la prise en charge commune qui permet de dépasser l'exclusion mutuelle des interventions institutionnelles. Plus question de traiter les personnes condamnées au regard d'objets formels relevant de paradigmes distincts – la maladie et l'infraction –, il s'agit maintenant dans le cadre des soins d'articuler les deux dispositifs, afin de traiter de l'écart à la norme sociale de la population pénale, par la prise en charge pénitentiaire de la santé mentale (2).

2. La prise en charge pénitentiaire de la santé mentale

423 De la maladie aux troubles mentaux. Le déplacement de l'objet de la thérapie correspond à l'évolution du champ de la pathologie, libéré des critères étiologiques correspondant à la maladie mentale. La reconfiguration du dispositif de la psychiatrie, à l'instar de celle du dispositif d'exécution, est concomitante de l'avènement d'un nouveau paradigme. C'est en effet l'imposition du concept de santé mentale dans les champs du savoir et des politiques publiques, qui a accompagné la disjonction du pathologique de l'aliénation et la transformation de la prise en charge thérapeutique.

L'observation des classifications médicales illustre clairement l'évolution des catégories nosographiques du champ du pathologique dans le domaine psychique. Si les pathologies correspondant au paradigme de la maladie mentale n'ont pas disparu (psychose, névrose, *etc.*), elles sont dorénavant classées, parmi bien d'autres, comme des troubles

irréversible, car ses effets sont supprimés lorsque l'administration des médicaments cesse. » : SÉNAT, *La castration chimique*, Paris, Sénat, 2009, p. 5.

²¹⁵⁶ QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 158.

mentaux. Pour le *manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*²¹⁵⁷, un trouble mental est « un syndrome caractérisé par une perturbation cliniquement significative de la cognition d'un individu, de sa régulation émotionnelle ou de son comportement, et qui reflète l'existence d'un dysfonctionnement dans les processus psychologiques, biologiques ou développementaux sous-tendant le fonctionnement mental. Les troubles mentaux sont le plus souvent associés à une détresse ou une altération importantes des activités sociales, professionnelles ou des autres domaines importants du fonctionnement²¹⁵⁸ ». Le normal et le pathologique sont dorénavant dissociés en psychiatrie au travers de ce concept, qui substitue à un partage malade/non malade un *continuum* entre les dysfonctionnements considérés non significatifs et les troubles mentaux²¹⁵⁹. L'usage de cette notion a ainsi permis à la médecine mentale d'élargir le champ du pathologique, parallèlement au développement d'une politique de sectorisation, en y intégrant notamment les troubles de la personnalité. Développé dans la doctrine psychiatrique à partir de la seconde moitié du XX^e siècle²¹⁶⁰, ce type de troubles vise « un mode durable des conduites et de l'expérience vécue qui dévie notablement de ce qui est attendu dans la culture de l'individu, qui est envahissant et rigide, qui apparaît à l'adolescence ou au début de l'âge adulte, qui est stable dans le temps et qui est source d'une souffrance ou d'une altération du fonctionnement²¹⁶¹ ». Ces « personnalités pathologiques²¹⁶² » correspondent ni plus ni moins à la pathologisation de comportements s'écartant de la norme sociale et altérant le rapport à l'autre. Ce qui est pathologique, c'est donc la subjectivité du sujet en elle-même, en ce qu'elle est considérée comme plus ou moins inadaptée à la société et en l'absence de l'appréhension d'une cause quelconque. Ces troubles sont de ce fait l'exemple le plus significatif du changement de paradigme dans le dispositif de santé mentale,

²¹⁵⁷ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, BOYER Patrice, CROCQ Marc-Antoine, GUELFJ Julien-Daniel, PULL Charles, PULL-ERPELDING Marie-Claire (trad.), *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 5^e éd., Issy-Les-Moulineaux, Masson, 2015, 1114 p. Ce manuel est une classification des troubles mentaux, destinée au diagnostics comme aux études épidémiologiques, parmi l'une des plus utilisées dans le monde et en France dans le champ de la santé mentale. La seconde nosographie des troubles mentaux très usitée est celle de l'Organisation mondiale de la santé : ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes*, 10^e version, 2008 : <https://icd.who.int/browse10/2008/fr/#/>. Il convient de noter que cette dernière est particulièrement proche de la première, notamment concernant la définition des troubles de la personnalité.

²¹⁵⁸ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, *op. cit.*, p. 22.

²¹⁵⁹ DORON Claude-Olivier, « La maladie mentale en question », *op. cit.*, p. 28-29.

²¹⁶⁰ KAPSAMBELIS Vassilis, « Chapitre 34. Introduction à la notion de personnalité pathologique », in *Manuel de psychiatrie clinique et psychopathologique de l'adulte*, KAPSAMBELIS Vassilis (dir.), Paris, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2012, p. 617.

²¹⁶¹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, *op. cit.*, p. 759. Sur les troubles de la personnalité v. : *infra* n° 488-490.

²¹⁶² KECSKEMÉTI Sophie, « Chapitre 35. Les troubles de la personnalité dans les classifications contemporaines », in *Manuel de psychiatrie clinique et psychopathologique de l'adulte*, KAPSAMBELIS Vassilis (dir.), *op. cit.*, p. 638.

pouvant se réduire au passage d'une maladie qui aliène aux troubles qui handicapent²¹⁶³.

Ce bouleversement nosographique, concomitant de la reconfiguration de l'institution psychiatrique, ne peut être intelligible sans relever le changement de « référentiel des pratiques et des discours²¹⁶⁴ » dans le champ psychiatrique, à partir des années 1940-1960²¹⁶⁵. Le référentiel autour duquel se forment et s'ordonnent les objets de savoir et les pratiques est la santé mentale – et non plus la maladie –, bien qu'il ne s'imposa dans les politiques publiques en France qu'à partir des années 1990²¹⁶⁶. « [B]ien plus large que le concept de maladie, prévalant dans la psychiatrie auparavant²¹⁶⁷ », le concept de santé mentale « se donne explicitement comme indéfini, flou et mal délimité²¹⁶⁸ », bien que l'on puisse relever immédiatement qu'il s'insère dans la conception positive de la santé de l'Organisation mondiale de la santé²¹⁶⁹, visant un capital à protéger et à développer, entendu comme « état complet de bien-être physique, mental et social²¹⁷⁰ ». Il est toutefois possible d'appréhender ce concept, centré dorénavant autour de la souffrance psychique, par les pôles qui le structurent : le premier visant les troubles psychiatriques sévères, correspondant à l'objet traditionnel de la psychiatrie ; le second désignant une dimension positive, relative au développement personnel, qui constitue le vecteur de l'extension de la prise en charge²¹⁷¹. *In fine*, c'est l'adoption de ce référentiel qui a permis au dispositif psychiatrique de se

²¹⁶³ CASTEL Robert, *La gestion des risques : de l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, *op. cit.*, p. 119-121.

²¹⁶⁴ DORON Claude-Olivier, « L'émergence du concept de "santé mentale" dans les années 1940-1960 : genèse d'une psycho-politique », *Pratiques en santé mentale*, n° 1, vol. 61, 2015, p. 4.

²¹⁶⁵ GUELFY Julien-Daniel, KOVESS-MASFÉTY Viviane, « La psychiatrie à l'heure de la santé mentale : quels enjeux pour la France ? », in *Traité de santé publique*, BOURDILLON François, BRÜCKER Gilles, TABUTEAU Didier (dir.), 3^e éd., Cachan, Lavoisier, « Traités », 2016, p. 507.

²¹⁶⁶ DURAND Bernard, « Psychiatrie et santé mentale », *Perspectives Psy*, n° 1, vol. 58, 2019, p. 8 ; DORON Claude-Olivier, « L'émergence du concept de "santé mentale" dans les années 1940-1960 : genèse d'une psycho-politique », *op. cit.*, p. 6 ; Circ. du 14 mars 1990 relative aux orientations de la politique de la santé mentale, SPSP9000552C, JORF n° 79 du 3 avril 1990, p. 4060.

²¹⁶⁷ GUELFY Julien-Daniel, KOVESS-MASFÉTY Viviane, « La psychiatrie à l'heure de la santé mentale : quels enjeux pour la France ? », *op. cit.*, p. 507.

²¹⁶⁸ DORON Claude-Olivier, « L'émergence du concept de "santé mentale" dans les années 1940-1960 : genèse d'une psycho-politique », *op. cit.*, p. 9.

²¹⁶⁹ DURAND Bernard, « Psychiatrie et santé mentale », *op. cit.*, p. 8.

²¹⁷⁰ Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, adoptée par la Conférence internationale de la Santé à New York le 22 juillet 1946.

²¹⁷¹ COUTURIER Mathias, « Santé mentale et droit pénal », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, vol. 12, « Droit et psychiatrie », 2014, p. 88 ; DISSEZ Nicolas, « Qu'est-ce que la santé mentale ? », *Journal français de psychiatrie*, n° 4, vol. 27, 2006, p. 19. La définition adoptée par l'Union européenne illustre parfaitement ce second pôle : « Pour l'individu, la santé mentale est le moyen de s'épanouir sur le double plan intellectuel et émotionnel, mais aussi de trouver et de tenir sa place dans la vie sociale, scolaire et professionnelle. Pour la société, elle contribue à la prospérité, à la solidarité et à la justice sociale. À l'inverse, la mauvaise santé mentale est pour les citoyens comme pour les mécanismes sociétaux une source de pertes, de dépenses et de charges de toute sorte. » : COMMISSIONS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert. Améliorer la santé mentale de la population. Vers une stratégie sur la santé mentale pour l'Union européenne*, COM(2005) 484 final, 2010, p. 4.

reconfigurer en « dispositif de santé mentale²¹⁷² », autour d'un *continuum* entre le milieu fermé et ouvert, visant la protection et l'amélioration de la santé mentale de la population.

Le dépassement du point d'achoppement entre les dispositifs d'exécution et psychiatrique s'articule finalement par la reconfiguration de ces institutions par la gouvernementalité néolibérale²¹⁷³. L'extension de la rationalité économique aux champs pénitentiaire et psychiatrique a déterminé un point de synergie entre l'acte de punir et l'acte de soigner – le développement du « capital humain²¹⁷⁴ » de la personne – permettant l'intégration de la santé mentale dans l'ordre pénitentiaire. Le changement de paradigme détermine en effet une correspondance entre les troubles de la personnalité et les facteurs de récidive, condition de possibilité d'une prise en charge pénitentiaire de la santé mentale dans le cadre de l'acte de punir.

424 L'intégration de la santé mentale dans l'ordre pénitentiaire. La nouvelle dialectique entre les dispositifs d'exécution de la peine et de la santé mentale travaille à la normalisation et à la gestion des risques de la population pénale par le soin. Cette articulation, donnant lieu à la prise en charge de la santé mentale dans le cadre de l'acte de punir, est le résultat combiné de l'application des pratiques thérapeutiques aux auteurs d'infractions et de la réglementation d'un nouveau domaine de l'existence du sujet, par les obligations des régimes d'exécution. Autrement dit, il s'agit par cette prise en charge hybride de réduire l'écart entre le comportement de la personne condamnée et les normes sociales, afin de cultiver les facteurs de protection contre le passage à l'acte et réduire les facteurs de récidive, en traitant une subjectivité considérée dysfonctionnelle.

La conséquence de cette articulation des dispositifs, s'inscrivant dans la recherche d'une subjectivation de la population pénale à la figure de la « personne responsable²¹⁷⁵ », est la consécration de la santé mentale comme nouvel intérêt institutionnel poursuivi par l'acte de punir. Ainsi, la mise en cohérence des intérêts institutionnels et individuels se poursuit dans le domaine sanitaire, au travers notamment du développement du « capital humain²¹⁷⁶ »

²¹⁷² Circ. du 14 mars 1990 relative aux orientations de la politique de la santé mentale, *op. cit.*, p. 4062.

²¹⁷³ Parcours thérapeutique et parcours d'exécution de la peine se répondent d'ailleurs parfaitement, tant dans le principe de la dégressivité de la teneur de la prise en charge institutionnelle que dans les objectifs de celui-ci, tenant à la réadaptation et à la resocialisation, c'est-à-dire à la normalisation.

²¹⁷⁴ CASTEL Robert, *La gestion des risques : de l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, *op. cit.*, p. 162 ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 94.

²¹⁷⁵ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²¹⁷⁶ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 94.

spécifique de la santé mentale. Intégrée dans le régime d'exécution, l'obligation de se soigner contribue à définir la teneur de l'assujettissement. Corrélativement, le refus de se soigner, alors que des soins ont été ordonnés ou proposés par le juge, constitue une atteinte à l'ordre pénitentiaire sanctionnée par l'usage des modalités d'exécution (retrait de réductions de peine, refus d'octroi, retrait ou révocation d'une mesure d'individualisation). En liant ainsi le consentement au soin à la différenciation de l'acte de punir, le dispositif use des modalités d'exécution à titre de garantie de la mise en cohérence des intérêts institutionnels et individuels. L'usage des modalités d'exécution pour sanctionner l'acceptation de la réglementation de la vie est en effet à la fois un outil de gestion du risque pour l'institution et de gestion de son parcours d'exécution pour la personne condamnée.

Nous pouvons dès lors confirmer que les modalités d'exécution permettent et garantissent un fonctionnement du dispositif de l'acte de punir à partir d'un nouveau paradigme : la responsabilité sociale, c'est-à-dire le développement et l'emploi rationnel de son capital humain. Sous le régime de la rationalité punitive néolibérale, l'objet de la prise en charge n'a pas pour objet une réflexion sur les valeurs sociales exprimées par les catégories juridiques, mais la subjectivation de la population pénale à la figure de la personne responsable. Dans le champ de l'acte de punir, la frontière politique et morale binaire du permis et de l'interdit, caractérisant l'ordre public dans sa dimension pénale, disparaît sous la pression d'une prise en charge libérée du carcan du régime pénitentiaire par les modalités d'exécution. Ce qui n'est pas possible en principe en droit pénal est permis par le dispositif d'exécution. Gouverné par une rationalité distincte, il admet un fonctionnement à partir de savoirs hétérogènes au droit, pour l'élaboration d'une police destinée à réformer la subjectivité des personnes condamnées, à partir du paradigme de la responsabilité sociale. L'écart à la norme est ainsi intégré à l'exercice du pouvoir de punir de l'État, au nom de l'objectif légitime de prévention de la récidive, ce qui constitue un vecteur d'amplification de la réglementation de la vie et, par conséquent, un vecteur d'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

Par ailleurs, l'introduction par le soin des thérapies cognitivo-comportementales dans l'acte de punir, pour traiter le risque de récidive des personnes atteintes de troubles de la personnalité, a ouvert la porte à l'extension de ces techniques à de nouvelles catégories de population pénale et à des facteurs de risques non pathologiques, donnant lieu à l'introduction de mesures d'hygiène pénitentiaires (2).

B. Les mesures d'hygiène pénitentiaires

425 Le développement d'une hygiène de la responsabilité. Les obligations les plus récentes correspondent à une hygiène de la responsabilité – avatar contemporain de la « pédagogie de la responsabilité²¹⁷⁷ » des tenants de la défense sociale nouvelle –, résultant d'une extension de la dimension sanitaire de la prise en charge au-delà du soins, pour développer la santé mentale et prévenir la récidive²¹⁷⁸. En commun avec la branche sociale « des mesures, des procédés et des techniques mis en œuvre pour préserver et pour améliorer la santé²¹⁷⁹ », ce « nouvel hygiénisme²¹⁸⁰ » met en place une politique prophylactique emprunte de moralité et dénuée de traitement thérapeutique. Le législateur crée effectivement de nouvelles modalités relevant d'une « hygiène pénitentiaire ²¹⁸¹ », destinée « développement du « capital humain » de la personne, c'est-à-dire de ses compétences et capacités personnelles²¹⁸² ». En parallèle du mouvement de « pathologisation²¹⁸³ » du passage à l'acte, doit ainsi être relevé un élargissement du champ de la normalisation sanitaire de la population pénale, dont il convient d'analyser les conditions (1) et les modalités (2).

1. Les conditions de l'élargissement du champ de la normalisation sanitaire

426 Le développement d'une psycho-criminologie. La plus récente conséquence du « virage néolibéral²¹⁸⁴ » est l'élargissement de la normalisation de la population pénale, dans le domaine sanitaire, en dehors des soins pénitentiaires proposés et ordonnés. Se développent en effet dans le champ de l'acte de punir des modalités de prise en charge ne relevant plus d'une démarche thérapeutique, pour répondre aux dysfonctionnements sociaux perçus comme

²¹⁷⁷ ROTMAN Edgardo, « Le sens de l'individualisation judiciaire », *op. cit.*, p. 441.

²¹⁷⁸ En cela, ces mesures participent d'un renouvellement de l'hygiène sociale, telle qu'elle s'est développée au début du XX^e siècle et consistant à « prévenir les maladies [...] qui, en raison de leur durée ont un retentissement social important et à cause de cela sont dites maladies sociales » : DEGUIRAL René, *L'hygiène sociale. Principes, méthodes, organisation*, Toulouse, Privat, Médopé : questions et techniques médicales, sociales et pédagogiques, 1953, p. 5.

²¹⁷⁹ « Hygiène », in *Trésor de la langue française informatisé, Dictionnaire de la langue du XIX^e et XX^e siècle*, CNRS (1976-1994), *op. cit.*, consulté en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/hygiene>.

²¹⁸⁰ CHASSIGNOLLES Pierre, « Contre la radicalisation », *APC*, vol. 38, 2016, p. 139.

²¹⁸¹ PINATEL Jean, *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale : législation pénitentiaire, administration pénitentiaire, régime pénitentiaire, problèmes de défense sociale*, *op. cit.*, p. 325.

²¹⁸² DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 94.

²¹⁸³ FOUCAULT Michel, « L'évolution de la notion d'« individu dangereux » dans la psychiatrie légale », *op. cit.*, p. 408. Pour une explicitation du mouvement de pathologisation du passage à l'acte v. : note n° 739.

²¹⁸⁴ QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 154.

étant à l'origine du comportement infractionnel. Cette extension de la normalisation sanitaire, par le développement de modalités d'intervention relevant d'une « psycho-criminologie²¹⁸⁵ », dans le prolongement des pratiques thérapeutiques, est rendue possible par l'évolution de la dialectique entre le pathologique et la déviance.

427 L'évolution de la dialectique entre le pathologique et la déviance. Le pathologique et la déviance sont deux dénominations d'un écart à la norme. En principe, l'état anormal visé diffère néanmoins singulièrement, en ce que la norme de référence est distincte : dans le premier cas, celle-ci est définie par le savoir médical ; dans le second, elle est issue des rapports sociaux mis en exergue par le droit, la sociologie, l'anthropologie, *etc.* Toutefois, le changement de paradigme dans le dispositif psychiatrique a déterminé une nouvelle dialectique entre le pathologique et la déviance dans le domaine de la santé mentale.

Le champ du pathologique, au travers des troubles mentaux, se définit dorénavant en partie en fonction de l'adaptation de la personne à la société. « Trouble mental » est une qualification qui ne renvoie qu'à un dysfonctionnement comportemental, cliniquement significatif, conduisant à une souffrance ou une altération des rapports sociaux du sujet²¹⁸⁶. Dès lors, le pathologique peut à l'instar de la déviance renvoyer à un écart avec la norme sociale, notamment dans le cas de certaines « personnalités pathologiques²¹⁸⁷ », telle le trouble de la personnalité anti-sociale, dont la « substance réside dans la violation des « normes et règles sociales », parmi lesquelles les concepts relevant du champ juridique tiennent une place prépondérante²¹⁸⁸ ». Une personne dont le comportement se caractérise par une distance par rapport à la norme sociale – en raison d'une transgression d'une incitation, d'une interdiction ou d'une obligation – peut ainsi relever à la fois du champ pathologique et de la déviance, comme ne relever que du dernier si le dysfonctionnement n'est pas considéré significatif. Par conséquent, le champ pathologique et le champ de la déviance demeurent distincts, tout en se superposant partiellement du fait des troubles de la personnalité, en ce

²¹⁸⁵ BLATIER Catherine, *Introduction à la psychocriminologie*, 2^e éd., Malakoff, Dunod, « Topos + », 2019, 154 p. ; SENON Jean-Louis, LOPEZ Gérard, CARIO Robert, *Psycho-criminologie. Clinique, prise en charge, expertise*, 2^e éd., Malakoff, Dunod, « Psychothérapies », 2012, 544 p.

²¹⁸⁶ À ce titre, concernant les troubles de la personnalités, cette pathologie qui n'est pas une maladie, « l'« altération du fonctionnement social » ne signifie [...] rien d'autre qu'un trouble à l'ordre social, constaté par des instances normatives » : DORON Claude-Olivier, « Soigner par la souffrance. La prise en charge des auteurs de violences sexuelles », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, n° 1, vol. 4, « Soin et subjectivité », 2010, p. 97. C'est la raison pour laquelle les personnalités pathologiques déterminent le champ commun à la déviance et au pathologique.

²¹⁸⁷ GUELFY Julien-Daniel, HARDY Patrick (dir.), *Les personnalités pathologiques*, Paris, Lavoisier, 2013, « Psychiatrie », 331 p.

²¹⁸⁸ COUTURIER Mathias, « Santé mentale et droit pénal », *op. cit.*, p. 97.

qu'ils visent tous les deux des « dysfonctionnements cognitifs et comportementaux²¹⁸⁹ ». Le « continuum ouvert de la santé mentale²¹⁹⁰ », en établissant un domaine commun aux deux champs au travers des personnalités pathologiques, a en quelque sorte rendu possible un rapport d'analogie entre les facteurs de passage à l'acte pathologiques et non pathologiques. La « continuité dysfonctionnelle²¹⁹¹ », révélée par la mise en lumière de l'évolution de la dialectique entre le pathologique et la déviance, a dès lors ouvert la porte à l'extension de la normalisation sanitaire par l'hygiène pénitentiaire, de sorte à déterminer une « continuité des techniques d'un cadre thérapeutique à un cadre non thérapeutique²¹⁹² ».

428 L'extension de la normalisation sanitaire par l'hygiène pénitentiaire. Ayant en commun d'appréhender des dysfonctionnements cognitifs et comportementaux, pouvant constituer des facteurs de passage à l'acte, les champs pathologique et de la déviance caractérisent un besoin identique de normalisation de la population pénale. Cette homogénéité des explications du passage à l'acte a alors permis une circulation des méthodes d'intervention, notamment des techniques cognitivo-comportementales, et le développement d'un savoir spécifique aux facteurs de passage à l'acte interne à la psychologie de l'individu. Indirectement, le changement de paradigme dans le dispositif psychiatrique a ainsi ouvert à la voie au développement de nouvelles pratiques de normalisation, relevant d'une hygiène pénitentiaire, ainsi qu'à l'émergence d'un nouveau domaine criminologique.

L'introduction du soin dans la prise en charge pénitentiaire a été une étape importante pour la transformation des pratiques punitives, caractérisée notamment par la mise en cohérence des intérêts institutionnels et individuels. C'est d'ailleurs cette rencontre des intérêts qui rend possible et qui légitime l'amplification de la réglementation de la vie à de nouveaux domaines de l'existence, afin de poursuivre des intérêts institutionnels dissociés des biens juridiques composant l'ordre public. Mais, le soin a également permis le contournement de l'obstacle du libre consentement au développement de pratiques dont l'objet est directement une transformation des comportements et des représentations du sujet. La « révolution cognitive²¹⁹³ », ayant renouvelé les méthodes de thérapie mentale, a ouvert dans l'acte de punir une voie de normalisation sanitaire aux moyens des techniques cognitivo-

²¹⁸⁹ DORON Claude-Olivier, « La maladie mentale en question », *op. cit.*, p. 44.

²¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 28.

²¹⁹¹ *Ibid.*

²¹⁹² *Ibid.*, p. 44.

²¹⁹³ QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 140.

comportementales, inspirées d'une « conception de l'individu où prévaut l'idée que l'apprentissage et les modes de pensée sont à la source de tout comportement », et, plus précisément, que ce sont des « erreurs de pensée qui sont à la source des troubles de la conduite »²¹⁹⁴. Un temps limité dans le cadre du soin, ces techniques, « issues des théories de l'apprentissage et du conditionnement » et recherchant « une modification observable des modes de pensée, des réactions émotionnelles et des façons d'agir du sujet »²¹⁹⁵, ont permis le développement de modalités de prise en charge relevant de l'hygiène. La condition de circulation de ce type de pratiques normalisatrices a été la détermination d'une nouvelle itération du « doublet psychologico-moral »²¹⁹⁶ de l'auteur de l'infraction dans l'acte de punir. Le soin a en effet permis de doubler le couple sujet moral/*iter criminis* par le couple sujet défaillant²¹⁹⁷/« chaîne délictuelle »²¹⁹⁸, nécessaire à l'élargissement de la normalisation à d'autres domaines. Le « rétrécissement de l'objet thérapeutique »²¹⁹⁹ dans les méthodes cognitivo-comportementales a de cette façon été une condition de l'exportation des savoirs et méthodes thérapeutiques car, dès lors que l'on dissocie le sujet moral de ses actions et la cause des symptômes, la spécificité de l'intervention médicale ne se justifie plus. Ce qui compte, c'est l'incapacité du sujet à se gouverner lui-même de manière responsable, qui légitime que le dispositif d'exécution intervienne pour gouverner sa conduite. À partir de là, un « développement non thérapeutique des théories de l'apprentissage et des théories cognitives »²²⁰⁰ a été rendu possible dans le champ pénitentiaire. Les modalités de la normalisation sanitaire, ayant pour objet le « développement des capacités et compétences cognitives et comportementales »²²⁰¹, ne relève plus seulement du soin mais également de l'hygiène.

Cet élargissement des méthodes cognitivo-comportementales conduit au renforcement d'un champ de savoir commun aux facteurs de passage à l'acte, indifféremment pathologiques ou non. Des discours spécifiques se développent en effet sur les facteurs

²¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 148-149.

²¹⁹⁵ DELARUE Jean-Marie, ALEZRAH Charles (dir.), *Auteurs de violences sexuelles : prévention, évaluation, prise en charge*, op. cit., p. 74.

²¹⁹⁶ FOUCAULT Michel, *Les anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975)*, op. cit., 16-20.

²¹⁹⁷ Selon Olivier RAZAC, « ce qui est visé n'est donc plus la volonté mauvaise d'un sujet mais la *mauvaise volonté* d'un individu, à comprendre comme une volonté fonctionnant mal, incapable de se déterminer correctement et, donc, toujours susceptible de provoquer un mal » : RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, op. cit., p. 59.

²¹⁹⁸ DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 68.

²¹⁹⁹ QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », op. cit., p. 157.

²²⁰⁰ DORON Claude-Olivier, « La maladie mentale en question », op. cit., p. 44.

²²⁰¹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 80.

internes de passage à l'acte à la croisée des champs pathologique et de la déviance, notamment pour les auteurs d'infractions sexuelles, renforçant le développement des mesures d'hygiène pénitentiaires, au travers d'une doctrine rééducative psycho-sociale. Ce nouveau domaine se trouve nommé par ses acteurs, qui ne se revendiquent plus du soin et du savoir médical : « psycho-criminologie²²⁰² ». En étudiant spécifiquement les dysfonctionnements cognitifs et comportementaux, érigés en facteurs internes de passage à l'acte, les partisans de cette doctrine ont œuvré à la disparition du monopole de la prise en charge thérapeutique sur les méthodes d'intervention ayant directement pour objet de modifier les « attitudes, valeurs, croyances, rationalisations et états cognitifs émotionnels²²⁰³ ». Au cœur de l'hygiène pénitentiaire, nous retrouvons l'inculcation d'une « subjectivité normalisée²²⁰⁴ », par des méthodes cognitivo-comportementales. Issue de l'hybridation des pratiques de prise en charge pénitentiaires, sociales et médicales, ce traitement psycho-social rééducatif a pour but « d'apprendre au sujet à éviter le passage à l'acte et de le réadapter à la vie sociale en lui enseignant à contrôler ses dysfonctionnements relationnels, en corrigeant certains de ses comportements²²⁰⁵ ». Il s'agit ainsi d'investir spécialement le rapport entre le passage à l'acte et le capital humain, en prônant et promouvant des méthodes d'intervention relevant de stratégies d'évitement, mobilisant des techniques tels que la compensation, la restructuration cognitive, l'autocontrôle, l'autosurveillance, l'autopersuasion, le modelage et le renforcement anticriminels, ainsi que l'acquisition de différentes habilités²²⁰⁶.

La criminologie intègre de cette façon le champ d'intervention défini par l'intégration de la santé mentale et réservé un temps à une prise en charge thérapeutique. Il résulte de cette introduction une dissolution de la spécificité et de l'exceptionnalité de la prise en charge thérapeutique, libéralisant les modalités ayant directement pour objet une modification des

²²⁰² BLATIER Catherine, *Introduction à la psychocriminologie*, op. cit. ; SENON Jean-Louis, LOPEZ Gérard, CARIO Robert, *Psycho-criminologie. Clinique, prise en charge, expertise*, op. cit.

²²⁰³ DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 60.

²²⁰⁴ LAVAL Christian, *L'homme économique: essai sur les racines du néolibéralisme*, op. cit., p. 324-225.

²²⁰⁵ DORON Claude-Olivier, « Soigner par la souffrance. La prise en charge des auteurs de violences sexuelles », op. cit., p. 100. « Le travail avec la personne sur ses représentations, ses façons de penser ou de raisonner, ses croyances ou convictions est donc nécessaire, car il contribue à l'accompagner dans son processus de sortie de délinquance. Il s'agit d'interventions éducatives qui visent à favoriser, chez la personne, la réflexion, l'ouverture cognitive, la prise de conscience de ses façons de penser et de raisonner, et à lui permettre d'acquérir de nouveaux réflexes ou de nouvelles compétences. De façon générale, les méthodes cognitives et comportementales peuvent être utilisées dans une perspective éducative. Elles sont cognitives parce qu'elles visent à faire prendre conscience aux personnes suivies de l'écart existant entre leurs pensées et la réalité. Elles sont comportementales en ce qu'elles recherchent une modification du comportement par l'apprentissage et non par l'exploration des causes profondes, comme en thérapie. » : DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., 94.

²²⁰⁶ DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 70-71.

modes de pensée et d'agir du sujet de l'acte de punir. Dans le champ pénitentiaire, la « révolution cognitive²²⁰⁷ » n'a alors pas seulement transformé les pratiques thérapeutiques, mais aussi déterminé les conditions de possibilité du développement de mesures d'hygiène pénitentiaires. Il convient donc d'analyser ces nouvelles obligations, constituant les modalités de l'élargissement du champ de la normalisation sanitaire (2).

2. Les modalités de l'élargissement du champ de la normalisation sanitaire

429 Le développement de modalités de prise en charge indéterminées. Avant d'exposer les modalités élargissant le champ de la normalisation sanitaire, il est opportun de présenter celle précurseur du stage, afin de mettre en perspective les nouvelles formes de prises en charge. Cette obligation d'accomplir à ses frais un programme éducatif, renvoyant aujourd'hui à la peine complémentaire de l'article 131-5-1 du code pénal, est une sanction dont l'objet est déterminé dans son contenu²²⁰⁸. Longtemps limitée à l'apprentissage des « valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine²²⁰⁹ » et à la « sensibilisation à la sécurité routière²²¹⁰ », le stage a vu ses formes se diversifier pour mieux individualiser la teneur de l'obligation « à la nature du délit et aux circonstances dans lesquelles il a été commis²²¹¹ ». La spécificité de cette modalité de prise en charge, tenant à ce que sa substance soit prédéterminée et limitée à une dimension éducative recherchant la responsabilité du sujet – sur le mode d'un rappel des obligations sociales s'apparentant à un cours²²¹² – demeure toutefois, contrairement aux nouvelles obligations du régime probatoire.

Les derniers ajouts aux obligations du régime probatoire relevant de l'hygiène pénitentiaire se caractérisent en effet par leur caractère indéterminé. Ces obligations énoncent un objectif, sans prescrire les termes du traitement destinés à les poursuivre. Le code pénal ne propose ainsi qu'une énumération des formes possibles de la prise en charge (sanitaire, sociale, éducative ou psychologique), dont on ne sait avec certitude si elles sont alternatives,

²²⁰⁷ QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 140.

²²⁰⁸ Les différentes formes du stage sont énoncées à l'article 131-5-1 du CP et définies à l'article R. 131-35 du CP.

²²⁰⁹ Al. 1, art. 131-5-1 du CP, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

²²¹⁰ 15°, art. 131-45 du CP, dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière.

²²¹¹ Al. 1, art. 131-5-1 du CP, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²²¹² GAUTRON Virginie, RAPHAËL Pauline, « Les stages : une nouvelle forme de pénalité ? », *Dév. & Soc.*, n° 1, Vol. 37, 2013, p. 27.

cumulatives ou sujettes à hybridation. L'extension des modalités de la normalisation semble inexorable et s'éloigne de plus en plus d'une légalité matérielle de la peine, en prévoyant toujours plus de modalités d'exécution d'une part, et car celles-ci ne sont plus précisément définies d'autre part. En conséquence, il convient de parcourir les pratiques qu'elles autorisent, afin de connaître la substance de l'acte de punir sous ces nouvelles modalités de prise en charge responsabilisantes, portant sur un comportement et sur une idéologie.

430 Les prises en charge responsabilisantes portant sur un comportement. En participant à la détermination de l'objet du traitement, par la mise en exergue de facteurs favorisant la commission d'infractions, les savoirs médical et criminologique contribuent à déterminer les pratiques punitives²²¹³. À ce titre, l'émergence et le développement de savoirs expliquant le passage à l'acte par l'existence de troubles cognitifs et comportementaux a contribué à renforcer la « responsabilisation²²¹⁴ », qui désigne le « processus par lequel les individus sont appelés à assumer une responsabilité personnelle par rapport à leurs choix de vie, leurs conditions d'existence, et leur trajectoire sociale et institutionnelle²²¹⁵ ».

Les modalités de cette hygiène de la responsabilité prennent d'abord la forme de « programmes de prévention de la récidive²²¹⁶ ». Recherchant une modification du mode de vie et de pensée de la personne condamnée, ces méthodes d'intervention récentes sont mises en œuvre tant en milieu ouvert qu'en milieu fermé et ne font l'objet d'aucune réglementation, rendant difficile de discerner jusqu'à l'exigence ou non du consentement de la personne prise en charge²²¹⁷. Résultant d'une expérimentation en 1999, ces groupes de parole, ayant pour objet d'intervenir sur les facteurs de passage à l'acte, constituent des modalités d'intervention organisées par les conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation, fortement inspirées des thérapies cognitivo-comportementales, prônées explicitement par le Conseil de l'Europe²²¹⁸. Bien que les programmes soient individualisés en fonction du public pris en

²²¹³ Comme le relève un auteur, l'évolution des modalités de prises en charge est intimement liée à celle des discours expliquant le passage à l'acte : QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 142.

²²¹⁴ SALVAGE Philippe, « Le consentement en droit pénal », *op. cit.*, p. 699 ; SALAS Denis, « La responsabilisation des fous criminels à l'ère néolibérale », *op. cit.*, p. 427.

²²¹⁵ QUIRION Bastien, JENDLY Manon, VACHERET Marion, « Le système pénal et la (dé) responsabilisation des acteurs », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 36, 2012, p. 236.

²²¹⁶ Note du 16 juillet 2007 relative au développement des programmes de prévention de la récidive, *op. cit.* ; Note du 17 octobre 2007 relative à la mise en place de programmes et de groupes de parole de prévention de la récidive, *op. cit.* Sur les programmes de prévention de la récidive v. : *supra* n° 265.

²²¹⁷ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*, p. 4.

²²¹⁸ « Une attention particulière devrait être accordée à la conception de programmes et d'interventions destinées aux délinquants qui ont gravement récidivé ou qui risquent de le faire. Au vu de récents travaux de recherche ces

charge, les thèmes des séances sont à eux seuls symptomatiques de l'orientation contemporaine du traitement pénitentiaire (chaîne délictuelle, stratégie d'évitement, etc.)²²¹⁹.

À côté de cette modalité de prise en charge générale, l'hygiène de la responsabilité portant sur un comportement peut être fondée spécialement sur le 18° de l'article 132-45 du code pénal, qui prescrit en matière de violences intra-familiales « une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique ». Contrairement aux programmes de prévention de la récidive, il existe un fondement juridique à cette mesure d'hygiène pénitentiaire, il est toutefois impossible à la lecture de la disposition de connaître la substance de cette obligation accessoire à la prescription de résider hors du domicile conjugal. Assimilable au premier abord à l'obligation de soins, cette prise en charge n'implique pas une intervention médicale et ne dispose d'aucun régime juridique spécifique. Impossible dès lors de connaître à l'avance le contenu de l'assujettissement, ni les acteurs chargés de sa mise en œuvre. La substance de l'obligation est finalement déterminée par le pouvoir réglementaire, *a posteriori*, et par l'intermédiaire des acteurs privées promouvant leur offre de prise en charge. En conséquence, le mouvement de déresponsabilisation de l'État dans l'acte de punir²²²⁰, corrélatif à l'imputation progressive de la charge de l'acte de punir sur des personnes privées, semble atteindre un nouveau seuil, puisque ces auxiliaires du service public pénitentiaire n'interviennent plus seulement pour mettre en œuvre certaines modalités de prise en charge, mais travaillent également à leur définition dans une conception de légalité des pratiques punitives téléologiques, ne visant qu'un objectif et des moyens possibles, comme c'est le cas pour les prises en charge responsabilisantes portant sur une idéologie.

431 Les prises en charge responsabilisantes portant sur une idéologie. L'appréhension d'opinions politiques et religieuses à la fois comme facteurs de passage à l'acte et produit d'un trouble cognitif autorise à intervenir sur les idées et croyances d'une personne,

programmes et interventions devraient faire appels notamment aux méthodes cognitivo-comportementales, qui consistent à apprendre aux délinquants à réfléchir aux conséquences de leur conduite criminelle, à les amener à mieux se connaître et à mieux se contrôler, à reconnaître et à éviter les situations qui précèdent le passage à l'acte et à leur donner la possibilité de mettre en pratique des comportements pro-sociaux. » : Annexe 2, in Recommandation Rec(2000) 22 du Comité des ministres aux États membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et les mesures applicables dans la Communauté, §23.

²²¹⁹ « Outre les séances d'ouverture et de bilan, les thèmes correspondant à ce qui pouvait déjà être travaillé dans les entretiens individuels : « la loi et l'interdit ; la peine et la condamnation ; les idées ayant précédé le passage à l'acte ; la chaîne délictuelle ; les stratégies d'évitement ; l'empathie avec la victime ». » : DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 74.

²²²⁰ MARY Philippe, « (Dé)responsabilisation et pénalité », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, op. cit., p. 343-366.

indifféremment de tout lien avec les faits fondant la condamnation. La responsabilisation dépasse effectivement la politique de prévention de la récidive, pour intervenir sur les conduites déviantes dû à un problème de compétence au calcul rationnel des intérêts et à l'appréciation de la réalité. À l'instar de la santé, qui est un capital à préserver et développer au-delà de l'absence de maladie, la responsabilité sociale est un capital à protéger et améliorer durant la prise en charge pénitentiaire, indépendamment de toute condamnation. C'est la raison pour laquelle les mesures d'hygiène ne sont pas réservées à l'acte de punir. Cette caractéristique est particulièrement illustrée par la prise en charge de la radicalisation, organisée sans considération du statut pénal de la personne placée sous main de justice.

Depuis l'expérimentation des unités dédiées, les conditions de détention des personnes radicalisées sont particulièrement difficiles d'accès, en raison notamment de l'absence de publication des textes encadrant ces régimes de détention²²²¹. La publication des décrets d'application des quartiers spécifiques de l'article 726-2 du code de procédure pénale devait toutefois éclaircir les zones d'ombres du traitement en détention de cette catégorie de population pénale²²²². La lecture des articles encadrant les régimes spéciaux institués n'apporte cependant aucune précision sur la teneur de la prise en charge. Rien n'est dit de la substance du traitement pénitentiaire à l'exception, d'une part, de l'exigence qu'il soit adapté à la personnalité et au comportement des personnes affectées²²²³, et, d'autre part, que celles-ci participent aux activités individuelles et collectives qui leur sont proposées²²²⁴. Il est dès lors indispensable de continuer à se référer aux modalités de prises en charge des modalités précédentes et parallèles à ces quartiers, pour appréhender la teneur du volet réformateur de l'assujettissement des personnes radicalisées en détention. Dans le cadre des modalités d'exécution carcérales, la prise en charge est mise en œuvre par une équipe pluridisciplinaire, au centre de laquelle se trouve un binôme psychologue-éducateur dit de soutien et un médiateur du fait religieux²²²⁵, chargée d'organiser un programme ponctué d'entretiens et de groupes de parole portant sur la géopolitique, la laïcité, la théologie, la citoyenneté, *etc.*²²²⁶.

²²²¹ Sur le programme de prise en charge initiale, expérimenté dans le cadre d'une recherche-action v. : CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, DEPUSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, *op. cit.*, p. 30-33.

²²²² Décr. n° 2019-1504 du 30 décembre 2019 modifiant le code de procédure pénale (Partie réglementaire – Décrets en Conseil d'État) et relatif aux unités pour détenus violents ; Décr. n° 2019-1579 du 31 décembre 2019 modifiant le code de procédure pénale (partie réglementaire - décrets en Conseil d'État) et relatif aux quartiers de prise en charge de la radicalisation.

²²²³ Art. R. 57-7-84-15 ; art. R. 57-7-84-3 du CPP.

²²²⁴ Art. R. 57-7-84-16 ; art. R. 57-7-84-4 du CPP.

²²²⁵ Sur les médiateurs du fait religieux v. : *supra* n° 555.

²²²⁶ Note de service relative à la prise en charge des personnes détenues en unité dédiée, *op. cit.*, p. 7 ; URVOAS Jean-Jacques, *Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques*

En milieu ouvert, la prise en charge pénitentiaire relevant d'une hygiène de la responsabilité a pour fondement une obligation du régime probatoire et du contrôle judiciaire, qui prescrit une « prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, destinée à permettre sa réinsertion et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté²²²⁷ ». Derechef, le législateur n'indique qu'un champ des possibles, précisant seulement qu'une obligation accessoire de résidence dans un établissement d'accueil adapté peut être ordonnée. Cette obligation autorisant largement l'institution à prendre en charge la personne placée sous main de justice ne correspond en soi à aucun assujettissement. La *ratio legis* du législateur se limitait à offrir à l'administration pénitentiaire un fondement permettant la mise en œuvre de programmes de déradicalisation devant encore être déterminés lors du vote de la loi, en plus du suivi par les services d'insertion et de probation d'ores et déjà invités à mettre en œuvre un travail éducatif sur la thématique des croyances, des valeurs et des représentations²²²⁸. La teneur de l'assujettissement est finalement le résultat d'un cahier des charges de l'administration pénitentiaire et de l'offre de prise en charge élaborée, d'abord par l'Association de politique criminelle appliquée et de réinsertion sociale ayant remportée le premier marché public²²²⁹, puis par l'association Artemis du groupe SOS, relevant d'une approche éducative et psycho-sociale²²³⁰. Le prononcé de l'obligation de prise en charge correspond matériellement à l'assujettissement aux programmes « Recherche et intervention sur les violences extrémistes (RIVE) » puis « Pairs », développés et organisés par ces personnes privées pour rechercher l'évolution de l'idéologie politico-religieuse du sujet. Par ailleurs, cette intervention se trouve être le parangon des nouvelles modalités de prise en

Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice, op. cit., p. 26. Nous retrouvons notamment dans les programmes de prévention de la radicalisation violente des thématiques telles « Vivre ensemble avec soi-même et avec les autres », « L'identité, la famille, l'appartenance », « L'éducation aux médias », « Le racisme ou encore la métamorphose de notre société, pour accueillir sereinement l'incertitude » : BRIE Guillaume, RAMBOURG Cécile, *Dire et prédire la radicalisation. Le cas de la prison*, Agen, ENAP-CIRAP, « Dossiers thématiques », 2020, p. 60. « [Ces programmes] durent entre 3 et 5 mois avec au moins deux séances collectives par semaine et des entretiens individuels réguliers avec les détenus. Ils réunissent une dizaine de détenus (terroristes, radicalisés ou violents) dans le cadre d'ateliers animés par des conseillers d'insertion et de probation, des binômes de soutien et des personnels de surveillance. » : COUR DES COMPTES, *Les moyens de la lutte contre le terrorisme. Exercices 2015-2019, op. cit.*, p. 118.

²²²⁷ 20°, art. 132-45 du CP ; 18°, art. 138 du CPP.

²²²⁸ Note du 5 août 2016 relative à la prise en charge des personnes poursuivies ou condamnées pour des faits de terrorisme par les SPIP en milieu ouvert, DAP, DPJJ, p. 4.

²²²⁹ LAUFÉRON Frédéric, « Un outil au service du désengagement : présentation du dispositif RIVE », *AJ Pénal*, n° 3, 2018, p. 135-136. L'association a suivi durant deux ans 22 personnes placées sous main de justice par un « accompagnement pluridisciplinaire, intensif, individualisé et évolutif » : LETTO Nora, « La place des psys dans un dispositif de désengagement de la violence extrémiste », *Le Genre humain*, n° 2, vol. 61, 2019, p. 339. « L'équipe RIVE, pluridisciplinaire, était composée de quatre référents sociaux, de deux psychologues, d'un référent culturel, d'un psychiatre, d'un personnel administratif, d'une chargée de communication, d'une directrice docteure en droit et de chercheurs associés. » : *ibid.*, p. 340.

²²³⁰ *Ibid.*, p. 339-340.

charge, en ce qu'elle s'articule autour d'une phase d'évaluation psycho-criminologique du risque et d'une prise en charge cognitivo-comportementale²²³¹.

L'élargissement de la normalisation, par une hygiène de la responsabilité, recherche le perfectionnement de la subjectivation des personnes condamnées à « un mode de vie normalisé, conforme aux représentations et aux valeurs dominantes de la société²²³² ». Fondée sur la police de l'existence de la personne condamnée, l'acte de punir ne recherche plus la normalisation de la population pénale par l'introspection morale, mais pas une restructuration des schémas de pensée. Malgré un lien généalogique avec le traitement de resocialisation de la défense sociale, il n'est ainsi plus question de la valorisation de biens juridiques, mais de l'inculcation de normes sociales. Les pratiques punitives contemporaines consacrent ainsi une prise en charge constituant une « forme d'aliénation particulière », correspondant à la subjectivation forcée à un mode de vie normalisé contre laquelle ANCEL avait mis en garde, en soulignant la distance entre l'accompagnement d'un sujet durant sa transformation et une simple « tutelle matérielle et morale »²²³³. Si les pratiques sanitaires de la désistance s'inscrivent dans la continuité des méthodes prônées par la défense sociale nouvelle, elles se distinguent par la place accordée au sujet moral. Au centre du traitement pénitentiaire dans la vision d'ANCEL, le sujet moral disparaît progressivement dans les pratiques punitives contemporaines, au fur et à mesure que celles-ci substituent à la valorisation du « sens de la responsabilité²²³⁴ » l'inculcation de l'intérêt de la responsabilité.

*

432 La dimension sanitaire de la figure de la personne responsable. À l'image de plus en plus fragmentée du délinquant²²³⁵ », appréhendé au travers d'un ensemble de facteurs²²³⁶, correspond la figure aux multiples dimensions de la personne responsable, informée par

²²³¹ *Ibid.*, p. 341. Ce traitement prenait la forme d'un programme individualisé et modulable dans lequel est mobilisé l'usage du modèle Risque-Besoin-Réceptivité, la justice restaurative, l'extension de la prise en charge à la famille, des entretiens avec différents référents notamment culturels, des visites au domicile de la personne suivie, mais aussi la pratique du mentorat. En outre, un rapport trimestriel sur l'accompagnement est transmis au service pénitentiaire à destination de l'autorité judiciaire, ce qui est inenvisageable en principe dans le cadre du soin en raison du secret médical : LAUFÉRON Frédéric, « Un outil au service du désengagement : présentation du dispositif RIVE », *op. cit.*, p. 135-136.

²²³² MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 132.

²²³³ ANCEL Marc, « Examen de conscience de défense sociale : le problème du traitement des délinquants », *op. cit.*, p. 948.

²²³⁴ *Ibid.*, p. 949.

²²³⁵ QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 157.

²²³⁶ Sur l'appréhension du sujet par une combinaison de facteurs v. : *infra* n° 532-534.

l'ordre pénitentiaire. L'analyse des obligations des régimes d'exécution démontre à ce titre l'adjonction d'une dimension sanitaire, se rattachant au concept de santé mentale et portant sur les facteurs internes de passage à l'acte. L'acte de punir recherche la préservation et le développement de la santé, et plus généralement du capital humain, pour traiter ces facteurs et réduire le risque de récidive. Le développement de mesures de soin et d'hygiène pénitentiaires constitue à ce titre une nouvelle marque de l'extension de la gouvernamentalité néolibérale au champ de l'acte de punir. Constatons à cet égard que la recherche de perfectionnement des procédés de normalisation de la personne condamnée, en vue de « permettre d'agir en personne responsable²²³⁷ », conduit à l'amplification de la réglementation de la vie, par l'expansion des prescriptions pénitentiaires à de nouveaux domaines de l'existence du sujet.

**

433 La dissociation de l'ordre pénitentiaire au travers de la responsabilité sociale. La dissociation des intérêts poursuivis par la réglementation de la vie de la protection de l'ordre public est un mouvement caractéristique de l'évolution de l'ordre pénitentiaire, largement alimenté par la multiplication des obligations de faire. La prévention de la récidive n'est plus seulement recherchée par des interdictions obstacles à des atteintes aux biens juridiques, mais par des comportements à accomplir pour être socialement responsable, dessinant en pointiller la silhouette de la personne responsable. La teneur de l'assujettissement se trouve dès lors décuplé par ce passage d'une rationalité pénale libérale à une rationalité punitive néolibérale. Il ne s'agit pas d'interdire seulement ce qui est nécessaire à la défense de l'« ordre politique²²³⁸ » exprimé par notre « droit pénal libéral²²³⁹ », mais d'intervenir pour prescrire l'adaptation à l'ordre social. La subjectivation recherchée par la police de la population pénale n'a plus comme perspective la protection de l'ordre public, au travers du respect des biens juridiques, mais la conformité du sujet de l'acte de punir à un ordre social, recherchée par sa normalisation en référence à la figure de la personne responsable.

²²³⁷ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²²³⁸ MISTRETTA Patrick, « Valeur sociale protégée et santé », *op. cit.*, p. 96.

²²³⁹ MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, *op. cit.*, §59 ; BEAUVAIS Pascal, « La surveillance pénale », in *Mélanges en l'honneur de Geneviève Guidicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, p. 261 ; BEAUVAIS Pascal, « Le régime constitutionnel des mesures de sûreté », *RSC*, n° 3, 2020, p. 624 ; ALIX Julie, « Radicalisation et droit pénal », *op. cit.*, p. 770.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

434 L'intensification de l'assujettissement par l'amplification de la réglementation de la vie dans le champ pénitentiaire. La multiplication des interdictions et des obligations, contribuant à la définition du régime d'exécution, amplifie le spectre de la réglementation de la vie. Renouvelant les intérêts poursuivis par la police de la population pénale, ces prescriptions déterminent une redéfinition de l'ordre pénitentiaire, caractérisée par une plus grande autonomie de ses éléments constitutifs de l'ordre public. Sous le régime de la rationalité punitive contemporaine, le dispositif d'exécution poursuit indéniablement des intérêts de plus en plus dissociés des biens juridiques protégés par le droit pénal, afin de rechercher la subjectivation de la population pénale à la figure de la « personne responsable²²⁴⁰ ». C'est la raison pour laquelle les dimensions de l'ordre pénitentiaire contribuent à esquisser les traits de cette figure de référence pour la réformation des personnes condamnées. *In fine*, l'intégration de ce paradigme de la responsabilité sociale, dans l'exécution de la peine, est le principal vecteur de l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. L'accroissement de la teneur de l'acte de punir n'est pas en particulier le résultat de pratiques punitives plus sévères, mais celui de la diversification des modalités d'exécution et de l'intensification de leurs usages, au service d'une nouvelle expérience de subjectivation se résumant à l'idée que la normalisation de la population pénale n'est plus la finalité, mais l'objet des pratiques punitives. D'un côté, les modalités d'exécution investissent de nouveaux domaines de l'existence du sujet, pour développer le capital humain et normaliser la vie de la personne condamnée. De l'autre, les usages des modalités d'exécution sanctionnent la soumission de la population pénale à cette police, faisant ainsi de l'acceptation de l'ordre pénitentiaire par le sujet un critère de l'évolution de ses conditions d'exécution. C'est ainsi en déterminant une constitution corrélative du sujet et de sa peine de plus en plus étroite que la police de population pénale intensifie l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. Cependant, cette mise en relation plus intense du comportement des individus avec leurs conditions d'exécution ne peut intervenir sans l'amplification de la production de connaissance (Chapitre 2) sur la conduite des personnes condamnées, indispensable à la sanction des prescriptions formelles des régimes d'exécution.

²²⁴⁰ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

CHAPITRE 2. L'AMPLIFICATION DE LA PRODUCTION DE CONNAISSANCE

435 L'indexation de l'évolution des conditions d'exécution sur l'acceptation de l'ordre pénitentiaire. L'article 707 du code de procédure pénale, énonçant les « principes directeurs²²⁴¹ » de l'exécution des peines, prescrit que l'acte de punir a pour objet « l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions²²⁴² ». Au service désormais de la subjectivation de l'individu eu égard au paradigme de la responsabilité sociale, l'« objectif traditionnel [...] de normalisation des conduites²²⁴³ » est recherché par la soumission du sujet à son régime d'exécution, constituant de plus en plus une police reconfigurant sa vie. Les usages des modalités d'exécution interviennent alors pour sanctionner le respect de cette réglementation, destinées à déterminer sa subjectivation à la figure de la « personne responsable²²⁴⁴ ». Or, cette évolution des conditions d'exécution de la peine en fonction de l'acceptation de l'ordre pénitentiaire par le sujet, tout au long de l'acte de punir, nécessite que les autorités de l'exécution des peines soient en mesure de connaître du respect des prescriptions formelles, composant la prise en charge dédiée à la « responsabilisation²²⁴⁵ » de la personne condamnée. L'amplification de la réglementation de la vie, caractérisée par l'extension du champ de la police à de nouveaux domaines de l'existence du sujet, implique dès lors le redoublement de la production de

²²⁴¹ Sur l'usage de l'expression « principes directeurs » de l'exécution des peines v. : COUV RAT Pierre, « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines. Commentaire des articles 159 et 161 de la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II », *op. cit.*, p. 682 ; GIACOPELLI Muriel, « La promotion du milieu ouvert par l'aménagement des peines », *op. cit.*, p. 89 ; PONSEILLE Anne, « La peine et le temps », *op. cit.*, p. 93 ; GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §587 et s. Sur les principes de l'exécution des peines v. : *infra* n° 77.

²²⁴² Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²²⁴³ MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 97. Sur l'acte de punir en tant que pratique normalisante v. : *supra* n° 39. Pour une définition de la normalisation v. : *infra* n° 369.

²²⁴⁴ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²²⁴⁵ Art. 4, Décr. n° 2019-50 du 30 janvier 2019 portant statut particulier du corps des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 6 ; SALVAGE Philippe, « Le consentement en droit pénal », *op. cit.*, p. 699 ; DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, *op. cit.* ; RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *op. cit.*, p. 399 ; CLIQUENNOIS Gaëtan, *Le management des prisons : vers une gestion des risques et une responsabilisation des détenus ?*, *op. cit.* ; LARMINAT Xavier de, « Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation », *op. cit.* ; SALAS Denis, « La responsabilisation des fous criminels à l'ère néolibérale », *op. cit.*, p. 427.

connaissance sur sa conduite, pour connaître de la conformité de celle-ci à l'ordre pénitentiaire²²⁴⁶.

436 La production de connaissance dans le champ pénitentiaire. Depuis la fondation de l'institution pénitentiaire²²⁴⁷, l'observation de la population pénale est une pratique constante dans le champ de l'acte de punir²²⁴⁸. Cette pratique d'examen, constituant pour CANNAT « l'âme du régime pénitentiaire²²⁴⁹ », est destinée à produire de la connaissance sur les personnes prises en charge par le dispositif d'exécution. Il s'agit de produire un savoir à la fois sur les individus en eux-mêmes et leur comportement, afin d'individualiser leur régime d'exécution. L'adaptation des prescriptions réglementant la vie du sujet consiste en effet à une mise en relation des caractéristiques et du comportement des individus avec les pratiques punitives adéquates pour poursuivre efficacement les finalités de l'acte de punir. D'un côté, la production de connaissance vise la caractérisation de la population pénale, en vue de l'individualisation des conditions d'exécution en fonction des différentes problématiques pénologiques qui se posent, telles que la radicalisation ou des troubles mentaux. C'est à partir de ce savoir, contribuant à l'évaluation des personnes condamnées, que le régime d'exécution peut en premier lieu être individualisé²²⁵⁰. De l'autre, la production de connaissance désigne l'observation du comportement de la personne condamnée, pour apprécier son acceptation de l'ordre pénitentiaire. C'est ainsi ensuite à partir du constat du respect des prescriptions de la réglementation de la vie, qu'il est possible de sanctionner la soumission ou non du sujet à son régime d'exécution, dédié à sa normalisation et sa responsabilisation.

En définitive, la production de connaissance consiste au sein du champ pénitentiaire en une pratique constante d'examen de la population pénale et de sa soumission à l'ordre pénitentiaire. Elle réunit des procédés de surveillance, de contrôle, d'investigation et de recueil de renseignements, contribuant à caractériser les individus et destinés à connaître des atteintes aux intérêts institutionnels poursuivis. Traditionnellement, l'observation des personnes condamnées s'effectue par le regard du surveillant sur la cellule, la courserie et la

²²⁴⁶ Sur l'amplification de la réglementation de la vie v. : *supra* n° 368 et s.

²²⁴⁷ Sur la fondation de l'institution pénitentiaire v. : *supra* n° 229 et s.

²²⁴⁸ Dès le XIX^e siècle, LUCAS souligné que « Pour donner à l'éducation individuelle cette mobilité, cette élasticité d'action qui permettra d'opérer, sous le contrôle perpétuel de l'épreuve et sous la sanction continue de la crainte et de la récompense, le classement et le déclasserment rationnel des modalités, il faut d'abord embrasser, enregistrer, tous les actes de la conduite individuelle de chaque détenu et soumettre sa vie journalière à une véritable comptabilité morale. » : LUCAS Charles, *De la réforme des prisons, ou de la théorie de l'emprisonnement, de ses principes, de ses moyens, et de ses conditions pratiques*. Tome 2, Paris, É. Legrand et J. Bergounioux, 1836, p. 436.

²²⁴⁹ CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, op. cit., p. 189.

²²⁵⁰ Sur l'évaluation des personnes condamnées v. : *infra* n° 478 et s.

cour de promenade, par les fouilles des personnes et des lieux qu'il mène en détention²²⁵¹, ainsi que par le suivi, le contrôle et les investigations des services pénitentiaires d'insertion et de probation²²⁵². En raison d'un mouvement d'amplification de la production de connaissance sur la conduite des personnes condamnées, contribuant à l'intensification de la police dans le champ pénitentiaire, celle-ci procède aujourd'hui en outre de la vidéo-surveillance en prison²²⁵³, de la surveillance électronique en milieu ouvert²²⁵⁴, des « très larges pouvoirs d'investigation²²⁵⁵ » des juridictions de l'application des peines²²⁵⁶, de la mise en œuvre de mesures judiciaires d'enquête²²⁵⁷, ainsi que de l'emploi de techniques de renseignement par des agents pénitentiaires²²⁵⁸. La reconfiguration du dispositif d'exécution, autour de la rationalité punitive contemporaine, implique effectivement la recrudescence des pratiques, technologies et techniques employées pour connaître de l'acceptation de l'ordre pénitentiaire par le sujet²²⁵⁹. La diversification des moyens de connaissance met ainsi en adéquation les procédés d'observation de la population pénale avec les prescriptions renouvelées des régimes d'exécution.

437 La diversification des moyens de connaissance du dispositif d'exécution. Ayant avant tout pour objet de réunir des connaissances de nature à caractériser les atteintes à l'ordre pénitentiaire, la pratique de l'observation s'intensifie en parallèle de la redéfinition des intérêts institutionnels poursuivis et de l'extension de la prise en charge à de nouveaux domaines de l'existence du sujet. Cette adaptation des modalités de recherche des violations du régime d'exécution correspond à un mouvement de diversification des moyens de connaissance dans le champ de l'acte de punir. À partir de son analyse, il sera possible d'appréhender la contribution de ces contraintes et ingérences, de plus en plus nombreuses et attentatoires aux droits et libertés, à la teneur de l'assujettissement auquel donne lieu la

²²⁵¹ Art. 57, loi n° 2009-1436 du 14 novembre 2009 pénitentiaire ; art. D. 269 du CPP ; art. D. 275 du CPP. Sur les fouilles dans le cadre du statut des détenus particulièrement dangereux v. : *supra* n° 262.

²²⁵² Art. D. 574 du CPP ; art. D. 49-24 du CPP.

²²⁵³ Sur la vidéo-surveillance v. : *infra* n° 443-445.

²²⁵⁴ Sur la surveillance électronique v. : *infra* n° 455-457.

²²⁵⁵ BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine, op. cit.*, §948.

²²⁵⁶ « Dans l'exercice de leurs attributions, les juridictions de l'application des peines peuvent procéder ou faire procéder, sur l'ensemble du territoire national, à tous examens, auditions, enquêtes, expertises, réquisitions, y compris celles prévues par l'article 132-22 du code pénal ou toute autre mesure, permettant de rendre une décision d'individualisation de la peine ou de s'assurer qu'un condamné respecte les obligations qui lui incombent à la suite d'une telle décision. » : art. 712-16 du CPP.

²²⁵⁷ Art. 709-1-1 du CPP et s. du CPP. Sur les techniques d'enquête dans le champ pénitentiaire v. : *infra* n° 460 et s.

²²⁵⁸ Art. L. 811-4 du CSI ; art. L. 855-1 du CSI. Sur les techniques de renseignements dans le champ pénitentiaire v. : *infra* n° 467 et s.

²²⁵⁹ Sur la rationalité punitive contemporaine v. : *supra* n° 9-11.

condamnation. Considérons dès lors tant l'exacerbation des procédés inhérents à la protection de l'ordre pénitentiaire, que l'importation des procédés inhérents à la protection de l'ordre public dans le champ de l'acte de punir.

La diversification des moyens de connaissance relève, en premier lieu, de l'exacerbation des procédés inhérents à la protection de l'ordre pénitentiaire (Section 1). Il s'agit des moyens d'observation propres aux intérêts institutionnels poursuivis, telle la vidéosurveillance pour la sécurité des biens et des personnes dans l'espace public, ou au dispositif d'exécution en lui-même, comme la surveillance électronique. La plus grande difficulté à connaître des atteintes aux intérêts institutionnels poursuivis, ainsi que l'ambition exacerbée d'une normalisation de la vie des personnes condamnées, détermine en effet le renforcement des instruments de surveillance et de contrôle de la population pénale.

La diversification des moyens de connaissance dans le champ pénitentiaire procède, en second lieu, de l'importation des procédés inhérents à la protection de l'ordre public (Section 2). Nous désignons par là les procédés d'observation réservés d'ordinaire à la recherche des atteintes ou des risques d'atteinte aux biens juridiques protégés par le droit pénal. Les autorités de l'exécution des peines disposent dorénavant pour la recherche des violations du régime d'exécution de mesures d'enquête et de techniques de renseignement. Phénomène paradoxal eu égard à la distanciation des intérêts institutionnels de « l'ordre public pénal²²⁶⁰ », le renforcement des moyens d'investigation s'explique toutefois par l'insertion des personnes condamnées en milieu ouvert et l'intégration de l'administration pénitentiaire dans la communauté du renseignement.

²²⁶⁰ PIN Xavier, « L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, *op. cit.*, p. 112.

SECTION 1. L'EXACERBATION DES PROCÉDÉS INHÉRENTS À LA PROTECTION DE L'ORDRE PÉNITENTIAIRE

438 Le renforcement des modalités de recherche des violations du régime d'exécution. En parallèle de la redéfinition de l'ordre pénitentiaire, la reconfiguration du dispositif d'exécution a renforcé les modalités de recherche des violations du régime d'exécution, tant pour mieux assurer la sécurité intérieure et la sécurité publique que pour s'adapter aux nouvelles prescriptions de la prise en charge. À l'amplification de la réglementation de la vie correspond en effet l'exacerbation des moyens de connaissance inhérents à la protection de l'ordre pénitentiaire, correspondant à deux modes d'observation de la population pénale²²⁶¹. D'un côté, le mode de la surveillance (A), le plus général et le plus diffus, fonctionne à partir d'un objet de recherche indéfini. De l'autre, le mode du contrôle (B), plus spécifique et particulier, consiste en la vérification de points de conformité à la norme. Nous les étudierons successivement pour considérer leur apport à la police des personnes condamnées et à l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, en prenant l'exemple de modalités illustrant l'amplification des procédés inhérents à la protection de l'ordre pénitentiaire²²⁶².

§1. LE MODE DE LA SURVEILLANCE

439 L'exemple des technologies du regard. Activité policière par excellence, la surveillance doit être entendue largement comme l'observation du comportement de la population pénale eu égard aux différents intérêts institutionnels poursuivis, et ce, qu'ils s'inscrivent dans les fonctions primaires ou secondaires du dispositif d'exécution²²⁶³. Il s'agit d'une pratique générale de production de connaissance sur les personnes condamnées, et non seulement d'un relevé des comportements constituant des violations du régime d'exécution, qui constitue certes toujours le cœur de la mission de garde des personnes privées de liberté, mais qui ne l'épuise pas, comme l'a rappelé la loi pénitentiaire²²⁶⁴. L'intérêt de la surveillance

²²⁶¹ Sur la distinction entre la surveillance et le contrôle v. : CHAUVENET Antoinette, ORLIC Françoise, « Sens de la peine et contraintes en milieu ouvert et en prison », *Dév. & Soc*, n° 4, Vol. 26, 2002, p. 451-452.

²²⁶² Ces développements ne sont pas destinés à un examen exhaustif des moyens de connaissance participant de la surveillance et du contrôle de la population pénale. En particulier, nous écarterons les mesures analysées ailleurs dans cette étude, telles que les fouilles pénitentiaires. Sur ce point v. : *supra* n° 262.

²²⁶³ Sur la dichotomie entre les fonctions primaires et secondaires v. : *supra* n° 382.

²²⁶⁴ « Dans le cadre de leur mission de sécurité, [les personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire] participent à l'individualisation de leur peine ainsi qu'à leur réinsertion. » : art. 12, loi n° 2009-1436

est aussi bien de connaître du respect des prescriptions pénitentiaires que d'apprécier leur adéquation aux caractéristiques et au comportement des individus, afin de déterminer l'opportunité de leur adaptation durant l'acte de punir. Cette évolution de l'objet de la surveillance, alimentant notamment la réflexion de l'institution sur les métiers pénitentiaires²²⁶⁵, contribue à déterminer une amplification de ce moyen de connaissance de la population pénale.

À cet égard, les technologies du regard, emblématiques de l'exécution de la peine privative de liberté²²⁶⁶, sont de nature à illustrer les rapports entre l'ordre pénitentiaire et les moyens de connaissance. Ensemble de techniques permettant de considérer et d'examiner un objet par la vue, les technologies du regard sont les formes de manifestation de l'« œil du pouvoir²²⁶⁷ » dans le champ de l'acte de punir. Au sein du dispositif d'exécution contemporain, ouvert sur le champ social, ce moyen de surveillance de la population pénale se pérennise et s'amplifie au travers d'acteurs et de procédés partiellement renouvelés. Les axes de la surveillance (A) sont toujours essentiels à la surveillance de la population pénale, mais de nouveaux acteurs prêtent leur regard à l'institution. Quant à la surveillance opérée par l'administration dans le milieu fermé spécifiquement, elle est marquée par le fort développement des outils de la surveillance (B), quintessence de l'ambition d'une capacité à la « surveillance absolue²²⁶⁸ ».

A. Les axes de la surveillance

440 La multiplication des axes de la surveillance. Si la surveillance ne se réduit nullement à un regard attentif, porté sur un objet sur lequel on veille, elle est sous cette forme emblématique de la prison. La peine privative de liberté est après tout d'abord la garde des

pénitentiaire du 24 novembre 2009. Sur l'apport des personnels pénitentiaires à la réinsertion des détenus v. : MBANZOULOU Paul, *La réinsertion sociale des détenus : de l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, Paris, l'Harmattan, « Sciences criminelles », 2000, 320 p.

²²⁶⁵ Sur l'évolution des métiers pénitentiaires v. : MBANZOULOU Paul (dir.), *Les métiers pénitentiaires : enjeux et évolutions*, Agen, France, Les Presses de l'ÉNAP, 2014, 274 p.

²²⁶⁶ « Plus que le fameux panoptique de Bentham, l'œil dans la porte de la cellule marque cette nécessaire visibilité permanente du prisonnier. » : DELARUE Jean-Marie, « Le renseignement pénitentiaire », *Après-demain*, n° 1, vol. 45, 2018, p. 9.

²²⁶⁷ FOUCAULT Michel, BAROU Jean-Pierre, PERROT Michelle, « L'œil du pouvoir. Entretien avec Michel Foucault », in *Le panoptique*, BENTHAM Jeremy, Paris, Belfond, 1977 (1791), p. 7-31.

²²⁶⁸ TOUTAIN François, « Intervention de la DAP dans la lutte contre la radicalisation », in *Journée européenne concernant la lutte contre la radicalisation. 4^e édition*, CITOYENS & JUSTICE, COMITÉ NATIONAL DE LIAISON DES ACTEURS DE LA PRÉVENTION SPÉCIALISÉE (dir.), Colloque, Paris, 1 avril 2019. Durant son intervention, le directeur de la mission de lutte contre la radicalisation caractérise ainsi la surveillance devant peser sur les personnes radicalisées n'étant pas affectées dans un quartier spécial, après leur passage dans un quartier d'évaluation de la radicalisation.

prisonniers, opérée par le regard porté sur la population pénale au travers de l'œilleton de la porte de la cellule, de la fenêtre du bureau de l'unité de vie, du poste de contrôle du quartier et du haut du mirador placé sur le mur d'enceinte. « [P]arce que le « bon ordre et la sécurité » sont des objectifs permanents et difficiles [...] les personnes détenues doivent pouvoir être scrutées à tout moment²²⁶⁹ ». Ainsi, les « personnels pénitentiaires doivent être constamment en mesure de s'assurer de la présence effective des détenus²²⁷⁰ ». Caractéristique de la prise en charge pénitentiaire, la « nécessaire visibilité permanente du prisonnier²²⁷¹ » est indissociable de la privation de liberté et évolue à ce titre en parallèle de la diversification des modalités d'exécution. Il est à ce titre possible de relever une multiplication des axes de la surveillance, exercée tant par les personnels pénitentiaires que les acteurs du champ social, symptomatique de l'intensification de ce procédé d'observation.

441 La surveillance exercée par les personnels pénitentiaires. Comme le souligne la généalogie des principaux modèles architecturaux de la prison, les axes de surveillance sont caractéristiques de la rationalité de l'enfermement et, par extension, de la rationalité de l'acte de punir. Le panoptique de BENTHAM, mis en exergue par FOUCAULT, est exemplaire de cette corrélation entre la manière de surveiller et de punir²²⁷². Dans la forme de l'emprisonnement rêvée par le philosophe utilitariste anglais, la réformation de l'âme du condamné est entreprise par une introspection, soutenue par une visibilité totale et continue de la cellule²²⁷³. Ces dernières sont en effet disposées en cercle autour d'un point central de surveillance, pour que rien ne puisse échapper au regard du surveillant. L'axe de surveillance unique devait permettre de tout voir, à tout moment, tout en étant imperméable au regard des détenus, afin que ces derniers ne puissent jamais savoir s'ils sont ou non sous le regard du personnel²²⁷⁴. Ayant connu peu de réalisation à travers le monde²²⁷⁵, le panoptique n'en sera pas moins aussi influent dans le devenir de l'architecture carcérale que la pensée de BENTHAM dans la philosophie utilitariste. En particulier, le plan en étoile, ayant notamment fortement inspiré les maisons d'arrêt de la Santé et de Fleury-Mérogis, reprendra l'apport décisif du champ de

²²⁶⁹ DELARUE Jean-Marie, « Le renseignement pénitentiaire », *op. cit.*, p. 7.

²²⁷⁰ Al. 1, art. D. 270 du CPP. Concernant l'organisation de la sécurité dans les établissements pénitentiaires v. : art. D. 265 et s. du CPP ; BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, §260-265.

²²⁷¹ DELARUE Jean-Marie, « Le renseignement pénitentiaire », *op. cit.*, p. 7.

²²⁷² FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 197-229.

²²⁷³ HABOUZIT Francis, *Construire la peine dans les murs. Architecture et spatialité des nouvelles prisons*, *op. cit.*, p. 15.

²²⁷⁴ BENTHAM Jeremy, *Le panoptique*, *op. cit.*

²²⁷⁵ Quelques exemples d'établissements pénitentiaires se rapprochant très fortement de la conception de BENTHAM peuvent toutefois être relevés : la prison de Niort, construite en 1953, en France ; l'établissement nommé *Prisodio modelo*, érigé en 1927, à Cuba ; ou encore celui de Stateville, datant de 1925, aux États-Unis.

visibilité ininterrompu à la rationalisation de la garde des condamnés, tout en l'adaptant. Centrée sur une individualisation de l'espace au service de l'industrialisation de l'emprisonnement cellulaire, cette architecture produit un modèle économique de l'encellulement individuel, en multipliant les axes de surveillance autour d'un point central, d'où émanent les coursives le long desquelles sont disposées les cellules des condamnés²²⁷⁶. Postérieurement à ce modèle, les « nouvelles prisons²²⁷⁷ » déplaceront l'objet de l'individualisation vers le régime de détention, au travers d'une rationalité architecturale sectorisée, mettant un terme à l'axe de surveillance unique, pour lui substituer un relais de postes d'observation et de contrôle placés aux frontières entre les différentes unités fonctionnelles de la prison, d'où résulte l'amplification de la surveillance²²⁷⁸.

Le dépassement du champ continu de visibilité est une conséquence de la poursuite de l'intensification de l'individualisation de la peine. À cet égard, l'observation de la sectorisation de l'espace carcéral démontre la causalité entre le renforcement de l'individualisation et celui de l'assujettissement de la population pénale. Si la volonté d'individualisation a en effet conduit à préférer un espace carcéral fragmenté, impliquant le rejet d'un champ de visibilité unique, la multiplication des axes de surveillance rapproche l'« œil du pouvoir²²⁷⁹ » du corps des condamnés. L'intensification de la segmentation de l'espace carcéral, au service de l'individualisation des régimes de détention dans les différents quartiers et unités de vie, implique une recrudescence de l'observation de la population pénale en détention, par un morcellement de la surveillance impliquant une proximité accrue de celle-ci avec le sujet de l'acte de punir. Ce rapprochement du regard des personnels pénitentiaires sur la conduite de la population pénale rend alors plus difficile le contournement ou le rejet de la norme. Or, plus il est difficile d'échapper à la surveillance de l'administration, plus il est compliqué de ne pas se soumettre à l'ordre pénitentiaire par l'adoption du comportement prescrit et d'échapper à la sanction de la violation de la norme.

Du reste, ce mouvement de rapprochement de la surveillance de la population pénale, par la multiplication des axes de visibilité, n'est pas l'apanage du milieu fermé. L'autorisation faite aux agents pénitentiaires de visiter le probationnaire à son domicile constitue en effet de

²²⁷⁶ L'« architecture de Philadelphie, appelée rayonnante ou radiale, est pareillement structurée autour d'un point central de surveillance. Or, à l'inverse du modèle circulaire du philosophe utilitariste anglais, la surveillance de la tour ne porte pas vers la cellule mais exclusivement sur la coursive. » : HABOUZIT Francis, *Construire la peine dans les murs. Architecture et spatialité des nouvelles prisons*, op. cit., p. 16.

²²⁷⁷ DÉLÉGATION POUR LA RÉALISATION D'ÉTABLISSEMENTS PÉNITENTIAIRES, « Dossier : nouvelles prisons. Le programme 13 000 », op. cit. Pour une définition des nouvelles prisons v. : note n° 1334.

²²⁷⁸ Sur la fragmentation de l'espace carcéral v. : *supra* n° 392.

²²⁷⁹ FOUCAULT Michel, BAROU Jean-Pierre, PERROT Michelle, « L'œil du pouvoir. Entretien avec Michel Foucault », op. cit.

nouveaux horizons pour l'observation de la population pénale²²⁸⁰. À cet égard, la « déterritorialisation²²⁸¹ » de l'institution pénitentiaire, par le développement d'un milieu ouvert, a également été le vecteur de la multiplication des axes de la surveillance opérée par les acteurs du champ social, intégrés au fonctionnement du dispositif d'exécution.

442 La surveillance exercée par les acteurs du champ social. La reconfiguration du dispositif d'exécution, par la diversification des modalités d'exécution, a déterminé l'instauration d'un milieu ouvert, structuré par la libération des fonctions carcérales²²⁸². D'abord, la création de régimes d'exécution de la peine privative de liberté en dehors des murs de la prison emporte l'extension du champ de la réglementation de la vie. La poursuite des intérêts institutionnels relevant de la dimension *extra-muros* de l'ordre pénitentiaire n'est possible ensuite qu'avec le renouvellement des procédés d'observation de la population pénale. Ainsi, la fonction de production de connaissance du dispositif d'exécution a elle aussi été libérée en milieu ouvert, occasionnant l'émergence de nouveaux axes de surveillance.

Ce placement du sujet de l'acte de punir dans le champ social implique la mobilisation de nouveaux acteurs, procédant d'un « processus de division croissante du travail²²⁸³ » de surveillance dans le dispositif d'exécution. Directement, les régimes d'exécution des mesures d'individualisation judiciaires, en multipliant les obligations particulières du régime probatoire, notamment concernant la dimension sanitaire de l'ordre pénitentiaire, mobilisent les praticiens du soin comme le secteur associatif, y compris pour les prises en charge les plus complexes et sensibles²²⁸⁴. Indirectement, ce sont les proches du sujet de l'acte de punir qui, en partageant l'espace de l'exécution de la peine, se retrouvent à leur tour pris, bon gré mal gré, dans un rapport de surveillance avec la personne condamnée²²⁸⁵. De surcroît, le sujet de

²²⁸⁰ D'une part, le 2° de l'article 132-44 du code pénal oblige effectivement la personne placée sous main de Justice à accepter les visites du service pénitentiaire d'insertion et de probation. D'autre part, le contrôle du respect des obligations par la personne placée sous surveillance électronique, statique ou mobile, passe également par des visites au lieu d'assignation : al. 4, art. 723-9 du CPP ; art. 61-28 du CPP. Sur l'obligation de recevoir les visites des personnels pénitentiaires v. : note n° 2365.

²²⁸¹ FROMENT Jean-Charles, « Le pouvoir souverain, la peine et le corps. Éléments pour une philosophie pénale de la surveillance électronique », *op. cit.*, p. 8 ; FROMENT Jean-Charles, « La surveillance électronique à domicile : une nouvelle économie du pouvoir de punir ? », *op. cit.*, p. 150.

²²⁸² Sur l'extension des fonctions carcérales dans le milieu ouvert v. : FOUCAULT Michel, « "Alternatives" à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social : une entrevue avec Michel Foucault », *op. cit.*

²²⁸³ BONY Lucie, « Interdictions de séjour. Une analyse de géographie pénale », *op. cit.*, p. 25.

²²⁸⁴ Sur la dimension sanitaire de l'ordre pénitentiaire et le rôle des personnes privées dans l'élaboration et la mise en œuvre de la prise en charge pénitentiaire v. : *supra* n° 419 et s.

²²⁸⁵ DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *op. cit.* ; ALLARIA Camille, « Le placement sous surveillance électronique : espace et visibilité du châtiment virtuel », *Champ pénal*, vol. XI, « Parentalités enfermées/Objets et enfermement/Probation française », 2014, p. 18-20 ; MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 102.

l'acte de punir devient lui-même agent de sa propre surveillance, puisqu'il est responsable en milieu ouvert du respect de l'ensemble des prescriptions de son régime d'exécution²²⁸⁶. La multiplication des dimensions de l'ordre pénitentiaire accroît de cette façon la diversité des agents de surveillance en milieu ouvert. Le dispositif d'exécution poursuit ainsi toujours l'ambition de « faire assumer par d'autres mécanismes, d'autres institutions, d'autres acteurs, les fonctions de la prison²²⁸⁷ ».

Cette multiplication des axes de la surveillance, au travers de la diversification des acteurs participant au dispositif d'exécution, n'est pas pour autant le propre du milieu ouvert. À l'instar des politiques pénitentiaires de responsabilisation, la diffusion des fonctions carcérales dans le champ social a provoqué en retour l'ouverture de la prison à la société civile. Nombre des acteurs déjà évoqués ont en effet pénétré le territoire carcéral, quand d'autres y sont spécifiques, comme les médiateurs du fait religieux, participant à la prise en charge comme à la commission pluridisciplinaire unique des personnes radicalisées²²⁸⁸. À cette liste, ajoutons un acteur inattendu dans le champ de la production institutionnelle de connaissance sur la population pénale et, pourtant, de plus en plus important dans le fonctionnement du dispositif d'exécution. Il s'agit du chercheur, non pas dans ses activités académiques autonomes, mais dans son rôle d'ingénieur des recherches-action de l'administration pénitentiaire – souvent confidentielles, en particulier en matière de radicalisation²²⁸⁹ –, dont les commandes se multiplient. À eux seuls, ces travaux, répondant aux besoins du dispositif d'exécution relatifs à la caractérisation des individus et à l'individualisation des modalités de prise en charge, soulignent l'amplification de la production de connaissance concomitante à la redéfinition de l'ordre pénitentiaire et à l'intensification de l'individualisation. Poursuivons toutefois en relevant l'accroissement du recours aux outils de surveillance (B) dans le champ carcéral.

²²⁸⁶ DEVRESSE Marie-Sophie, « Être placé sous surveillance électronique. Une forme originale de « peine situationnelle » ? », *Dév. & Soc.*, n° 3, Vol. 37, 2013, p. 378 ; RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique mobile : un nouveau modèle pénal ?*, *op. cit.*, p. 6.

²²⁸⁷ PONCELA Pierrette, « Dehors... La prison dans la tête. Quelques réflexions à partir des peines de milieu ouvert », *op. cit.*, p. 15.

²²⁸⁸ Sur les médiateurs du fait religieux v. : *infra* n° 555.

²²⁸⁹ Entretien avec Monsieur Naouef GAIED, Adjoint à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Directeur de la protection judiciaire de la jeunesse, et Monsieur Romain SÈZE, Chargé de recherche à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Sociologue, réalisé à la DAP le 9 juillet 2020 ; CGLPL, *Radicalisation en milieu carcéral. 2016 : l'ouverture des unités dédiées*, Paris, 2016, p. 5-6. L'une de ces recherches portée notamment sur l'établissement d'une typologie des personnes radicalisées en vue de l'actualisation des grilles de détection de l'administration pénitentiaire : *ibid.*, p. 6-7 ; Note du 27 janvier 2015 de vigilance relative à la suite des attentats des 7, 8 et 9 janvier 2015, Garde des sceaux.

B. Les outils de surveillance

443 La recrudescence de la vidéosurveillance en détention. « La vidéosurveillance désigne le système conçu pour surveiller à distance un espace déterminé à l'aide de caméras²²⁹⁰. » Cette observation indirecte de la population pénale, au travers de ces dispositifs de captation, de transmission et d'enregistrement d'images, est distinguée de la vidéoprotection visant la surveillance des personnes et des biens dans les lieux ouverts au public²²⁹¹. De plus en plus nombreuses, les implantations de caméras procèdent d'un dispositif général et de dispositifs exceptionnels de la vidéosurveillance en détention.

444 Le dispositif général de la vidéosurveillance en détention. Distincte de la vidéoprotection, la vidéosurveillance en prison dispose d'un encadrement juridique distinct, prévu à l'article 58 de la loi pénitentiaire et réglementé par arrêté²²⁹². Autorisant que des « caméras de surveillance [puissent] être installées dans les espaces collectifs présentant un risque d'atteinte à l'intégrité physique des personnes au sein des établissements pénitentiaires²²⁹³ », la loi pénitentiaire impose leur emploi dans les structures dont l'ouverture est postérieure à l'entrée en vigueur de la disposition.

Bien que la densité des caméras soit variable entre les établissements pénitentiaires²²⁹⁴, ces outils de surveillance se sont généralisés, leurs usages banalisés et leurs implantations multipliées, aux côtés de l'émergence des outils de reconnaissance biométrique,

²²⁹⁰ HEILMANN Éric, « La vidéosurveillance, un mirage technologique et politique », in *La frénésie sécuritaire. Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, MUCCHIELLI Laurent (dir.), Paris, La Découverte, « Sur le vif », 2008, p. 113.

²²⁹¹ CGLPL, *Rapport d'activité 2009*, Paris, 2010, p. 89. Sur l'encadrement juridique de la vidéoprotection v. : art. L. 251-1 et s. du CSI ; R. 251-1 et s. du CSI.

²²⁹² Arrêté du 13 mai 2013 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection au sein des locaux et des établissements de l'administration pénitentiaire, Garde des sceaux, JUST1303890A, JORF n° 0116 du 22 mai 2013, texte n° 1. Concernant le traitement des données personnelles, les personnes détenues disposent d'un droit d'accès, limité, et d'un droit de rectification. En revanche, elles n'ont pas de droit d'opposition au traitement de leurs données personnelles, en ce que l'objectif de la vidéosurveillance est la prévention, la constatation et la poursuite des infractions pénales : art. 5 et 7, *ibid.*

²²⁹³ Art. 58, loi n° 2009-1436 pénitentiaire. Rappelons à cette occasion que l'« administration pénitentiaire doit assurer à chaque personne détenue une protection effective de son intégrité physique en tous lieux collectifs et individuels » : al. 1, art. 44, loi n° 2009-1436 pénitentiaire.

²²⁹⁴ Si le nombre de caméras est structurellement plus élevé dans les nouvelles prisons, leur nombre varie également en détention en fonction du niveau de sécurité et de sensibilité de la structure ou du quartier. En particulier, dans les quartiers spéciaux destinés aux personnes radicalisées, les implantations de ces outils semblent se démultiplier en vue de la suppression de tout angle mort : CGLPL, *Prise en charge pénitentiaire des personnes « radicalisées » et respect des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 93. Des chercheurs ont notamment relevé dans un quartier d'évaluation de la radicalisation vingt-quatre caméras, dans un secteur n'accueillant pas plus de personnes détenues : CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, DEPUSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, *op. cit.*, p. 80.

des brouilleurs de communication ou encore des portiques de fouilles millimétriques, jusqu'à interroger sur l'existence d'un « panoptique [qui] ne serait alors plus architectural mais technologique²²⁹⁵ ». À l'exception des espaces de douche et, en principe, des cellules, l'ensemble des lieux de la détention peuvent faire l'objet d'une surveillance par l'intermédiaire de caméras et d'une conservation des images durant un mois²²⁹⁶, notamment les cours de promenade ou les zones d'activités collectives affectées aux personnes détenues²²⁹⁷. Les espaces où se déroulent des soins ne sont d'ailleurs pas exclus de ce champ, en violation du secret médical²²⁹⁸. L'objectif de ce dispositif extensif est de contrôler les personnes accédant à la structure, constater les événements susceptibles d'entraîner des atteintes au bon ordre de l'établissement ou des atteintes à la sécurité des personnes, ainsi que détecter les incidents, tels que les agressions, dégradations, trafics, *etc*²²⁹⁹.

Le déploiement de l'observation indirecte de la population pénale a contribué à intensifier la surveillance en détention, pour mieux prévenir et réprimer les atteintes à l'ordre pénitentiaire, comme les actes illégaux des agents pénitentiaires, tout en contribuant à l'évolution du métier de surveillant, en renouvelant partiellement les moyens de connaissance à la disposition de l'administration²³⁰⁰. Fort de son introduction réussie dans le champ pénitentiaire, la vidéosurveillance a dans un second temps été étendue aux cellules par des dispositifs exceptionnels.

445 Les dispositifs exceptionnels de la vidéosurveillance en détention. Longtemps spécifiquement applicable à la catégorie des personnes très vulnérables – en particulier

²²⁹⁵ COURT Chloé, « L'usage du numérique en milieu carcéral », *RSC*, n° 3, 2015, p. 694.

²²⁹⁶ Art. 3, Arrêté du 13 mai 2013 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection au sein des locaux et des établissements de l'administration pénitentiaire, *op. cit.*

²²⁹⁷ Concernant la liste exhaustive des lieux pouvant faire l'objet d'une vidéosurveillance sur le fondement de l'article 58 de la loi pénitentiaire v. : art. 2, *ibid.*

²²⁹⁸ CGLPL, Recommandations en urgence du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 13 avril 2015 relatives à la maison d'arrêt de Strasbourg, CPLX1511173X, JORF du 15 mai 2015, texte 58.

²²⁹⁹ Art. 1, *ibid.* ; Circ. du 15 juillet 2013 relative aux modalités de mise en œuvre de traitements de données à caractère personnel de vidéoprotection installés au sein et aux abords des locaux et des établissements de l'administration pénitentiaire, Garde des sceaux, JUSK1340026C, BOMJ n° 2013-07 du 31 juillet 2013, p. 2.

²³⁰⁰ Dans le cadre du contentieux disciplinaire, les images de vidéosurveillance peuvent en principe être accessibles au détenu ou à son avocat. De manière générale, l'avocat, ou l'intéressé s'il n'est pas assisté d'un avocat, peut prendre connaissance du dossier de procédure et « de tout élément utile à l'exercice des droits de la défense, sous réserve d'un risque d'atteinte à la sécurité publique ou à celle des personnes » : 4°, art. 726 du CPP. Au-delà du droit à la consultation de l'ensemble des pièces de la procédure, « l'avocat, ou la personne détenue si elle n'est pas assistée d'un avocat, peut également demander à prendre connaissance de tout élément utile à l'exercice des droits de la défense existant, précisément désigné, dont l'administration pénitentiaire dispose dans l'exercice de sa mission et relatif aux faits visés par la procédure disciplinaire, sous réserve que sa consultation ne porte pas atteinte à la sécurité publique ou à celle des personnes : IV, art. R. 57-7-16 du CPP. Le code de procédure pénale précise expressément qu'une telle demande peut porter sur les données de vidéoprotection, à condition que celles-ci n'aient pas été effacées : al. 2, IV, art. R. 57-7-16 du CPP.

suicidaires –, « en cas de situation extrême²³⁰¹ » et pour une durée de vingt-quatre heures, la vidéosurveillance en cellule est d'abord entrée en détention par la porte étroite des cellules de protection d'urgence spécialement aménagées²³⁰². Toutefois, cette vidéosurveillance, permettant « un contrôle en temps réel²³⁰³ », est dorénavant prévue par le droit pénitentiaire en dehors du champ de cette expérimentation. À la suite de l'arrêté du 9 juin 2016 du Garde des sceaux²³⁰⁴ et en réaction à l'ouverture d'une procédure de référé-liberté²³⁰⁵, le législateur a introduit un article 716-1A dans le code de procédure pénale, ouvrant la possibilité de soumettre une personne incarcérée à une vidéosurveillance permanente, « lorsque l'évasion ou le suicide de celle-ci pourraient avoir un impact important sur l'ordre public, eu égard aux circonstances particulières à l'origine de leur incarcération et à l'impact de celle-ci sur l'opinion publique²³⁰⁶ ». Précisons que cette mesure de surveillance légalisée est pour l'heure circonscrite dans son champ d'application aux personnes en détention provisoire, incarcérées sur le fondement d'un mandat criminel et placées à l'isolement²³⁰⁷. Prise par décision spécialement motivée du Garde des sceaux pour une durée de trois mois renouvelable, après une procédure contradictoire, cette mesure de surveillance individuelle du régime de la détention provisoire permet une conservation des images pour une durée d'un mois²³⁰⁸.

²³⁰¹ « Fiche 9 : Le placement en cellule de protection d'urgence en cas de situation extrême », in Circ. du 2 août 2011 relative à l'échange d'informations entre les services relevant du ministère de la justice et des libertés visant à la prévention du suicide en milieu carcéral, JUSK1140021C, BOMJ n° 2011-08 du 31 août 2011. La surveillance permanente de ces cellules a pour finalité : « - le contrôle sous vidéoprotection d'une cellule de protection d'urgence dans laquelle sont affectées les personnes placées sous main de justice dont l'état apparaît incompatible avec leur placement ou leur maintien en cellule ordinaire en raison d'un risque de passage à l'acte suicidaire imminent ou lors d'une crise aiguë ; - la détection d'incidents tels qu'automutilations ou tentatives de suicide ; - l'analyse de la vidéoprotection pour l'amélioration des cellules de protection d'urgence. » : art. 1, Arrêté du 23 décembre 2014 portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection des cellules de protection d'urgence, Garde des sceaux, JUST1429817A, JORF n° 0300 du 28 décembre 2014, texte n° 19.

²³⁰² Pour une description détaillée des cellules de protection d'urgence : « Fiche 9 : Le placement en cellule de protection d'urgence en cas de situation extrême », in Circ. du 2 août 2011 relative à l'échange d'informations entre les services relevant du ministère de la justice et des libertés visant à la prévention du suicide en milieu carcéral, *op. cit.*

²³⁰³ Al. 9, art. 58-1 de la loi n° 2009-1436 pénitentiaire.

²³⁰⁴ Arrêté du 9 juin 2016 portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection de cellules de détention, Garde des sceaux, JUSK1615877A, JORF n°0136 du 12 juin 2016, texte n° 22.

²³⁰⁵ Au demeurant, le Conseil d'État a considéré que ce dispositif fondé alors sur un arrêté n'impliquait « aucune atteinte manifestement illégale aux libertés » : CE, ord. réf., 28 juill. 2016, n° 401800, *Abdeslam*, AJDA 2016. 2052, note M. Sztulman ; D. 2016. 1808, entretien Péchillon ; AJ pénal 2016. 502, obs. D. Aubert ; SZTULMAN Marc, « La vidéosurveillance permanente des détenus n'implique aucune atteinte manifestement illégale aux libertés », *AJDA*, n° 36, 2016, p. 2052-2057.

²³⁰⁶ Art. 9, loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

²³⁰⁷ Art. 716-1A du CPP.

²³⁰⁸ Art. 58-1, loi n° 2009-1436 pénitentiaire. Sur le régime de cette mesure de surveillance individuelle v. : PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », *op. cit.*,

Ingérence grave dans le droit au respect de la vie privée²³⁰⁹, mettant en cause la dignité des personnes²³¹⁰, la vidéosurveillance en cellule devrait procéder de « nécessités impérieuses et être enferm[e] dans des limites strictes²³¹¹ », que nous considérons volontiers réunies concernant l'expérimentation des cellules de protection d'urgence – bien qu'un encadrement légal s'impose –, mais qui se trouvent être particulièrement discutables concernant l'article 716-1A du code de procédure pénale, n'ayant d'autre objet que de garantir la présence du mis en examen à son procès²³¹². D'aucuns voient en ce dispositif juridique un « beau manteau procédural pour dissimuler une nouvelle pratique glaçante de torture blanche²³¹³ ». Difficile en effet de considérer que cette mesure de surveillance soit le seul moyen de prévenir un suicide ou une évasion, quand la quasi totalité des personnes détenues présentant ces risques graves ne relèvent pas d'une prise en charge analogue. Les constatations du Contrôleur général des lieux de privation de liberté sur les pratiques suscitées par cette mesure de surveillance individuelle abondent dans le sens de cette analyse, en laissant entrevoir un objet de production de connaissance plutôt qu'un obstacle garantissant l'impossibilité d'un acte suicidaire ou d'une tentative d'évasion²³¹⁴. Prenons en outre le temps de relever, derechef²³¹⁵, l'invocation d'improbables troubles à l'ordre public, susceptibles d'être provoqués par des actes ne constituant aucune atteinte aux biens juridiques (le suicide, le relevé d'une période de sûreté perpétuelle ou l'octroi d'une libération conditionnelle), ne visant de toute évidence que

p. 569-570 ; MAYAUD Yves, « Terrorisme – Poursuites et indemnisation – Procédure interne », Rép. pén. Dalloz, 2020, §361-364.

²³⁰⁹ CEDH, 2 juillet 2019, *Gorlov et autres c. Russie*, n° 27057/06, 56443/09 et 25147/14, AJ Pénal 2020. 38, note Herzog-Evans ; D. 2020. 1195, chron. Céré, §82 ; CEDH, 27 août 2019, *Izmestyev c. Russie*, n° 74141/10 AJ Pénal 2020. 38, note Herzog-Evans ; D. 2020. 1195, chron. Céré, §121. À ce titre, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté considère que les « locaux d'hébergement, véritables lieux d'habitation où les captifs demeurent, ne doivent pas être couverts par la vidéosurveillance » : CGLPL, *Rapport d'activité 2009*, op. cit., p. 110.

²³¹⁰ Il convient de relever que la vidéosurveillance permanente de la cellule n'est pas en soi considérée comme un traitement inhumain ou dégradant. En outre, c'est sur le fondement de l'article 8 de la Convention que les recours ont prospéré : CEDH, 4 mars 2008, *Cavallo c. Italie*, n° 9786/03. Dans cette affaire, la Cour considère que le requérant « n'a fourni aucune preuve permettant de conclure au-delà de tout doute raisonnable qu'il y a eu une méconnaissance de l'article 3 de la Convention » : *ibid.*, §31.

²³¹¹ PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », op. cit., p. 570.

²³¹² « La mise en place, pour une durée prolongée, d'une vidéosurveillance afin de prévenir le suicide d'un détenu est plus contestable, d'autant plus, si cette mesure se justifie par l'impact qu'aurait ce suicide sur l'ordre public ou l'opinion publique. » : COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *Rapport au gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France du 15 au 27 novembre 2015*, CPT/Inf (2017) 7-8, 2017, §62.

²³¹³ PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », op. cit., p. 570.

²³¹⁴ « Chaque mouvement de la personne captive est retranscrit par les agents de vidéosurveillance dans un registre dédiés. » : CGLPL, *Prise en charge pénitentiaire des personnes « radicalisées » et respect des droits fondamentaux*, op. cit., p. 57.

²³¹⁵ Sur la prise en compte des troubles à l'ordre public pouvant être causés par une décision judiciaire v. : *supra* n° 121 ; 132.

la préservation de l'image du pouvoir qui punit, et qui justifie pourtant des mesures disposant d'un impact considérable sur la condition du sujet de l'institution. De longue date, la Cour européenne des droits de l'Homme accueille toutefois ce type de raisonnement pour considérer que l'ingérence grave dans le droit au respect de la vie privée, causée par une vidéosurveillance en cellule, poursuit les objectifs légitimes de sûreté publique et de défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, de manière nécessaire et proportionnée dans une société démocratique, eu égard au trouble que pourrait provoquer l'évasion ou le suicide du mis en examen à son procès²³¹⁶.

En portant notre regard sur l'admission de la vidéosurveillance permanente en cellule, nous constatons que la protection au titre des droits fondamentaux, opposée à l'ambition démesurée d'une sécurité absolue – comme le rappelle l'autorisation récente faite à l'administration pénitentiaire d'expérimenter des caméras mobiles²³¹⁷ – n'est guère une garantie de modération de l'assujettissement. Difficile en effet de trouver en la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme un obstacle à « l'infamie par le regard²³¹⁸ », en ce que le contrôle opéré, au regard de finalités largement admises, n'implique aucune limite impérative²³¹⁹. Elle apparaît finalement accompagner la politique sécuritaire des États, en échange de l'instauration de garanties procédurales, utiles, sans pour autant être de nature prévenir une intensification inexorable de l'assujettissement, à laquelle participe pareillement le mode du contrôle (§2) sans cesse renforcé.

²³¹⁶ CEDH, 1 juin 2004, *Van Der Graaf c. Pays-Bas*, n° 8704/03. Dans cet arrêt dans lequel la Cour statue sur la recevabilité de l'affaire, les faits ayant suscité l'instauration d'une telle mesure de surveillance étaient le meurtre d'un homme politique. Le caractère individuel de la décision, ainsi que les conditions et les modalités de la vidéosurveillance, ont conduit les juges strasbourgeois à considérer l'ingérence grave comme nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi.

²³¹⁷ Art. 2, Loi n° 2018-697 du 3 août 2018 relative à l'harmonisation de l'utilisation des caméras mobiles par les autorités de sécurité publique ; Décr. n° 2019-1427 du 23 décembre 2019 relatif aux conditions de l'expérimentation de l'usage des caméras individuelles par les personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire dans le cadre de leurs missions. Sans décrire exhaustivement le régime de cette expérimentation, notons que les finalités prévues par ces textes sont la prévention des incidents et des évasions, le constat des infractions et la poursuite de leurs auteurs par la collecte de preuves, ainsi que la formation et la pédagogie des agents pénitentiaires. Sur ce dispositif expérimental v. : MAYAUD Yves, « Terrorisme – Poursuites et indemnisation – Procédure interne », Rép. pén. Dalloz, 2020, §365.

²³¹⁸ PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 569.

²³¹⁹ « Ce constat invite à réfléchir dans des termes renouvelés à l'encadrement juridique des innovations technologiques pour que les garde-fous adoptés ne jouent pas simplement le rôle de mécanismes de légitimation, mais visent réellement à en réguler les usages au nom de valeurs supérieures. » : FROMENT Jean-Charles, « Sécurité, justice et technologies. De quelques enseignements du développement des technologies de contrôle à partir des exemples du placement sous surveillance électronique et de la vidéosurveillance », *Droit et cultures*, n° 1, vol. 61, « Technologies, Droit et Justice », 2011, p. 10.

§2. LE MODE DU CONTRÔLE

446 L'exemple des technologies de la traçabilité. Au mode de la surveillance s'adjoint des « dispositifs de traçabilité²³²⁰ », chargés de contribuer au contrôle du respect de l'ordre pénitentiaire. Développés concomitamment aux obligations de faire en milieu ouvert, les procédés de vérification de la soumission aux multiples prescriptions pénitentiaires sont autant de support d'une traçabilité plus générale de la vie du sujet de l'acte de punir, alimentant la production de connaissance sur la population pénale dans l'ensemble du champ pénitentiaire. Les technologies de contrôle, participant de ce que certains nomment un « droit pénal de la traçabilité²³²¹ », sont autant de techniques de vérification d'un état de conformité d'une chose ou d'un comportement d'une personne à une norme²³²². Au sein du dispositif d'exécution, elles poursuivent le contrôle de l'effectivité de la réglementation de la vie.

Dans ces développements, pas question de prétendre à l'exhaustivité de l'analyse des modalités s'inscrivant dans le mode du contrôle, ces dernières sont trop nombreuses et non limitativement énumérées, en raison du pouvoir de police du chef d'établissement et des pouvoirs d'investigation attribués aux juridictions de l'application des peines²³²³. Nous nous attacherons, en revanche, au travers des principales techniques structurant la prise en charge – le suivi (A) et la localisation (B) – à démontrer l'apport des technologies de la traçabilité à l'exacerbation des procédés d'observation inhérents à la protection de l'ordre pénitentiaire.

A. Le suivi

447 Le caractère probatoire de la prise en charge. La technique du suivi n'est pas le propre de l'assujettissement en milieu ouvert, sous le contrôle de l'autorité judiciaire. La probation est une technique qui, après la reconfiguration du dispositif d'exécution, a rétroagi pour investir la prison et inscrire l'ensemble de la prise en charge dans un parcours

²³²⁰ GROS Frédéric, « Foucault et « La société punitive » », *op. cit.*, p. 14.

²³²¹ MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GIUDICELLI André, « Le droit pénal au prisme de la postmodernité : évolutions et ruptures », in *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), *op. cit.*, p. 29.

²³²² FONTAINE Victor, *Réguler et conduire. De la critique de la prison à la pénalité néolibérale*, *op. cit.*, p. 230.

²³²³ À titre d'exemple, certains juges de l'application des peines, sur le fondement de l'article 712-16 du code de procédure pénale, ordonnent, pour les personnes condamnées soumises à une obligation de soins ou à l'interdiction de fréquentation des débits de boissons, une analyse sanguine destinée à vérifier l'absence de consommation d'alcool, et ce, alors même qu'aucun fondement ne prohibe ce comportement, sans compter le problème que pose l'absence de libre consentement à la prise de sang ordonnée sans suspicion : MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 128-129 ; HERZOG-EVANS Martine, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, §613.124.

d'exécution probatoire. De manière générale, le suivi doit être appréhendé comme la dimension de la prise en charge consacrée à la vérification de l'acceptation de la vie par le sujet de l'acte de punir, de l'adéquation de son régime à ses caractéristiques et son comportement, ainsi que de la planification de son parcours d'exécution. Il correspond à une pratique de la probation reposant sur l'écriture continue (1) et les entretiens ponctuels (2).

1. L'écriture continue

448 Le rôle de la production scripturale dans le dispositif d'exécution. Dès le début du XIX^e siècle, le droit pénitentiaire prescrivait un système d'enregistrement du comportement des personnes condamnées et des sanctions de leur conduite, sous la forme d'une « comptabilité morale²³²⁴ ». Ces écrits des personnels de surveillance sur la population pénale se sont ensuite perpétués, au travers d'un « cahier d'observations journalières²³²⁵ », avant d'être institutionnalisés, à l'initiative du rapport de la commission dirigée par Élisabeth CARTIER²³²⁶. « Chargée de formuler des propositions pour prévenir la récidive des criminels, celle-ci a préconisé dans son rapport, remis en octobre 1994, d'améliorer la connaissance de la population pénale par « l'institutionnalisation, dans les établissements pour peine, d'une observation continue, commencée dès l'arrivée du condamné dans l'établissement et poursuivie tout au long de l'exécution de la peine, dans le cadre d'une structure d'observation, d'échanges et de synthèse et sanctionnée enfin dans un livret individuel du détenu. »²³²⁷ ». Prenant dorénavant la forme d'un cahier électronique de liaison, dans le logiciel dénommé Gestion nationale des personnes détenues en établissement pénitentiaire (GENESIS)²³²⁸, la

²³²⁴ Art. 10, arrêté ministériel du 25 décembre 1819 sur la police des Prisons départementales, in *code des prisons*, MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, *op. cit.*, p. 81. Pour une définition de cette notion v. : note n° 1203. « Pour donner à l'éducation individuelle cette mobilité, cette élasticité d'action qui permettra d'opérer, sous le contrôle perpétuel de l'épreuve et sous la sanction continue de la crainte et de la récompense, le classement et le déclassement rationnel des modalités, il faut d'abord embrasser, enregistrer, tous les actes de la conduite individuelle de chaque détenu et soumettre sa vie journalière à une véritable comptabilité morale. » : LUCAS Charles, *De la réforme des prisons, ou de la théorie de l'emprisonnement, de ses principes, de ses moyens, et de ses conditions pratiques. Tome 2, op. cit.*, p. 436.

²³²⁵ Circ. du 11 juin 1952, cité in GERMAIN Charles, *Rapport annuel sur l'exercice 1952*, Paris, DAP, 1953, p. 37.

²³²⁶ CARTIER Marie-Elisabeth, Favoriser la réinsertion et limiter les risques de récidives : rapport de Madame Marie-Elisabeth Cartier sur la Prévention de la récidive des criminels, *op. cit.*

²³²⁷ Note du 2 mai 1996 relative à la mise en place du projet d'exécution de peine dans les établissements pour peines, *op. cit.* « Le livret individuel du détenu est un outil de travail commun à l'ensemble des services et personnes intervenant auprès de ce dernier ; c'est un document de réception et de communication des informations. » : Circ. du 21 juillet 2000 relative à la généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peines, *op. cit.*

²³²⁸ Art. R. 57-9-18 et s. du CPP. Il s'agit d'un traitement automatisé de données à caractère personnel qui alimente la « partie pénitentiaire » du dossier individuel de la personne détenue, qui contient « tous les

production scripturale contribue toujours à la connaissance de la population pénale, par la caractérisation des individus et le contrôle de leur soumission aux prescriptions pénitentiaires, afin d'individualiser leur parcours d'exécution de la peine. Or, plus le dispositif d'exécution entend resserrer les liens entre la personne condamnée et ses conditions d'exécution, plus la production de connaissance doit être intense. Dans le prolongement de l'amplification de l'emploi des technologies du regard, plaçant le sujet dans un champ de surveillance toujours plus fin, les procédés d'écriture s'instrumentalisent et s'intensifient au rythme de la reconfiguration de la prise en charge sous la forme d'un parcours.

449 L'instrumentation de la production scripturale. Dispositif de traçabilité, produisant des connaissances à partir de l'observation de la population pénale, l'écriture constitue une ressource pour le fonctionnement de la prise en charge. Les acteurs de l'exécution des peines s'appuient sur ce « capital scriptural²³²⁹ », pour prendre et motiver les décisions relatives à l'évolution des conditions d'exécution de la peine. À cet égard, la programmation de l'exécution de la peine a emporté une structuration de l'écriture sur la population pénale²³³⁰, elle-même inscrite dans la modernisation et la bureaucratisation des services pénitentiaires²³³¹. L'expérimentation du projet d'exécution de peine, qui « est également un dispositif de suivi des détenus²³³² », a d'abord renforcé la mission d'observation des surveillants et formalisé la connaissance qui en est tirée, en insérant les synthèses établis à partir des supports de l'observation dans le livret individuel du détenu, constituant l'« outil de

renseignements tenus à jour sur son comportement en détention, au travail et pendant les activités, et sur les décisions administratives prises à son égard » : art. D. 159 du CPP.

²³²⁹ COTON Cristel, PROTEAU Laurence, « La division sociale du travail d'écriture », in *Les paradoxes de l'écriture. Sociologie des écrits professionnels dans les institutions d'encadrement*, COTON Cristel, PROTEAU Laurence (dir.), Rennes, Presses universitaires de Rennes, « Le sens social », 2012, p. 10.

²³³⁰ Sur la programmation de l'exécution de la peine v. : *supra* n° 297 et s.

²³³¹ L'observation de l'instrumentation des pratiques pénitentiaires permet de relever les liens étroits entre les outils informatiques de gestion de l'exécution de la peine avec les instruments de l'observation continue de la population pénale. Suite aux prémices d'un parcours de détention et d'un outil informatique de gestion informatisée de la prise en charge des détenus, contemporains l'un de l'autre, les outils discursifs et informatiques de structuration et de gestion de la prise en charge ont évolué en parallèle : Arrêté du 4 février 1991 portant création d'un système de gestion informatisée de la prise en charge des détenus des établissements pénitentiaires, Garde des sceaux, JUSE91400091, JORF n° 38 du 13 février 1991, p. 2195 ; Note du 22 octobre 1990 relative au régime des établissements du programme 13 000, DAP, JUSE9040078C, BOMJ n° 40 du 31 décembre 1990. Avec le projet d'exécution, puis du parcours d'exécution de la peine, ont en effet été instaurés, successivement, les outils Gestion informatisée des détenus en établissements pénitentiaires (GIDE) et la Gestion nationale des personnes détenues en établissements pénitentiaires (GENESIS) : Arrêté du 24 février 2003 portant création d'un système de gestion informatisé des détenus dans les établissements pénitentiaires, Garde des sceaux, JUSE03400271, JORF n° 59 du 11 mars 2003, p. 4199 ; Décr. n° 2014-558 du 30 mai 2014 portant création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la gestion nationale des personnes détenues en établissement pénitentiaire dénommé GENESIS.

²³³² Circ. du 21 juillet 2000 relative à la généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peines, *op. cit.* Sur le projet d'exécution de peine v. : *supra* n° 299.

travail commun à l'ensemble des services et personnes intervenant auprès de ce dernier²³³³ ». Indissociable de l'ambition d'une plus grande individualisation de la prise en charge, le renforcement d'une écriture continue sur le sujet de l'acte de punir s'est ensuite poursuivi par l'informatisation de sa forme au travers du cahier électronique de liaison, intégré aujourd'hui au logiciel GENESIS, centralisant l'ensemble des connaissances sur les personnes détenues. Le suivi en milieu ouvert n'est toutefois pas en reste puisque l'ensemble des écrits des personnels se fait dans le logiciel Application des peines, probation et insertion (APPI)²³³⁴. L'un comme l'autre de ces outils informatiques a pour objet de formaliser les écrits et de les mettre en réseaux pour faciliter les échanges. Ils s'inscrivent par ailleurs tous deux dans une double rationalité, paradoxale, d'accroissement de la production scripturale pour la traçabilité de l'action de l'administration d'une part, afin de permettre son contrôle, et de la vie des personnes durant la prise en charge d'autre part, en vue de perfectionner la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine. Afin d'illustrer l'intensification de la pratique scripturale que suscite la reconfiguration du dispositif d'exécution, prenons l'exemple de la production de connaissance au travers du logiciel GENESIS²³³⁵.

450 L'intensification de la pratique scripturale : l'exemple de l'observation en détention. L'ensemble des pratiques de la différenciation de l'acte de punir s'appuie sur les connaissances inscrites dans ce logiciel, qui enregistrent les différentes décisions élaborant le régime et le parcours d'exécution de la peine. Sans entreprendre l'analyse détaillée de cet outil, relevons qu'il énumère les informations pouvant être consignées et dicte parfois leur

²³³³ « Annexe III.2. Le suivi des détenus : le livret individuel », in Circ. du 21 juillet 2000 relative à la généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peines, *op. cit.*

²³³⁴ Décr. n° 2011-1447 du 7 novembre 2011 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « application des peines, probation et insertion » (APPI). Expérimenté à partir de 2005, il doit permettre à l'institution « de posséder un maximum d'informations sur les PPSMJ tant au niveau individuel que collectif, de mettre en œuvre une politique départementale efficace par une connaissance approfondie des PPSMJ, d'assurer la continuité de la prise en charge et d'avoir des statistiques fiables sur l'activité des SPIP » : Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.* Sur les effets de l'instrumentation des services pénitentiaires d'insertion et de probation sur leur pratique v. : LARMINAT DE Xavier, « La technologie de mise à distance des condamnés en France. La centralisation informatique des données socio-judiciaires », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 37, « Justice pénale et technologie. Vers une transformation de la régulation et des stratégies pénales ? », 2013, p. 359-373. LARMINAT DE Xavier, « L'informatisation des services de probation. Une mise en abyme des réformes de modernisation », in *L'instrumentation de l'action publique. Controverses, résistance, effets*, HALPERN Charlotte, LASCOUMES Pierre, LE GALÈS Patrick (dir.), Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2014, 350 p.

²³³⁵ Notons que l'objet de ce logiciel s'inscrit pleinement dans la différenciation de la prise en charge puisqu'il sert notamment à « faciliter la mise en œuvre du parcours de détention », à la « gestion [...] des régimes de détention », à la « gestion de l'individualisation de la peine et de la réinsertion des personnes placées sous main de justice » et à la « détermination du lieu d'affectation des personnes détenues » : art. R. 57-9-18 du CPP.

forme²³³⁶, éléments essentiels de la protection des données personnelles et du droit au respect de la vie privée, mais d'une portée somme toute très limitée, puisque la liste est particulièrement extensive²³³⁷ et comprend la consignation des remarques libres des personnels²³³⁸. Ces observations, en particulier des surveillants, sont caractéristiques de l'amplification de la pratique scripturale nécessaire à l'intensification de l'individualisation de la peine et procédant d'un contrôle accru de la population pénale²³³⁹. À l'instar de l'ensemble des pratiques d'assujettissement, le degré d'intensité de cette pratique sur la population pénale dépend de la classification des individus et de leur régime de détention, tout en étant marqué de manière générale par une « nécessité croissante, pour les surveillants, de consigner leurs observations quotidiennes en détention²³⁴⁰ ». Enjoins à écrire au moins une fois par jour dans les onglets pré-codés du logiciel²³⁴¹, « pour rendre effective l'observation permanente des détenus par le personnel de surveillance²³⁴² », les agents inscrivent des remarques dont les idéaux types ont été analysés comme informatif, narratif ou interprétatif²³⁴³, ayant de plus en plus pour objet d'aider à la détection de facteurs de risques et de protection. Ces remarques du quotidien, qui ne peuvent être supprimées et qui pèsent donc durablement sur l'appréhension du sujet par l'institution, contribuent à la caractérisation des individus et à leur classification dans des profils types, provoquant souvent des effets de stigmatisation²³⁴⁴.

²³³⁶ En matière de dangerosité et de vulnérabilité, les informations énumérées ne peuvent prendre que la forme d'une indication oui/non/ne se prononce pas : 6°, art. R. 57-9-20 du CPP.

²³³⁷ En matière de risque de suicide, le code indique par exemple la possibilité de consigner la maltraitance parentale, les addictions, le signalement d'antécédents psychiatriques ou encore la qualité de victime d'abus physique ou sexuel : 4°, art. R. 57-9-20 du CPP.

²³³⁸ Concernant la consignation des observations du personnel, il est possible en se fondant sur l'étude de terrain de Gaëtan CLIQUENNOIS de donner quelques exemples représentatifs de la diversité des remarques pouvant être consignées. Il peut s'agir par exemple de relever les produits cantinés, de décrire le rapport à l'hygiène de la personne, ses relations avec les autres détenus, ses relations avec les surveillants, son attitude face à un refus, ses sujets de préoccupation, les activités collectives auxquelles le détenu prend part, les activités en cellule auxquelles il s'adonne, etc. : CLIQUENNOIS Gaëtan, « L'écriture des gradés en maison pour peine sous le regard de l'évaluation », in *Les paradoxes de l'écriture. Sociologie des écrits professionnels dans les institutions d'encadrement*, COTON Cristel, PROTEAU Laurence (dir.), *op. cit.*, p. 129-147.

²³³⁹ L'intensification de la production scripturale est toutefois générale à l'institution et concerne notamment les personnels d'insertion et de probation comme en atteste la circulaire du 21 juillet 2000 : Circ. du 21 juillet 2000 relative à la généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peines, *op. cit.*

²³⁴⁰ SALLÉE Nicolas, CHANTRAINE Gilles, « Observer, consigner, tracer. Les usages d'un cahier électronique controversé en établissement pénitentiaire pour mineurs », *Sociologie du travail*, vol. 56, n° 1, 2014, p. 2.

²³⁴¹ *Ibid.*, p. 4.

²³⁴² Note du 2 mai 1996 relative à la mise en place du projet d'exécution de peine dans les établissements pour peines, *op. cit.*

²³⁴³ SALLÉE Nicolas, CHANTRAINE Gilles, « Observer, consigner, tracer. Les usages d'un cahier électronique controversé en établissement pénitentiaire pour mineurs », *op. cit.*, p. 5.

²³⁴⁴ Concernant une étude sur les pratiques d'observation en établissement pénitentiaire pour mineurs v. : *ibid.*, p. 64-82. Concernant une étude comparant les pratiques d'observation en quartier arrivant en centre de détention et en maison centrale au travers de fiches de suivi destinées à l'affectation des condamnés v. : CLIQUENNOIS Gaëtan, *Le management des prisons: vers une gestion des risques et une responsabilisation des détenus ?*, *op. cit.*, p. 62-64.

À cette pratique générale destinée à accroître la production de connaissance en vue de l'individualisation de la prise en charge s'ajoutent des protocoles particuliers comme pour les détenus signalés²³⁴⁵, particulièrement signalés²³⁴⁶ ou les personnes affectées dans des quartiers spéciaux²³⁴⁷. De plus, la production de connaissance sur la population pénale par les personnels se trouve exacerbée concernant certaines catégories, pour finalement placer le sujet de l'acte de punir dans une situation dans laquelle il n'existe plus de possibilité de se mettre momentanément à l'abri d'une pratique d'observation. Se pose alors la question de la caractérisation d'un traitement inhumains ou dégradant²³⁴⁸, en ce que l'intensité d'une telle observation fait peser une pression colossale sur la personnalité du sujet, pouvant s'analyser comme « une épreuve d'une intensité qui dépasse le niveau de souffrance inhérent²³⁴⁹ » à la privation de liberté, sans que cette pratique ne puisse nécessairement être considérée « nécessaire pour parvenir au but légitime poursuivi²³⁵⁰ ». Ce constat apparaît d'ailleurs particulièrement prégnant lorsque cette pratique scripturale se combine à une prise en charge intense, composée de nombreuses interventions et structurée par des entretiens ponctuels (2).

2. Les entretiens ponctuels

451 La prise en charge par les services pénitentiaires d'insertion et de probation. En milieu fermé comme en milieu ouvert, les personnels pénitentiaires « mettent en œuvre les politiques d'insertion et de prévention de la récidive, assurent le suivi ou le contrôle des personnes placées sous main de justice et préparent la sortie des personnes détenues²³⁵¹ ». Le

²³⁴⁵ « Il s'agit donc d'apprécier et de renseigner sur un mode totalitaire et exhaustif la vie sociale des « détenus signalés » de manière à en livrer un profil le plus complet possible. Toute notion de vie privée se trouve donc proscrite pour ces détenus alors que les détenus non signalés se trouvent davantage en capacité d'échapper au regard pénitentiaire. » : *ibid.*, p. 136-137.

²³⁴⁶ Circ. du 18 décembre 2007 d'application de l'instruction ministérielle relative au répertoire des détenus particulièrement signalés, *op. cit.*, p. 4.

²³⁴⁷ Des chercheurs ont pu constater dans des quartiers d'évaluation de la radicalisation l'emploi notamment de fiches d'observations journalières et hebdomadaires, ayant parfois la particularité de ne pas être intégrées au logiciel GENESIS : CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, DEPUSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, *op. cit.*, p. 81 ; 154-155.

²³⁴⁸ « Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime » : CEDH, [GC], 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, AJDA 2006. 1709, chron. Flauss, §67.

²³⁴⁹ CEDH, 9 juillet 2009, *Khider c. France*, n° 39364/05, préc., §102.

²³⁵⁰ CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*, n° 70204/01, RSC 2008. 140, chron. Roets ; *ibid.* 404, chron. Poncela ; D. 2007. 2632, chron. Garé ; *ibid.* 2008. 1015, chron. Céré ; AJ Pénal 2007. 336, obs. Herzog-Evans ; JCP G 2007. I. 106, chron. Sudre ; Dr. pén. 2010. n° 4, chron. 3, chron. Dreyer, §37.

²³⁵¹ Art. 13, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

« service pénitentiaire d'insertion et de probation²³⁵² » « met en oeuvre les mesures de contrôle et veille au respect des obligations imposées aux condamnés²³⁵³ », ainsi que « les mesures propres à favoriser la prévention de la récidive²³⁵⁴ ». À cette fin, l'article 132-44 du code pénal dispose de l'obligation pour la personne placée sous main de justice de répondre aux convocations, de recevoir les visites du service pénitentiaire d'insertion et de probation et de lui communiquer les renseignements ou documents de nature à permettre le contrôle de ses moyens d'existence et de l'exécution de ses obligations. Ces mesures de contrôle, et notamment l'obligation de se rendre aux entretiens ponctuant le suivi, sont obligatoires et leur violation peut être sanctionnée par l'interruption d'une période probatoire²³⁵⁵, après un rapport de carence ou d'incident à destination des juridictions de l'application des peines²³⁵⁶.

Au sein de chaque juridiction, l'autorité judiciaire détermine « les orientations générales relatives à l'exécution des mesures confiées au service pénitentiaire d'insertion et de probation ainsi que celles relatives à l'exécution des peines privatives de liberté²³⁵⁷ ». Le juge de l'application des peines et le procureur de la République peuvent également pour chaque dossier communiquer « des instructions particulières relatives à la finalité de la mesure et au contenu des obligations à respecter²³⁵⁸ ». Cependant, c'est le « service pénitentiaire d'insertion et de probation [qui] définit les modalités de la prise en charge des personnes placées sous main de justice et les met en œuvre, après en avoir avisé le magistrat mandant qui peut, le cas échéant, faire toutes observations utiles²³⁵⁹ ». Si la substance de cette dernière n'est pas prescrite par le code, elle s'articule toujours autour d'entretiens ponctuels entre le conseiller pénitentiaire et la personne condamnée. Relevant de la politique pénitentiaire, cette pratique de contrôle des personnes condamnées évolue avec la reconfiguration du dispositif d'exécution, comme le souligne l'individualisation des suivis.

452 L'inscription de l'évolution du suivi dans la reconfiguration du dispositif d'exécution. L'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation au près de la population pénale est de plus en plus rationalisée et structurée. Au niveau de l'organisation

²³⁵² « Titre XI : Le service d'insertion et de probation » : art. D. 572 et s. du CPP.

²³⁵³ Al. 3, art. D. 574 du CPP.

²³⁵⁴ Al. 2, art. D. 575 du CPP.

²³⁵⁵ Sur le retrait ou la révocation des mesures d'individualisation judiciaires v. : *supra* n° 159 et s.

²³⁵⁶ Crim., 27 mai 1999, n° 98-85.068, inédit. Comme un auteur le souligne, il faut toutefois pour retirer ou révoquer la mesure d'individualisation sur cette cause démontrer la « volonté délibérée du probationnaire de se soustraire à ses obligations » : MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 23.

²³⁵⁷ Art. D. 576 du CPP.

²³⁵⁸ Al. 1, art. D. 577 du CPP.

²³⁵⁹ Al. 2, art. D. 577 du CPP.

des pratiques professionnelles, l'administration pénitentiaire a élaboré un référentiel des pratiques opérationnelles, destiné à formater les interventions participant à l'acte de punir²³⁶⁰. Au niveau de la prise en charge individuelle, le suivi est lui programmé au travers du « plan d'accompagnement de la personne et d'exécution de la peine²³⁶¹ », chargé d'accroître « l'individualisation des suivis²³⁶² ». Il s'agit d'une planification de l'intervention des services pénitentiaires auprès de la personne condamnée, par laquelle le conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation définit l'intensité de la prise en charge, ses axes de travail, ses modalités et la stratégie mise en œuvre²³⁶³. Si ces évolutions sont présentées par l'institution comme l'intégration des règles pénitentiaires européennes²³⁶⁴, ces transformations structurelles sont plus anciennes et prennent racines dans l'extension de la rationalité économique au champ pénitentiaire à partir des années 1990. Les pratiques punitives contemporaines, concernant le suivi de la population pénale, sont à ce titre bien plus influencées par quelques doctrines anglo-saxonnes que par les orientations politiques du Conseil de l'Europe, plus souvent une conséquence qu'une cause des transformations des politiques pénitentiaires des États membres.

De plus en plus standardisée, corrélativement à l'augmentation de sa place dans l'exécution de la peine, cette principale modalité d'intervention et de contrôle ne voit pas pour autant son régime juridique se développer, à l'instar des régimes de détention, alors même que ces entretiens peuvent avoir lieu au domicile de la personne²³⁶⁵. En particulier, le « morcellement de la prise en charge²³⁶⁶ » et la « modulation de l'intensité²³⁶⁷ » de celle-ci,

²³⁶⁰ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*

²³⁶¹ *Ibid.*, p. 46.

²³⁶² Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*, p. 3.

²³⁶³ *Ibid.*, p. 55 et s.

²³⁶⁴ *Ibid.*, p. 7 et s.

²³⁶⁵ En principe, les entretiens ont lieu dans les locaux des services pénitentiaires, toutefois, l'article 132-44 du code pénal dispose expressément de la possibilité d'organiser des rendez-vous au domicile de la personne placée sous main de justice. De surcroît, l'article D. 533-2 du code de procédure pénale prévoit que ces visites peuvent avoir lieu en matière de libération conditionnelle sur le lieu de travail. De manière incongrue, cette disposition octroie toutefois au libéré conditionnel une plus grande sécurité juridique qu'aux autres personnes suivies, en ce que les différentes visites sont réglementées : al. 1, art. D. 533 du CPP. De manière générale, cette obligation à recevoir les personnels pénitentiaires à son domicile mériterait d'être mieux encadrée, en ce qu'elle met en jeu le droit au respect de la vie privée et la dignité du sujet de l'acte de punir. Notons enfin que la pratique de la visite domiciliaire tend de manière générale à disparaître, à l'exception toutefois des suivis les plus intensifs pour lesquelles elle est préconisée : DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 13-15 ; MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 23 ; 26-27 ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 61.

²³⁶⁶ DE LARMINAT Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, *op. cit.*, p. 74.

²³⁶⁷ *Ibid.*, p. 88.

notamment quant à la fréquence des entretiens ou des convocations, mais également quant à l'objet et aux modalités de l'intervention, ne sont guère appréhendés par le droit de l'exécution des peines, en dépit du fait que cette adaptation du suivi a pour conséquence « d'atténuer ou d'augmenter son caractère contraignant²³⁶⁸ ».

453 L'individualisation des suivis. La prise en charge est effectivement découpée en différentes phases (orientation, accueil, évaluation, prise en charge, bilan) permettant d'individualiser le suivi en jouant, essentiellement, sur la fréquence et les méthodes d'intervention. Le suivi présente effectivement une évolution ayant des caractéristiques identiques aux autres éléments contribuant à la définition de l'acte de punir. Dès les années 1990, la volonté d'individualisation a irradié les pratiques des agents de probation pour mieux gérer les flux²³⁶⁹. À la suite de l'institutionnalisation de cette pratique à partir des années 2000, par sa prescription puis sa standardisation, le fait de « différencier les modalités de suivi²³⁷⁰ » n'a plus uniquement poursuivi un impératif gestionnaire, mais a également recherché, dans le cadre du parcours d'exécution de la peine, le renforcement de la différenciation de l'acte de punir. À ce titre, c'est « l'observation et le diagnostic » qui permet de déterminer « différents modes opératoires selon les caractéristiques de la délinquance et les besoins des personnes placées sous main de justice »²³⁷¹.

Concernant la fréquence des entretiens²³⁷², une typologie tripartite des suivis différenciés s'est longtemps imposée dans les services pénitentiaires d'insertion et de

²³⁶⁸ MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, op. cit., p. 83.

²³⁶⁹ Sur l'influence de la gestion des flux sur les pratiques des services pénitentiaires d'insertion et de probation v. : LARMINAT DE Xavier, « L'exécution des peines en milieu ouvert. Entre diagnostic criminologique et gestion des flux », *Questions pénales*, n° 2, mai 2011, p. 1-4 ; LARMINAT DE Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, op. cit. ; LARMINAT DE Xavier, « Entre sentiment et comportement. L'adaptation des agents de probation aux réformes gestionnaires », *Droit et société*, n° 90, 28 juillet 2015, p. 303-316.

²³⁷⁰ Circ. du 21 novembre 2000 relative aux méthodes d'intervention des travailleurs sociaux des services pénitentiaires d'insertion et de probation, DAP, JUSE0040086C, BOMJ n° 81 (1^{er} janvier – 31 mars 2001).

²³⁷¹ *Ibid.*

²³⁷² La modulation du suivi relève des personnels pénitentiaires d'insertion et de probation : art. 13, loi n° 2009-1436 pénitentiaire ; al. 2, D. 577 du CPP ; Circ. du 16 décembre 2011 relative aux attributions respectives du juge de l'application des peines, des autres magistrats mandants et du service pénitentiaire d'insertion et de probation et à leurs relations, Garde des sceaux, JUSK1140065C, BOMJ n° 2011-12 du 30 décembre 2011. Néanmoins, le juge de l'application des peines peut toujours intervenir pour contraindre l'institution à modifier la fréquence des rencontres. C'est en effet ce qu'il faut déduire de l'annulation partielle de la circulaire du 16 décembre 2011 par le Conseil d'État : CE, 6^e-1^{ère} SSR, 13 février 2013, n° 356852, recueil Lebon. En outre, le code prévoit explicitement que « si la nature des faits commis par le condamné et sa personnalité le justifient, la décision accordant la libération conditionnelle peut préciser que le condamné fera l'objet d'un suivi renforcé de la part du service pénitentiaire d'insertion et de probation » : al. 1, D. 533-1 du CPP. Cette articulation des prérogatives entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, en matière de suivi, tranche avec celle opérée en détention. Les juridictions de l'application des peines n'ont en effet quasiment aucun pouvoir sur la teneur du régime de détention, ce qui illustre une fois de plus que, malgré la continuité accrue du parcours, le champ de l'acte de punir est toujours gouverné par deux sous-dispositifs distincts.

probation, distinguant les suivis renforcé ou intensif, normal ou espacé et administratif²³⁷³. La modulation de l'intensité du suivi s'est toutefois renforcée au travers de « la segmentation des suivis différenciés²³⁷⁴ ». La modulation n'est plus seulement temporelle, mais porte également sur la teneur du suivi, selon que celle-ci nécessite plus ou moins une intervention importante de la part des personnels, au-delà du simple contrôle des obligations légales. C'est en effet l'évaluation criminologique qui détermine l'intensité du suivi et le contenu de la prise en charge opérée par les services pénitentiaires en milieux fermé et ouvert²³⁷⁵. Les niveaux d'accompagnement définis sont : intensif, régulier, suivi espacé ou suivi de vérification. Sans les décrire ici, notons que le suivi type le plus intense prescrit jusqu'à un rendez-vous par semaine, avec des visites à domicile et des contacts réguliers, à une absence de convocation et un envoi par courrier des justificatifs pour le suivi le moins contraignant²³⁷⁶.

454 La revalorisation de l'objet de l'entretien. L'objet de l'entretien est avant toute chose le contrôle de l'acceptation de la réglementation de la vie, au travers en particulier du respect des obligations positives. Toutefois, un objet secondaire de plus en plus déterminant a émergé : la production d'un savoir plus global sur les personnes condamnées à partir des technologies de la traçabilité, destiné à constituer la ressource de l'évaluation²³⁷⁷. Le suivi doit en effet de plus en plus être le support d'une prise en charge normalisante, au-delà des obligations particulières de l'article 132-45 du code pénal, permettant de prévenir la commission de nouvelles infractions. La police de la population pénale tend à être le support d'autre chose que le constat de l'acceptation de la réglementation de la vie car, sur le modèle canadien²³⁷⁸, le temps consacré au respect des obligations se réduit au profit d'un

²³⁷³ MILBURN Philip, JAMET Ludovic, « Les services de probation et d'insertion français dans la tourmente », *Champ pénal*, vol. XI, 2014, p. 12 ; DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 24. « Le suivi « intensif » correspondait à une périodicité d'entretiens d'au moins « un par mois » ; le suivi « normal » ou « espacé » à une périodicité d'un à quatre mois. Quant au suivi « administratif », il correspondait dans certains services à une interruption de tout suivi, dans d'autres à un envoi par les probationnaires des justificatifs attestant du respect de leurs obligations (attestations du soignant, preuves du paiement d'indemnités, etc.), avec parfois un entretien tous les six mois. » : *ibid.*

²³⁷⁴ MILBURN Philip, JAMET Ludovic, « Les services de probation et d'insertion français dans la tourmente », op. cit., p. 12. Sur le passage d'une pratique de différenciation locale des suivis à une segmentation standardisée au niveau national v. : DUBOURG Émilie, *Les services pénitentiaires d'insertion et de probation à l'aune de la prévention de la récidive. Fondements juridiques, évolution, évaluation et avenir*, op. cit., §828 et s.

²³⁷⁵ Le référentiel exclut d'ailleurs expressément comme critère la gravité de l'infraction commise, le type ou la gravité de la peine prononcée, la réceptivité de la personne et le respect ou non des obligations générales particulières des peines en milieu ouvert : DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 56.

²³⁷⁶ *Ibid.*, p. 66-67.

²³⁷⁷ FONTAINE Victor, *Réguler et conduire. De la critique de la prison à la pénalité néolibérale*, op. cit., p. 232.

²³⁷⁸ DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 29.

accroissement de la prise en charge criminologique, assumée par les conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation et ayant pour objet « de travailler sur le passage à l'acte et le sens de la peine²³⁷⁹ ». Si les modalités collectives déjà évoquées sont importantes, l'entretien individuel n'est pas en reste, notamment au travers de la forme particulière de l'entretien motivationnel²³⁸⁰. De plus en plus distinctement, le suivi devient le support d'une pratique de subjectivation à la figure de la « personne responsable²³⁸¹ », consistant à rechercher son adhésion à l'injonction qui lui est faite de se transformer. Les technologies de la traçabilité ne sont effectivement pas neutres et s'inscrivent dans la rationalité punitive contemporaine, comme l'illustre la localisation (B) des personnes condamnées en milieu ouvert, assurant le contrôle du respect des prescriptions spatiales du régime d'exécution.

B. La localisation

455 Le caractère structurant de la surveillance électronique. Le respect des prescriptions pénitentiaires formelles, particulièrement spatiales, est une donnée objectivable, dont il est aisé de rendre compte²³⁸². C'est peut-être l'une des raisons de l'amplification du recours à la surveillance électronique en milieu ouvert, face à l'augmentation du nombre de personnes placées sous main de justice²³⁸³. Notons dès à présent que l'usage du terme de surveillance par le législateur est trompeur et qu'il n'est pas question par les dispositifs de localisation d'une recherche indéfinie de violations de l'ordre pénitentiaire²³⁸⁴. Dans le cas de la détention à domicile sous surveillance électronique, l'émetteur attaché à la cheville du

²³⁷⁹ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*, p. 3.

²³⁸⁰ DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 31-34.

²³⁸¹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²³⁸² MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 12.

²³⁸³ Au 1^{er} janvier 2020, le nombre de personnes placées sous mains de justice s'élevait à 248 767, alors qu'à la même date en 1980 l'administration pénitentiaire ne prenait en charge que 108 123 personnes : « Tableau 1 : Évolution des effectifs des personnes placées sous main de justice au premier janvier de chaque année », in *Séries statistiques des personnes placées sous mains de justice. 1980-2020*, Bureau de la donnée, DAP, Ministère de la Justice, 2021.

²³⁸⁴ « La surveillance électronique en tant que telle se limite donc au statut d'outil technique : un bracelet placé, la plupart du temps, à la cheville d'un individu, relié à un « box » permettant de déterminer si la personne est chez elle ou non, dispositif prévoyant parfois sa géolocalisation et qui est alors dénommé « surveillance électronique mobile ». » : DEVRESSE Marie-Sophie, « Être placé sous surveillance électronique. Une forme originale de "peine situationnelle" ? », *op. cit.*, p. 377. À ce titre, il existe une grande diversité des dispositifs, de leur usages, et, donc, de leur régime juridique : KALUSZYNSKI Martine, « Le développement du placement sous surveillance électronique en Europe, genèses, circulation des modèles et diversité des problématiques », in *Justice et technologies. Surveillance électronique en Europe*, FROMENT Jean-Charles, KALUSZYNSKY Martine (dir.), Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 14-28.

probationnaire autorise le contrôle de sa présence à son domicile aux horaires durant lesquelles ce dernier a l'obligation de s'y trouver²³⁸⁵. Dans le cas de la surveillance électronique mobile, que ce soit dans le cadre de la libération conditionnelle, de la surveillance judiciaire, de la surveillance de sûreté ou du suivi socio-judiciaire, le bracelet électronique permet une géolocalisation en temps réel sur l'ensemble du territoire national, afin de contrôler le franchissement des zones d'assignation, interdites ou intermédiaires²³⁸⁶. Ces modalités d'exécution relevant de la surveillance électronique consistent avant tout dans le contrôle de l'acceptation de la délimitation du capital spatial par le régime d'exécution. Cependant, l'intérêt de la localisation ne s'arrête pas à la vérification d'un positionnement dans l'espace et le temps²³⁸⁷, car, au travers de l'emploi de cette technologie de la traçabilité, c'est bien la reconfiguration de la vie de la personne suivie que l'on recherche.

456 Des dispositifs de localisation au service de la rationalité punitive. Une fois n'est pas coutume, le législateur, en introduisant la surveillance électronique, a qualifié expressément ce nouvel instrument de variation du pouvoir de punir de l'État de « modalité d'exécution²³⁸⁸ ». Cette clarté, à laquelle le droit de l'exécution des peines n'est pas accoutumé, est sans doute due toutefois au « désamorçage de nombreuses oppositions²³⁸⁹ », notamment quant à l'élargissement du filet pénal²³⁹⁰, plus qu'à un regain de l'ambition de théoriser et conceptualiser la matière. L'emploi de cette « nouvelle technologie de punir²³⁹¹ », pouvant constituer tant une alternative à la prison qu'un instrument de contrôle judiciaire renforcé, avait en effet suscité des critiques, largement neutralisées par l'invocation de l'apport de l'innovation technologique à l'efficacité du système pénal²³⁹². Comme l'a

²³⁸⁵ Art. 131-4-1 du CP ; art. 132-25 du CP ; art. 132-26 du CP ; art. 723-7 et s. du CPP ; art. R. 57-10 et s. du CPP

²³⁸⁶ Art. 131-36-9 et s. du CP ; art. 706-53-19 du CPP ; art. 723-30 du CPP ; art. 731-1 du CPP ; art. 761-10 du CPP ; art. R. 61-12 et s. du CPP.

²³⁸⁷ DUMOULLIN Laurence, « Le bracelet électronique : nouvelles économies pénales de la présence », in *Le bracelet électronique : action publique, pénalité et connectivité*, LÉVY René, DUMOULLIN Laurence, KENSEY Annie, LICOPPE Christian (dir.), Médecine & Hygiène, « Déviance et Société », 2019, p. 14.

²³⁸⁸ Loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté.

²³⁸⁹ FROMENT Jean-Claude, « Le développement du placement sous surveillance électronique en France : mobilisation du politique et neutralisation idéologique », in *Justice et technologies. Surveillance électronique en Europe*, FROMENT Jean-Charles, KALUSZINSKY Martine (dir.), *op. cit.*, p. 45.

²³⁹⁰ FROMENT Jean-Charles, « Sécurité, justice et technologies. De quelques enseignements du développement des technologies de contrôle à partir des exemples du placement sous surveillance électronique et de la vidéosurveillance », *Droit et cultures*, n° 1, vol. 61, « Technologies, Droit et Justice », 2011, p. 224.

²³⁹¹ KALUSZYNSKI Martine, « Le développement du placement sous surveillance électronique en Europe, genèses, circulation des modèles et diversité des problématiques », *op. cit.*, p. 14.

²³⁹² LAZERGES Christine, « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *RSC*, n° 1, 2006, p. 183.

toutefois rappelé Jean-Charles FROMENT, lors de l'émergence de cette « nouvelle modalité du pouvoir de punir²³⁹³ », la technologie ne saurait être un objet neutre dans la politique pénale, en ce qu'elle sert toujours une rationalité²³⁹⁴. Les dispositifs de localisation sont en effet la « nouvelle manifestation d'une peine investissant de plus en plus le champ social, révélant un double procès de pénalisation de la société et de socialisation de la peine²³⁹⁵ ». À cet égard, ces outils technologiques s'inscrivent parfaitement dans la rationalité punitive contemporaine, puisqu'ils contribuent, au travers d'une dématérialisation et d'une mise à distance du contrôle²³⁹⁶, à la « désinstitutionnalisation²³⁹⁷ » de la prise en charge au profit d'un espace d'assujettissement modulable en milieu ouvert, permettant de poursuivre à moindre coût la subjectivation du sujet de l'acte de punir à la figure de la personne responsable.

Au demeurant, la dématérialisation et « l'automatisation du repérage de l'écart à la norme²³⁹⁸ » se font au prix de l'effacement de « la frontière interne et symbolique entre l'espace public et l'espace privé²³⁹⁹ », au moyen de la marque de l'État sur le corps du sujet de l'acte de punir²⁴⁰⁰. S'observe en effet « un renversement de la relation de la personne à l'État [consistant dans le passage] d'un système où la personne est dans l'État, dans des lieux qui représentent symboliquement l'État et sa puissance, son autorité (la prison par exemple), à une situation où c'est l'État qui s'inscrit *dans* et *sur* le corps²⁴⁰¹ ». Il en découle « une capillarisation accrue des zones d'intervention étatique²⁴⁰² », c'est-à-dire non plus seulement un rapprochement de la surveillance, comme pour la segmentation de l'espace carcéral, mais une extension de la portée du pouvoir de punir en dehors des frontières lui étant traditionnellement dévolues. Une fois de plus, au travers de l'évolution « des supports de

²³⁹³ FROMENT Jean-Charles, « Sécurité, justice et technologies. De quelques enseignements du développement des technologies de contrôle à partir des exemples du placement sous surveillance électronique et de la vidéosurveillance », *op. cit.*, p. 223.

²³⁹⁴ FROMENT Jean-Claude, « Le développement du placement sous surveillance électronique en France : mobilisation du politique et neutralisation idéologique », *op. cit.*, p. 41.

²³⁹⁵ KALUSZYNSKI Martine, « Le développement du placement sous surveillance électronique en Europe, genèses, circulation des modèles et diversité des problématiques », *op. cit.*, p. 27.

²³⁹⁶ DEVRESSE Marie-Sophie, « Être placé sous surveillance électronique. Une forme originale de "peine situationnelle" ? », *Dév. & Soc.*, n° 3, Vol. 37, 2013, p. 379.

²³⁹⁷ FROMENT Jean-Charles, « Le pouvoir souverain, la peine et le corps. Éléments pour une philosophie pénale de la surveillance électronique », *op. cit.*, p. 17.

²³⁹⁸ ALLARIA Camille, « Le placement sous surveillance électronique : espace et visibilité du châtiment virtuel », *Champ pénal*, vol. XI, « Parentalités enfermées/Objets et enfermement/Probation française », 2014, p. 1.

²³⁹⁹ FROMENT Jean-Charles, « Sécurité, justice et technologies. De quelques enseignements du développement des technologies de contrôle à partir des exemples du placement sous surveillance électronique et de la vidéosurveillance », *op. cit.*, p. 218.

²⁴⁰⁰ FROMENT Jean-Charles, « Le pouvoir souverain, la peine et le corps. Éléments pour une philosophie pénale de la surveillance électronique », *op. cit.*, p. 29.

²⁴⁰¹ *Ibid.*

²⁴⁰² *Ibid.*

visibilité et des modes d'intervention du pouvoir²⁴⁰³ », nous nous trouvons confrontés au paradoxe de la rationalité punitive néolibérale, emportant une intensification de l'assujettissement par la rationalisation de l'exercice du pouvoir de punir.

457 Des dispositifs de localisation au service de la normalisation. La portée de la localisation, en tant que technique d'assujettissement structurant le suivi, est effectivement distincte d'un simple emprisonnement hors les murs. Les dispositions de localisation n'ont à ce titre pas directement pour objet de prévenir le passage à l'acte²⁴⁰⁴. De même, l'étendue de la production de connaissance sur la population pénale par ce type d'outil est en soi restreinte, puisqu'il s'agit uniquement d'une localisation permettant de connaître du respect des prescriptions spatiales contribuant à la définition du régime d'exécution de la peine²⁴⁰⁵. L'intérêt principal se trouve sans aucun doute ailleurs et, d'abord, dans la « mise en scène, seul capable de faire voir le pouvoir politique, et de faire voir le pouvoir politique d'une certaine façon, c'est-à-dire dans son aptitude à dominer²⁴⁰⁶ ». Ensuite, et à l'instar des autres technologies de la traçabilité, l'intérêt de ce moyen de connaissance est moins ce qu'il produit directement que ce qu'il suscite, au travers de son contrôle permanent et individualisé. Par le contrôle de la place et des mouvements du sujet de l'acte de punir en société, contribuant « d'une certaine façon à « reformater » l'environnement du condamné²⁴⁰⁷ », le dispositif d'exécution renforce les procédés de subjectivation de la peine privative de liberté. À ce titre, « la surveillance électronique, par la rigidité de son fonctionnement agit comme un facilitateur

²⁴⁰³ *Ibid.*, p. 44. « Cette nouvelle économie sociale du politique mérite d'être observée avec attention et anticipée puisqu'elle augure, derrière les apparences d'un retrait, d'une plus grande pénétration sociale du pouvoir. C'est peut-être aujourd'hui d'ailleurs tous les paradoxes et les dangers de la pensée néo-libérale qui, tout en donnant l'impression d'un retrait du pouvoir de la scène publique, permet précisément à celui-ci d'agir plus directement *par chacun* (puisque chacun dans cette configuration est pouvoir) et *sur chacun* (dans la mesure où le pouvoir, en s'inscrivant sur les corps, fait directement de chacun l'objet de son action). » : *ibid.*

²⁴⁰⁴ « Matériellement, il ne permet le blocage d'aucune conduite et ne contrecarre directement aucune forme d'action. S'il permet de contrer la transgression, c'est en ce qu'il agit comme solide rappel que toute transgression sera enregistrée, mais, ce faisant, il n'empêche pas directement l'individu d'agir comme bon lui semble » : DEVRESSE Marie-Sophie, « Être placé sous surveillance électronique. Une forme originale de "peine situationnelle" ? », *op. cit.*, p. 380.

²⁴⁰⁵ DEVRESSE Marie-Sophie, « Surveillance électronique et justice pénale : quelques éléments de pérennité et de changement », *Droit et cultures*, n° 1, vol. 61, « Technologies, Droit et Justice », 2011, p. 5 ; 7.

²⁴⁰⁶ FROMENT Jean-Charles, « Le pouvoir souverain, la peine et le corps. Éléments pour une philosophie pénale de la surveillance électronique », *op. cit.*, p. 33-34. C'est d'ailleurs cette visibilité du pouvoir sur le corps, à tout instant, en tout endroit, qui a motivé la proposition de mesures de sûreté *sui generis* pour les auteurs de terrorisme et dont le Conseil constitutionnel a censuré l'essentiel des dispositions : CC, Décision n° 2020-805 DC du 7 août 2020, Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, RSC 2020. 619, note Beauvais ; *ibid.* 986, note Botton ; D. 2020. *ibid.* 1853, note Pradel ; 1869, note Beaussonie ; *ibid.* 2407, note Duvert ; AJDA 2020. 2319, note M. Verpeaux ; *ibid.* 1817, obs. Goessel-Le Bihan ; Dr. pén. 2020. n° 10, note Peltier ; *ibid.* note Brenaut ; JCP G. 2020. n° 38. 1008, note Grégoire.

²⁴⁰⁷ DEVRESSE Marie-Sophie, « Innovation pénale et surveillance électronique : quelques réflexions sur une base empirique », *Champ pénal*, « Séminaire Innovations pénales », 2007, p. 7.

du projet de normalisation des conduites poursuivi par la justice pénale²⁴⁰⁸ ». La subjectivation de la personne va en effet au-delà d'un « programme temporel et spatial à respecter²⁴⁰⁹ » car, par la délimitation à titre préventif d'un capital spatial, la « technologie et ses effets agissent [...] en tant que forces incitatives et régulatrices qui visent [...] le tracé de limites dans lesquelles les conduites seront considérées comme acceptables²⁴¹⁰ ». Les dispositifs de localisation doivent donc avant toute chose être appréhendés comme des outils de régulation de l'investissement de l'espace de la société par le sujet de l'acte de punir²⁴¹¹. Il n'est donc pas question d'une réclusion virtuelle, mais de faire vivre, par la « reconfiguration pénale de l'existence²⁴¹² » du sujet en référence à celle d'une personne responsable.

*

458 La protection des intérêts institutionnels au travers de l'amplification des moyens relevant de la sauvegarde de l'ordre pénitentiaire. Dans la reconfiguration du dispositif d'exécution, l'amplification des moyens de connaissance inhérents à la protection des intérêts institutionnels répond à la redéfinition de l'ordre que ces derniers constituent. L'amplification de la réglementation de la vie implique nécessairement une évolution des procédés d'observation de la population pénale, de nature à connaître de l'acceptation et de l'adéquation des prescriptions pénitentiaires définies par le régime d'exécution. Si elle doit être soulignée, en ce qu'elle contribue à l'intensification du pouvoir de punir de l'État, l'amplification des moyens relevant de la sauvegarde de l'ordre pénitentiaire n'est pas surprenante. En revanche, plus novatrice, l'importation des procédés inhérents à la protection de l'ordre public (Section 2) complète l'arsenal des moyens d'observation de la population pénale, dans la poursuite de l'ambition institutionnelle d'une connaissance absolue du champ pénitentiaire.

²⁴⁰⁸ DEVRESSE Marie-Sophie, « Surveillance électronique et justice pénale : quelques éléments de pérennité et de changement », *op. cit.*, p. 11.

²⁴⁰⁹ DEVRESSE Marie-Sophie, « Être placé sous surveillance électronique. Une forme originale de « peine situationnelle » ? », *op. cit.*, p. 379.

²⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 386.

²⁴¹¹ DEVRESSE Marie-Sophie, « Vers de nouvelles frontières de la pénalité : Le cas de la surveillance électronique des condamnés », *Politix*, n° 1, vol. 97, 2012, p. 65-66 ; 72.

²⁴¹² RAZAC Olivier, GOURIOU Fabien, FERRAND Jérôme, « L'épreuve de la probation », *Les Cahiers de la Justice*, n° 1, 2020, p. 27 ; RAZAC Olivier, GOURIOU Fabien, FERRAN Nicolas, *Éprouver le sens de la peine. Les probationnaires face à l'éclectisme pénal*, Grenoble, Université Grenoble Alpes, Mission de recherche Droit et Justice, 2019, p. 97.

SECTION 2. L'IMPORTATION DES PROCÉDÉS INHÉRENTS À LA PROTECTION DE L'ORDRE PUBLIC

459 Le renouvellement des modalités de recherche des violations du régime d'exécution. L'évolution des modalités de recherche des violations des prescriptions pénitentiaires est caractérisée, en second lieu, par l'importation des procédés inhérents à la protection de l'ordre public. Au sein du champ de l'acte de punir se sont développées des mesures d'enquête et des techniques de renseignement, destinées d'ordinaire à la répression et à la prévention des atteintes aux biens juridiques protégés par le droit pénal. Dans un premier temps, le législateur a transposé les mesures relatives à la constatation des atteintes (§1) à l'ordre public, dans le livre V du code de procédure pénale. Dans un second temps, ce dernier a autorisé les personnels pénitentiaires à mettre en œuvre les techniques relatives à la prévention des troubles (§2) à l'ordre public, réglementées par le code de sécurité intérieure.

§1. LES MESURES RELATIVES À LA CONSTATATION DES ATTEINTES

460 Les mesures d'enquête. L'importation dans le droit de l'application des peines d'actes d'investigation judiciaires, d'ordinaire réservés aux phases d'enquête et d'instruction du procès pénal, pourrait encore aujourd'hui paraître incongrue dans la procédure pénale *post sententiam*. Durant l'exécution de la peine, l'autorité judiciaire s'appuie effectivement essentiellement sur les services pénitentiaires²⁴¹³, et peu sur ceux de la police judiciaire, bien que le recours à la force publique soit de longue date ouvert aux magistrats de l'application de la peine²⁴¹⁴. Le développement du régime probatoire en milieu ouvert provoque néanmoins la nécessité d'actes d'investigation judiciaires dans le champ de l'acte de punir (A), pour que l'institution dispose des moyens de connaissance appropriés pour connaître des violations du régime d'exécution²⁴¹⁵. Au demeurant, l'autonomisation des intérêts institutionnels poursuivis par le dispositif d'exécution des biens juridiques protégés par le droit pénal interroge la proportionnalité des actes d'investigation judiciaires dans le champ de l'acte de punir (B).

²⁴¹³ Il s'agit des actes d'instruction obligatoires et facultatifs de l'application des peines, pris dans le cadre de leurs prérogatives juridictionnelles, sur le fondement de l'article 712-16 du code de procédure pénale. Sur ces derniers v. : BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §648 et s. ; HERZOG-EVANS Martine, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, §811.101 et s.

²⁴¹⁴ Les juridictions de l'application des peines peuvent émettre des mandats d'amener, des mandats d'arrêt et leurs décisions concernant de nombreuses obligations et interdictions sont dorénavant inscrites au fichier des personnes recherchées : art. 712-17 du CPP ; art. 230-19 du CPP.

²⁴¹⁵ Sur l'essor et le renforcement du régime probatoire v. : *supra* n° 144-145. Respectivement sur les obligations et les interdictions du régime probatoire v. : *supra* n° 372 et s. ; 404 et s.

A. La nécessité des actes d'investigation judiciaire dans le champ de l'acte de punir

461 La nécessité de la recherche des atteintes à l'ordre pénitentiaire. Les modalités de recherche des violations du régime d'exécution ont été enrichies par des mesures judiciaires d'enquête. Ces dernières sont nécessaires pour rechercher les atteintes à certaines prescriptions pénitentiaires en milieu ouvert, pour lesquelles la surveillance et le contrôle des personnels pénitentiaires ne peuvent être efficaces, voire dans certains cas simplement effectifs. Il s'agit notamment de l'interdiction de détenir une arme, prévue au 14° de l'article 132-45 du code pénal, ou de l'interdiction de séjour, prévue au 9° du même article²⁴¹⁶. Par conséquent, des actes d'investigation ont été importés et transposés dans le droit de l'application des peines.

462 Des actes d'investigation importés. « L'importance de plus en plus grande des peines et mesures exécutées en milieu ouvert entraîne mécaniquement un besoin de contrôle et de surveillance²⁴¹⁷ », qui conduit à un rapprochement des mesures d'investigation destinées à rechercher les auteurs d'infractions avec celles dédiées à la recherche des atteintes à l'ordre pénitentiaire. Déterminé essentiellement par la loi du 15 août 2014²⁴¹⁸, ce rapprochement correspond à l'importation de différentes mesures d'investigation judiciaires, coercitives – et parfois secrètes –, pour « intensifier le contrôle des condamnés en renforçant le rôle d'acteurs davantage habitués à intervenir lors de l'enquête²⁴¹⁹ ». Ces mesures de la procédure pénale *ante sententiam*, aujourd'hui présentes dans le livre V du code de procédure pénale, sont la

²⁴¹⁶ « Cela contribue alors à opposer le contrôle des obligations qui ferait partie du travail socio-éducatif des CPIP et le contrôle de simples interdictions réduites à leur seule dimension répressive, contrôle, ou plutôt surveillance, qui serait alors réservé aux services de Police ou de gendarmerie. » : MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, op. cit., p. 123.

²⁴¹⁷ PONCELA Pierrette, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », op. cit., p. 611-621.

²⁴¹⁸ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Sur les changements opérés par celle-ci en matière d'actes d'investigation judiciaires v. : BONIS-GARÇON Éveline, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, op. cit., §951 ; HERZOG-EVANS Martine, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., §726.11 et s. ; MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, op. cit., p. 121-123 ; PONCELA Pierrette, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », op. cit., p. 615-616 ; MARGAINE Clément, « La loi du 15 août 2014 et le milieu ouvert : vers un accroissement du contrôle des personnes condamnées », *AJ Pénal*, n° 10, 2014, p. 454 ; PELTIER Virginie, « Les “boîtes à outils” de Madame Taubira. À propos de la loi du 15 août 2014 », *JCP E*, n° 36, 2014, p. 883 ; DE GRAËVE Loïc, « Juridictions de l'application des peines, Rép. pén. Dalloz, 2017, §105 et s. ; CARPENTIER Yan, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, op. cit., §575 et s.

²⁴¹⁹ MARGAINE Clément, « La loi du 15 août 2014 et le milieu ouvert : vers un accroissement du contrôle des personnes condamnées », *AJ Pénal*, n° 10, 2014, p. 454.

garde à vue²⁴²⁰, la perquisition²⁴²¹, l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques²⁴²², ainsi que la géolocalisation²⁴²³.

Depuis la loi du 10 mars 2010²⁴²⁴, les officiers de police judiciaire peuvent en effet appréhender d'office, sur instruction du procureur de la République ou du juge de l'application des peines, les personnes à l'encontre desquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles n'ont pas respecté leur régime probatoire, et les retenir durant vingt-quatre heures pour être entendues sur la violation de leurs obligations²⁴²⁵. Depuis la loi du 15 août 2014, il est en outre d'abord possible, pour les services de police et les unités de gendarmerie, sur autorisation ou instruction du procureur de la République ou du juge de l'application des peines, de procéder à une perquisition chez les personnes soumises à l'interdiction de détenir ou porter une arme, lorsqu'il existe des indices graves ou concordants que des armes se trouvent actuellement à son domicile²⁴²⁶. Ensuite, dans l'hypothèse d'un suivi judiciaire postérieur à une incarcération, l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications, ainsi que la géolocalisation en temps réel de la personne, peuvent être autorisés par le juge de l'application des peines, lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons de soupçonner qu'un probationnaire n'a pas respectée l'interdiction qui lui était faite d'entrer en relation avec certaines personnes ou de paraître en certains lieux, après une condamnation pour un crime ou un délit pour lesquels ces mesures sont prévues²⁴²⁷.

Que ce soit pour la retenue policière, la perquisition, la géolocalisation et les écoutes, il s'agit avant toute chose d'un élargissement du champ d'application *rationae materiae* de ces actes d'enquête, aux investigations portant sur la violation des régimes d'exécution de la peine privative de liberté en milieu ouvert. Une part substantielle de leur régime juridique est

²⁴²⁰ Art. 62-2 et s. du CPP.

²⁴²¹ Art. 56 et s. du CPP ; art. 76 du CPP ; art. 92 et s. du CPP.

²⁴²² Art. 100 et s. du CPP.

²⁴²³ Art. 230-32 et s. du CPP.

²⁴²⁴ Art. 11, loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale. Sur l'introduction de cette « « garde à vue application des peines » : HERZOG-EVANS Martine, « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *D.*, n° 23, 2010, p. 1430.

²⁴²⁵ Art. 709-1-1 du CPP, anciennement art. 712-16-3 du CPP. Précisons que le champ *rationae personae* de cette mesure de retenue policière, comme des mesures de l'article 709-1-3 du code de procédure pénale, s'étend non seulement aux personnes placées sous le contrôle des juridictions de l'application des peines, mais également aux personnes condamnées pour lesquelles « il a été fait application du deuxième alinéa de l'article 131-9 ou du second alinéa de l'article 131-11 du code pénal » relatifs aux peines alternatives à l'emprisonnement : al. 1, art. 709-1-1 du CPP.

²⁴²⁶ Art. 709-1-2 du CPP.

²⁴²⁷ Art. 709-1-3 du CPP.

effectivement définie par renvoi aux articles du Livre 1^{er} du code de procédure pénale. Cela étant dit, les régimes de ces mesures d'investigation ont été adaptés par le législateur, pour être transposées dans la procédure pénale *post sententiam*.

463 Des actes d'investigation transposés. La « transposition²⁴²⁸ » de ces mesures d'enquête dans le Livre V du code procédure pénale participe du mouvement plus général, d'ores et déjà mis en lumière, de l'itération de la procédure pénale *stricto sensu* durant l'exécution de la peine²⁴²⁹. Mais si les contraintes et les ingérences occasionnées par ces mesures dans la liberté individuelle sont identiques, l'importation de ces actes d'investigation dans le droit de l'application des peines n'intervient pas sans diverses modifications de leur régime juridique. Ces dernières portent sur l'autorité décisionnelle, les critères d'opportunité de ces mesures et leur champ d'application.

Premièrement concernant les organes susceptibles d'ordonner ces mesures d'enquête transposées, il convient de relever l'extension des pouvoirs des organes classiques du procès pénal et l'attribution de nouvelles prérogatives aux juridictions de l'application des peines. D'une part, les services de police et de gendarmerie peuvent dorénavant procéder à l'interpellation des personnes condamnées et, sur décision d'un officier de police judiciaire, procéder à une retenue de vingt-quatre heures²⁴³⁰. Il s'agit ici seulement d'une extension des pouvoirs de la police judiciaire, au champ de l'application des peines. Cependant, et contrairement au régime de l'enquête de flagrance, ces agents ne peuvent procéder à une perquisition que sur instruction du procureur de la République ou du juge de l'application des peines²⁴³¹. D'autre part, si le procureur de la République voit également ses pouvoirs s'accroître, il ne dispose pas en matière d'application des peines de la possibilité d'ordonner des écoutes ou une géolocalisation²⁴³². Enfin, le code de procédure pénale octroie aux juridictions de l'application des peines de nouvelles prérogatives. Les juridictions de l'application des peines, malgré de « très larges pouvoirs d'investigation²⁴³³ », n'avaient pas auparavant la possibilité d'ordonner des actes d'enquête réglementés par le code de procédure

²⁴²⁸ BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine, op. cit.*, §955.

²⁴²⁹ Sur ce mouvement d'itération de la procédure pénale *stricto sensu* v. : *supra* n° 174 et s.

²⁴³⁰ Art. 709-1-1 du CPP.

²⁴³¹ Art. 709-1-2 du CPP.

²⁴³² Art. 709-1-3 du CPP.

²⁴³³ BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine, op. cit.*, §948. « Dans l'exercice de leurs attributions, les juridictions de l'application des peines peuvent procéder ou faire procéder, sur l'ensemble du territoire national, à tous examens, auditions, enquêtes, expertises, réquisitions, y compris celles prévues par l'article 132-22 du code pénal ou toute autre mesure, permettant de rendre une décision d'individualisation de la peine ou de s'assurer qu'un condamné respecte les obligations qui lui incombent à la suite d'une telle décision. » : art. 712-16 du CPP.

pénale. Celui qui est avant toute chose « le juge de l'individualisation de la peine pour tout ce qui suit le prononcé²⁴³⁴ » est ainsi dorénavant une autorité décisionnelle des mesures d'investigation judiciaires, à l'instar du juge d'instruction.

Deuxièmement concernant les critères d'opportunité de ces mesures, les dispositions transposant ces actes d'enquête sont tantôt identiques aux textes de la procédure pénale *ante sententiam* de droit commun, tantôt s'en détachent, mais dans tous les cas, ils se réfèrent à des seuils de suspicion rappelant le vocabulaire de l'enquête de flagrance²⁴³⁵. Concernant la retenue policière, la géolocalisation et les écoutes, le législateur exige la caractérisation d'« une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner²⁴³⁶ » que le probationnaire n'a pas respecté les prescriptions de son régime d'exécution, prévues par les textes encadrant ces mesures. Quant au régime de la perquisition en matière d'application des peines, des « indices graves ou concordants²⁴³⁷ » que des armes se trouvent actuellement au domicile de la personne condamnée sont exigés. Étonnamment, alors que de simples soupçons suffisent pour ordonner une mesure de retenue policière, de géolocalisation ou d'écoutes, un critère de vraisemblance de la commission de la violation du régime d'exécution plus stricte, identique à celui de la mise en examen, est requis pour une perquisition au domicile de la personne.

Troisièmement concernant le champ d'application de ces mesures, l'objet de la suspicion justifiant ces actes d'investigation change radicalement. Il n'est en effet plus question de soupçons de la commission d'un acte incriminé, mais de la violation d'une prescription du régime probatoire. Ces mesures de contrainte et ingérences, pour les personnes condamnées visées, ne sont plus réservées à la vraisemblance d'un acte ayant porté atteinte à l'ordre public, sans pour autant que les comportements interdits ou prescrits ne relèvent nécessairement de la sécurité publique. Le champ *rationae materiae* de la retenue policière, de l'article 709-1-1 du code de procédure pénale, n'est à cet égard pas circonscrit à certaines prescriptions du régime probatoire. Une retenue de quarante-huit heures peut dès lors être effectuée lorsqu'une raison plausible existe qu'une personne condamnée, ayant

²⁴³⁴ COUV RAT Pierre, « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines Commentaire des articles 159 et 161 de la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II », *RSC*, n° 3, 2004, p. 682.

²⁴³⁵ BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §951.

²⁴³⁶ Al. 1, art. 709-1-1 du CPP ; al. 1, art. 709-1-3 du CPP. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, « l'existence de soupçons plausibles présuppose celle de faits ou de renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction » : CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, n° 12244/86, 12245/86 et 12383/86.

²⁴³⁷ Art. 709-1-2 du CPP. S'il n'existe pas de définition de ce que constitue des indices graves ou concordants, il est possible de retenir qu'il s'agit d'un palier supérieur dans la « gradation de la vraisemblance » : GUÉRY Christian, CHAMBONT Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire. 2018-2019*, Paris, Dalloz, « Dalloz Action », 2017, §311.21. Sur cette idée v. : GUÉRY Christian, « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », *JCP G*, n° 24, 1998, doct. 140.

l'interdiction de fréquenter des débits de boissons, est entrée dans une brasserie²⁴³⁸. Or, la teneur du régime probatoire ne cesse de se renforcer, par un mouvement de multiplication des interdictions et des obligations de l'article 132-45 du code pénal²⁴³⁹. Par conséquent, non seulement ces actes d'enquête classiquement réservés à la constatation des infractions pénales sont désormais applicables à la caractérisation de certaines violations du régime d'exécution, mais le champ matériel de ce qui constitue une « garde à vue d'application des peines²⁴⁴⁰ » ne cesse de s'étendre à de nouveaux comportements. Ainsi, en dépit du caractère indiscutable de la nécessité d'octroyer à la police et l'autorité judiciaire de tels instruments, pour avoir connaissance de la violation du régime d'exécution conditionnant l'élargissement de la personne condamnée, il est impératif de discuter la proportionnalité de ces actes d'investigation judiciaires dans le champ de l'acte de punir (B).

B. La proportionnalité des actes d'investigation judiciaires dans le champ de l'acte de punir

464 La proportion des moyens de recherche aux atteintes à l'ordre pénitentiaire *extra-muros*. Après avoir relevé la légalité et la nécessité des actes d'investigation importés dans le régime de l'exécution de la peine privative de liberté, il nous faut considérer la proportionnalité des contraintes et ingérences que ces mesures d'enquête constituent dans les droits individuels, vis-à-vis de la nécessité de connaître des violations du régime d'exécution. Dans ce but, nous reviendrons d'abord sur l'adaptation de ces actes provenant de la procédure pénale *ante sententiam* à la recherche des auteurs d'atteinte à l'ordre public, avant de soulever le problème de leur mobilisation pour la recherche des auteurs d'atteinte à l'ordre pénitentiaire²⁴⁴¹.

465 Des ingérences adaptées à la recherche des auteurs d'atteinte à l'ordre public.

Les actes d'investigation transposés dans le champ de l'acte de punir sont des contraintes et ingérences importantes dans la liberté d'aller et de venir, dans le respect de la vie privée et familiale, ainsi qu'au principe d'inviolabilité du domicile et au secret des correspondances. Afin d'assurer la proportionnalité de ces ingérences aux nécessités de « la recherche des

²⁴³⁸ 11°, art. 132-45 du CP ; art. 709-1-1 du CPP.

²⁴³⁹ Sur le développement du régime probatoire v. : *supra* n° 144-145.

²⁴⁴⁰ HERZOG-EVANS Martine, « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *D.*, n° 23, 2010, p. 1430.

²⁴⁴¹ Sur les intérêts institutionnels de l'ordre pénitentiaire *extra-muros* v. : *supra* n° 385-387 ; 404 et s.

auteurs d'infractions²⁴⁴² » par la procédure *ante sententiam*, le législateur dispose de critères d'opportunité, fondés sur la suspicion, mais également d'un champ matériel circonscrit, pour assurer la proportionnalité des atteintes aux droits individuels, au-delà de la simple vérification de la pertinence de l'acte pour les investigations. Le champ d'application matérielle des différentes mesures est ainsi circonscrit en fonction du degré de gravité des atteintes à l'ordre public suspectées. Nos développements sur ce point n'ont pas pour objet de faire l'exégèse du régime de ces mesures. En revanche, il convient de prendre la mesure de l'ordre de proportionnalité établi par législateur, dans la procédure pénale *stricto sensu*, entre ces ingérences et les nécessités de la recherche des auteurs d'infractions. Premièrement, la garde à vue ne peut être ordonnée qu'à l'encontre d'une personne pour laquelle existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement et si cette mesure de contrainte est l'unique moyen pour poursuivre l'un des objectifs listés par la loi²⁴⁴³. Deuxièmement, durant l'instruction ou dans le cadre d'une enquête de flagrance²⁴⁴⁴, la perquisition est possible pour toute infraction dont la preuve peut être rapportée par la saisie d'objets en possession des personnes, qui paraissent avoir participé à l'infraction ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés²⁴⁴⁵. Quant aux interceptions, à l'enregistrement et la transcription des écoutes, ainsi qu'en matière de géolocalisation, elles ne sont possibles que pour des infractions punies d'une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à trois ans.

466 Des ingérences mobilisées pour la recherche des auteurs d'atteinte à l'ordre pénitentiaire. Introduits dans le champ de l'acte de punir au travers d'interventions législatives rappelant un mécanisme de « transposition²⁴⁴⁶ », les actes d'investigation judiciaires dédiés à la recherche des atteintes à l'ordre pénitentiaire constituent, dans le champ pénitentiaire, des ingérences identiques aux droits et libertés individuels. La question de la proportionnalité des actes doit donc derechef être soulevée. Ce contrôle doit cependant

²⁴⁴² CC, Décision n° 96-377 DC, 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, consid. 16 : « Considérant que la recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile ».

²⁴⁴³ Art. 62-2 du CPP.

²⁴⁴⁴ Durant l'enquête préliminaire, la perquisition ne peut toutefois avoir lieu sans l'assentiment du suspect que si elle est autorisée par le juge des libertés et de la détention, pour une infraction punie d'une peine égale ou supérieure à trois ans : art. 76 du CPP.

²⁴⁴⁵ Art. 94 du CPP ; al. 1, art. 56 du CPP.

²⁴⁴⁶ BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine, op. cit.*, §955.

dorénavant s'effectuer eu égard à leurs objectifs légitimes de constatation des violations du régime d'exécution, ainsi que de recherche de leur auteur et des preuves de celles-ci. Il convient donc pour chaque mesure, de vérifier si les dispositions transposées ont su préserver la proportionnalité des ingérences de l'autorité publique dans la liberté individuelle.

Considérons d'abord la retenue de vingt-quatre heures de l'article 709-1-1 du code de procédure pénale. Cette mesure de contrainte, partageant avec le régime de la garde à vue ses garanties, ne peut être renouvelée²⁴⁴⁷. Dès lors, nous pourrions être tentés de considérer cet acte comme ne posant aucun problème, en ce qu'il est de ce fait moins attentatoire aux libertés. Il est toutefois essentiel de relever qu'aucune limite *rationae materiae* relative aux prescriptions pénitentiaires n'a été instituée par le législateur. Par conséquent, la suspicion du non respect de n'importe laquelle des interdictions et obligations du régime d'exécution de la personne peut entraîner une mesure privative de liberté. Une raison plausible de soupçonner qu'un probationnaire assujetti à l'interdiction d'engager des paris, et de ne pas prendre part à des jeux d'argent et de hasard, peut dès lors conduire à une retenue de vingt-quatre heures²⁴⁴⁸. Pourtant difficile de considérer qu'un procès verbal constatant le comportement et/ou une convocation devant le juge de l'application des peines ne soit pas suffisant pour ce type de violation du régime d'exécution, ne concernant pas la sécurité des personnes et des biens, mais poursuivant seulement la responsabilisation et la solvabilité des probationnaires. Nous regrettons ainsi que cette mesure de contrainte, relevant du droit de l'application des peines, ne soit pas subordonnée à la suspicion de la violation d'une prescription directement relative à la sécurité publique, à l'instar des autres mesures d'enquête transposées. *In fine*, la proportionnalité n'apparaît pas tant établie entre la privation de liberté et la faute que pourrait avoir commise la personne condamnée, qu'entre la mesure de contrainte et la gravité de la sanction encourue pour la violation du régime d'exécution, ce qui est regrettable.

Au demeurant, ce constat décevant, quant aux soins avec lesquels le législateur a transposé la garde à vue, ne doit pas être généralisé. Si cette mesure de contrainte est applicable à toutes prescriptions pénitentiaires, tel n'est pas le cas en matière de perquisition. Restreinte à l'interdiction de la détention d'un arme, cet acte d'investigation, bien que pareillement destiné à la recherche d'une violation du régime d'exécution, a un lien avec la sécurité publique et apparaît dès lors en mesure de justifier une atteinte à l'inviolabilité du domicile. De plus, l'inexistence d'un autre moyen moins contraignant de nature à procéder à la vérification du respect de cette interdiction par la personne suivie et l'exigence d'un degré

²⁴⁴⁷ Al. 1 et 8, art. 709-1-1 du CPP.

²⁴⁴⁸ 10°, art. 132-45 du CP ; al. 1, art. 709-1-1 du CPP.

de suspicion identique à celui de la mise en examen assurent pleinement la proportionnalité de l'ingérence. Dans ces conditions, cette mesure d'investigation apparaît à la fois nécessaire et proportionnée au contrôle du respect de l'interdiction de détenir ou de porter une arme.

Concernant enfin les actes d'investigation judiciaires secrets, le constat est plus mitigé. Premièrement, l'exigence expresse du caractère « indispensable²⁴⁴⁹ » de la mesure pour rapporter la preuve d'une violation des interdictions est une garantie de la nécessité de l'acte *in concreto*. Deuxièmement, les interdictions pour lesquelles des écoutes ou une géolocalisation sont envisageables sont limitativement énumérées. Ces actes d'enquête peuvent seulement être mis en œuvre pour rechercher les manquements à l'interdiction « d'entrer en relation avec certaines personnes ou certaines catégories de personnes, de fréquenter certains condamnés ou de paraître en un lieu, une catégorie de lieux ou une zone spécialement désignés²⁴⁵⁰ ». Or, l'usage des mesures étudiées pour rapporter la preuve de ces comportements prohibés est nécessaire, en raison de l'incapacité des procédés d'observation classiquement à la disposition des autorités de l'exécution des peines à démontrer ces actes²⁴⁵¹. Troisièmement, l'article 709-1-3 du code de procédure pénale circonscrit l'emploi de ces techniques aux personnes condamnées pour les infractions pour lesquelles sont prévues respectivement ces mesures. L'usage de la rationalité pénale pour limiter le champ de ces mesures d'investigation dans le champ de l'acte de punir est à saluer. Néanmoins, le champ personnel ainsi délimité demeure particulièrement large, puisqu'il s'agit de l'ensemble des personnes condamnées pour des infractions punies d'une peine égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement, soit les crimes et la quasi-totalité des délits. En outre, le législateur institue par là une curieuse équivalence entre la gravité des incriminations commises et les fautes suspectées durant l'exécution de la période probatoire. Sans doute s'agit-il de l'idée que la suspicion d'une faute emporte la vraisemblance d'un risque de récidive, qu'il convient de traiter comme l'infraction elle-même. Cette équivalence est fort critiquable, puisqu'il s'agit d'assimiler une atteinte possible à l'ordre public avec la potentialité d'un comportement constituant un risque d'atteinte à l'ordre public. À partir de là, l'idée que la proportionnalité de ces mesures d'enquête, constituant des ingérences graves dans la liberté individuelle, serait garantie est difficilement soutenable.

²⁴⁴⁹ Art. 709-1-3 du CPP.

²⁴⁵⁰ Art. 709-1-3 du CPP. Il s'agit des interdictions prévues au 9° et au 12° de l'article 132-45 du code pénal.

²⁴⁵¹ L'exception de la surveillance électronique mobile mérite néanmoins d'être relevée, car ce dispositif apparaît de nature à démontrer les violations des termes de l'interdiction de séjour. Contrairement à la surveillance électronique statique, ce dispositif permet « à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national » : al. 1, art. 131-36-12 du CPP. Sur le placement sous surveillance électronique mobile v. : art. 131-36-9 et s. du CPP ; art. 763-10 et s. du CPP ; art. R. 61-21 du CPP.

En conclusion, il apparaît que c'est une réflexion insuffisante sur la proportionnalité des actes d'investigation aux nécessités de la recherche et de la caractérisation des atteintes à l'ordre pénitentiaire, qui a présidé à la transposition de ces mesures d'enquête dans le Livre V du code de procédure pénale. Ces nouveaux développements de la procédure pénale s'inscrivent alors dans un mouvement d'amplification de l'observation de la population pénale immodéré, d'autant que la diversité des moyens de connaissance des atteintes à l'ordre institutionnel ne cesse de se développer, en particulier par les techniques relatives à la prévention des troubles (§2) à l'ordre public.

§2. LES TECHNIQUES RELATIVES À LA PRÉVENTION DES TROUBLES

467 Les techniques de renseignement. Les techniques de renseignement sont les procédés d'investigation à la disposition de l'État dans le cadre de sa mission de police administrative²⁴⁵², relative « à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation²⁴⁵³ ». Comme l'a rappelé en 2015 le Conseil constitutionnel, ces moyens de « surveillance préventive²⁴⁵⁴ » œuvrent à la protection de l'ordre public et à la prévention des infractions, contrairement à la police judiciaire, organisée « pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs²⁴⁵⁵ ». Progressivement, ces « outils de recueil d'informations²⁴⁵⁶ » ont été importés dans le champ de l'acte de punir, en raison du développement de la participation du renseignement pénitentiaire à la police administrative (A). L'activité de ce service s'inscrit toutefois pleinement dans les missions du service public pénitentiaire²⁴⁵⁷. Les informations rassemblées sur population pénale sont d'ailleurs à ce titre mobilisées dans l'individualisation de l'exécution de la peine. Du fait de

²⁴⁵² LE MONNIER DE GOUVILLE Pauline, « De la répression à la prévention. Réflexion sur la politique criminelle antiterroriste », *Les Cahiers de la Justice*, n° 2, 2017, p. 209.

²⁴⁵³ Art. L. 811-3 du CSI.

²⁴⁵⁴ LATOUR Xavier, « La loi relative au renseignement : un État de surveillance ? », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, n° 40, 2015, étude 2286.

²⁴⁵⁵ « Considérant que le recueil de renseignement au moyen des techniques définies au titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure par les services spécialisés de renseignement pour l'exercice de leurs missions respectives relève de la seule police administrative ; qu'il ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; qu'il ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs ; » : CC, Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, Loi relative au renseignement, consid. 9.

²⁴⁵⁶ ROUSSEL Gildas, « Le régime des techniques de renseignement », *AJ Pénal*, n° 11, 2015, p. 520.

²⁴⁵⁷ « Le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions pénales. Il contribue à l'insertion ou à la réinsertion des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à la prévention de la récidive et à la sécurité publique dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes et des droits des personnes détenues. Il est organisé de manière à assurer l'individualisation et l'aménagement des peines des personnes condamnées. » : art. 2, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

cette participation du renseignement pénitentiaire à la différenciation de l'acte de punir (B), il est donc impérieux de considérer sa contribution à l'amplification de la production de connaissance sur les personnes condamnées.

A. La participation du renseignement pénitentiaire à la police administrative

468 L'institutionnalisation progressive du renseignement pénitentiaire. L'édification d'un service de renseignement au sein de l'administration pénitentiaire, rattachée auprès du ministère de la Justice depuis plus d'un siècle²⁴⁵⁸, est assurément le résultat d'une entreprise d'institutionnalisation progressive. Les premiers pas vers le renseignement de la « petite muette » sont effectués en 1981 et 1998, au travers d'un bureau de liaison police-pénitentiaire mixte à la préfecture de Paris, puis d'une unité de liaison police-pénitentiaire rattachée au bureau chargé de la détention au sein de la Direction de l'administration pénitentiaire²⁴⁵⁹. Ce n'est finalement qu'en 2003 qu'est institué un service autonome, sous la forme du « bureau du renseignement pénitentiaire²⁴⁶⁰ », relevant de l'État-major de sécurité, dans le cadre du grand virage sécuritaire opéré par Dominique PERBEN.

Très tôt l'ombre de la radicalisation plane sur le renseignement pénitentiaire, en ce que ce service est le principal instigateur de l'émergence d'une détection des personnes dites radicalisées²⁴⁶¹. Sa création n'est pour autant nullement motivée par la lutte contre le terrorisme²⁴⁶², ni *a fortiori* par une mission de police administrative analogue aux services spécialisés de renseignement²⁴⁶³. La naissance d'un service de renseignement à la Direction

²⁴⁵⁸ Décr. du 13 mars 1911, JORF du 14 mars 1911, p. 2034.

²⁴⁵⁹ SCOTTO Stéphane, JAUNIAUX Nicolas, « Le renseignement pénitentiaire », *Cahiers de la sécurité*, n° 13, 2010, p. 52.

²⁴⁶⁰ Art. 1, Arrêté du 7 janvier 2003 portant organisation en bureaux de la direction de l'administration pénitentiaire, Garde des Sceaux, JUSG02600701, JORF n° 7 du 9 janvier 2003, p. 476. « Le bureau du renseignement pénitentiaire est chargé de recueillir et d'analyser l'ensemble des informations utiles à la sécurité des établissements et des services pénitentiaires. Il organise la collecte de ces renseignements auprès des services déconcentrés et procède à leur exploitation à des fins opérationnelles. Il assure la liaison avec les services centraux de la police et de la gendarmerie. » : art. 4, *ibid.*

²⁴⁶¹ Note du 1^{er} décembre 2003 relative à la connaissance du phénomène du prosélytisme islamique dans les prisons, DAP ; Note du 11 mai 2004 relative à l'organisation de la lutte contre le prosélytisme dans les prisons, DAP. À ce titre, dès 2005, le bureau du renseignement pénitentiaire créait un outil de repérage et de mesure du prosélytisme en détention : GALEMBERT DE Claire, « Le « radical », une nouvelle figure de dangerosité carcérale aux contours flous », *op. cit.*, p. 58-60 ; BERAUD Céline, GALEMBERT DE Claire, ROSTAING Corinne, *Des hommes et des dieux en prison*, recherche subventionnée par la DAP-Ministère de la Justice et le GIP Mission de recherche Droit et Justice, Paris, CNRS-ISP, 2013, p. 71-72.

²⁴⁶² SCOTTO Stéphane, JAUNIAUX Nicolas, « Le renseignement pénitentiaire », n° 13, 2010, p. 52.

²⁴⁶³ « Les services spécialisés de renseignement sont la direction générale de la sécurité extérieure, la direction du renseignement et de la sécurité de la défense, la direction du renseignement militaire, la direction générale de la sécurité intérieure, le service à compétence nationale dénommé « direction nationale du renseignement et des

de l'administration pénitentiaire avait pour principale « préoccupation de prévenir les évasions et le grand banditisme²⁴⁶⁴ ». Au fondement de la création de ce bureau se trouve la forte « volonté de la direction de l'Administration pénitentiaire de connaître avec précisions, certaines des personnes détenues, de même que leur champ relationnel²⁴⁶⁵ », afin de prévenir les projets d'action violente à l'intérieur des structures pénitentiaires comme à l'extérieur. Dans ce but, le renseignement pénitentiaire, sans habilitation à utiliser des techniques spéciales, s'est d'abord reposé sur une pratique du renseignement artisanale, produit des savoir-faire pénitentiaires²⁴⁶⁶. Jusqu'en 2016, seule l'écoute, l'enregistrement et l'interruption des communications téléphoniques étaient effectivement possibles sous le contrôle du procureur de la République²⁴⁶⁷. Cependant, l'intégration dans le second cercle de la communauté du renseignement du renseignement pénitentiaire²⁴⁶⁸, suite aux attentats de 2015 et à l'entrée de ce service dans l'Unité de coordination de la lutte antiterroriste, va démultiplier ses moyens et les techniques de renseignement qui lui sont ouvertes, en même temps qu'une réorientation de ses préoccupations en direction de la lutte contre la radicalisation est effectuée²⁴⁶⁹.

469 L'intégration dans le second cercle du renseignement pénitentiaire. La loi du 3 juin 2016 fait entrer officiellement le renseignement pénitentiaire dans le second cercle de la communauté du renseignement²⁴⁷⁰, autorisant ainsi les agents pénitentiaires habilités à mettre en œuvre la quasi-totalité des techniques de renseignement²⁴⁷¹. Toujours concrètement

enquêtes douanières » et le service à compétence nationale dénommé « traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins ». » : al. 1, art. R. 811-1 du CSI.

²⁴⁶⁴ WARUSFELD Bertrand, « Justice et renseignement dans la lutte contre la radicalisation violente », *op. cit.*, p. 119.

²⁴⁶⁵ SCOTTO Stéphane, JAUNIAUX Nicolas, « Le renseignement pénitentiaire », *op. cit.*, p. 52.

²⁴⁶⁶ « Au quotidien le renseignement pénitentiaire s'appuie sur le croisement d'investigations menées sur : - les personnes, en mettant en lumière les liens qu'elles entretiennent au-delà des seules procédures pénales dans lesquelles elles sont impliquées ; - les établissements, en identifiant pour une période donnée les individus qui y sont entrés en contact ; - les incidents, en recensant leurs caractéristiques et leurs auteurs. » : *ibid.*, p. 54.

²⁴⁶⁷ Art. 727-1 du CPP ancien, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

²⁴⁶⁸ L'expression second cercle de la communauté du renseignement « désigne les services, autres que les services spécialisés de renseignement, relevant des ministres de la défense, de l'intérieur et de la justice ainsi que des ministres chargés de l'économie, du budget ou des douanes, qui peuvent être autorisés à recourir aux techniques mentionnées au titre V du présent livre dans les conditions prévues au même livre » : art. L. 811-4 du CSI. Ces derniers sont listés à l'article R. 811-2 du CSI.

²⁴⁶⁹ WARUSFELD Bertrand, « Justice et renseignement dans la lutte contre la radicalisation violente », *op. cit.*, p. 119.

²⁴⁷⁰ Art. L. 811-4 du CSI ; III, art. R. 811-2 du CSI.

²⁴⁷¹ Art. L. 855-1 du CSI. Ces techniques peuvent être mises en œuvre au titre de la prévention du terrorisme, des atteintes à la forme républicaine des institutions, des actions tendant au maintien ou à la reconstitution de groupements dissous en application de l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure, des violences

organisé autour d'un bureau central, de cellules interrégionales et de délégués dans les établissements pénitentiaires²⁴⁷², ce service – ayant pour « pour mission de rechercher, collecter, exploiter, analyser et diffuser les informations et renseignements susceptibles de révéler des risques d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, à la sécurité des établissements pénitentiaires²⁴⁷³ » – dispose dorénavant d'une compétence nationale et se trouve dénommé « service national du renseignement pénitentiaire²⁴⁷⁴ ».

Dans leur mission, les personnels pénitentiaires disposent d'un ensemble de techniques de renseignement, répartis entre le code de procédure pénale et le code de la sécurité intérieure, qui ne cesse de s'accroître au fur et à mesure des interventions législatives²⁴⁷⁵. Nombre des mesures autorisées aux agents pénitentiaires, « aux fins de prévenir les évasions et d'assurer la sécurité et le bon ordre²⁴⁷⁶ », étaient dans un premier temps, de manière incongrue quant à la distinction entre police administrative et police judiciaire, regroupées au sein de l'article 727-1 du code de procédure pénale et effectuées sous le contrôle du procureur de la République. Après une double clarification formelle et matérielle opérée par la loi du 28 février 2017²⁴⁷⁷, eu égard à la distinction de plus en plus difficile entre police administrative et police judiciaire²⁴⁷⁸, l'essentiel de ces « techniques de recueil de renseignement mises en œuvre par l'administration pénitentiaire²⁴⁷⁹ » ont intégré le code de la sécurité intérieure et ne sont plus sous le contrôle de l'autorité judiciaire²⁴⁸⁰. Par conséquent, l'essentiel des techniques de renseignement ouvertes aux agents du

collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique, ainsi que de la criminalité et de la délinquance organisées : III, art. R. 811-2 du CSI ; art. L. 811-3 du CSI. À cette liste, l'article L. 855-1 du code de la sécurité intérieure ajoute la prévention des évasions et de la sécurité des établissements.

²⁴⁷² Art. 4, Arrêté du 29 mai 2019 portant création et organisation d'un service à compétence nationale dénommé « Service national du renseignement pénitentiaire », Garde des sceaux, JUST1911857A, JORF n° 0125 du 30 mai 2019, texte n° 25.

²⁴⁷³ Art. 2, *ibid.*

²⁴⁷⁴ Art. R. 855-1 du CSI.

²⁴⁷⁵ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique ; Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²⁴⁷⁶ I, art. 727-1 du CPP.

²⁴⁷⁷ HERRAN Thomas, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *AJ Pénal*, n° 11, 2017, p. 472-474.

²⁴⁷⁸ Sur la difficulté à distinguer police judiciaire et police administrative v. not. : DESPORTES François, LAZERGES-COUSQUER Laurence, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd. (2009), Paris, Economica, « Corpus. Droit privé », 2015, §(858-859) ; FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, 13^e éd., Paris, LGDJ, « Précis Domat droit public », 2020, §(465-468).

²⁴⁷⁹ « Chapitre IX bis : Des techniques de recueil de renseignement mises en œuvre par l'administration pénitentiaire » : art. R. 57-8-24 et s. du CPP.

²⁴⁸⁰ Le Garde des sceaux sur le fondement de l'article 727-1 du code de procédure pénale ne peut plus aujourd'hui autoriser les agents de l'institution qu'à « intercepter, enregistrer, transcrire ou interrompre les correspondances de personnes détenues émises par la voie des communications électroniques et autorisées en détention, à l'exception de celles avec leur avocat, et conserver les données de connexion y afférentes », et, « accéder aux données stockées dans un équipement terminal ou un système informatique qu'utilise une personne détenue et dont l'utilisation est autorisée en détention, les enregistrer, les conserver et les transmettre ».

renseignement pénitentiaire se trouve énuméré à l'article L. 855-1 du code de la sécurité intérieure²⁴⁸¹. Cet arsenal important porte sur l'ensemble de la détention, y compris les cellules et les unités de vie familiale (à l'exception des correspondances et des entretiens avec l'avocat²⁴⁸²), mais uniquement sur la détention²⁴⁸³. De surcroît, contrairement aux mesures prévues par le code de procédure pénale, la « notion peu précise²⁴⁸⁴ » du bon ordre de la détention a été exclue des objectifs pouvant justifier l'emploi d'une technique de renseignement. Seules la prévention des évasions et la sécurité des établissements peuvent légitimer l'emploi de ces mesures « à l'encontre des personnes qui présentent un risque particulièrement élevé d'évasion ou dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité au sein des établissements pénitentiaires ou des établissements de santé destinés à recevoir des personnes détenues²⁴⁸⁵ ».

Des précautions certaines ont ainsi été prises pour s'assurer de la nécessité et de la proportionnalité des ingérences produites par la mise en œuvre de ces techniques dans le champ pénitentiaire²⁴⁸⁶. Cependant, elles demeurent mobilisées en dehors du champ traditionnel de la défense nationale et des intérêts fondamentaux de la nation. De surcroît, si le

²⁴⁸¹ « Les techniques visées [...] sont : les accès en temps différé aux données de connexion (art. L. 851-1), la localisation des équipements terminaux (art. L. 851-4), la localisation en temps réel d'une personne, d'un véhicule ou d'un objet (art. L. 851-5), le recours au dispositif mobile « IMSI catcher » (art. L. 851-6), les interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques (art. L. 852-1, I), les interceptions de correspondances échangées au sein d'un réseau de communications électroniques empruntant exclusivement la voie hertzienne (art. L. 852-2), la sonorisation de certains lieux et véhicules et la captation d'images, y compris en s'introduisant dans le lieu privé ou le véhicule (art. L. 853-1), et enfin la localisation par balisage (art. L. 853-3). » : MAYAUD Yves, « Terrorisme – Prévention – Renseignement », Rép. pén. Dalloz, 2020, §17.

²⁴⁸² Al. 2, art. L. 855-1 du CSI.

²⁴⁸³ Notons que la définition retenue en matière de techniques de renseignement est distincte de celle fondée sur le critère de l'écrou. Cette notion visent « les personnes détenues au sens strict, y compris lorsqu'elles bénéficient d'une permission de sortir prévue à l'article 723-3 du code de procédure pénale, mais aussi les personnes placées sous les régimes de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur avec hébergement en établissement pénitentiaire, prévus à l'article 132-26 du code pénal. En revanche, la commission a estimé que les techniques de renseignement concernant les personnes placées sous main de justice en milieu ouvert et celles écrouées mais non hébergées en établissement pénitentiaire, telles que les personnes placées sous surveillance électronique en application de l'article 132-26-1 du code pénal, devaient être mises en œuvre par d'autres services de renseignement déjà structurés pour effectuer cette mission. » : CNCTR, 2^e rapport d'activité, Paris, 2017, p. 28.

²⁴⁸⁴ CNCTR, 4^e Rapport d'activité, Paris, 2019, p. 19.

²⁴⁸⁵ Al. 2, art. L. 855-1 du CSI. En outre, pour la « technique de renseignement définie au I de l'article L. 853-1 ne peut être mise en œuvre, dans le cas prévu au V du même article L. 853-1 et selon les modalités définies à l'article L. 853-3, qu'à l'encontre des personnes détenues qui présentent un risque particulièrement élevé d'évasion ou dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité au sein des établissements pénitentiaires ou des établissements de santé destinés à recevoir des personnes détenues » : *ibid*.

²⁴⁸⁶ En particulier, concernant les dernières modifications législatives, le Conseil constitutionnel a considéré que « législateur a assorti les dispositions contestées de garanties propres à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et celle des infractions et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée, l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances » : CC, Décision n° 2019-778 du 21 mars 2019, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, consid. 347.

champ d'application des techniques réglementées est circonscrit, notamment par « un cadre d'action limité à l'enceinte des établissements²⁴⁸⁷ » – sans pour autant qu'elles ne soient toujours strictement réservées aux seules personnes détenues²⁴⁸⁸ –, il ne faut toutefois pas restreindre le spectre de l'activité du renseignement pénitentiaire à la détention. Son périmètre d'action s'étend effectivement à l'ensemble du champ pénitentiaire²⁴⁸⁹, quand bien même il serait dépendant des services spécialisés de renseignement pour la mise en œuvre de techniques de renseignement en milieu ouvert²⁴⁹⁰. À ce titre, la participation du renseignement pénitentiaire à la police administrative n'est pas limitée aux frontières du territoire carcéral, de même que son rôle n'est pas strictement restreint à des missions de police administrative, comme le souligne la participation du renseignement pénitentiaire à la différenciation de l'acte de punir (B).

B. La participation du renseignement pénitentiaire à la différenciation de l'acte de punir

470 La certitude d'une omniprésence du renseignement pénitentiaire dans le champ de l'acte de punir. Le renseignement pénitentiaire est une « matière première stratégique avec laquelle se construit la sécurité des personnes et des biens²⁴⁹¹ ». Il s'agit d'informations, recueillies par des techniques de renseignement, mais également d'informations produites par ou grâce au service du renseignement pénitentiaire, notamment concernant la détection de la radicalisation au travers d'outils. Poursuivant un objectif de sécurité, inhérent à l'activité de police administrative, « le renseignement pénitentiaire a pour mission d'objectiver et de prévenir les risques d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, ainsi que les risques d'atteinte à la sécurité des personnels pénitentiaires et des personnes détenues²⁴⁹² ». En vue de cette fonction, faisant l'objet d'un regard particulièrement soutenu des pouvoirs publics depuis les attentats de 2015, l'administration organise une omniprésence du renseignement

²⁴⁸⁷ III, art. R. 811-2 du CSI.

²⁴⁸⁸ Art. L. 855-1 du CSI, dans sa rédaction modifiée par l'article 89 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²⁴⁸⁹ À ce titre, le référent pour le renseignement pénitentiaire dans chaque service pénitentiaire d'insertion et de probation « communique aux cellules interrégionales du renseignement pénitentiaire (CIRP) les informations collectées en milieu ouvert en lien avec les objectifs du réseau » : Circ. du 3 août 2018 relative aux modalités de transmission d'informations et de renseignements pénitentiaires entre l'administration pénitentiaire, le service du renseignement pénitentiaire et l'autorité judiciaire, Garde des sceaux, JUSD1822014C, p. 2.

²⁴⁹⁰ Sur l'organisation de la continuité de la surveillance entre le territoire carcéral et le milieu ouvert, en anticipation de la libération des personnes v. : Ministre de la Justice, *Réponse à une question écrite de M. Édouard Courtial*, Question n° 6245, publiée au JO le 31 janvier 2019, p. 582.

²⁴⁹¹ SCOTTO Stéphane, JAUNIAUX Nicolas, « Le renseignement pénitentiaire », *op. cit.*, p. 53.

²⁴⁹² Circ. du 3 août 2018 relative aux modalités de transmission d'informations et de renseignements pénitentiaires entre l'administration pénitentiaire, le service du renseignement pénitentiaire et l'autorité judiciaire, *op. cit.*, p. 2.

pénitentiaire, tant grâce à la diversité des profils recrutés – qui ne se limite en aucun cas aujourd'hui aux surveillants pénitentiaires, et qui inclut notamment des personnels pénitentiaires d'insertion et de probation²⁴⁹³ – que par la diffusion des connaissances produites par le renseignement pénitentiaire. La circulation de celles-ci est opérée par des notes de renseignement transmises à l'autorité judiciaire, des recueils d'avis effectués par le bureau de la détention en matière de transfert ou la présence directe d'un agent du renseignement pénitentiaire dans certaines instances, comme les commissions pluridisciplinaires uniques, afin notamment de contribuer à la production de l'évaluation des personnes radicalisées²⁴⁹⁴. Plus qu'une nouvelle source de savoir dans le champ de l'acte de punir, le service national du renseignement pénitentiaire est un nouvel acteur avec lequel il faut compter pour comprendre l'individualisation de la prise en charge.

De plus, devant l'intensification fulgurante de la surveillance de la population pénale par le renseignement pénitentiaire, il convient d'interroger les conséquences de l'addition de de ces nouvelles ingérences particulièrement aiguës, dans un espace carcéral d'ores et déjà fortement surveillé. La conjonction des divers moyens de connaissance quadrillant la détention est en effet de nature à créer, pour les personnes radicalisées ou les détenus particulièrement dangereux, le doute constant d'être surveillé dans ses moindres paroles, faits et gestes²⁴⁹⁵. Or, si les « mesures privatives de liberté s'accompagnent inévitablement de souffrance et d'humiliation », auquel la surveillance participe indéniablement, le cumul dans la durée de drastiques mesures de sécurité et de procédés d'observation très intrusifs en détention apparaît de nature à créer « une détresse ou une épreuve d'une intensité qui dépasse le niveau de souffrance inhérent à » la détention²⁴⁹⁶, sans que ces mesures puissent nécessairement être considérées « nécessaires pour parvenir au but légitime poursuivi²⁴⁹⁷ ». À ces risques de traitements inhumains ou dégradants²⁴⁹⁸, fruits de l'ambition démesurée et

²⁴⁹³ CÉNAT Roxane, « L'administration pénitentiaire française face au défi de la prévention et de la lutte contre le terrorisme », *Cahiers de la sécurité et de justice*, n° 35-36, « Terrorisme en France. Faire face ! », 2015, p. 143.

²⁴⁹⁴ COUR DES COMPTES, *Les moyens de la lutte contre le terrorisme. Exercices 2015-2019*, *op. cit.*, p. 117.

²⁴⁹⁵ « La lecture des nombreux procédés pouvant être utilisés produit la représentation d'un espace de détention saturé de captations de communications, d'informations, d'images et de paroles échangées signant l'engloutissement du respect de toute parcelle de vie privée et d'intimité. » : PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 571.

²⁴⁹⁶ CEDH, 9 juillet 2009, *Khider c. France*, n° 39364/05, préc., §102.

²⁴⁹⁷ CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*, n° 70204/01, préc., §37.

²⁴⁹⁸ « Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime » : CEDH, [GC], 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, préc., §67.

morbide d'une « surveillance absolue²⁴⁹⁹ », il convient d'ajouter le problème de l'immense difficulté du maintien d'une possibilité de relation de confiance entre les détenus et les personnels pénitentiaires²⁵⁰⁰, indispensable pourtant à toute démarche de réinsertion. Sans conteste, un « climat de suspicion généralisée et exacerbée²⁵⁰¹ » s'installe, accompagné de la crainte d'une omnipotence du renseignement pénitentiaire dans le champ de l'acte de punir.

471 La crainte d'une omnipotence du renseignement pénitentiaire dans le champ de l'acte de punir. Le poids de la contribution du renseignement pénitentiaire dans l'évolution des conditions d'exécution est inconnu. La présence et le rôle des agents de ce service dans les différentes instances et processus décisionnels entretiennent toutefois l'inquiétude, d'autant que le renseignement pénitentiaire a pour objet de « permettre une circulation fluide des données améliorant le repérage des publics spécifiques et leur prise en charge adaptée²⁵⁰² ». Cette interdépendance entre la police administrative dans le champ pénitentiaire et l'administration de l'acte de punir est la conséquence du « déploiement du renseignement pénitentiaire²⁵⁰³ ». À la « porosité inévitable entre pratiques de renseignement et procédures judiciaires²⁵⁰⁴ » s'adjoint la porosité entre l'activité de l'administration pénitentiaire dans sa mission de police administrative et dans l'exécution des peines. Les informations recueillies ou produites par le renseignement pénitentiaire peuvent en effet peser lourdement sur la différenciation de l'acte de punir de la personne condamnée²⁵⁰⁵, d'autant que les avis des agents de ce service semblent pour l'affectation, à tout le moins des personnes dites

²⁴⁹⁹ TOUTAIN François, « Intervention de la DAP dans la lutte contre la radicalisation », in *Journée européenne concernant la lutte contre la radicalisation. 4^e édition*, CITOYENS & JUSTICE, COMITÉ NATIONAL DE LIAISON DES ACTEURS DE LA PRÉVENTION SPÉCIALISÉE (dir.), Colloque, Paris, 1 avril 2019. Durant son intervention, le directeur de la mission de lutte contre la radicalisation caractérise ainsi la surveillance devant peser sur les personnes radicalisées n'étant pas affectées dans un quartier spécial, après leur passage dans un quartier d'évaluation de la radicalisation.

²⁵⁰⁰ ALIX Julie, « Radicalisation et droit pénal », *op. cit.*, p. 447 ; DELARUE Jean-Marie, « Le renseignement pénitentiaire », *op. cit.*, p. 9.

²⁵⁰¹ PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 571. Sur ce point v. également : WARUSFELD Bertrand, « Justice et renseignement dans la lutte contre la radicalisation violente », *op. cit.*, p. 120 ; FROMENT Jean-Charles, *Sécuriser la société française en repensant la peine*, Aristoclès, 2017, p. 123 ; BONFILS Philippe, GALLARDO Eudoxie, « Secret des correspondances – Levée du secret des correspondances », *Rép. pén. Dalloz*, 2018, §243.

²⁵⁰² SCOTTO Stéphane, JAUNIAUX Nicolas, « Le renseignement pénitentiaire », *op. cit.*, p. 53.

²⁵⁰³ PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 570.

²⁵⁰⁴ WARUSFELD Bertrand, « Justice et renseignement dans la lutte contre la radicalisation violente », *op. cit.*, p. 119.

²⁵⁰⁵ Pour une illustration du poids décisif que peuvent avoir les agents du renseignement pénitentiaire sur l'affectation à la sortie d'un quartier d'évaluation de la radicalisation v. : CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, DEPUSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, *op. cit.*, p. 172-173.

radicalisées, d'une « importance cruciale²⁵⁰⁶ ».

Concernant l'individualisation de l'exécution de la peine, il n'existe en effet aucune garantie analogue à celles relatives à l'usage des informations recueillies par des techniques de renseignement²⁵⁰⁷. Les écueils peuvent toutefois être communs, comme c'est le cas pour les techniques de l'article 727-1 du code de procédure pénale, dont le régime précise que le procureur de la République peut accéder, « de manière permanente, complète et directe », au relevé dont font l'objet les techniques mises en œuvre, comportant notamment la « nature des renseignements collectés ». Le ministère public peut donc librement utiliser ces informations relevant de la police administrative dans le cadre d'une procédure d'octroi d'une mesure d'individualisation judiciaire²⁵⁰⁸. Ainsi, le développement des techniques relatives à la prévention des troubles à l'ordre public prend parfaitement le relais de l'amplification des techniques inhérentes à la protection de l'ordre pénitentiaire. Indispensable pour la sécurité des établissements et la prévention des évasions, les échanges d'informations entre le renseignement pénitentiaire et les autres acteurs de l'exécution de la peine n'en sont pas moins problématiques²⁵⁰⁹. De surcroît, et alors que les échanges avec les services de la police

²⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 120.

²⁵⁰⁷ « Considérant que le recueil de renseignement au moyen des techniques définies au titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure par les services spécialisés de renseignement pour l'exercice de leurs missions respectives relève de la seule police administrative ; qu'il ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; qu'il ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs ; » : CC, Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, Loi relative au renseignement. Sur la relativisation de cette garantie v. not. : PARIZOT Raphaële, « Surveiller et prévenir... à quel prix ? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *JCP G*, n° 41, 2015, doctr. 1077 ; HERRAN Thomas, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *op. cit.*, p. 472-474.

²⁵⁰⁸ Il convient de noter que ces techniques d'investigation, qualifiées de techniques de recueil de renseignement par le code de procédure pénale, ne sont pas pour le ministère de la Justice « des techniques de recueil de renseignement au sens du code de la sécurité intérieure » : Circ. du 3 août 2018 relative aux modalités de transmission d'informations et de renseignements pénitentiaires entre l'administration pénitentiaire, le service du renseignement pénitentiaire et l'autorité judiciaire, *op. cit.*, p. 10-11. De ce fait, ils entrent dans la catégorie des informations pénitentiaires, non des renseignements pénitentiaires, et sont librement communicables. Cette dichotomie est fondée sur l'idée que les techniques du code de procédure pénale ne sont pas secrètes, en raison de l'obligation de l'établissement d'afficher dans l'établissement les dispositions de l'article 727-1 du code de procédure pénale. Outre que le caractère secret ne soit pas le propre des techniques de renseignement, l'information d'une possibilité de surveillance n'équivaut pas à une notification de la mise sous surveillance. Au demeurant, accorder de la valeur à cette distinction revient à accorder de la valeur à la différence entre un affichage des dispositions du code de procédure pénale dans l'établissement et la présence du code de la sécurité intérieure dans la bibliothèque de ce dernier. Pour ces raisons, la dichotomie instaurée par le Garde des sceaux nous paraît artificielle.

²⁵⁰⁹ À ce titre, les juridictions de l'application des peines peuvent avoir la communication « d'une note de renseignement contenant des informations qui, sans nécessairement constituer une infraction pénale, peuvent être utiles à l'autorité judiciaire pour la poursuite de ses missions : il peut s'agir notamment de notes de contexte ou de profil d'un individu suivi par le renseignement pénitentiaire au titre de ses missions. » : Circ. du 3 août 2018 relative aux modalités de transmission d'informations et de renseignements pénitentiaires entre l'administration pénitentiaire, le service du renseignement pénitentiaire et l'autorité judiciaire, *op. cit.*, p. 8. Malgré que ces notes soient intégrées au dossier et discuter contradictoirement, il peut s'avérer particulièrement difficile de discuter

judiciaire ont fait l'objet d'une circulaire²⁵¹⁰, les échanges de renseignement avec les services de gestion de la détention ne sont eux encadrés que par une « doctrine d'emploi²⁵¹¹ » interne et confidentielle, sans que rien ne justifie une telle clandestinité de l'organisation de la contribution du renseignement à l'évolution des conditions d'exécution, renforçant la crainte d'une omnipotence de cette dernière dans la différenciation de l'acte de punir.

La reconfiguration de l'institution pénitentiaire déplace de plus en plus celle-ci en direction de l'archétype d'un dispositif de sécurité, et non de justice, ce qui facilite la participation du savoir et des agents relevant de la police administrative dans la différenciation de l'acte de punir. À ce titre, la simple détection d'un processus de radicalisation permet une transformation de l'objet de la prise en charge pénitentiaire et donc de la forme que prend l'acte de punir, par le passage de la rétribution des infractions commises à la problématique pénologique de la radicalisation. La portée de la condamnation sur les pratiques punitives se précarise ainsi toujours plus, et avec elle, l'effectivité de la modération du pouvoir de punir de l'État par les principes du droit pénal moderne.

*

472 La protection des intérêts institutionnels au travers de l'intégration des moyens relevant de la sauvegarde de l'ordre public. Paradoxalement, l'importation des techniques inhérentes à la protection de l'ordre public est concomitante de l'autonomisation de l'ordre pénitentiaire des biens juridiques protégés par le droit pénal. Les techniques relatives à la constatation des infractions pénales et à la prévention des atteintes à l'ordre public ont en effet accompagné la redéfinition de l'ordre institutionnel. Si l'actualisation des moyens de connaissance est souhaitable, et sans doute indispensable pour assurer tant le contrôle de la personne condamnée en milieu ouvert que la prévention de graves troubles à l'ordre public, il est néanmoins regrettable que ce processus poursuive l'ambition d'une sécurité absolue et qu'il ne soit pourvu de plus amples réflexions sur « l'évanescent principe de proportionnalité²⁵¹² », dépassant la conception technique de garanties procédurales, destinées à assurer et préserver la conventionnalité des nouveaux procédés d'observation de la population pénale.

d'un « profil », notamment en l'absence des éléments matériels qui le motivent et du processus par lequel il a été produit.

²⁵¹⁰ Circ. du 3 août 2018 relative aux modalités de transmission d'informations et de renseignements pénitentiaires entre l'administration pénitentiaire, le service du renseignement pénitentiaire et l'autorité judiciaire, *op. cit.*, 13 p.

²⁵¹¹ COUR DES COMPTES, *Les moyens de la lutte contre le terrorisme. Exercices 2015-2019*, *op. cit.*, p. 120.

²⁵¹² PARIZOT Raphaële, « Surveiller et prévenir... à quel prix ? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

473 L'intensification de l'assujettissement par l'amplification de la production de connaissance dans le champ pénitentiaire. La recherche et la caractérisation des atteintes à l'ordre institutionnel contribuent à la police des personnes condamnées, au travers de la surveillance, du contrôle, des investigations et du recueil de renseignements dans le champ pénitentiaire. À l'instar de la réglementation de la vie par les modalités d'exécution, cette production de connaissance sur la conduite de la population pénale se caractérise par un mouvement d'amplification, contribuant à l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. La reconfiguration du dispositif d'exécution implique en effet un redoublement de la production de connaissance, au moyen de la multiplication des procédés d'observation inhérents à l'ordre pénitentiaire comme à l'ordre public, nécessaire à la poursuite de la subjectivation des individus pris en charge à la figure de la « personne responsable²⁵¹³ ». Les usages des modalités d'exécution ne peuvent effectivement sanctionner le comportement de la personne condamnée, eu égard aux prescriptions pénitentiaire formelles réglementant sa vie, qu'à partir du moment où les autorités de l'exécution des peines sont en mesure de connaître de sa conduite eu égard aux intérêts institutionnels poursuivis. Au prix de l'accroissement immodéré des contraintes et des ingérences dans la liberté individuelle, l'amplification de la production de connaissance sur la conduite de la population pénale contribue à la recherche d'une plus grande effectivité de la soumission des personnes condamnées à l'ordre pénitentiaire. Ce n'est en définitive que par l'exacerbation et la multiplication des modalités de constatation des violations du régime d'exécution, qu'il est possible d'indexer l'évolution des conditions d'exécution sur l'acceptation par le sujet de l'ordre pénitentiaire contemporain, recherchant la normalisation des personnes condamnées, en régissant de plus en plus de domaine de leur existence.

²⁵¹³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

CONCLUSION DU TITRE 1

474 La subjectivation des personnes condamnées sous le mode de la police de l'existence. Dans le champ pénitentiaire, la police est un mode de gouvernement de la population pénale, structurant le prononcé des sanctions inhérentes à l'acte de punir et recherchant la subjectivation des personnes condamnées. Les usages des modalités d'exécution sont à ce titre à la fois l'instrument de définition des régimes réglementant la vie des individus pris en charge et l'instrument de sanction de ces ensembles de prescriptions individualisés, destinés à la normalisation de la population pénale. C'est en soumettant le sujet de l'acte de punir à des normes comportementales, définissant un mode de vie considéré comme responsable, que le dispositif d'exécution recherche en premier lieu la réformation des individus. En d'autres termes, ce mode de subjectivation des personnes condamnées entreprend l'inculcation des intérêts institutionnels composant l'ordre pénitentiaire, au travers de la sanction, par les usages des modalités d'exécution, des prescriptions pénitentiaires composant la réglementation de la vie. Or, ce procédé de normalisation procède tant de la diversification des prescriptions pénitentiaires, de plus en plus autonomes de l'ordre public, que de la multiplication des procédés d'observation de la conduite de la population pénale, de plus en plus attentatoires aux droits et libertés individuels. De cette amplification concomitante de la réglementation de la vie et de la production de connaissance dans le champ de l'acte de punir résulte ainsi une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

Nous avons vu que le dispositif d'exécution organise un mode de subjectivation relevant de la police, au travers de prescriptions formelles sanctionnées par les usages des modalités d'exécution, recherchant l'acceptation de l'ordre pénitentiaire par le sujet. Il nous reste à étudier le mode de subjectivation relevant de la direction des personnes condamnées, poursuivant l'adhésion du sujet à l'ordre institutionnel, par l'intermédiaire de prescriptions matérielles. Les usages des modalités d'exécution sanctionnent en effet le sujet de l'acte de punir au-delà de l'acceptation de la réglementation de la vie. De cette manière, le dispositif d'exécution recherche une meilleure prévention spéciale des infractions, au travers de l'intensification de l'assujettissement par la direction des personnes condamnées (Titre 2).

TITRE 2. L'INTENSIFICATION DE L'ASSUJETTISSEMENT PAR LA DIRECTION DES PERSONNES CONDAMNÉES

475 La notion de direction des conduites en tant que rationalité gouvernementale.

Sous le régime de la rationalité punitive contemporaine²⁵¹⁴, l'acte de punir poursuit la réformation de la personne condamnée et la prévention spéciale des infractions par la constitution corrélative du sujet et de sa peine. Le dispositif d'exécution cherche en effet à permettre à la population pénale « d'agir en personne responsable [...] et d'éviter la commission de nouvelles infractions », en adaptant le régime d'exécution « 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 »²⁵¹⁵. En ce but, la personne est avant tout appréhendée, dans le « processus d'individualisation²⁵¹⁶ » de la peine, comme l'objet d'une prise en charge se caractérisant par deux modes de gouvernement. Le dispositif d'exécution poursuit d'abord la réformation des personnes condamnées par une police de leur existence²⁵¹⁷. Le « régime d'exécution²⁵¹⁸ » de la peine dispose, pour chaque individu, d'un ensemble de prescriptions formelles individualisées à respecter, ayant pour objet de les soumettre à un mode de vie responsable (interdiction de s'exprimer sur les faits commis, obligation d'exercice d'une activité professionnelle, obligation de soins, obligation de suivi d'un programme de prévention de la récidive, *etc*). Ensuite, le dispositif d'exécution recherche la normalisation des personnes condamnées par la direction de leur conduite. Le « parcours d'exécution de la peine²⁵¹⁹ » intime aux individus pris en charge des prescriptions matérielles individualisées à suivre, dénuées d'existence positive dans l'ordre juridique, sous la forme d'objectifs dédiés à leur « responsabilisation²⁵²⁰ » (adhésion à la prise en charge

²⁵¹⁴ Sur la rationalité punitive contemporaine v. : *supra* n° 9-11.

²⁵¹⁵ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁵¹⁶ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 279 ; RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *op. cit.*, p. 397. Sur le processus d'individualisation v. : *infra* n° 50.

²⁵¹⁷ Sur l'intensification de l'assujettissement par la police des personnes condamnées v. : *supra* n° 365 et s.

²⁵¹⁸ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁵¹⁹ Al. 1, art. 717-1 du CPP ; art. D. 88 et s. du CPP.

²⁵²⁰ Art. 4, Décr. n° 2019-50 du 30 janvier 2019 portant statut particulier du corps des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 6 ; DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, *op. cit.* ; RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *op. cit.* ; CLIQUENNOIS Gaëtan, *Le management des*

contre la radicalisation violente, reniement des convictions ayant fondé le passage à l'acte, exigence d'une réflexion sur la conduite délinquante, etc.).

Ces deux modes de gouvernement, recherchant l'un comme l'autre les finalités de l'acte de punir par la normalisation de la personne condamnée, s'inscrivent dans des rationalités distinctes. La police apparaît au XVI^e-XVII^e siècle, pour rechercher la maximisation des forces de l'État, par un système de réglementation de la conduite des individus, reposant sur la raison d'État et la discipline²⁵²¹. Il s'agit de l'imposition d'un ordre par la recherche de l'obéissance à la norme juridique. Le « régime gouvernemental²⁵²² » de la direction des conduites apparaît plus tardivement, à partir du XVIII^e siècle, avec le développement de la physiocratie et de la raison économique comme limite à l'État de police²⁵²³. Ce « dispositif sécuritaire²⁵²⁴ » est « un nouvel art de gouverner caractéristique du libéralisme basé sur la gestion des risques et la sécurisation des populations²⁵²⁵ », cherchant à réguler la conduite des individus et non plus à la réglementer. Les techniques et procédures rattachées à cette « raison gouvernementale²⁵²⁶ » ne sont pas des pratiques de codification et de répression, mais des « mécanismes de sécurité²⁵²⁷ » consistant en des incitations, des sollicitations, des dissuasions de certains comportements, permettant de réduire la probabilité d'événements considérés indésirables au sein d'une population, devenue, en lieu et place du sujet juridique, l'objet du gouvernement²⁵²⁸. L'objectif de cette « biopolitique²⁵²⁹ » n'est plus « d'éliminer ce risque, mais de le rendre tolérable, de le circonscrire dans des limites sécuritaires acceptables²⁵³⁰ ». Le mode de la direction des conduites fonctionne à partir d'une norme déduite d'une normalité comme moyenne, et non d'une normalité indexée sur le respect d'une norme juridique, distinguant de manière binaire le permis de l'interdit²⁵³¹. Il s'agit finalement de préserver l'ordre plutôt que de l'imposer, par une recherche d'adhésion des individus à ce dernier, au moyen de la direction de l'exercice de leur liberté.

prisons : vers une gestion des risques et une responsabilisation des détenus ?, op. cit. ; LARMINAT DE Xavier, « Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation », op. cit.

²⁵²¹ Sur la police en tant que rationalité gouvernementale v. : *supra* n° 365.

²⁵²² FOUCAULT Michel, *Naissance de la Biopolitique. Cours au collège de France. 1978-1979*, op. cit., p. 24.

²⁵²³ FOUCAULT Michel, *Sécurité, Territoire, Population. Cours au collège de France. 1977-1978*, op. cit., p. 50.

²⁵²⁴ MAZABRAUD Bertrand, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, n° 2, vol. 42, 2010, p. 168.

²⁵²⁵ CHANTRAINE Gilles, CAUCHIE Jean-François, « Entre réalisme et constructivisme. Les états épistémologiques du risque », in *Les ambivalences du risque : regards croisés en science sociale*, CARTUYVES Yves (dir.), Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2008, p. 80.

²⁵²⁶ FOUCAULT Michel, *Naissance de la Biopolitique. Cours au collège de France. 1978-1979*, op. cit., p. 24.

²⁵²⁷ FOUCAULT Michel, *Sécurité, Territoire, Population. Cours au collège de France. 1977-1978*, op. cit., p. 10.

²⁵²⁸ *Ibid.*, p. 360.

²⁵²⁹ FOUCAULT Michel, *Naissance de la Biopolitique. Cours au collège de France. 1978-1979*, op. cit.

²⁵³⁰ GOURMELON Nathalie, « La prise en charge pénitentiaire des délinquants sexuels sous le sceau de la gestion des risques et de la lutte contre la récidive », *Dév. et Soc.*, n° 4, vol. 36, 2012, p. 363.

²⁵³¹ FOUCAULT Michel, *Sécurité, Territoire, Population. Cours au collège de France. 1977-1978*, op. cit., p. 65.

In fine, la police de l'existence et la direction des conduites sont deux manières distinctes d'assujettir les personnes condamnées à l'ordre pénitentiaire et de rechercher ainsi l'efficacité de l'acte de punir. Si la police a de longue date été intégrée au dispositif de la justice, au travers de la prison, l'émergence d'une direction pénitentiaire des conduites est concomitante de la reconfiguration du dispositif d'exécution de la peine. La direction comme mode de gouvernement n'est en effet possible qu'à partir de l'instant où l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation prend la forme d'un parcours d'exécution de la peine, revalorisant le capital de liberté du sujet et capable par sa différenciation de rétribuer ce dernier pour l'emploi de son autonomie dans le champ pénitentiaire.

476 La direction des conduites comme mode de subjectivation des personnes condamnées. Le parcours d'exécution de la peine est en effet le support de procédés destinés à déterminer la conformité de l'individu avec « des normes de comportement socialement acceptables et rendues désirables²⁵³² ». C'est la différenciation de l'acte de punir, par les usages des modalités d'exécution, qui sanctionne la responsabilisation du sujet. Ce dernier n'est plus seulement enjoint de se soumettre à un « régime d'exécution²⁵³³ », entreprenant la reconfiguration de sa vie, mais doit répondre de l'injonction de se gouverner lui-même, de manière autonome, à partir des intérêts institutionnels composant l'ordre pénitentiaire. Nous souhaitons effectivement démontrer que l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation n'est pas seulement due à la redéfinition de l'ordre pénitentiaire²⁵³⁴. L'aggravation de la teneur de l'acte de punir résulte aussi d'une « injonction à la responsabilisation²⁵³⁵ », qui correspond à l'exigence d'adhésion du sujet à la prise en charge responsabilisante, matérialisée et individualisée par des normes matérielles participant d'une direction pénitentiaire des conduites.

Dans les interstices du régime d'exécution, et en dehors du formalisme du droit, des attitudes sont en effet valorisées ou disqualifiées par les usages des modalités d'exécution, pour inciter les personnes condamnées à adopter le comportement présenté comme responsable²⁵³⁶. À titre d'exemple, un individu peut aujourd'hui, non seulement être obligé d'indemniser la victime, sous peine de voir sa mesure d'individualisation retirée ou révoquée, mais se voir intimer l'objectif de se repentir durant l'exécution de la peine, notamment par

²⁵³² PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 12.

²⁵³³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁵³⁴ Sur la redéfinition de l'ordre pénitentiaire v. : *supra* n° 370.

²⁵³⁵ CARTUYVELS Yves, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », *op. cit.*, p. 100.

²⁵³⁶ Sur les prescriptions induites par les usages des modalités d'exécution v. : *infra* n° 552 et s.

l'expression de regrets ou de compassion²⁵³⁷. Si aucune prescription formelle ne prescrit l'adoption d'une telle attitude, les juridictions de l'application des peines prennent en considération ce comportement au titre de l'évaluation de la personnalité et du risque de récidive du sujet²⁵³⁸. De même, s'il est impossible d'exiger de la part d'une personne la modification de ses opinions politico-religieuses, l'administration pénitentiaire propose néanmoins comme sanction de l'absence d'investissement dans les modalités de prise en charge de la radicalisation la mise à l'isolement²⁵³⁹. En enjoignant à la personne de se transformer et en rétribuant son attitude eu égard à cette sommation, le dispositif souhaite amener le condamné à s'inscrire dans des « formes de subjectivation²⁵⁴⁰ » déterminées, seules compatibles avec une mobilité favorable de la peine. Ainsi, les usages des modalités d'exécution prolongent la police de l'existence dans le champ pénitentiaire par la direction des conduites, en sanctionnant par l'évolution des conditions d'exécution l'attitude du sujet eu égard à l'ordre pénitentiaire et à l'injonction qui lui est faite de se subjectiver en « personne responsable²⁵⁴¹ ». Le dispositif d'exécution entreprend ainsi le gouvernement des personnes condamnées au-delà des normes formelles du régime d'exécution, dans l'espoir de perfectionner les procédés de « normalisation des conduites²⁵⁴² » et d'améliorer l'efficacité de l'acte de punir.

477 Les pratiques assurant la direction des conduites des personnes condamnées.

Consacré au second mode de gouvernement des personnes condamnées, ce second titre a pour objet d'étudier l'apport de la sanction des prescriptions matérielles à la connaissance de la figure de la « personne responsable²⁵⁴³ » et à la démonstration de l'intensification de l'assujettissement, résultant de l'indexation de l'évolution des conditions d'exécution sur la subjectivation du sujet à cette personnification de l'ordre pénitentiaire²⁵⁴⁴. Poursuivant l'amélioration de l'efficacité de la peine privative de liberté, la direction des personnes condamnées se fonde sur deux pratiques complémentaires. D'une part, ce second « mode de

²⁵³⁷ Sur l'obligation d'indemnisation du dommage issue de l'infraction v. : *supra* n° 414. Sur l'exigence d'un repentir durant l'exécution de la peine v. : *infra* n° 567-569.

²⁵³⁸ Sur la prise en compte de la responsabilisation eu égard aux victimes dans les critères généraux d'octroi des mesures d'individualisation judiciaires v. : *supra* n° 83.

²⁵³⁹ Sur l'absence d'adhésion à la prise en charge contre la radicalisation violente v. : *supra* n° 555-556.

²⁵⁴⁰ FOUCAULT Michel, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au collège de France. 1982-1983, op. cit.*, p. 6.

²⁵⁴¹ Al. I, II, art. 707 du CPP.

²⁵⁴² MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation, op. cit.*, p. 97 ; DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *op. cit.*, p. 315.

²⁵⁴³ Al. I, II, art. 707 du CPP.

²⁵⁴⁴ Sur la conceptualisation de l'ordre pénitentiaire v. : *supra* n° 363 ; 381.

subjectivation²⁵⁴⁵ » repose sur la rationalisation de l'évaluation des personnes, qui permet de connaître du sujet, non plus seulement eu égard au paradigme de la dangerosité, mais également à celui du risque, de sorte à pouvoir le soumettre à une politique de responsabilisation. D'autre part, la direction des personnes condamnées fonctionne à partir de la rétribution de l'adhésion à la prise en charge responsabilisante, c'est-à-dire de la sanction du gouvernement de soi eu égard aux intérêts institutionnels poursuivis par le dispositif d'exécution.

D'un côté, les personnes condamnées sont considérées dans le processus d'individualisation en fonction de leur objectivation, par une pratique d'examen indispensable à l'appréciation des critères de l'évolution des conditions d'exécution, fondés sur des notions a-juridiques (personnalité, dangerosité, etc.²⁵⁴⁶). L'évaluation est la pratique indispensable à la poursuite de l'acte de juger sur le fondement de la rationalité pénitentiaire, par la requalification du sujet de droit en individu. Or, la rationalisation de l'évaluation (Chapitre 1), par les savoirs néo-positivistes et les doctrines pénologiques contemporaines, renouvelle aujourd'hui cette appréhension de la personne, pour faire d'elle un « sujet à risque²⁵⁴⁷ », qu'il est possible et nécessaire de responsabiliser. Ce procédé de production de connaissance est dès lors à la fois la condition de possibilité d'une injonction à la responsabilisation et de sa rétribution, puisqu'elle permet de connaître de la personne au travers de son attitude eu égard à cette sommation de se transformer en faisant siens les intérêts de l'ordre pénitentiaire.

De l'autre, les personnes condamnées sont considérées dans le processus d'individualisation en fonction de leur subjectivation, selon l'exercice responsable de l'autonomie leur étant octroyée par le régime d'exécution et, plus généralement, de leur réformation « au fur et à mesure de l'exécution de la peine²⁵⁴⁸ ». Cette pratique de sanction de la constitution de soi en tant que sujet, en référence à la figure de la « personne responsable²⁵⁴⁹ », contribue à la différenciation de l'acte de punir par la modulation de la peine *in favorem* et *in pejus*. La rétribution de l'adhésion à la prise en charge (Chapitre 2) sanctionne en effet le gouvernement de soi, eu égard à l'injonction à la responsabilisation, structurée par des prescriptions matérielles participant d'une direction pénitentiaire des conduites.

²⁵⁴⁵ « modes de subjectivation » : « FOUCAULT Michel, « Le sujet et le pouvoir », *op. cit.*, p. 1042 ; DELEUZE Gilles, « Qu'est-ce qu'un dispositif ? », *op. cit.*, p. 192.

²⁵⁴⁶ V. notamment : al. 2, II, art. 707 ; 717 ; 717-1 du CPP ; art. 22 ; 27 ; 57, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

²⁵⁴⁷ HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *Punishment & Society*, n° 1, vol. 7, 2005, p. 29-51.

²⁵⁴⁸ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

²⁵⁴⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

CHAPITRE 1. LA RATIONALISATION DE L'ÉVALUATION DES PERSONNES

478 Une pratique de mise en l'état méconnue. Aux termes des principes directeurs de l'exécution des peines, les finalités de l'acte de punir sont poursuivies par l'indexation des conditions d'exécution sur les caractéristiques de la personne condamnée. L'article 707 du code de procédure pénale dispose à cet égard que le « régime d'exécution [...] 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 ». En ce sens, l'évaluation du sujet de l'acte de punir peut être considérée comme une pratique contribuant à la mise en l'état des décisions d'individualisation du régime d'exécution. C'est en effet seulement à partir de la connaissance du sujet, que les juridictions de l'application des peines et l'administration peuvent procéder à l'individualisation de l'exécution de la peine. Or, malgré ce rôle primordial dans le fonctionnement dispositif d'exécution, l'évaluation des personnes condamnées est une pratique encore méconnue. Le droit de l'exécution des peines ne dispose pas à proprement parlé de ce que constitue l'évaluation, car il ne s'agit pas d'un acte de procédure réglementé, dont l'objet intrinsèque serait régi par des normes juridiques. Le code de procédure pénale ne connaît de l'évaluation que pour en prescrire le recours²⁵⁵⁰, ainsi que pour disposer de ses conditions et de ses principales modalités²⁵⁵¹. Rien est effectivement dit

²⁵⁵⁰ À titre d'exemple, les personnels pénitentiaires d'insertion et de probation « procèdent à l'évaluation régulière de la situation matérielle, familiale et sociale des personnes condamnées et définissent, au vu de ces évaluations, le contenu et les modalités de leur prise en charge » : art. 13, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire. Dans le cadre d'une mesure en milieu ouvert, le service pénitentiaire d'insertion et de probation « adresse au magistrat mandant un rapport d'évaluation dans les trois mois suivant la date à laquelle le service est saisi de la mesure. Il lui transmet un rapport de fin de mesure un mois avant l'échéance de la mesure ainsi qu'un rapport annuel lorsque la durée de la mesure excède deux ans » : al 4, art. D. 575 du CPP. Plus précisément, lorsque « le tribunal a fait application de l'article 132-41-1 du code pénal et a prononcé un sursis probatoire avec un suivi renforcé, le service pénitentiaire d'insertion et de probation évalue, de façon pluridisciplinaire, la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée. À l'issue de cette évaluation, le service adresse au juge de l'application des peines un rapport comportant des propositions relatives au contenu et aux modalités de mise en œuvre des mesures de contrôle et d'assistance, des obligations et des interdictions mentionnées à l'article 132-45 du même code. »

²⁵⁵¹ À titre d'exemple, l'article 717-1A du Code de procédure pénale dispose que dans « l'année qui suit sa condamnation définitive, la personne condamnée à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'une des infractions visées à l'article 706-53-13 est placée, pour une durée d'au moins six semaines, dans un service spécialisé permettant de déterminer les modalités de la prise en charge sociale et sanitaire au cours de l'exécution de sa peine ». Sur les structures de l'orientation v. : *supra* n° 316.

du « processus de l'évaluation²⁵⁵² » en lui-même, des savoirs de référence et des techniques mobilisées, qui relèvent tout au plus de notes de service ou de doctrine d'emploi de l'administration pénitentiaire²⁵⁵³. L'évaluation des personnes condamnées apparaît à ce titre moins un acte de la procédure pénale *post-sententiam* qu'une pratique indispensable à la détermination des « modalités de prise en charge individualisées²⁵⁵⁴ ». L'évaluation consiste en effet avant tout en un procédé a-juridique de production de connaissance sur le sujet, au sens où elle n'est pas un acte juridique, contrairement à la décision d'affectation²⁵⁵⁵, et qu'elle n'a pas pour finalité de permettre la caractérisation d'une qualification juridique, *a contrario* des actes d'investigations judiciaires²⁵⁵⁶. C'est sans doute la raison pour laquelle l'évaluation est peu étudiée par les juristes²⁵⁵⁷, à l'exception de la forme spécifique de l'expertise, qui constitue un acte de procédure à part entière dans le procès²⁵⁵⁸. Demeurant méconnu, ce procédé d'examen des personnes condamnées a pour objet de justifier du passage de la rationalité pénale à la rationalité pénitentiaire, présidant à la détermination des conditions

²⁵⁵² Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre, Paris, 2013, p. 34.

²⁵⁵³ Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.* ; Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, *op. cit.* ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.* Relevons par ailleurs que l'évaluation des personnes dites radicalisées, dans les quartiers de prise en charge de la radicalisation dédiés à l'évaluation, fait également l'objet d'une doctrine d'emploi non publiée : Entretien avec Monsieur Naouef Gaied, Adjoint à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Directeur de la protection judiciaire de la jeunesse, et Monsieur Romain Sèze, Chargé de recherche à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Sociologue, réalisé à la DAP le 9 juillet 2020.

²⁵⁵⁴ Art. D. 94 du CPP. En ce sens v. : art. 13, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire ; art. 717-1 A du CPP ; art. 741-2 du CPP.

²⁵⁵⁵ Sur la décision d'affectation en établissement pénitentiaire v. : *supra* n° 320.

²⁵⁵⁶ Sur les techniques d'enquête judiciaires dans le champ pénitentiaire v. : *supra* n° 460 et s.

²⁵⁵⁷ Sur l'évolution des méthodes d'évaluation v. : MATIGNON Émilie, *Les outils d'évaluation et les méthodes de prise en charge des personnes placées sous main de justice. Rapport de synthèse*, Agen, CIRAP, « Dossiers thématiques », 2015, 174 p. ; GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *Champ pénal*, vol. XI, « Parentalités enfermées / Objets et enfermement / Probation française », 2014, 34 p. ; DUBOURG Émilie, « Les instruments d'évaluation des risques de récidive, du jugement professionnel non structuré aux outils actuariels », in *La prévention des récidives : évaluations, suivis, partenariats*, Paris, Ministère de la justice, n° 84, « Collection Travaux & Documents », 2014, p. 53-85 ; DUBOURG Émilie, *Les services pénitentiaires d'insertion et de probation à l'aune de la prévention de la récidive. Fondements juridiques, évolution, évaluation et avenir*, Thèse, Droit privé, Université de Nantes, 2015, §727 et s. ; RAOULT Sacha, « L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et la production du "chiffre" », *RSC*, n° 3, 2014, p. 655-668 ; RAOULT Sacha, « Récidive : trois ans après la conférence, pourquoi il n'y a toujours pas de consensus », *AJ Pénal*, n° 1, 2016, p. 25-28 ; RAOULT Sacha, « Efficacité des politiques pénales : usages et mésusages de la recherche internationale », *RPDP*, n° 3, 2018, p. 729-742.

²⁵⁵⁸ Sur l'expertise en procédure pénale *post-sententiam* v. notamment : PELTIER Virginie, « Expertise et dangerosité : le nouveau statut juridique de l'expertise en matière de lutte contre la récidive », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 563-583 ; LETURMY Laurence, « De l'enquête de police à la phase exécutoire du procès : quelques remarques générales sur l'expertise pénale », *AJ Pénal*, n° 2, 2006, p. 58-65 ; SOL Jean, ROUX Jean-Yves, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'expertise psychiatrique et psychologique en matière pénale : mieux organiser pour mieux juger*, n° 432, Paris, Sénat, 2021, 89 p.

d'exécution de la peine. Il est alors nécessaire d'analyser la pratique de l'évaluation pour comprendre l'élaboration de l'acte de punir, que le législateur abandonne à des procédés et des savoirs a-juridiques. Notre ambition est donc d'aller au-delà du régime de l'évaluation, pour connaître de ce procédé d'examen et comprendre son rôle dans le dispositif d'exécution.

479 Un procédé d'examen individualisant. L'évaluation consiste en une analyse du sujet sur le fondement de savoirs et par des techniques provenant des sciences humaines (psychologie, psychopathologique, criminologie, *etc.*). Ce procédé d'examen est un ensemble de « techniques d'individualisation²⁵⁵⁹ », réduisant le sujet à un objet de savoir ; il « établit sur les individus une visibilité à travers laquelle on les différencie et on les sanctionne²⁵⁶⁰ ». À la singularité du sujet est substituée une individualité impersonnelle, permettant de comparer les personnes condamnées et de les classer, pour les répartir dans différents régimes d'exécution. Par l'évaluation, il s'agit toujours de « légitimer, dans la forme de la connaissance scientifique, l'extension du pouvoir de punir à autre chose que l'infraction²⁵⁶¹ ». C'est le sujet que l'on condamne, sur le fondement de la rationalité pénale, mais c'est l'individu que l'on punit, à la recherche de la prévention spéciale des infractions. D'ailleurs, MERLE et VITU soulignaient que la « peine ne peut remplir son but perfectionnel que dans la mesure où ses modalités sont adaptées aux causes concrètes de la délinquance individuelle²⁵⁶² ».

« [T]out se ramène par conséquent à des classifications de criminels et à des procédés d'individualisation²⁵⁶³ ». Il s'agit d'évaluer la personne, d'une manière dite « scientifique²⁵⁶⁴ », pour l'appréhender à partir de caractéristiques qui lui permettent de

²⁵⁵⁹ FOUCAULT Michel, « Le sujet et le pouvoir », *op. cit.*, p. 1048.

²⁵⁶⁰ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187.

²⁵⁶¹ FOUCAULT Michel, *Les anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975)*, *op. cit.*, p. 18. La recherche d'un sens de la peine, entendue comme l'effectivité de la sanction dans la poursuite d'une réformation du sujet, ne peut être entreprise par des pratiques punitives entièrement fondées et indexées sur la responsabilité juridique. « On a besoin pour punir de savoir quelle est la nature du coupable, son endurcissement, le degré de la méchanceté, quels sont ses intérêts et ses penchants. Mais si on n'a rien de plus que le crime d'un côté, et l'auteur de l'autre, la responsabilité juridique sèche et nue autorise formellement la punition, elle ne permet pas de lui donner un sens. » : FOUCAULT Michel, « L'évolution de la notion d'« individu dangereux » dans la psychiatrie légale », *op. cit.*, p. 412. « L'expertise psychiatrique, mais d'une façon plus générale l'anthropologie criminelle et le ressassant discours de la criminologie trouvent là une de leurs fonctions précises : en inscrivant solennellement les infractions dans le champ des objets susceptibles d'une connaissance scientifique, donner aux mécanismes de la punition légale une prise justifiable non plus simplement sur les infractions, mais sur les individus ; non plus sur ce qu'ils ont fait, mais sur ce qu'ils sont, seront, peuvent être » : FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 26.

²⁵⁶² MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, *op. cit.*, §70.

²⁵⁶³ CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, *op. cit.*, p. 177.

²⁵⁶⁴ TULKENS Françoise, « Conclusions. L'individualisation de la peine cent ans après Saleilles », *op. cit.*, p. 276.

procéder à son « classement²⁵⁶⁵ » dans une catégorie de population pénale, telles les personnes radicalisées²⁵⁶⁶. L'évaluation n'est qu'une pratique de qualification a-juridique, fonctionnant à partir de techniques et de savoirs hétérogènes au droit, afin de produire des « effets de vérité²⁵⁶⁷ » sur l'autre. Il s'agit en d'autres termes de faire en sorte que la requalification du sujet en individu à prendre en charge soit considérée comme vraie, comme objective, afin qu'elle puisse légitimer des pratiques punitives recherchant sa réformation. Cette pratique de production de connaissance constitue, d'une part, un procédé de « classification²⁵⁶⁸ », en ce qu'elle procède à l'« objectivation²⁵⁶⁹ » du sujet, pour autoriser l'individualisation de son régime d'exécution. D'autre part, l'évaluation est un procédé de « véridiction²⁵⁷⁰ », en ce qu'elle procède à l'objectivation du résultat de l'examen des personnes condamnées, pour légitimer la poursuite de l'acte de juger sur le fondement de la rationalité pénitentiaire. Il n'est dès lors pas étonnant d'observer une corrélation entre l'intensification de l'individualisation de l'exécution de la peine et l'accroissement de la place de l'évaluation durant l'acte de punir. Pour autant, nos développements ne sont pas consacrés au constat de la multiplication des évaluations qui, en elle-même, ne contribue pas à l'intensification de l'assujettissement. Si l'évaluation contribue à la transformation des pratiques punitives, c'est en raison de sa rationalisation, qui lui permet d'appréhender autrement le sujet, pour renouveler l'objet et les modalités de la prise en charge pénitentiaire.

²⁵⁶⁵ PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *op. cit.*, p. 142 ; FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187 ; FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, *op. cit.*, §991.

²⁵⁶⁶ Les catégories de population pénale sont les objets de savoir faisant entrer cette somme indifférenciée d'individus dans le champ de la pénologie, afin que puisse être élaborées des modalités d'exécution individualisées. « Opération technique de description et de désignation d'individus », la catégorisation permet de connaître la population pénale au travers du prisme du paradigme pénitentiaire : GALEMBERT DE Claire, « Le « radical », une nouvelle figure de dangerosité carcérale aux contours flous », *op. cit.*, p. 54. Cette pratique consiste à déterminer des groupes plus ou moins homogènes d'individus, au travers de leurs caractéristiques, pour créer des types correspondant à une problématique pénologique, telle la radicalisation. À ce titre, la catégorisation est l'une des marques du passage de la rationalité pénale à la rationalité pénitentiaire et l'une de ses conditions de possibilité.

²⁵⁶⁷ FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

²⁵⁶⁸ « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.*, p. 4 ; SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, *op. cit.*, p. 241 ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, *op. cit.*, p. 177 ; BLONDIEAU Francis, « Les régimes de détention », *op. cit.*, p. 194 ; HANNAH-MOFFAT Kelly, SHAW Margaret, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *op. cit.*, p. 53.

²⁵⁶⁹ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187 ; 189 ; 193.

²⁵⁷⁰ FOUCAULT Michel, *Subjectivité et vérité. Cours au Collège de France. 1980-1981*, *op. cit.*, p. 15-16 ; 224 ; 240-242.

480 Une production de connaissance rationalisée. Dans le cadre de la reconfiguration du dispositif d'exécution, la production de connaissance sur le sujet connaît effectivement d'une évolution de sa pratique, caractérisée par l'intégration des savoirs néo-positivistes et des doctrines pénologiques contemporaines. L'élaboration d'une telle évaluation, dite « raisonnée²⁵⁷¹ », correspond avant tout à l'importation des pratiques anglo-saxonnes, et particulièrement des modèles pénologiques canadiens, fonctionnant à partir d'une mesure du risque et de la recherche de responsabilisation du sujet²⁵⁷². Le Conseil de l'Europe a d'ailleurs recommandé ce renouvellement de l'appréhension du sujet, en prescrivant explicitement le modèle Risque-Besoin-Réceptivité²⁵⁷³. Plus généralement, il recommande que les services pénitentiaires puissent « recourir à diverses méthodes, fondées sur une approche pluridisciplinaire et des connaissances solides issues de la recherche scientifique dans ce domaine²⁵⁷⁴ ». La conférence de consensus a postérieurement consacré en France ce virage en 2013, par l'expression de son souhait de la « mise en place d'un système efficient d'évaluation », par « des instruments et des méthodes qui soient fiables et rigoureux²⁵⁷⁵ ». « Le jury considère que l'évaluation des personnes, pour être efficace, devrait s'appuyer sur de nouvelles méthodes de travail qui supposeront un changement dans les pratiques professionnelles²⁵⁷⁶ ». Dans cette perspective, l'administration pénitentiaire a notamment développé un référentiel des pratiques opérationnelles des services pénitentiaires d'insertion et de probation, exprimant et illustrant son adhésion aux nouveaux savoirs et instruments issus

²⁵⁷¹ *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre*, Paris, 2013, p. 35.

²⁵⁷² HANNAH-MOFFAT Kelly, SHAW Margaret, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *op. cit.*, p. 53 ; HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *op. cit.* ; CHANTRAINE Gilles, VACHERET Marion, « Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens », *op. cit.*, p. 1 ; QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *op. cit.* ; QUIRION Bastien, « Le détenu autonome et responsable : la nouvelle cible de l'intervention correctionnelle au Canada », *Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 7-8, 2009, p. 818-835 ; QUIRION Bastien, « Réformer, réadapter ou responsabiliser le détenu. Analyse des enjeux normatifs rattachés à l'intervention correctionnelle au Canada », *op. cit.*

²⁵⁷³ Recommandation Rec(2003)23 du Comité des Ministres aux États membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée, §10 ; 12 ; Règle 66, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation. Pour une description du modèle Risque-Besoin-Réceptivité v. : *supra* n° 264.

²⁵⁷⁴ Règle 77, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation. V. également : Annexe 2, in Recommandation Rec(2000) 22 du Comité des ministres aux États membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et les mesures applicables dans la Communauté, §22 et s. ; Règle 51, Recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres des États membres relative aux délinquants dangereux.

²⁵⁷⁵ *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre*, *op. cit.*, p. 34.

²⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 35.

« de la recherche internationale²⁵⁷⁷ ». Loin d'être la marque d'une transformation des pratiques punitives vers une plus grande prise en compte de l'altérité du sujet, cette « rationalisation de l'évaluation²⁵⁷⁸ » perfectionne l'objectivation du sujet et des connaissances produites sur ce dernier pour renouveler les caractéristiques prises en compte et justifier de nouvelles pratiques punitives.

481 Le renouvellement de l'appréhension du sujet dans le champ pénitentiaire. Notre hypothèse est que ce mouvement de rationalisation de l'examen des personnes condamnées renouvelle l'appréhension du sujet dans le champ pénitentiaire, mais qu'il ne transforme en rien l'objectif et l'intérêt de l'évaluation dans le dispositif d'exécution. Destinée à connaître de la personne en tant que « sujet à risque²⁵⁷⁹ », qu'il est possible et nécessaire de responsabiliser, cette production de connaissance rationalisée est toujours à la fois un « processus d'objectivation²⁵⁸⁰ » du sujet et de légitimation de la requalification de la personne condamnée en individu-objet de la prise en charge. En d'autres termes, l'évaluation s'analyse toujours aujourd'hui comme un procédé de classification et de « véridiction²⁵⁸¹ ».

Dans un premier temps, nous observerons que l'examen des personnes condamnées consiste en un procédé de classification (Section 1), qui persiste et se complexifie, pour qualifier le sujet de l'acte de punir dans le champ du savoir pénitentiaire, au regard de nouvelles caractéristiques appréhendées en tant que facteurs de risque. La rationalisation de l'évaluation ne correspond pas à un changement de paradigme dans l'examen du sujet, mais simplement à la conjugaison de cette pratique avec la nouvelle rationalité punitive, s'appuyant sur de nouveaux savoirs et instruments. Si l'évaluation a fortement évolué, elle n'en demeure ainsi pas moins une procédure de qualification a-juridique des personnes.

Dans un second temps, nous constaterons que l'évaluation s'affirme plus que jamais comme un procédé de « véridiction²⁵⁸² » (Section 2), qui se perpétue et s'instrumente, pour légitimer l'appréhension du sujet eu égard au paradigme de la responsabilité sociale, justifiant

²⁵⁷⁷ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 11.

²⁵⁷⁸ DUBOURG Émilie, *Les services pénitentiaires d'insertion et de probation à l'aune de la prévention de la récidive. Fondements juridiques, évolution, évaluation et avenir*, op. cit., p. 509.

²⁵⁷⁹ HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », op. cit.

²⁵⁸⁰ QUIRION Bastien, « Les transformations de l'intervention thérapeutique en milieu correctionnel : pérennité de la logique dominante ou innovations pénales ? », *Champ pénal*, « Séminaire innovations pénales », 2007, p. 3.

²⁵⁸¹ FOUCAULT Michel, *Subjectivité et vérité. Cours au Collège de France. 1980-1981*, op. cit., p. 15-16 ; 224 ; 240-242.

²⁵⁸² *Ibid.*

de nouvelles pratiques normalisantes et subjectivantes²⁵⁸³. La pratique contemporaine de l'évaluation organise effectivement un « régime de vérité²⁵⁸⁴ » distinct de la procédure pénale, destiné à légitimer la poursuite de l'acte de juger sur le fondement de la rationalité pénitentiaire. Le dispositif d'exécution ne recherche pas la vérité sur le sujet, mais la production d'effets de vérité à même de justifier de la différenciation de l'acte de punir.

²⁵⁸³ Sur l'acte de punir en tant que pratique normalisante et subjectivante v. : *supra* n° 39-40.

²⁵⁸⁴ RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, *op. cit.*, p. 56 ; SLINGENEYER Thibaut, « Le triptyque foucaldien “souveraineté-discipline-sécurité” comme outil d'analyse de la peine privative de liberté et de la libération (conditionnelle) », *RIEJ*, n° 1, vol. 80, 2018, p. 91.

SECTION 1. UN PROCÉDÉ DE CLASSIFICATION

482 La persistance d'un procédé d'objectivation du sujet. L'opération de « classement²⁵⁸⁵ » vise l'affectation d'une personne à une catégorie de population pénale, c'est-à-dire à un ensemble d'individus réunis par des caractéristiques communes, et corrélativement à un régime d'exécution adapté à celles-ci. FOUCAULT relevait à cet égard que l'institution pénitentiaire reposait sur un mécanisme d'« objectivation²⁵⁸⁶ » des personnes condamnées, permettant de requalifier le sujet de droit en l'objet d'un traitement pénitentiaire. Après la réforme de 1945, il s'agissait d'une répartition des personnes condamnées dans les différents établissements en fonction essentiellement de leur degré de perversité et de l'avancement dans le régime progressif selon leur degré d'amendement²⁵⁸⁷. Si l'élaboration de l'acte de punir repose toujours sur la rationalité pénitentiaire, les critères de la répartition de la population pénale sont désormais énoncés par le droit de l'exécution des peines et sont plus diversifiés (personnalité, situation, dangerosité, risque de commission d'une nouvelle infraction, santé, capacité à respecter les règles de vie en collectivité, *etc.*²⁵⁸⁸). De surcroît, la rationalité pénitentiaire – recherchant l'efficacité de l'acte de punir par l'individualisation des pratiques punitives – est d'une portée beaucoup plus importante sur les conditions d'exécution de la peine, puisque les modalités d'exécution ne cessent de se diversifier pour entreprendre une adaptation toujours plus fine des régimes d'exécution aux personnes condamnées²⁵⁸⁹. Dans ce contexte d'accroissement de la portée de la rationalité pénitentiaire sur les conditions d'exécution, et de la « redéfinition subtile des finalités de la peine [...] vers l'objectif collectif de protection de la société, de lutte contre la récidive et *in fine* de gestion du risque de récidive²⁵⁹⁰ », l'examen des personnes condamnées se rationalise.

Cette évaluation « raisonnée²⁵⁹¹ » vise un procédé de production de connaissance sur le sujet de l'acte de punir présentée comme relevant d'une méthode rationnelle, libérée de la

²⁵⁸⁵ PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *op. cit.*, p. 142 ; FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187 ; FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, *op. cit.*, §991.

²⁵⁸⁶ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187 ; 189 ; 193.

²⁵⁸⁷ PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *op. cit.*, p. 142 ; AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », *op. cit.*, p. 6-7. Sur l'organisation du régime progressif v. : *supra* n° 291-293.

²⁵⁸⁸ Al. 2, II, art. 707 ; 717-1 du CPP ; art. 22 ; 27, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire ; art. D. 92 du CPP.

²⁵⁸⁹ Sur la diversification des modalités d'exécution v. : *supra* n° 17-19.

²⁵⁹⁰ DUBOURG Émilie, « Les instruments d'évaluation des risques de récidive, du jugement professionnel non structuré aux outils actuariels », *op. cit.*, p. 54.

²⁵⁹¹ *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre*, *op. cit.*, p. 35.

subjectivité de l'observateur, tout en permettant une connaissance plus fine de la personne²⁵⁹². Avec cette nouvelle pratique, fondée sur des savoirs et des méthodes s'appuyant sur « les données probantes issues de la recherche internationale²⁵⁹³ », nous en aurions fini avec l'objectivation de la population pénale héritée du positivisme²⁵⁹⁴, insusceptible d'assurer un acte de punir propre à chaque délinquant, pourtant le plus approprié pour prévenir la récidive. Nos développements auront en conséquence pour objectif de vérifier cette prétention. Notre hypothèse est que le procédé de « classification²⁵⁹⁵ » se transforme dans le cadre de la reconfiguration du dispositif d'exécution, mais que nous sommes toujours en présence d'une procédure de qualification des personnes procédant à leur objectivation, eu égard au paradigme de la dangerosité, mais également désormais à celui du risque. Par ses formes renouvelées, l'évaluation se distingue semble-t-il des savoirs-faire antérieurs, en ce qu'elle entreprend, plus que jamais, l'analyse du sujet de l'acte de punir (§1) dans toute sa singularité. Cependant, l'ambition d'une connaissance approfondie de la personne n'a pour finalité que la qualification du sujet de l'acte de punir (§2), dans un paradigme pénologique renouvelé.

§1. L'ANALYSE DU SUJET DE L'ACTE DE PUNIR

483 L'objet de l'évaluation : une interface pour une connaissance positive du sujet.

Aux termes de l'article 707 du code de procédure pénale, le régime d'exécution « 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 [...] de la personne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières ». Cet objet de l'analyse du sujet de l'acte de punir, commun aux modes d'individualisation judiciaire et administratif, assure un lien étroit entre le sujet et sa peine, indexée sur une connaissance positive de la personne condamnée²⁵⁹⁶. La personnalité (A) et la situation (B) du

²⁵⁹² HERZOG-EVANS Martine, BONTA James, KEULEN DE VOS Marije, VANDERSTUKKEN Olivier et BENBOURICHE Massil, « Structurer le jugement professionnel : les véritables enjeux », *AJ Pénal*, n° 1, 2018, p. 12. Sur le mouvement de contestation de la méthode classique d'évaluation des services pénitentiaires d'insertion et de probation v. : DUBOURG Émilie, *Les services pénitentiaires d'insertion et de probation à l'aune de la prévention de la récidive. Fondements juridiques, évolution, évaluation et avenir*, op. cit., §706-726.

²⁵⁹³ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 11.

²⁵⁹⁴ CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, op. cit., p. 177.

²⁵⁹⁵ « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, op. cit., p. 4 ; SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, op. cit., p. 241 ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, op. cit., p. 177 ; BLONDIEAU Francis, « Les régimes de détention », op. cit., p. 194 ; HANNAH-MOFFAT Kelly, SHAW Margaret, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », op. cit., p. 53.

²⁵⁹⁶ Sur les modes d'individualisation judiciaire et administrative v. respectivement : *supra* n° 59 et s. ; *supra* n° 210 et s.

sujet sont en effet des notions a-juridiques constituant une interface pour intégrer au fonctionnement du dispositif d'exécution des savoirs néo-positivistes, au service de l'objectivation des personnes condamnées.

A. La personnalité du sujet

484 La notion de personnalité : les attributs du sujet. Par l'étude de ce premier sous-objet de l'évaluation, notre ambition est de connaître de la notion de personnalité, appréhendant, sous la forme de la « connaissance scientifique²⁵⁹⁷ », les attributs du sujet de l'acte de punir²⁵⁹⁸. Notre intérêt pour celle-ci n'est au demeurant pas motivé par le fait qu'elle serait spécifique au champ pénitentiaire. S'il est nécessaire d'appréhender précisément la substance de cette notion, c'est en raison de sa place prédominante dans l'individualisation de la peine. Or, il n'existe pour celle-ci nulle définition en droit de l'exécution des peines²⁵⁹⁹, pas plus qu'une conception propre au savoir pénologique, ni même une compréhension unique de celle-ci²⁶⁰⁰. Par conséquent, il est nécessaire pour appréhender l'objet de l'évaluation de nous référer aux principaux savoirs contribuant à cette notion. D'un côté, le savoir psychologique objective sous la forme de la connaissance scientifique l'altérité du sujet pour permettre son appréhension et sa comparaison. De l'autre, le savoir psychopathologique classe les types de personnalités au regard du paradigme des troubles mentaux. L'une et l'autre de ces sciences contribuent à la notion de personnalité, sur le fondement de laquelle est jugée la subjectivité de la personne, au regard de son écart à la norme. Il convient dès lors d'analyser successivement l'apport général de la psychologie (A), puis celui spécifique de la psychopathologie (B) à la notion de personnalité.

²⁵⁹⁷ ROTMAN Edgardo, « Le sens de l'individualisation judiciaire », *op. cit.*, p. 437.

²⁵⁹⁸ Pour une approche profane de la notion de personnalité v. : *supra* n° 309.

²⁵⁹⁹ Il n'existe pas de texte explicitant ce que les acteurs de l'exécution des peines doivent entendre par personnalité, sans que les règlements, circulaires et notes de services relatives à l'évaluation ne soient d'un quelconque salut. Tout au plus, au détour de quelques dispositions codifiées, le législateur précise ce qu'il entend connaître au travers de l'évaluation de celle-ci : la dangerosité, le risque de récidive, l'accessibilité à un traitement ou encore la susceptibilité de suivre une prise en charge. En ce sens, les termes de la mission judiciaire ordonnée à l'expert dans la procédure pénale *post sententiam* étaye également ce que l'on peut évaluer en analysant la personnalité. Quant à la jurisprudence, elle n'est sur ce point d'aucun secours, puisqu'elle « interprète largement le terme de « personnalité » et désigne tout ce qui est à même de caractériser la personne condamnée dans sa singularité » ; bien que son étude permettent l'illustration de l'usage qui est fait de cette notion, au travers des motifs, pour rationaliser les usages des modalités d'exécution : BONFIS Philippe, GIACOPELLI Muriel, *Droit pénal général*, 2^e éd., Paris, Éditions Cujas, « Synthèse », 2019, p. 389-390. « C'est ainsi qu'entrent dans la définition, l'histoire personnelle de l'individu, l'état d'esprit dans lequel il se trouvait au moment de la commission de l'infraction, l'existence de troubles psychologiques », *etc.* : *ibid.*, p. 390.

²⁶⁰⁰ MOTTE Jean, « Connaissance du dossier et compréhension du sujet en expertise psychologue : de l'utilité d'un savoir au risque d'un interdit », *AJ Pénal*, n° 11, 2014, p. 509-512.

1. L'apport général de la psychologie

485 La notion de personnalité en psychologie. « Corollaire de la personne en sciences humaines²⁶⁰¹ », la personnalité « c'est ce que chacun de nous a de propre et de caractéristique²⁶⁰² ». Théorisée par la psychologie, elle désigne « l'identité psychologique, c'est-à-dire la somme des caractéristiques généralisables de l'individu à l'ensemble des sujets de son espèce²⁶⁰³ ». Néanmoins, il convient de distinguer cette première acception du terme, en tant qu'objet de la « science de l'âme²⁶⁰⁴ », avec sa signification plus philosophique renvoyant à l'identité personnelle²⁶⁰⁵. Dans ce dernier cas, il s'agit de viser la singularité du sujet, accessible uniquement par l'inter-subjectivité, et non de mesurer ses différences et ressemblances à d'autres individus par une méthode scientifique. *In fine*, « nous avons d'une part la notion de personnalité (ou de personne) prise comme entité humaine ayant un caractère unique et irremplaçable [...], et d'autre part la notion de personnalité considérée comme ensemble de caractéristiques à partir desquelles un individu peut être identifié et son comportement ultérieur faire l'objet d'une prédiction en fonction même de ces caractéristiques²⁶⁰⁶ ». Dans cette dernière acception, la personnalité est ce qui caractérise l'individu dans ses modes de penser, de ressentir et d'agir, et non la désignation du produit des procédés de subjectivation du sujet sous la forme d'une identité. Raison pour laquelle il est impératif de maintenir une distinction sémantique entre individualisation et personnalisation²⁶⁰⁷. Prenant racine dans l'ambition de développer une « connaissance scientifique de la personnalité du délinquant²⁶⁰⁸ », la personnalité, en tant qu'objet de l'évaluation, doit être considérée telle qu'elle est conceptualisée en « psychologie scientifique²⁶⁰⁹ », à partir des traits de personnalité permettant de produire des typologies.

²⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 509.

²⁶⁰² DURKHEIM Émile, *De la division du travail social*, 8^e éd., Paris, PUF, « Quadrige », 2013 (1893), p. 99.

²⁶⁰³ BONNET Agnès, BRÉJARD Vincent, *Les troubles de la personnalité*, Paris, Armand Colin, « 128. Tout le savoir », 2015, p. 7.

²⁶⁰⁴ DEMONT Elisabeth, *La psychologie*, Auxerre, Sciences Humaines Éditions, « La Petite Bibliothèque de Sciences Humaines », 2009, p. 6.

²⁶⁰⁵ Sur l'origine philosophique de la notion de personnalité en tant qu'identité v. : CHEBILI Saïd, « La personnalité : un abord philosophique », *L'information psychiatrique*, n° 3, vol. 84, 2008, p. 213-218.

²⁶⁰⁶ DEBUYST Christian, « Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité (criminelle) », *Dév. & Soc.*, n° 4, vol. 1, 1977, p. 364.

²⁶⁰⁷ Sur cette distinction v. : *supra* n° 36.

²⁶⁰⁸ ROTMAN Edgardo, « Le sens de l'individualisation judiciaire », *op. cit.*, p. 437.

²⁶⁰⁹ DEBUYST Christian, « Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité (criminelle) », *op. cit.*, p. 365.

486 Des traits de personnalité. La personnalité est considérée comme « l'ensemble des caractéristiques stables, durables d'un individu à travers le temps et les situations, un mode de fonctionnement typique pouvant par ailleurs expliquer certains comportements des individus²⁶¹⁰ ». Ces « caractéristiques psychologiques²⁶¹¹ » correspondent aux traits²⁶¹², mobilisés pour comprendre et expliciter le comportement humain, premier objectif de la psychologie²⁶¹³. Plus spécifiquement, les traits de personnalité dénomment des « tendances durables à penser, à ressentir et à se comporter de manière consistante, [qui] interagissent avec l'environnement et dans ces interactions se forment – par apprentissage – des adaptations caractéristiques (*self-concept*, schémas de soi, habitudes, attitudes, valeurs, préférences, habilités sociales et autres, *etc.*) qui guident directement la conduite²⁶¹⁴ ». Les traits de personnalité sont donc les unités descriptives de la personnalité, poursuivant l'ambition de rendre le réel intelligible, en analysant les données psychologiques à partir desquelles il est possible de comprendre les conduites. En outre, et dans le cadre du second objectif de la psychologie, ces noyaux de modes de penser, de ressentir et d'agir permettent de mesurer les différences inter-individuelles et d'entreprendre, par ce biais, la prédiction de comportements futurs. La personnalité est, à ce titre, l'« organisation plus ou moins ferme de traits qui permet de prédire ce que va faire une personne dans une situation donnée²⁶¹⁵ ». C'est dans le cadre de cette fonction comparative et prédictive des « théories scientifiques sur la personnalité²⁶¹⁶ » qu'interviennent des typologies de personnalité.

487 Des typologies de personnalité. Marquées par leur éclectisme²⁶¹⁷, les théories de la personnalité s'emploient à produire des types, permettant de qualifier la personnalité d'un individu, d'en analyser la structure, de la comparer à d'autres et de prévoir le comportement d'une personne. Les théories de la personnalité les plus anciennes correspondent à des types

²⁶¹⁰ BONNET Agnès, BRÉJARD Vincent, *Les troubles de la personnalité*, *op. cit.*, p. 7.

²⁶¹¹ *Ibid.*, p. 15.

²⁶¹² DEMONT Élisabeth, *La psychologie*, *op. cit.*, p. 205.

²⁶¹³ Les auteurs en psychologie s'accordent sur le fait que l'explicitation du fonctionnement individuel est l'objectif premier de cette discipline académique, et que le second est la mesure des différences interindividuelles, ainsi que la prédiction des conduites des individus : BONNET Agnès, BRÉJARD Vincent, *Les troubles de la personnalité*, *op. cit.*, p. 7 ; DEMONT Élisabeth, *La psychologie*, *op. cit.*, p. 200-201 ; BENEDETTO Pierre, *Psychologie de la personnalité*, Bruxelles, De Boeck, « Ouvertures psychologiques », 2008, p. 27.

²⁶¹⁴ ROLLAND Jean-Pierre, *L'évaluation de la personnalité. Le modèle en cinq facteurs*, Sprimont (Belgique), Mardaga, « Pratiques psychologiques. Évaluation et diagnostic », 2004, p. 16.

²⁶¹⁵ DEBUYST Christian, « Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité (criminelle) », *op. cit.*, p. 365.

²⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 366.

²⁶¹⁷ « Il n'existe pas de théorie exhaustive de la personnalité. [...] Les définitions du concept de personnalité reflètent les controverses théoriques et méthodologiques qui divisent encore les psychologues et qui sont à l'origine de modélisations théoriques parfois radicalement différentes. » : DEMONT Élisabeth, *La psychologie*, *op. cit.*, p. 201.

catégoriels, dont les traits de personnalité sont les caractéristiques. Ces typologies deviennent toutefois de plus en plus marginales, car elles se trouvent supplantées par l'approche dimensionnelle de la personnalité. Les théories contemporaines substituent aux traditionnelles catégories des facteurs, permettant de mesurer la prévalence de différentes dimensions fondamentales de la personnalité. Ces domaines et leurs facettes ne sont finalement que des traits de personnalités appréhendés en tant que facteurs, susceptibles d'une appréciation graduée. Cependant, ils ne sont plus considérés comme des caractéristiques d'une catégorie, mais comme l'expression caractéristique de l'individu à mesurer, afin de renseigner sa personnalité²⁶¹⁸. En quelque sorte, il ne s'agit plus de classer les individus dans des catégories préexistantes et discontinues, au travers de l'identification de caractéristiques assignées à ces types, mais de distribuer les individus à partir des dimensions de leur personnalité, en fonction de facteurs structurants. Il s'agit à la fois d'un système plus complexe et plus souple, affinant sans aucun doute l'analyse de la personnalité. Toutefois, il ne faut pas se méprendre sur la portée d'un tel changement d'approche de la personnalité. En aucun cas il ne s'agit d'une révolution paradigmatique, entreprenant l'analyse de la singularité du sujet et ne laissant place à aucun processus d'objectivation. C'est toujours de la classification des personnes dont il est question dans ces théories, au travers de l'appréhension positive de leur individualité. Le passage d'une approche à une autre doit *a contrario* s'analyser comme une intensification de l'individualisation. Soulignons ainsi que l'apport de la psychologie à la notion de personnalité, dans son positivisme, n'est pas une méthode pour saisir l'altérité de l'autre, mais un instrument pour appréhender son individualité, à des fins comparatives et prédictives, à l'instar de l'apport spécifique de la psychopathologie (2).

2. L'apport spécifique de la psychopathologie

488 La notion de personnalité en psychopathologie. La psychopathologie désigne l'étude scientifique des troubles psychiques. C'est le champ du savoir, portant sur les aspects dysfonctionnels du comportement, à cheval entre les différentes disciplines analysant la psyché. Dans ce dernier, « [le terme de personnalité] s'associe à la notion de « personnalités

²⁶¹⁸ Le modèle dominant en psychologie, au point d'étendre sa sphère d'influence dans le champ psychopathologique, est le modèle dit en cinq facteurs. « Selon ce modèle, la personnalité peut être décrite au moyen de cinq grands facteurs, chacun pouvant être envisagé selon un continuum avec deux pôles : un pôle positif et un pôle opposé négatif. Ces cinq facteurs permettent de décrire les personnes en mettant en avant les dimensions qui paraissent les définir au mieux et simultanément les distinguer des autres. » : DEMONT Élisabeth, *La psychologie, op. cit.*, p. 211. Sur ce modèle v. : ROLLAND Jean-Pierre, *L'évaluation de la personnalité. Le modèle en cinq facteurs, op. cit.*

pathologiques²⁶¹⁹ » ou de « troubles de la personnalité²⁶²⁰ ». Il s'agit donc de la connaissance des personnalités dans leur dimension pathologique et de leur classification catégorielle. Dans ce champ du savoir, la notion de personnalité renvoie ainsi à des « entités nosographiques » produites et classées par une « caractérologie d'origine psychopathologique »²⁶²¹. Autrement dit, il s'agit d'une typologie des personnalités entrant dans le paradigme pathologique, qui « évolue au gré des influences que reçoivent les conceptions cliniques²⁶²² ». L'apport spécifique de la psychopathologie à la notion de personnalité s'inscrit ainsi parfaitement dans la conception positiviste de la psychologie scientifique²⁶²³. L'approfondissement de notre connaissance de la notion de personnalité passe donc en second lieu par celle de trouble de la personnalité, dont la plasticité et les incertitudes épistémologiques en rendent la valeur équivoque. Pourtant, alors même que cette dernière se définit avant tout au travers d'un rapport à la normalité sociale, ce mode de qualification d'une subjectivité est mobilisé par l'administration comme dans le code de procédure pénale²⁶²⁴. Parcourons alors ce qui relève d'une personnalité pathologique : une subjectivité rigide, classifiée par les nosographies psychiatriques, sous la forme de troubles de la personnalité.

489 Une subjectivité rigide. Les troubles de la personnalité visent « un mode durable des conduites et de l'expérience vécue qui dévie notablement de ce qui est attendu dans la culture de l'individu, qui est envahissant et rigide, qui apparaît à l'adolescence ou au début de l'âge adulte, qui est stable dans le temps et qui est source d'une souffrance ou d'une altération du fonctionnement²⁶²⁵ ». C'est en effet à partir du moment où une personnalité se rigidifie, c'est-à-dire où les traits de personnalité déterminent des conduites de manière fortement prévisible,

²⁶¹⁹ GUELFY Julien-Daniel, HARDY Patrick (dir.), *Les personnalités pathologiques*, op. cit.

²⁶²⁰ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, op. cit., p. 759.

²⁶²¹ KAPSAMBELIS Vassilis, « Chapitre 34. Introduction à la notion de personnalité pathologique », op. cit., p. 620.

²⁶²² *Ibid.*

²⁶²³ Il ne sera pas question ici des troubles mentaux, en dehors des troubles de la personnalité, en ce qu'ils n'affectent pas directement la personnalité, bien que les troubles relevant de la psychose, par l'enfouissement du sujet, puissent empêcher celle-ci de s'exprimer. À l'exception des personnalités pathologiques, les troubles mentaux n'entrent donc pas dans le champ de l'évaluation prescrite par les principes directeurs de l'exécution des peines. À ce titre, dans l'expertise post-sentencielle, « on s'éloigne de la question du diagnostic de l'existence ou non de troubles mentaux en lien ou non avec les faits condamnés et de la responsabilité pénale. Les questions sont centrées sur l'évolution de la personne, son adaptabilité au milieu fermé – la prison – et au milieu ouvert, l'impact de la peine et des soins s'ils ont été nécessaires et entrepris » : CASANOVA Arianne, BARON-LAFORÊT Sophie, « L'expertise post-sentencielle », in *L'expertise pénale psychologique et psychiatrique en 32 notions*, LOPEZ Gérard, CÉDILE Geneviève (dir.), Paris, Dunod, 2014, p. 396. Les troubles mentaux peuvent toutefois être diagnostiqués et suivis durant l'exécution de la peine.

²⁶²⁴ Al. 1, art. 753-53-13 du CPP.

²⁶²⁵ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, op. cit., p. 759.

que l'on entre dans le champ pathologique²⁶²⁶. Intrinsèquement, la notion de personnalité en psychopathologie appréhende l'adaptation de l'individu à la société, soit la capacité du sujet à contrôler la chaîne reliant les prédispositions, définies par les traits de la personnalité, et les comportements²⁶²⁷. Les individus correspondant à ces troubles se trouvent alors dans une situation de souffrance ou de dysfonctionnement social, lorsque leur organisation de traits de personnalité est contrariée²⁶²⁸, et source d'une déviation se caractérisant par « l'expression perturbée d'un mode de vie²⁶²⁹ ». Il ne s'agit pas de symptômes d'une pathologie, mais d'un fonctionnement psychologique considéré pathologique, eu égard à l'environnement, en raison de ses conséquences morbides pour l'individu. En premier lieu, cette « manifestation pathologique d'un trait de personnalité²⁶³⁰ », qualifiée de facteurs de risque de passage à l'acte²⁶³¹, est diagnostiquée au travers de critères commun à tous les troubles : une modalité durable de l'expérience vécue et des conduites qui dévie notablement de ce qui est attendu dans la culture de l'individu et qui se manifeste dans plusieurs domaines (cognition, affectivité, fonctionnement interpersonnel ou contrôle des impulsions) ; une modalité rigide et envahissant une large gamme de situations personnelles et sociales ; une souffrance cliniquement significative (dépassant donc un seuil) ou une altération du fonctionnement social (par exemple professionnel) ; modalité stable et ayant débuté au plus tard au début de l'âge adulte ; et l'absence d'une meilleure explication des symptômes par un autre trouble mental ou par les effets physiologiques causés par une prise de substance²⁶³². Une fois ces premières conditions réunies, il convient ensuite de se référer aux critères spécifiques à chacun des troubles de la personnalité.

490 Des troubles de la personnalité. Les troubles de la personnalité sont classifiés selon une approche catégorielle, qui consiste à définir des types de personnalité pathologique, au travers de critères spécifiques renvoyant à leurs caractéristiques²⁶³³. Dans le cadre de cette

²⁶²⁶ ROLLAND Jean-Pierre, *L'évaluation de la personnalité. Le modèle en cinq facteurs*, *op. cit.*, p. 17.

²⁶²⁷ *Ibid.*

²⁶²⁸ KECSKEMÉTI Sophie, « Chapitre 35. Les troubles de la personnalité dans les classifications contemporaines », *op. cit.*, p. 625.

²⁶²⁹ BONNET Agnès, BRÉJARD Vincent, *Les troubles de la personnalité*, *op. cit.*, p. 27.

²⁶³⁰ *Ibid.*, p. 30.

²⁶³¹ Sur les facteurs de risque v. : *infra* n° 509.

²⁶³² AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, *op. cit.*, p. 759-763.

²⁶³³ Au sein du *manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, ces qualifications médicales sont au nombre de dix, réparties en trois groupes de personnalités, auxquels s'ajoute une catégorie résiduelle. Dans le groupe A sont rassemblées les personnes paranoïaques (mode général de méfiance soupçonneuse à l'égard des autres, dont les intentions sont interprétées comme malveillantes), schizoïdes (mode général de détachement des relations sociales et de destruction de la variété des expressions émotionnelles dans les rapports avec autrui) et

présentation, les troubles de la personnalité étaient par nature distincts les uns des autres et réunis à part des autres troubles mentaux. Néanmoins, le développement de l'approche dimensionnelle de la personnalité est à l'origine d'un mouvement de transformation de la typologie des troubles de la personnalité, susceptible de répercussions sur l'évaluation de la personnalité, au travers de l'extension de la disqualification de certaines configurations de traits de personnalité aux traits dimensionnels pris individuellement. L'incorporation d'une approche diagnostique dimensionnelle conduit à réduire la valeur de l'indépendance des catégories²⁶³⁴ et, par là, à renforcer indirectement le continuum entre « le normal et le pathologique²⁶³⁵ ». Dans ce système, les troubles de la personnalité ne sont plus des entités individuelles identifiées par des traits caractéristiques spécifiques, mais des « variations extrêmes de traits de personnalité sur un continuum par rapport à une personnalité normale²⁶³⁶ ». Après avoir relevé un déficit du fonctionnement, il s'agit donc essentiellement de coter ces dimensions fondamentales pour évaluer la personnalité et mesurer son adéquation avec la description des différents troubles²⁶³⁷.

À l'instar de son impact en psychologie, l'approche dimensionnelle autorise en psychopathologie une appréhension plus précise de la personnalité. Les typologies pourtant ne disparaissent point ; au contraire, elles s'affinent et se complexifient, de sorte à accroître le degré d'individualisation. Dans le champ psychopathologique, la principale conséquence nous intéressant, quant à la prise en compte de la personnalité dans la différenciation de l'acte de punir, est le processus de dissolution de la frontière de la disqualification pathologique des personnalités qui en résulte. L'analyse diagnostique graduée limite effectivement la portée de la qualification de trouble et étend celle de la disqualification aux traits dimensionnels eux-mêmes, en ce qu'ils deviennent significatifs indépendamment des autres. Ce n'est plus

schizotypiques (mode général de déficit social et interpersonnel marqué par une gêne aiguë et par des compétences réduites dans les relations proches, par des distorsions cognitives et perceptuelles et par des conduites excentriques) ; dans le suivant sont regroupées les personnalités antisociales (mode général de mépris et de transgression des droits d'autrui), borderlines (mode général d'instabilité des relations interpersonnelles, de l'image de soi et des affects avec impulsivité marquée), histrioniques (mode général de comportement fait de réponses émotionnelles et de quête d'attention excessives et envahissantes) et narcissiques (mode général de grandiosité, de besoin d'être admiré et de manque d'empathie) ; enfin, sont incluses dans le groupe C les personnalités évitantes (mode général d'inhibition sociale, de sentiment de ne pas être à la hauteur et d'hypersensibilité au jugement négatif d'autrui), dépendantes (besoin envahissant et excessif d'être pris en charge qui conduit à un comportement soumis et « collant » et à une peur de la séparation) et obsessionnelles-compulsives (préoccupation par l'ordre, la perfection, le contrôle mental et interpersonnel, aux dépens de la souplesse, de l'ouverture et de l'efficacité) : *ibid.*, p. 764-805.

²⁶³⁴ *Ibid.*, p. 760 ; PULL Charles, « Approches critériologiques des troubles de la personnalité », in *Les personnalités pathologiques*, GUELF Jean-Daniel, HARDY Patrick (dir.), *op. cit.*, p. 63.

²⁶³⁵ CANGUILHEM Georges, *Le normal et le pathologique*, *op. cit.*

²⁶³⁶ GUELF Julien-Daniel, « Axe I, axe II ou Troubles mentaux et Troubles de la personnalité », *L'évolution psychiatrique*, n° 79, 2014, p. 58.

²⁶³⁷ *Ibid.*, p. 59.

seulement la combinaison des caractéristiques d'un trouble qui se trouve être pathologique, mais les traits de personnalité en eux-mêmes, expressément qualifiés comme tels. L'évolution de l'approche diagnostique fait ainsi également évoluer le savoir psychopathologique dans le sens d'une extension de la disqualification fondée sur l'inadaptation sociale vers des traits de personnalités en eux-mêmes – telle l'impulsivité, que l'on retrouve dans les facteurs de risque utilisés par l'administration pénitentiaire²⁶³⁸ – risquant ainsi d'intensifier l'extension du champ d'intervention de la psychiatrie et d'alimenter un renouveau des théories de la personnalité criminelle²⁶³⁹.

491 Un instrument de l'individualisation du sujet. Indéniablement, la personnalité apparaît comme une notion a-juridique dans son statut et positiviste dans sa substance. Impossible en effet de discuter juridiquement du contenu de cette notion, qui n'existe dans l'ordre juridique que sous la forme d'un critère, exprimant par l'interface qu'il constitue la nécessité d'une différenciation de l'acte de punir fondée sur des savoirs hétérogènes au droit. Il s'agit là d'une manifestation claire de l'intégration du paradigme pénitentiaire dans le droit de l'exécution de la peine, destinée à assurer sa prédominance dans l'élaboration de l'acte de punir et, ainsi, l'appréhension du sujet de droit comme un individu, ouvrant la porte à un nouveau positivisme criminologique, nourri des sciences de la psyché, avec l'onction de légitimité formelle du droit²⁶⁴⁰. À cet égard, et avec l'affirmation d'un continuum entre la personnalité normale et pathologique, les savoirs sur la déviance et le pathologique se mutualisent, laissant les troubles de la personnalité, mais également dorénavant ce que l'on nomme traits de personnalité pathologiques, concourir à l'appréhension des personnes condamnées, dans le cadre de leurs « évaluations régulières²⁶⁴¹ ». Le savoir psychologique comme psychopathologique contribue ainsi à l'individualisation du sujet, au-delà des méthodes et des conclusions des praticiens, du fait que la personnalité, théorisée et éclairée de ces connaissances, est l'un des principaux critères de la différenciation de l'acte de punir, avec la situation de la personne (B).

²⁶³⁸ Sur les facteurs de risque v. : *infra* n° 509. Nous retrouvons en particulier dans le référentiel des pratiques opérationnelles ces traits pathologiques, visés comme des éléments se rattachant à un « profil de personnalité dit « antisocial » », dans les facteurs de risques dynamiques (« tendance à l'impulsivité, agressivité, insensibilité émotionnelle, manque d'empathie... ») : DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 52.

²⁶³⁹ V. par exemple : BLATIER Catherine, *Les personnalités criminelles. Évaluation et prévention*, Malakoff, Dunod, 2^e éd., 2018, 199 p.

²⁶⁴⁰ Sur l'intégration du paradigme pénitentiaire dans le droit positif v. : *supra* n° 233 et s.

²⁶⁴¹ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

B. La situation du sujet

492 La notion de situation : la condition du sujet. Par l'étude de ce second sous-objet de l'évaluation, notre ambition est de connaître ce que recouvre la notion de situation, appréhendant la condition du sujet dans son environnement. De même que le passage à l'acte n'est pas déterminé seulement par des facteurs endogènes à la personne, l'objet de la production de savoir sur le sujet n'est pas circonscrit à la psyché. Comme le relève Christian DEBUYST, de l'émergence du concept de dangerosité du positivisme découlait un « élargissement de l'objet à investiguer : non seulement la personnalité, mais aussi la situation et le milieu qui pouvait être considéré comme « dangereux »²⁶⁴² ». Cet intérêt pour la situation du sujet n'a point décliné et se trouve pris en compte dans la différenciation de l'acte de punir, au travers de la condition pénitentiaire (1) et *extra*-pénitentiaire (2) de la personne.

1. La condition pénitentiaire

493 La condition pénitentiaire informant la situation du sujet de l'acte de punir. Entreprenant de connaître la personne dans l'ensemble des dimensions qui la caractérisent, afin d'adapter le régime d'exécution en conséquence, pour assurer l'efficacité de l'acte de punir, l'évaluation doit impérativement replacer le sujet dans son parcours et sa situation actuelle au sein du champ pénitentiaire. Le pari effectué par l'administration est que par l'« exploration des différents domaines de la vie de la personne²⁶⁴³ », il sera possible de prédire son comportement futur et d'agir sur celui-ci au moyen des usages des modalités d'exécution. Il ne s'agit donc pas simplement de la connaissance du respect du régime d'exécution, mais plus généralement de l'attitude et de l'environnement de la personne dans l'exécution de sa peine. *In fine*, l'ambition de comprendre la subjectivité des personnes condamnées détermine une conception extensive de la situation du sujet, qui se trouve alors renseignée par tous les éléments permettant de connaître de celui-ci et du gouvernement qu'il exerce sur lui-même, dans le but de le mettre en perspective avec celui de la figure de la

²⁶⁴² DEBUYST Christian, « Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité (criminelle) », *Dév. & Soc.*, n° 4, vol. 1, 1977, p. 363. Depuis la réforme de 1945, l'institution pénitentiaire s'intéresse à ce titre au passé et à l'environnement du délinquant, en tant que facteur de son passage à l'acte et de sa réinsertion, sous la forme de l'enquête biographique et de l'observation contemporaine à la peine de la personne.

²⁶⁴³ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 47.

« personne responsable²⁶⁴⁴ ».

L'ensemble de ces éléments pertinents pour l'individualisation de la peine se trouve rassemblé dans le « dossier individuel²⁶⁴⁵ » de la personne détenue. Pour les celles ayant fait l'objet d'une procédure d'orientation (obligatoire pour les personnes dont le temps d'incarcération est supérieur à deux ans)²⁶⁴⁶, il contient une partie judiciaire comportant la notice individuelle du détenu, une partie pénitentiaire, le dossier destiné au service pénitentiaire d'insertion et de probation, ainsi qu'une côte d'observation²⁶⁴⁷. Concernant la partie pénitentiaire, nous retrouvons la fiche pénale, le bulletin n° 1 du casier judiciaire, ainsi que les décisions de condamnation, y compris portant sur les intérêts civils, permettant une mise en perspective de la situation de la personne au regard de ses antécédents judiciaires, mais également de la temporalité des peines portées à l'écrou²⁶⁴⁸. La notice individuelle complète ces éléments avec « les renseignements concernant l'état civil du condamné, sa profession, sa situation de famille, ses moyens d'existence, son degré d'instruction, sa conduite habituelle, sa moralité et ses antécédents », mais également avec « l'exposé des faits qui ont motivé la condamnation et des éléments de nature à aggraver ou à atténuer la culpabilité de l'intéressé et la liste de ses coauteurs ou complices éventuels », ainsi que « les interdictions de contacts » prononcées (conjoint, enfant, *etc.*)²⁶⁴⁹. Concernant la partie pénitentiaire, constitué par le chef d'établissement, elle « contient tous les renseignements tenus à jour sur son comportement en détention, au travail et pendant les activités, et sur les décisions administratives prises à son égard » (affectations, transferts, classification de la personne, placements à l'isolement, sanctions disciplinaires, suivi de soins, visites reçues, pécule sur le compte nominatif, cantinage, paiement des dommages et intérêts, des activités en détention, *etc.*), ainsi qu'une côte spéciale concernant les éléments utiles à déterminer l'existence d'un risque de suicide²⁶⁵⁰. La troisième partie du dossier correspond au dossier établi par les services pénitentiaires d'insertion et de probation, contenant les éléments ou documents qu'ils ont recueillis ou qui leur ont été fournis : « ce dossier leur permet de suivre l'évolution de la personne détenue et, ainsi, de mieux individualiser sa situation pénale et la

²⁶⁴⁴ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁶⁴⁵ Al. 1, art. D. 155 du CPP. Sur les dossiers individuels des détenus v. : art. D. 155 et s. du CPP. Sur la constitution du dossier individuel par les services pénitentiaires d'insertion et de probation v. : DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 24-25.

²⁶⁴⁶ Sur la procédure d'orientation v. : art. D. 74 et s. du CPP ; *supra* n° 311 et s.

²⁶⁴⁷ Art. D. 156 du CPP.

²⁶⁴⁸ Art. D. 77 ; D. 157 du CPP.

²⁶⁴⁹ Art. D. 158 du CPP.

²⁶⁵⁰ Art. D. 155 du CPP ; art. D. 159 du CPP ; art. D. 160 du CPP.

préparation de sa libération²⁶⁵¹ ». Enfin, la quatrième partie du dossier est constituée par une « côte d'observation où sont assemblés les pièces et documents contenant le résultat des enquêtes, examens et expertises auxquels il a pu être procédé sur la personnalité, l'état médical, psychiatrique et psychologique, la situation matérielle, familiale ou sociale du condamné, soit au cours de l'information préalable, soit en vue de son orientation, soit ultérieurement pendant le cours de l'exécution de sa peine²⁶⁵² ».

Tous ces éléments recueillis par l'administration durant la prise en charge informent la condition pénitentiaire de la personne, et ainsi plus largement sa situation, en décrivant la vie de ce dernier dans le champ de l'acte de punir. En quelque sorte, il ne s'agit de rien de plus que de connaître des dimensions matérielle, personnelle et familiale de la personne condamnée dans le champ pénitentiaire, sur le modèle des dimensions caractéristiques de la condition *extra*-pénitentiaire (2).

2. La condition *extra*-pénitentiaire

494 La condition sociale informant la situation du sujet de l'acte de punir. De la sociologie criminelle aux travaux sur la désistance, en passant par le mouvement de la défense sociale nouvelle, les discours criminologiques, pénologiques et de politique criminelle ont eu à cœur de souligner l'apport de la prise en compte de l'environnement du sujet à la compréhension d'un acte infractionnel, comme de l'abandon d'une carrière délinquante. En ce qu'elles assurent la prise en compte de la situation relationnelle, économique et familiale de la personne condamnée, les dimensions de la condition du sujet dans le champ social sont précieuses à l'entreprise de mise en perspective du comportement infractionnel et du projet de réinsertion dans la situation dans laquelle il s'inscrit, préservant ainsi l'évaluation d'une analyse *in abstracto* du sujet²⁶⁵³.

La condition dans le champ social, complétant la connaissance de la situation de la personne condamnée, s'entend des trois dimensions précisées par les principes directeurs de

²⁶⁵¹ Art. D. 162 du CPP.

²⁶⁵² Art. D. 163 du CPP.

²⁶⁵³ En ce sens, le ministère public a l'obligation de transmettre à l'établissement pénitentiaire où le condamné est détenu ou doit être incarcéré l'extrait de jugement ou d'arrêt, la notice individuelle, la copie de la décision sur les intérêts civils, la copie des rapports d'enquêtes sur la personnalité, la situation matérielle, familiale ou sociale de l'intéressé, la copie des rapports d'examens médicaux, psychiatriques ou médico-psychologiques, la copie du réquisitoire définitif et de la décision de condamnation, les éventuels avis du président de la juridiction qui a prononcé la condamnation et du représentant du ministère public sur l'affectation qui leur semble la plus appropriée au condamné ou sur celle qui, au contraire, leur paraît inadaptée, et le bulletin n° 1 du casier judiciaire : art. D. 77 du CPP.

l'exécution des peines : matérielle, familiale et sociale²⁶⁵⁴. La dimension matérielle invite en premier lieu les autorités de l'exécution des peines à prendre en compte les conditions de subsistance de la personne. La seconde facette de la condition du sujet dans le champ social vise quant à elle à prendre connaissance « de la situation et des relations familiales et conjugales (relation de couple, relations parentales, éléments concernant la vie affective et sexuelle, *etc.*)²⁶⁵⁵ », mais également à déterminer si ces derniers sont de nature à favoriser ou non la réinsertion. Enfin, c'est de la situation sociale dont il sera question pour mesurer le degré et la capacité d'insertion de la personne, notamment au travers de sa profession ou de son niveau d'étude, ainsi que son capital de sociabilité en dehors d'une socialisation déviante. La consommation d'alcool et de drogues, comme les loisirs et l'occupation du temps libre, seront également à ce titre renseignés²⁶⁵⁶. Ainsi, trois dimensions permettant à la fois de décrire et de connaître de l'existence du sujet de l'acte de punir, mais aussi de comparer celles-ci à la situation d'une personne responsable, disposant d'un logement, d'une insertion familiale positive et d'une activité professionnelle stable.

*

495 La connaissance du sujet. Si l'objet de l'évaluation porte bien sur la singularité du sujet, les analyses de sa personnalité et de sa situation demeurent des biais pour son appréhension positive en tant qu'individu. L'une comme l'autre de ces notions sont des instruments pour saisir la personne au travers de ses caractéristiques, qu'il s'agisse des attributs de sa personnalité ou des dimensions de sa condition, pour en identifier l'individualité. L'article 707 du code de procédure pénale renvoie à un mode de connaissance du sujet positiviste, fondé sur « l'examen scientifique du délinquant²⁶⁵⁷ », destiné à relever les différences inter-individuelles, pour classer les individus et prédire leur comportement, au travers d'une sorte d'anthropologie pénologique. C'est ainsi dans sa prétention à appréhender scientifiquement le réel et à le mesurer que l'évaluation contemporaine se distingue, réduisant la production de savoir sur la personne à n'être organisée qu'en tant qu'outil pour procéder à la qualification du sujet de l'acte de punir (§2).

²⁶⁵⁴ Al. 2, II, art. 707 du CPP ; art. 13, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire. Pour une description des « champs à explorer » lors de l'évaluation initiale v. : DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 47-48.

²⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 47.

²⁶⁵⁶ *Ibid.*

²⁶⁵⁷ ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 216.

§2. LA QUALIFICATION DU SUJET DE L'ACTE DE PUNIR

496 L'objectif de l'évaluation. Au travers de l'objet de l'évaluation, le dispositif d'exécution pose, comme point de départ du procédé d'analyse du sujet, son appréhension en tant qu'individu, dont les caractéristiques sont informées par sa personnalité et sa situation. L'objectif n'est toutefois pas seulement de connaître de la personne condamnée à partir des savoirs psychologique et psychopathologique, ou de tout autre savoir investissant la pénologie, mais de qualifier le sujet, à partir de son individualité, eu égard au paradigme de la dangerosité et du risque. Il s'agit d'identifier à partir des caractéristiques du sujet les problématiques pénologiques qui se posent, afin de déterminer les besoins de prise en charge et tenter d'y répondre par l'individualisation des conditions d'exécution²⁶⁵⁸. Par la mise en perspective de l'individualité du sujet avec les critères et facteurs de « classification²⁶⁵⁹ », le sujet de l'acte de punir sera qualifié dans le champ du savoir pénologique et se verra appliquer un statut correspondant. L'objectif de l'évaluation est toujours la qualification de la personne condamnée, au travers de l'individualisation (A) et de la classification du sujet (B).

A. L'individualisation du sujet

497 L'appréhension du sujet par des caractéristiques. Le premier sous-objectif de l'évaluation est l'appréhension de la personne en une somme de caractéristiques permettant d'en définir l'individualité, à l'instar de la « criminologie positiviste²⁶⁶⁰ ». Il s'agit par ce « processus d'objectivation²⁶⁶¹ » de connaître du sujet en des termes impersonnels. Cette appréhension du sujet par des caractéristiques revient en quelque sorte à une production de l'individu, reflet dans le paradigme positiviste du sujet et préalable indispensable à l'individualisation de la peine. Considérons alors que cette pratique de « production de savoirs individualisés²⁶⁶² » formate la connaissance du sujet pour intégrer ce dernier dans le

²⁶⁵⁸ MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, op. cit., §70.

²⁶⁵⁹ « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, op. cit., p. 4 ; SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, op. cit., p. 241 ; BLONDIEAU Francis, « Les régimes de détention », op. cit., p. 194 ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, op. cit., p. 177.

²⁶⁶⁰ PONCELA Pierrette, « Le droit pénal : au nom de la loi ou malgré la loi », op. cit., p. 35.

²⁶⁶¹ QUIRION Bastien, « Les transformations de l'intervention thérapeutique en milieu correctionnel : pérennité de la logique dominante ou innovations pénales ? », op. cit., p. 3.

²⁶⁶² CHANTRAINE Gilles, VACHERET Marion, « Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens », op. cit., p. 2.

fonctionnement du dispositif d'exécution, ordonné à l'individualisation. L'évaluation correspond ainsi en premier lieu à la codification de la connaissance du sujet (1), en vue de l'identification des caractéristiques de ce dernier (2).

1. La codification de la connaissance du sujet

498 Une grille de lecture pénologique du sujet. L'évaluation n'est pas une production de connaissance neutre et objective sur le sujet²⁶⁶³. Les connaissances rassemblées par ce procédé d'examen sont en effet traitées au travers d'une grille de lecture, forme contemporaine « des codes de l'individualité disciplinaire²⁶⁶⁴ », structurée par les problématiques pénologiques²⁶⁶⁵. C'est en effet au regard des difficultés que posent certaines caractéristiques de la population pénale pour la poursuite des finalités de l'acte de punir, telle une idéologie politico-religieuse radicale ou un trouble de la personnalité, que sont appréhendées les personnes évaluées. À l'initiative de la rationalité punitive contemporaine, recherchant la subjectivation de l'individu à la figure de la « personne responsable²⁶⁶⁶ », ces problématiques pénologiques, ainsi que les savoirs qui s'y rattachent, ont évolué et avec eux la grille de lecture formatant la connaissance du sujet. Dans le but de comprendre la codification contemporaine de la connaissance du sujet à laquelle donne lieu l'individualisation, il convient alors d'observer que l'évaluation est alimentée par un champ de savoir pénologique renouvelé.

499 Un champ de savoir pénologique renouvelé. Les doctrines criminologiques, et dans leur sillage le savoir pénologique, ont effectivement fortement évolué en parallèle de la reconfiguration du dispositif d'exécution. Si le développement de ces nouveaux savoirs et leur intégration progressive dans les pratiques punitives en France sont à placer durant les années deux mille, ils émergent en Amérique du Nord dès les années soixante-dix, dans le prolongement du mouvement du « réalisme américain²⁶⁶⁷ » et en réaction à la crise sur ce

²⁶⁶³ MARTUCCELLI Danilo, « Figures de la domination », *Revue française de sociologie*, n° 3, Vol. 45, 2004, p. 32-33.

²⁶⁶⁴ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 191.

²⁶⁶⁵ Poursuivant une finalité déterminée par la doctrine pénologique, l'examen conduit « à une sélection des données et au choix d'un cadre interprétatif dont l'intérêt n'est pas d'atteindre un comportement dans sa complexité et dans la diversité des significations qu'il présente », aboutissant à « une césure entre les données « utiles » [...] et les données correspondant à une réalité effective et vécue » : DEBUYST Christian, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *op. cit.*, p. 11.

²⁶⁶⁶ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁶⁶⁷ HARCOURT Bernard, KREEGER Julius, « Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIX^e et XX^e siècle », *RSC*, n° 1, 2010, p. 31.

continent de la doctrine réhabilitative, résumée par l'expression *Nothing works*²⁶⁶⁸. Ils se nourrissent de l'actuariat, de la psychologie, de la psychopathologie, de la psychocriminologie ou encore de la sociologie de la délinquance et de la désistance, pour réinvestir – sous la bannière de la doctrine du *What works* – la rationalité utilitariste de la peine, au travers d'une démarche à prétention scientifique. L'objet de ce mouvement est d'élaborer des pratiques de dissuasion spéciale en s'appuyant sur une démarche positiviste, ayant la charge de déterminer les tenants de la conduite délinquante et les méthodes d'intervention efficaces contre celle-ci. De l'insertion des réflexions dans le « paradigme du cognitivisme²⁶⁶⁹ », consistant à considérer que l'esprit humain peut être analysée comme un « système de traitement de l'information²⁶⁷⁰ », découle une conception du passage à l'acte appréhendé comme l'expression de la « mauvaise volonté²⁶⁷¹ » de l'individu, au sens d'une déficience de la capacité du sujet à faire le choix responsable, qu'il convient alors d'étudier au travers des sciences humaines, afin d'en connaître les déterminants, pour prédire et agir contre le risque de récidive²⁶⁷². Ce champ doctrinal prend donc le relais de l'anthropologie, de la sociologie et des théories de la personnalité criminelle, en faisant derechef de l'infracteur un objet de science²⁶⁷³.

De ces différents savoirs ont découlé de nouvelles pratiques dans le champ pénitentiaire. Le principal modèle pénologique, issu de ce nouveau champ doctrinal, est le système Risque-Besoin-Réceptivité, développé au Canada puis importé en Europe²⁶⁷⁴. Les règles européennes relatives à la probation ont en effet consacré explicitement cette approche de la prévention de la récidive²⁶⁷⁵. En France, c'est après l'avènement de la désistance, de ses méthodes et de ses outils lors de la conférence de consensus, que la direction de

²⁶⁶⁸ MARTINSON Robert, « What works? Questions and answers about prison reform », *The Public Interest*, vol. 35, 1974, p. 48. CORTONI Franca, LAFORTUNE Denis, « Le traitement correctionnel fondé sur des données probantes : une recension », *Criminologie*, n° 1, vol. 42, 2009, p. 62.

²⁶⁶⁹ BIRMAN Joël, « L'éclipse du sujet et de la singularité dans le discours de l'évaluation », *Cahiers internationaux de sociologie*, n° 1, n° 128-129, 2011, p. 241.

²⁶⁷⁰ STEINER Pierre, « Introduction cognitivisme et sciences cognitives », *Labyrinthe*, n° 1, vol. 20, « La cognition », 2005, p. 15.

²⁶⁷¹ RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, op. cit., p. 59.

²⁶⁷² À ce titre, les services pénitentiaires d'insertion probation prennent par exemple en compte, dans l'évaluation du risque de récidive, les « attitudes et croyances favorisant le comportement délinquant » : DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 52.

²⁶⁷³ « L'expertise psychiatrique, mais d'une façon plus générale l'anthropologie criminelle et le ressasant discours de la criminologie trouvent là une de leurs fonctions précises : en inscrivant solennellement les infractions dans le champ des objets susceptibles d'une connaissance scientifique, donner aux mécanismes de la punition légale une prise justifiable non plus simplement sur les infractions, mais sur les individus ; non plus sur ce qu'ils ont fait, mais sur ce qu'ils sont, seront, peuvent être » : FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, op. cit., p. 26.

²⁶⁷⁴ Pour une description du modèle Risque-Besoin-Réceptivité v. : *supra* n° 264.

²⁶⁷⁵ Règle 66, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation.

l'administration pénitentiaire a entrepris une « campagne de diffusion des « nouveaux » savoirs ayant trait à la méthodologie de l'évaluation²⁶⁷⁶ ». D'ailleurs, elle a directement reconnu et prescrit l'usage de ce « modèle néo-réhabilitatif canadien²⁶⁷⁷ » dans une circulaire relative à la contrainte pénale²⁶⁷⁸, puis dans le référentiel des pratiques opérationnelles des services pénitentiaires d'insertion et de probation²⁶⁷⁹. Ces nouveaux savoirs, prescrivant de nouvelles pratiques fondées sur l'évaluation structurée et les méthodes d'intervention validées par les « données probantes²⁶⁸⁰ », sont aujourd'hui l'actualité de l'acte de punir en France²⁶⁸¹.

Dès à présent relevons que le renouvellement des savoirs pénologiques impacte tant la méthode que les résultats de l'évaluation²⁶⁸². Et c'est bien en effet en étant recueillie par ces nouvelles méthodes et formatée par ces nouveaux savoirs, relevant d'une « anthropologie particulière de l'infracteur-délinquant²⁶⁸³ », que la connaissance du sujet va être codée pénologiquement et que ce dernier sera individualisé. Cette rationalisation de l'évaluation, sous-tendue par une nouvelle réflexion positiviste sur l'individu et le passage à l'acte, détermine ainsi des savoirs individualisés renouvelés sur les sujets de l'acte de punir.

500 Une connaissance du sujet formatée. La « connaissance approfondie et scientifique de la personnalité du sujet²⁶⁸⁴ », et de sa situation, n'a d'autre objectif que de permettre d'insérer le sujet dans le fonctionnement du dispositif d'exécution, ordonné à l'individualisation. La rationalisation de l'évaluation formate la connaissance du sujet au regard du paradigme pénologique contemporain, correspondant à notre rationalité punitive recherchant la responsabilisation des personnes condamnées. Cette grille de lecture, constituant le prisme de l'appréhension du sujet dans l'acte de punir, fait de la violation de

²⁶⁷⁶ LEFEVRE Hans, GARCIA Anthony, « La pratique de l'évaluation au sein des SPIP », *AJ Pénal*, n° 1, 2018, p. 23.

²⁶⁷⁷ CHANTRAINE Gilles, VACHERET Marion, « Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens », *op. cit.*, p. 4.

²⁶⁷⁸ Circ. du 26 septembre 2014 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales instituant la contrainte pénale, Garde des sceaux, JUSD1422852C, p. 7.

²⁶⁷⁹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*

²⁶⁸⁰ CORTONI Franca, LAFORTUNE Denis, « Le traitement correctionnel fondé sur des données probantes : une recension », *op. cit.*, p. 61-89.

²⁶⁸¹ Ces nouveaux savoirs influencent de plus en plus les pratiques professionnelles, au point qu'ils impactent la pratique scripturale des surveillants pénitentiaires, mais également qu'ils tendent à formater les termes de la mission expertale ordonnée par le juge : DANGLES Cécile, « Évaluation du risque de récidive, le point de vue d'un JAP », *AJ Pénal*, n° 1, 2018, p. 19.

²⁶⁸² Sur la rationalisation pénologique des modalités de l'évaluation v. : *infra* n° 523-525.

²⁶⁸³ SLINGENEYER Thibaut, « Le triptyque foucauldien « souveraineté-discipline-sécurité » comme outil d'analyse de la peine privative de liberté et de la libération (conditionnelle) », *op. cit.*, p. 79.

²⁶⁸⁴ ROTMAN Edgardo, « Le sens de l'individualisation judiciaire », *op. cit.*, p. 439.

l'ordre public le résultat d'une « chaîne délictuelle²⁶⁸⁵ », composée de cognitions et de comportements dans l'environnement qu'il est possible d'identifier. C'est la raison pour laquelle les savoirs recherchant la compréhension des conduites individuelles, telles la psychologie ou la psychopathologie, sont mobilisés. L'individualisation du sujet, permettant ensuite l'adaptation de la prise en charge, consiste dès lors à analyser les déterminants de sa conduite, au travers de ces savoirs pénologiques renouvelés, de sorte à produire une connaissance de ce dernier formatée au besoin du dispositif d'exécution. Le sujet n'est alors appréhendé qu'au travers des éléments pertinents pour la prise en charge pénitentiaire, qui constituent ce que l'on pourrait appelé son individualité pénologique. Cette opération de rationalisation de la connaissance du sujet, codifiant cette dernière dans le paradigme pénologique contemporain, prend la forme de l'identification des caractéristiques du sujet (2).

2. L'identification des caractéristiques du sujet

501 Des caractéristiques pénologiques. L'évaluation met en exergue les traits de cette individualité pénologique, propre à la rationalité pénitentiaire, grâce aux éléments distinctifs du sujet pertinents au titre de l'adaptation du régime d'exécution de la peine. Ce sont les caractéristiques pénologiques du sujet que l'évaluation identifie²⁶⁸⁶, afin de définir l'objet de la prise en charge pénitentiaire²⁶⁸⁷. La personne condamnée est ainsi l'objet d'un « diagnostic²⁶⁸⁸ » pénologique, afin d'identifier les caractéristiques pertinentes pour la différenciation de l'acte de punir, qui seront une ressource immédiate de l'individualisation du sujet et une ressource médiate pour sa classification²⁶⁸⁹.

²⁶⁸⁵ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 65 ; BRILLET Emmanuel, « Une nouvelle méthode d'intervention auprès des personnes placées sous main du justice : les programmes de prévention de la récidive (PPR) », op. cit., p. 5 ; DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 68.

²⁶⁸⁶ Le référentiel des pratiques opérationnelles renvoie par exemple aux « attitudes et croyances en lien avec l'infraction (rapport à la loi, à la justice, à l'autorité, aux règles de vie de la société, à la victime ; représentations « autorisant » ou « justifiant » la délinquance ou le passage à l'acte, etc.) » ou encore au « fonctionnement relationnel (agressivité, impulsivité, difficulté à gérer les émotions/capacité de contrôle ou de gestion de la colère, indifférence ou détachement/empathie ; mode de communication avec autrui, etc.) » : DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 47.

²⁶⁸⁷ « L'individualisation est un procédé d'assujettissement effectif, de dissolution de la personnalité du prisonnier et de reconfiguration d'une fiction discursive, accumulation d'inscriptions visant à sa soustraction symbolique comme personne et à sa redéfinition comme » objet de la prise en charge : MUCCHIELLI Laurent, « Article 41-BIS et prisons italiennes », op. cit., p. 250.

²⁶⁸⁸ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, op. cit., p. 4 ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 8 ; 73.

²⁶⁸⁹ « Ce n'est qu'un paradoxe apparent de dire que l'individualisation de la mesure pénale, qu'elle soit judiciaire ou pénitentiaire, garde un caractère collectif. Il s'agit de scruter le passé, individuel ou social, du délinquant,

502 Une ressource immédiate pour l'individualisation du sujet. Les connaissances acquises sur le sujet ne sont pas le résultat de l'évaluation, mais les ressources permettant de produire un diagnostic pénologique sur la personne, au travers de son individualisation. En tant que « méthode d'estimation²⁶⁹⁰ », l'évaluation consiste toujours dans la mesure d'une chose et de son adéquation à une norme. Le savoir produit par l'évaluation est donc formaté eu égard à cet objectif de mesure et de comparaison. En matière pénitentiaire, l'évaluation produit un savoir individualisé sur le sujet qui prend, en premier lieu, la forme d'une caractérisation pénologique de sa personne et, en second lieu, celle d'une qualification de cette individualité, après sa comparaison avec les autres personnes condamnées et la figure de la personne responsable, référence contemporaine pour la réformation du sujet.

Contrairement au mode de la personnalisation de la sanction, les conditions d'exécution de la peine ne sont pas adaptées au sujet, mais aux caractéristiques identifiées lors de l'évaluation, eu égard au paradigme pénologique en vigueur. Cette distinction entre la personnalisation et l'individualisation fait l'objet de controverses, qui nous semblent être entretenues par l'élargissement des caractéristiques prises en compte par l'évaluation²⁶⁹¹. Les nouveaux savoirs pénologiques ont notamment fait entrer l'appréhension positiviste du gouvernement de soi dans le champ des éléments à prendre en compte au titre de la différenciation de l'acte de punir. La considération du passage à l'acte comme une défaillance du sujet, vu notamment comme un problème cognitif, implique l'intégration au travers de la personnalité et de la situation de l'ensemble des éléments pris en compte dans l'étude de la détermination des conduites individuelles par les sciences humaines. De la conception du passage à l'acte en criminologie dépend finalement le champ des caractéristiques pris en compte en pénologie. Or, l'extension des « caractéristiques individuelles²⁶⁹² » prises en compte dans l'évaluation (valeurs, représentations, schémas de pensée, *etc.*) offre au discours présentant l'évaluation comme une appréhension de la singularité de la personne une certaine assise. L'évolution des modèles et des théories se rattachant aux pratiques néo-réhabilitatives

d'étudier sa personnalité présente, et cela pour dégager des enquêtes, tests, observations, examens, *etc.* ainsi effectués certains traits considérés comme caractéristiques qui conduiront à un classement. Et ce classement, donnant naissance à un certain nombre de catégories, considérées comme homogènes, conduira lui-même à l'application d'un système de rééducation et de réadaptation spécial, parce qu'adapté à chacune de ces catégories. » : VIENNE Roger, « De l'individualisation de la peine à la personnalisation de la mesure. À propos du soixante-quinzième anniversaire de la parution de l'ouvrage de Saleilles (1898-1973) », *op. cit.*, p. 195.

²⁶⁹⁰ CNRS (1976-1994), *Trésor de la langue française informatisé, Dictionnaire de la langue du XIX^e et XX^e siècle*, *op. cit.*, consulté en ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/evaluation>.

²⁶⁹¹ Sur la distinction entre l'individualisation et la personnalisation v. : *supra* n° 36.

²⁶⁹² CORTONI Franca, LAFORTUNE Denis, « Le traitement correctionnel fondé sur des données probantes : une recension », *op. cit.*, p. 69.

illustre d'ailleurs la complexification de l'évaluation, par l'accroissement systématique des caractéristiques prises en compte dans l'individualisation du sujet (facteurs statiques, facteurs dynamiques, réceptivité, puis dorénavant facteurs de protection et besoins)²⁶⁹³. Nous retrouvons dès lors dans les caractéristiques pénologiques identifiées des éléments aussi divers que l'âge, le genre, les styles cognitifs, les traits de personnalité, les capacités d'apprentissage ou les facteurs affectifs²⁶⁹⁴.

L'évaluation prend en compte d'un côté le « capital humain²⁶⁹⁵ », par les facteurs internes et les besoins (le profil dit de « personnalité antisocial » et la toxicomanie par exemple), et de l'autre le capital économique et social, par les facteurs externes et de protection (comme les problèmes familiaux et conjugaux et les cercles relationnels en dehors du réseau délinquant)²⁶⁹⁶. L'ambition de saisir tous les éléments objectivables, pouvant rendre compte du gouvernement de soi, renforce alors l'illusion d'une individualisation qui ne serait pas distincte de la connaissance du sujet. Il n'en est rien cependant²⁶⁹⁷. Inévitablement, l'appréhension de la personne par des caractéristiques pénologiques implique une distance entre le sujet et l'individualité qui lui correspond. C'est d'ailleurs cette distance qui permet au dispositif d'exécution de saisir la personne comme l'objet d'une prise en charge et d'entreprendre sa classification, pour individualiser ses conditions d'exécution.

503 Une ressource médiate pour la classification du sujet. L'identification des caractéristiques pénologiques, telles l'« intolérance à la frustration²⁶⁹⁸ » ou le « niveau

²⁶⁹³ Sur ces facteurs v. : *infra* n° 510.

²⁶⁹⁴ CORTONI Franca, LAFORTUNE Denis, « Le traitement correctionnel fondé sur des données probantes : une recension », *op. cit.*, p. 69-70.

²⁶⁹⁵ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 94. Sur le concept de capital humain v. : BECKER Gary, *Human Capital, A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Référence to Education*, *op. cit.* ; CASTEL Robert, *La gestion des risques : de l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, *op. cit.*, p. 162.

²⁶⁹⁶ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 52-53.

²⁶⁹⁷ L'individualisation est intrinsèquement une connaissance impersonnelle du sujet, c'est une objectivation de la personne issue des connaissances sur celle-ci. Nous retrouvons d'ailleurs dans cette individualisation pénologique des problèmes similaires à ceux soulevés contre les théories de la personnalité criminelle, à savoir le « caractère unidimensionnel » des caractéristiques prises en compte : DEBUYST Christian, « Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité (criminelle) », *op. cit.*, p. 368. À cet égard, l'exemple de Christian DEBUYST sur l'impulsivité est d'une effrayante actualité : *ibid.*, p. 378-382. Hier considérée comme une caractéristique de la personnalité criminelle, elle est aujourd'hui le trait significatif d'une défaillance du contrôle de soi, élément diagnostique de la personnalité antisociale pris en compte dans les modèles de prévention de la récidive, considérée parfois comme un trait pathologique en lui-même, sans une nécessaire considération pour le contexte de l'expression de ce trait personnalité, mais surtout, réifiant la personne à ce trait en s'abstenant de considérer nombre « de variables qui paraissent essentielles dans la compréhension » de cette conduite : *ibid.*, p. 369. En isolant les traits de personnalité de leur contexte, l'individualisation fait de ceux-ci une caractéristique absolue de l'individu, ce qui favorise un effet de stigmatisation.

²⁶⁹⁸ Crim., 31 octobre 2018, n° 17-86.660, préc.

d'imprégnation idéologique²⁶⁹⁹ », est en second lieu une ressource médiate pour la classification du sujet, au travers de la mise en exergue des problématiques pénologiques et de son risque de passage à l'acte. Ce procédé d'examen du sujet peut finalement se résumer par l'action d'« évaluer sa capacité à trouver sa place dans une vie normée²⁷⁰⁰ », c'est-à-dire sa capacité à « agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société²⁷⁰¹ ». L'évaluation est effectivement un procédé d'objectivation en deux temps, consistant respectivement à faire du sujet un objet, au travers de l'identification de ses caractéristiques, pour ensuite autoriser la comparaison de cet ensemble distinctif avec les catégories à partir desquelles sont élaborées les modalités de prise en charge et avec la figure de la personne responsable. Ce n'est dès lors qu'au travers de ces deux biais que le dispositif d'exécution connaît du sujet et entreprend sa réformation. Peu importe le nombre de caractéristiques prises en compte, l'objectif de l'évaluation demeure la qualification du sujet au travers de ses caractéristiques, afin de déterminer les « modalités de prise en charge individualisées²⁷⁰² » pertinentes pour l'efficacité de l'acte de punir. Dans le dispositif d'exécution, l'opération de qualification prend ainsi la forme de l'évaluation et débouche sur la classification du sujet (B).

B. La classification du sujet

504 La qualification des personnes au regard de leur individualité pénologique.

L'appréhension du sujet par des caractéristiques pénologiques autorise sa « classification²⁷⁰³ », « dans le but de rationaliser les diverses prises de décisions²⁷⁰⁴ » relatives à l'individualisation de sa peine. Il s'agit de l'affectation d'une personne à une catégorie de population pénale, c'est-à-dire à un ensemble d'individus réunis par des caractéristiques communes, sous-tendant une problématique pénologique, les différenciant du reste des personnes détenues et identifiant un besoin spécifique de prise en charge. À cet

²⁶⁹⁹ MISSION DE LUTTE CONTRE LA RADICALISATION VIOLENTE, *Stratégie d'évaluation et de prise en charge de la radicalisation violente. Séminaire juillet 2020*, *op. cit.*, p. 8.

²⁷⁰⁰ DANGLES Cécile, « Évaluation du risque de récidive, le point de vue d'un JAP », *op. cit.*, p. 21.

²⁷⁰¹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁷⁰² Art. D. 92 du CPP.

²⁷⁰³ « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.*, p. 4 ; SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, *op. cit.*, p. 241 ; BLONDIEAU Francis, « Les régimes de détention », *op. cit.*, p. 194 ; CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, *op. cit.*, p. 177.

²⁷⁰⁴ CHANTRAINE Gilles, VACHERET Marion, « Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens », *op. cit.*, p. 1.

égard, « le classement des personnes détenues exerce une influence déterminante sur le régime de détention qui leur sera appliqué²⁷⁰⁵ ». Les personnes détectées radicalisées ou en voie de radicalisation seront à cet égard prises en charge de manière totalement spécifique, par tout un ensemble de modalités d'exécution qui leur sont propres. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que l'ensemble de la population pénale est affectée à une catégorie de population pénale clairement identifiée et déterminant l'essentiel de leur régime d'exécution. Au-delà de la caractérisation d'une qualification pénologique déterminée (auteurs de violences sexuelles, détenus particulièrement dangereux, personnes atteintes de trouble mentaux, *etc.*), l'opération de classement renvoie à la répartition de la population pénale dans les différentes modalités d'exécution, en fonction de la rationalité pénitentiaire et de ses critères.

À cet égard, il ne faut pas voir dans l'intensification de l'individualisation la fin du « classement²⁷⁰⁶ » des personnes condamnées, mais son perfectionnement. En ce sens, et à l'instar du diagnostic en psychologie et en psychopathologie, l'évaluation du sujet dans l'acte de punir renvoie également à une qualification dimensionnelle de l'individualité pénologique, par l'identification et l'appréciation de facteurs de risque. Considérons alors que la classification du sujet procède d'une qualification catégorielle, fondée sur l'appréciation de la dangerosité (1) au travers de critères correspondant à des problématiques pénologiques, et d'une qualification dimensionnelle, fondée sur la quantification du risque (2) grâce à des facteurs.

1. Le repérage de la dangerosité par des critères

505 L'appréhension de la dangerosité par une approche catégorielle. Bien que le concept de dangerosité soit aussi omniprésent qu'indéfini dans notre pénalité – en dépit de son entrée dans le code²⁷⁰⁷ et la jurisprudence²⁷⁰⁸ –, il est possible de retenir d'abord, avec Christian DEBUYST, qu'il s'agit de la « probabilité que présente un individu de commettre une

²⁷⁰⁵ FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, *op. cit.*, §985.

²⁷⁰⁶ PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *op. cit.*, p. 142 ; FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187 ; FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, *op. cit.*, §991.

²⁷⁰⁷ V. par exemple : al. 2, art. 717-1 ; art. 723-31 du CPP.

²⁷⁰⁸ LAZERGES Christine, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, GUIDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine (dir.), *op. cit.*, p. 79-96.

infraction²⁷⁰⁹ ». Il convient cependant de substituer au terme infraction celui de passage à l'acte, pour ne pas exclure de notre réflexion d'une part la dangerosité pénitentiaire²⁷¹⁰, visant le danger que représente l'individu pour la sécurité de l'établissement (susceptibilité d'un individu de porter atteinte aux personnes, aux biens ou de s'évader), et le danger que peut représenter la détention pour les personnes vulnérables (susceptibilité de subir des actes de violences ou d'avoir des problèmes de santé). Relevons ensuite avec Julie ALIX qu'aujourd'hui « la dangerosité, loin d'être conçue comme un déterminisme, est davantage conçue comme une faille individuelle qu'il est possible de combler, de traiter²⁷¹¹ ». De l'abandon de la conception de la dangerosité comme expression d'une nature découle effectivement de nouvelles perspectives d'intervention correctionnelle, par l'identification des multiples causes déterminant la possibilité d'un passage à l'acte. À l'appréhension binaire de la dangerosité s'adjoint ainsi une approche catégorielle consistant en l'identification de différentes problématiques pénologiques par des critères, désignant tant les causes du risque de passage à l'acte que les besoins de prise en charge. Les personnes condamnées ne sont en effet pas considérées dangereuses en soi, mais parce qu'elles sont radicalisées, souffrent de troubles mentaux ou d'une addiction, présentent une paraphilie, *etc.* En d'autres termes, les individus sont considérés dangereux car leurs caractéristiques pénologiques posent problème pour la poursuite des fonctions du dispositif d'exécution et des finalités de l'acte de punir.

²⁷⁰⁹ DEBUYST Christian, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *op. cit.*, p. 8. En ce sens large v. : GASSIN Raymond, CIMAMONTI Sylvie, BONFILS Philippe, *Criminologie*, 7^e éd., Paris, Dalloz, « Précis », 2011, §887. D'autres auteurs préfèrent retenir un degré de gravité et désigner dès lors par la notion de dangerosité la « propension à commettre des actes d'une certaine gravité, dommageables pour autrui ou pour soi, fondés sur l'usage de la violence » : MBANZOULOU Paul, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJ Pénal*, n° 4, 2008, p. 171. En ce sens v. : COCHE Arnaud, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal. Étude de droit français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, §6.

²⁷¹⁰ « La dangerosité pénitentiaire représente, pour une personne détenue, le risque de trouble à l'ordre public éventuel qu'elle peut causer au sein de l'institution carcérale. Elle n'est proportionnelle ni au *quantum* de la peine prononcée ni à la gravité de l'infraction commise. Elle est un élément de dangerosité criminologique. Elle se manifeste tant par le risque d'atteintes aux personnes ou aux biens que par les atteintes à l'ordre interne de l'établissement (évasion, mouvement collectif, trafic, prosélytisme...). » : Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.* Pour des définitions doctrinales analogues v. : GASSIN Raymond, CIMAMONTI Sylvie, BONFILS Philippe, *Criminologie*, *op. cit.*, §889-2 ; MBANZOULOU Paul, « Quelles approches pénitentiaires de la dangerosité des détenus ? », in *Les nouvelles figures de la dangerosité*, ALVAREZ Joséfina, BASEX Hélène, MBANZOULOU Paul, RAZAC Olivier (dir.), *op. cit.*, p. 137.

²⁷¹¹ ALIX Julie, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », *op. cit.*, p. 57. En ce sens v. : DANET Jean, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal*, Vol. V, 2008, p. 23 ; GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 8. « « La dangerosité » est une construction sociale plutôt qu'une entité ontologique, on ne doit s'étonner ni que son contenu soit « variable selon les moments, les besoins, l'état de la société », ni que les outils mobilisés pour l'évaluer changent » : SLINGENEYER Thibaut, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *op. cit.*, p. 4.

506 La confrontation des caractéristiques de l'individu aux critères de la dangerosité.

Ordonné à l'individualisation, le dispositif d'exécution différencie la prise en charge de l'état dangereux en fonction des problématiques pénologiques identifiées. Les critères de la dangerosité n'interviennent donc pas tant pour graduer l'état dangereux que pour mettre en perspective l'individualité pénologique avec des éléments classificateurs, ayant la charge de révéler la dangerosité du sujet, mais parfois également sa vulnérabilité, et de caractériser son état en tant que conséquence d'une problématique particulière à prendre en charge.

Deux types de problématiques s'imposent d'abord concernant les fonctions primaires de l'institution, soit celles qui correspondent aux missions de garde des personnes condamnées (prévenir les évasions, les intrusions et les atteintes aux droits fondamentaux des personnes détenues)²⁷¹². Conformément aux règles pénitentiaires européennes²⁷¹³, la « vulnérabilité » et la « dangerosité » pénitentiaire sont évaluées systématiquement après la mise sous écrou, puis régulièrement²⁷¹⁴. L'évaluation de ces deux dimensions constitue à ce titre un « élément d'individualisation du régime de détention [et] de la construction d'un parcours individualisé pour chaque détenu²⁷¹⁵ ». À cet égard, la commission pluridisciplinaire unique doit, au terme du parcours arrivants, prendre une « décision de classification » de la personne dans une ou plusieurs des catégories pré-établies (ordinaire ou faible risque détecté ; vulnérabilité en détention ; risques auto-agressifs ; risques hétéro-agressifs ; risques liés à la sécurité), qui influera sur l'adaptation des conditions de détention²⁷¹⁶. Spécifiquement dans le champ pénitentiaire, la vulnérabilité est un danger pesant sur la santé de la personne condamnée et l'effectivité de la protection de ses droits fondamentaux²⁷¹⁷. À ce titre, pour garantir « à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits », l'administration pénitentiaire doit considérer les problématiques liées à l'âge, l'état de santé, les handicaps et la personnalité des individus²⁷¹⁸. La considération de cette dimension de la population pénale s'est développée avec la protection des droits fondamentaux, notamment par la reconnaissance d'obligations positives à la charge des États, pour la protection du droit à la

²⁷¹² Sur la distinction entre les fonctions primaires et secondaires du dispositif d'exécution v. : *supra* n° 382.

²⁷¹³ Règles 52-1, Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes.

²⁷¹⁴ Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.*, p. 2.

²⁷¹⁵ *Ibid.*

²⁷¹⁶ « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in *ibid.*, p. 3-4.

²⁷¹⁷ Sur la vulnérabilité des personnes détenues v. : SIMON Anne, « La vulnérabilité de la personne détenue », in TOURNIER Pierre-Victor (dir.), *Dialectique carcérale. Quand la prison s'ouvre et résiste au changement*, Paris, l'Harmattan, 2012, p. 35-47.

²⁷¹⁸ Art. 22, loi n° 2009-1436 pénitentiaire. Sur la dignité de la personne détenue v. : JENNEQUIN Anne, « La dignité de la personne détenue », *op. cit.*

vie et à ne pas subir de traitement inhumains ou dégradants²⁷¹⁹. Ainsi aux catégories anciennes des personnes âgées²⁷²⁰, ou présentant une addiction²⁷²¹, ont notamment été additionnées des problématiques pénologiques relatives à la santé mentale. Impossible aujourd'hui de faire l'économie dans le fonctionnement pénitentiaire des catégories des personnes souffrant de troubles mentaux, dont la « particulière vulnérabilité²⁷²² » est soulignée par la Cour européenne des droits de l'Homme, et/ou présentant un risque de suicide²⁷²³. Quant à la dangerosité pénitentiaire, la problématique des « risques liés à la sécurité » est en premier lieu renseignée par le critère des « risques liés à la condamnation » et des « risques liés aux antécédents »²⁷²⁴. Ce n'est toutefois pas la qualification juridique des faits qui importe, mais les caractéristiques auxquelles elle renvoie, puisque sont ici visées les

²⁷¹⁹ La Cour souligne notamment que « l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis » : CEDH, [GC], 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96, préc., §94. En particulier, « les autorités sont dans l'obligation de protéger la santé des personnes privées de liberté [...]. Le manque de soins médicaux appropriés peut constituer un traitement contraire à l'article 3 [...]. En particulier, pour apprécier si le traitement ou la sanction concernés étaient incompatibles avec les exigences de l'article 3, il faut, dans le cas des malades mentaux, tenir compte de leur vulnérabilité et de leur incapacité, dans certains cas, à se plaindre de manière cohérente ou à se plaindre tout court des effets d'un traitement donné sur leur personne » : CEDH, 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, préc., §111. Plus spécifiquement, « l'état d'un prisonnier dont il est avéré qu'il souffrait de graves problèmes mentaux et présentait des risques suicidaires, même si jusqu'à présent ceux-ci ne se sont pas réalisés, appelle des mesures particulièrement adaptées en vue d'assurer la compatibilité de cet état avec les exigences d'un traitement humain, quelle que soit la gravité des faits à raison desquels il a été condamné » : CEDH, 11 juillet 2006, *Rivière c. France*, n° 33384, §75.

²⁷²⁰ Sur la prise en charge des personnes âgées v. : TOURAUT Caroline, « La croisée des savoirs - Les professionnels face aux personnes détenues âgées », *Les cahiers de la justice*, n° 2, 2016, p. 319-334 ; FOURMENT François, « La protection de la personne âgée en droit pénal substantiel », *RDSS*, n° 5, 2018, p. 809-813. Pour une étude démographique sur les personnes âgées en détention v. : BRILLET Emmanuel, « Vieillesse(s) carcérale(s) », *Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques*, n° 38, 2013, 6 p.

²⁷²¹ PROTAIS Caroline, *L'unité de réhabilitation pour usagers de drogues du Centre de détention de Neuville. Bilan de fonctionnement. Septembre 2017-Juin 2018*, op. cit. ; BRILLET Emmanuel, « La prise en charge des conduites addictives en milieu carcéral : politiques et éthique », op. cit.

²⁷²² CEDH, 16 octobre 2008, *Renolde c. France*, préc., §84.

²⁷²³ Sur cette problématique v. : Circ. interministérielle du 26 avril 2002 relative à la prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires, Garde des sceaux, Ministre délégué à la santé, JUSE0240075C ; Note du 14 mai 2007 relative à la mise en œuvre du programme de prévention du suicide des personnes détenues, DAP ; Note du 23 octobre 2008 relative à l'utilisation de la nouvelle grille d'évaluation du potentiel suicidaire adaptée aux mineurs détenus, DAP-DPJJ ; HAZARD Angélique, « Baisse des suicides en prison depuis 2002 », *Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques*, n° 22, 2008, p. 6. ; ALBRAND Louis (dir.), *La prévention du suicide en milieu carcéral. Rapport au Garde des sceaux*, 2009, 410 p. ; GARDE DES SCAUX, *Prévention du suicide des personnes détenues – Plan d'actions 2009 – Suites du rapport de la commission Albrand*, Paris, Ministère de la Justice, 2009, 7 p. ; Note du 6 janvier 2011 relative à l'actualisation de la grille d'évaluation du potentiel suicidaire, DAP, n° 001, 2 p. ; Circ. du 2 août 2011 relative à l'échange d'informations entre les services relevant du ministère de la justice et des libertés visant à la prévention du suicide en milieu carcéral, JUSK1140021C, BOMJ n° 2011-08 du 31 août 2011 ; DUTHÉ Géraldine, HAZARD, Angélique, KENSEY, Annie, « Suicide des personnes écrouées en France : évolution et facteurs de risque », *Population*, n° 4, vol. 69, 2014, p. 7-38.

²⁷²⁴ « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, op. cit., p. 4.

personnes appartenant au grand banditisme (en raison des risques particuliers d'évasion, du fait des moyens matériels, du réseau et du prestige en détention dont ces individus bénéficient) ou à une mouvance terroriste (en raison de leur capacité opérationnelle et subversive). En second lieu, c'est la catégorie des personnes radicalisées qui s'est imposée, en raison notamment du risque de passage à l'acte violent en détention, et qui se trouve identifiée par le critère de l'« identification personnelle ou collective à des idées politiques ou politico-religieuses extrêmes qui impliquent la volonté de transformer la société par la violence²⁷²⁵ ». Cette problématique spécifique est repérée par le port de signes ostensibles de sa confession, le refus d'avoir affaire au personnel féminin, un discours empreint de religion et l'affirmation appuyée d'une identité religieuse ou encore les antécédents en lien avec le terrorisme²⁷²⁶.

Concernant les fonctions secondaires du dispositif d'exécution, qui correspondent aux objectifs de réinsertion des personnes condamnées, de prévention de la récidive et de sécurité publique²⁷²⁷, nous retrouvons derechef la catégorie des personnes radicalisées, réunies par le critère d'une adhésion à une idéologie politico-religieuse extrême et pour lesquelles se développe une prise en charge responsabilisante²⁷²⁸. Plus largement, s'impose dorénavant pour la dangerosité criminologique la catégorie des personnes souffrant de troubles de la personnalité, et plus généralement de dysfonctionnements cognitifs ou comportementaux, pour lesquelles se développent des thérapies destinées à modifier les « attitudes, valeurs, croyances, rationalisations et états cognitifs émotionnels²⁷²⁹ », considérés à l'origine du comportement infractionnel. En outre, certaines catégories de population pénale correspondent à des catégories d'infractions, impliquant des caractéristiques pénologiques chez leurs auteurs. Ces dernières justifient alors une prise en charge individualisée, notamment pour les auteurs de violences conjugales et familiales ou de violences sexuelles.

L'approche de la dangerosité dans le dispositif ne présente plus les traits d'un état binaire et graduée, mais plutôt d'une problématisation catégorielle au regard de la rationalité pénitentiaire. *In fine*, il s'agit moins de savoir s'il existe un danger, question futile en raison de l'impossibilité d'atteindre l'état absolu de sécurité, que de s'interroger sur l'existence de problématiques pénologiques à traiter. Nous percevons alors le procédé de stigmatisation des personnes inhérent à la qualification du sujet par l'évaluation, du fait de leur classification à

²⁷²⁵ URVOAS Jean-Jacques, *Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, op. cit., p. 3.

²⁷²⁶ Note relative au guide d'utilisation des outils d'aide au repérage pluridisciplinaire d'un risque de radicalisation violente en établissement pénitentiaire, op. cit., p. 12-22.

²⁷²⁷ Art. 2, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

²⁷²⁸ Sur les prise en charges responsabilisantes portant sur une idéologie v. : *supra* n° 431.

²⁷²⁹ DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 60.

raison de ce qui les déterminent et constituent l'objet de la prise en charge : leur individualité et sa dimension dangereuse en raison de telle ou telle problématique.

507 L'appréciation de la dangerosité au travers de l'individualité pénologique.

Fondée sur un raisonnement anthropologique, à partir de l'individualité pénologique de la personne condamnée, la classification est d'abord une pratique catégorielle trouvant sa source dans le remplacement de l'anthropologie criminelle, et de ses naïvetés scientifiques, par une « psycho-sociologie de la délinquance²⁷³⁰ » plus compatible avec le droit pénal. Considérons toutefois qu'avant tout la classification catégorielle est fondée sur la dangerosité pénale et les discours qui l'alimentent, plutôt que sur un néo-positivisme permis par l'investissement des sciences humaines dans le « paradigme du cognitivisme²⁷³¹ », réservée à la mesure du risque²⁷³². Nombre des critères de la dangerosité ne sont d'ailleurs que des doublets des condamnations antérieures, nous ramenant à une « présomption de dangerosité²⁷³³ » provenant des discours de politique pénale et fondée sur le sens commun. Soulignons ainsi que le « concept flou²⁷³⁴ » de dangerosité dans le champ pénitentiaire n'est pas appréhendé comme un outil scientifique, qu'au demeurant il ne saurait être²⁷³⁵, mais bien seulement comme une situation identifiée comme problématique pour les fonctions du dispositif d'exécution. Néanmoins, l'évaluation pénitentiaire repose sur une approche hybride, inspirée de la méthode de diagnostic des troubles de la personnalité, à la fois catégorielle et dimensionnelle. Après l'appréciation de la dangerosité à partir de critères, orientant et légitimant la prise en charge individualisée, l'évaluation se poursuit par la mesure du risque par des facteurs (2), inscrivant la classification dans le néo-positivisme.

²⁷³⁰ FOUCAULT Michel, « L'évolution de la notion d' « individu dangereux » dans la psychiatrie légale », *op. cit.*, p. 417.

²⁷³¹ BIRMAN Joël, « L'éclipse du sujet et de la singularité dans le discours de l'évaluation », *op. cit.*, p. 241.

²⁷³² Sur la notion de dangerosité pénale v. : *supra* n° 112.

²⁷³³ D'AMBROSIO Luca, « De l'incapacitation à l'exclusion ? Dangerosité et droit pénal en Italie », *op. cit.*, p. 180.

²⁷³⁴ MBANZOULOU Paul, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *op. cit.*

²⁷³⁵ DEBUYST Christian, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *op. cit.*, p. 9. « Le danger n'est pas une notion spécifique au champ pénal, tout comme le risque, qui est aussi utilisé dans le domaine industriel ou de l'environnement. On constate cependant une certaine unanimité des scientifiques (sociologues, historiens, psychiatres, juristes) autour de l'aspect flou et ambigu de la notion de dangerosité et de son caractère non scientifique. » : LANCELEVÉE Camille, CLIQUENNOIS Gaëtan, DUGUÉ Frédéric, CARTUYELS Yves, BESSIN Marc, « La croisée des savoirs – Ce que la dangerosité fait aux pratiques : entre soin et peine, une comparaison Belgique-France », *Les cahiers de la justice*, n° 1, 2013, p. 101.

2. La mesure du risque par des facteurs

508 Une appréhension du risque par une approche dimensionnelle. La légitimation de la différenciation de l'acte de punir à partir du concept de dangerosité nécessite le développement en parallèle de son *verso*, le risque de passage à l'acte, qui lui peut fonctionner à la fois comme objet des sciences humaines et de la prise en charge pénitentiaire grâce à son apparente neutralité²⁷³⁶. FOUCAULT parlait à cet égard de la notion de risque comme d'un « échangeur²⁷³⁷ », capable de structurer une dialectique fonctionnelle entre une responsabilité sans faute et les savoirs positivistes, permettant « l'articulation du code et de la science²⁷³⁸ ». Relever avec ce philosophe le rôle du droit civil dans le développement de la défense sociale²⁷³⁹, nous permet de mieux comprendre l'admission du risque dans la pensée juridique contemporaine, en tant qu'« événement dont les possibilités de survenance sont probabilisables²⁷⁴⁰ », et qui permet au réalisme positiviste de tenir place dans la poursuite de l'acte de juger et aux usages des modalités d'exécution de sanctionner la personne condamnée au titre d'une responsabilité sociale, supportée par la responsabilité pénale et l'éclipsant.

Cette responsabilité de l'individu pour le risque qu'il constitue pour la société, et donc ce droit de la société de le sanctionner pour s'en prémunir, a vu son poids sans cesse croître dans l'acte de punir, après l'abandon par le mouvement de la défense sociale nouvelle des mesures de sûreté *ante delictum*²⁷⁴¹. Ce qui s'est trouvé rejeté en l'absence d'infraction et admis de manière exceptionnelle en droit pénal – sous la forme de mesure de sûreté *sui generis* après l'expiration de la peine –, constitue l'un des principaux critères de l'élaboration de l'acte de punir. Les pratiques punitives sont derechef adaptées en fonction de l'individualité pénologique, identifiée à partir de la connaissance positive du sujet. Toutefois,

²⁷³⁶ « Au-delà d'une sémantique qui confine en apparence à la neutralité, l'extension de la rhétorique du risque tient à sa fonction assimilatrice qui naturalise l'existence du risque sans interrogation ni sur son origine, ni sur ses facteurs structurels. De cette manière, elle permet à l'institution pénitentiaire de faire l'économie d'une réflexion sur la contribution de ses choix institutionnels (focalisation sur les évasions, les agressions du personnel et sur les mouvements collectifs) à l'émergence d'événements qu'elle définit et construit comme risque. L'usage du risque rend invisible tant le contenu et la portée que les conséquences attachées aux décisions et aux orientations politiques de l'administration et procède par conséquent à leur dépolitisation. En fusionnant avec le sujet, le risque réalise par là même une nouvelle individualisation de la question pénitentiaire. » : CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 362-363.

²⁷³⁷ FOUCAULT Michel, « L'évolution de la notion d'« individu dangereux » dans la psychiatrie légale », *op. cit.*, p. 410.

²⁷³⁸ *Ibid.*, p. 418.

²⁷³⁹ DANET Jean, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *RSC*, n° 1, 2010, p. 49-68.

²⁷⁴⁰ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 355.

²⁷⁴¹ DANET Jean, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *op. cit.*

les éléments de référence de la confrontation ne sont plus directement des qualifications pénitentiaires correspondant à des types clairement distingués, au travers de critères désignant des ensembles de caractéristiques sous-tendant une problématique pénologique. Il s'agit dorénavant de multiples facettes informant le risque « pensé sous la forme de la dangerosité évaluée²⁷⁴² », réunies en dimensions fondamentales ordonnant une analyse plus fine de l'individu, de sorte à classifier les personnes au-delà des catégories générales de population pénale, tout en légitimant et complexifiant la qualification opérées par l'approche catégorielle.

509 La confrontation des caractéristiques de l'individu aux facteurs de risque. La classification repose donc également sur une approche dimensionnelle, à partir de facteurs de risque chargés de mesurer la probabilité de passage à l'acte, cumulativement ou alternativement à l'approche catégorielle. En ce sens, la doctrine pénologique, en s'appuyant sur de nombreux savoirs, cherche à déterminer les facteurs du passage à l'acte, afin de prédire sa survenance, mais aussi de les prendre en charge pour réduire le risque. La différenciation de l'acte de punir implique de ce fait de plus en plus une responsabilité du sujet pour son individualité, c'est-à-dire pour le risque qu'il représente au regard des actes prédits et commis par les individus partageant ses caractéristiques²⁷⁴³. L'appréhension générale du risque, commune aux milieux ouvert et fermé, est effectuée au travers de dimensions qui constituent différents types de facteurs, pour la plupart statistiquement identifiés comme corrélés au passage à l'acte²⁷⁴⁴. Au fur et à mesure du développement de cette nouvelle grille de lecture pénologique de l'individualité, le nombre de ces facettes s'est accru, complexifiant l'évaluation et affinant sa mesure du risque²⁷⁴⁵. Indéniablement, la pénologie se nourrit tant des savoirs des sciences humaines que de leur méthode, que ce soit dans l'identification des facteurs ou leur combinaison pour mesurer le risque de passage à l'acte des individus aux

²⁷⁴² DANET Jean, « La peine entre logique de la gravité et du risque dans la politique criminelle française et contemporaine », in *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerkhove*, TULKENS Françoise, CARTUYELS Yves, GUILLAIN Christine (dir.), *op. cit.*, p. 81.

²⁷⁴³ SLINGENEYER Thibaut, « Des techniques actuarielles dans la boîte à outils foucaldienne ? un usage « décalé » des statistiques en justice pénale pour susciter les contre-conduites », *Médecine & Hygiène*, n° 4, vol. 41, 2017, p. 551. « Un risque ne résulte pas de la présence d'un danger précis, porté par un individu ou même par un groupe concret. Il est un effet de la mise en relation de données abstraites ou facteurs qui rendent plus ou moins probable l'avènement de comportements indésirables. » : CASTEL Robert, « De la dangerosité au risque », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 47-48, « Éducation et philosophie », 1983, p. 122.

²⁷⁴⁴ SLINGENEYER Thibaut, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *op. cit.*, p. 8.

²⁷⁴⁵ Sur la généalogie des modèles de prévention de la récidive, quant à la diversification de leurs dimensions v. : SENON Jean-Louis, JONAS Carol, VOYER Mélanie, « Outils d'évaluation de la dangerosité des personnes condamnées ou plutôt outils d'évaluation des risques, besoins, réceptivité et facteurs pro-criminogènes et de désistance de la personne condamnée », *op. cit.* ; MATIGNON Émilie, *Les outils d'évaluation et les méthodes de prise en charge des personnes placées sous mains de justice. Rapport de synthèse*, Agen, CIRAP, « Dossier thématique », 2015, p. 97-110.

travers de leurs caractéristiques. Le dernier temps de l'évaluation se réduit effectivement à une confrontation de l'individualité pénologique avec une liste de facteurs produisant une mesure de la probabilité de passage à l'acte. Considérons dès à présent que ce « diagnostic²⁷⁴⁶ » pénologique du risque n'est et ne peut être qu'un « pronostic²⁷⁴⁷ », formulé à partir d'un sujet « objectivé comme un membre d'une sous-population particulière [et produit] via des distributions statistiques appliquées²⁷⁴⁸ » aux différentes catégories d'individus distinguées. C'est la raison pour laquelle la mesure proposée par l'évaluation ne peut être considérée comme la probabilité d'un acte scientifiquement établie. Afin d'éclairer les éléments à partir desquels sont différenciés les individus, parcourons les dimensions et les facettes structurant la mesure de l'individualité pénologique²⁷⁴⁹, fortement inspirées des facteurs d'évaluation de la dangerosité psychiatrique par ailleurs²⁷⁵⁰.

Le premier type, le plus ancien et sans doute également le plus critiqué, regroupe les *facteurs statiques*. Il s'agit des éléments intangibles qui informent le risque de récidive : ce sont classiquement les antécédents judiciaires et pénitentiaires, mais également l'âge, le sexe, l'échec scolaire élémentaire, la séparation du couple parental, le statut socio-économique, avoir été auteur ou victime de violences, *etc.*²⁷⁵¹. Outre la critique tenant au fait que ces facteurs contribuent à prendre plusieurs fois en compte le casier judiciaire dans l'évaluation²⁷⁵², le caractère discriminatoire de certains d'entre eux illustre à eux seuls la difficile conciliation en matière pénale entre dispositif de justice et prise en compte du risque.

Le second type vise les *facteurs dynamiques*, susceptibles d'évoluer dans le temps et d'être appréciés selon leur intensité, dans lequel nous rassemblons les facteurs de risque et les facteurs de protection, correspondant aux « déficits » et aux « ressources » du capital que

²⁷⁴⁶ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*, p. 4 ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 8 ; 73.

²⁷⁴⁷ DARBÉDA Pierre, « L'expertise de prélibération de l'article 722 du code de procédure pénale et le processus d'évaluation et de soins des auteurs d'infractions à caractère sexuel », *RSC*, n° 4, 1996, p. 920.

²⁷⁴⁸ SLINGENEYER Thibaut, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *op. cit.*, p. 5.

²⁷⁴⁹ Pour une synthèse des facteurs généraux guidant l'évaluation des personnels pénitentiaires v. : « Tableau 1 : Synthèse des facteurs et indicateurs guidant l'analyse », in *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 52-53.

²⁷⁵⁰ Sur l'évaluation clinique de la dangerosité en psychiatrie v. : MATHIS Dominique, « Chapitre 49. Situations cliniques difficiles et dangerosité », in *Manuel de psychiatrie clinique et psychopathologique de l'adulte*, KAPSEMBELIS Vassilis (dir.), *op. cit.*, p. 898-900.

²⁷⁵¹ SENON Jean-Louis, JONAS Carol, VOYER Mélanie, « Outils d'évaluation de la dangerosité des personnes condamnées ou plutôt outils d'évaluation des risques, besoins, réceptivité et facteurs pro-criminogènes et de désistance de la personne condamnée », *op. cit.*

²⁷⁵² VACHERET Marion, COUSINEAU Marie-Marthe, « L'évaluation du risque de récidive au sein du système correctionnel canadien : regards sur les limites d'un système », *Dév. & Soc.*, n° 4, vol. 29, 2005, p. 379-397.

constitue l'individualité²⁷⁵³. Concernant d'abord les facteurs de risque dynamique le ministère de la Justice vise, conformément au modèle Risque-Besoin-Réceptivité, les attitudes et croyances approuvant le comportement délinquant, l'environnement relationnel et social, la toxicomanie et les addictions, le profil de personnalité antisocial, les problèmes familiaux et conjugaux, les problèmes d'insertion, l'absence de loisirs et d'activités hors délinquance²⁷⁵⁴, mais aussi l'impulsivité, l'irritabilité, l'agressivité, *etc.*²⁷⁵⁵. Cette liste n'est bien sûr pas exhaustive et elle pourrait être pertinemment complétée par le « niveau d'imprégnation idéologique²⁷⁵⁶ » en matière de radicalisation, l'absence de reconnaissance des faits ou encore par le déni de toute responsabilité et les troubles de la personnalité²⁷⁵⁷. Il s'agit des facteurs communément appelés criminogènes qui « sont les problématiques directement en lien avec le passage à l'acte ou le comportement délinquant²⁷⁵⁸ ». Concernant ensuite les *facteurs de protection*, favorisant la désistance de l'individu, nous retrouvons du côté de la psyché l'empathie, la maîtrise de soi, l'intelligence ou la capacité à gérer un budget, et de l'autre le réseau social, les relations affectives, la capacité d'adaptation, les soins, le travail, *etc.*²⁷⁵⁹.

Le troisième type vise les *facteurs de réceptivité*, qui appréhendent l'accessibilité de l'individu à la prise en charge, il s'agit de la « capacité de la personne à tirer les enseignements de l'intervention des professionnels²⁷⁶⁰ ». Sont ici pris en compte les aptitudes, les capacités actuelles, le degré de conscience des problèmes ou encore la motivation à changer²⁷⁶¹. En outre, cette attitude de principe vis à vis de l'intervention des services pénitentiaires se double de plus en plus d'une prise en compte de l'adhésion à la prise en

²⁷⁵³ BARON Sophie, CASANOVA Arianne, « L'expertise psychiatrique et l'évaluation de la dangerosité pour la JRRS rétention de sûreté », *AJ Pénal*, n° 3, 2014, p. 114.

²⁷⁵⁴ Circ. du 26 septembre 2014 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales instituant la contrainte pénale, *op. cit.*, p. 7.

²⁷⁵⁵ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 63.

²⁷⁵⁶ MISSION DE LUTTE CONTRE LA RADICALISATION VIOLENTE, *Stratégie d'évaluation et de prise en charge de la radicalisation violente. Séminaire juillet 2020*, *op. cit.*, p. 8.

²⁷⁵⁷ Sur les facteurs de risque spécifiques aux infractions sexuelles v. : DELARUE Jean-Marie, ALEZRAH Charles, *Auteurs de violences sexuelles : prévention, évaluation, prise en charge*, *op. cit.*, p. 49.

²⁷⁵⁸ *Ibid.*

²⁷⁵⁹ LEFEVRE Hans, GARCIA Anthony, « La pratique de l'évaluation au sein des SPIP », *op. cit.*, p. 23 ; SENON Jean-Louis, JONAS Carol, VOYER Mélanie, « Outils d'évaluation de la dangerosité des personnes condamnées ou plutôt outils d'évaluation des risques, besoins, réceptivité et facteurs pro-criminogènes et de désistance de la personne condamnée », *op. cit.*

²⁷⁶⁰ Circ. du 26 septembre 2014 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales instituant la contrainte pénale, *op. cit.*, p. 7. La réceptivité rappelle à cet égard une acception de la notion de capacité pénale, entendue comme « l'aptitude du délinquant à bénéficier de la sanction après son jugement » : MARGAINE Clément, *La capacité pénale*, Thèse, Droit, Université de Bordeaux, 2011, §345.

²⁷⁶¹ SENON Jean-Louis, JONAS Carol, VOYER Mélanie, « Outils d'évaluation de la dangerosité des personnes condamnées ou plutôt outils d'évaluation des risques, besoins, réceptivité et facteurs pro-criminogènes et de désistance de la personne condamnée », *op. cit.*

charge par l'évaluation du comportement au regard des modalités mises en œuvre et de l'investissement dans celles-ci²⁷⁶².

L'approche dimensionnelle grâce aux facteurs de risque autorise ainsi une qualification pénologique plus précise des individus, ce qui permet une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la peine, en raison d'une appréhension plus fine du sujet qui se trouve alors responsable de ce qu'il est²⁷⁶³ comme de son attitude par rapport à ce qu'il est²⁷⁶⁴. Enfin, il est possible d'identifier en les *besoins* de la personne placée sous main de justice un dernier type de facteurs issu du modèle néo-réhabilitatif canadien, intéressant indirectement le risque de passage à l'acte en ce que leur prise en compte peut le diminuer. Il s'agit de revaloriser le capital humain et économique de l'individu par l'identification de ses besoins en matière d'éducation, d'hébergement et de soins.

510 L'appréciation du risque au travers des caractéristiques. De la confrontation de l'individualité pénologique aux facteurs de risque découle un pronostic quant aux causes et à la probabilité d'un passage à l'acte. Nonobstant l'affinement de la grille de critères, l'évaluation affecte toujours l'individu à la catégorie correspondant à ses caractéristiques et détermine ainsi les termes et l'intensité de la prise en charge²⁷⁶⁵. La qualification pénologique de la personne condamnée est plus complexe, du fait de la multiplication des problématiques pénologiques et de l'approche dimensionnelle permise par les facteurs de risque, mais c'est toujours une classification des individus qu'opère l'évaluation, en vue de l'individualisation des conditions d'exécution de la peine. Derrière la consécration de l'évaluation rationalisée, nous retrouvons donc un « processus d'objectivation²⁷⁶⁶ » de la personne optimisé. Il est dès lors de moins en moins question de l'exécution de la condamnation d'un sujet juridique que de la prise en charge d'un individu et de ses caractéristiques pénologiques. La personne dans un premier temps réduite à son individualité se voit dorénavant qualifiée sur le fondement de celle-ci, par une méthode de classification à la fois catégorielle et dimensionnelle, contribuant à la « dissolution de la notion de sujet²⁷⁶⁷ » dans l'élaboration de l'acte de punir.

²⁷⁶² Sur la prise en compte de l'adhésion à la prise en charge v. : *infra* n° 544 ; 548 et s.

²⁷⁶³ GUIDICELLI-DELAGE Geneviève, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, n° 1, 2010, p. 69.

²⁷⁶⁴ RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, *op. cit.*, p. 64.

²⁷⁶⁵ LEFEVRE Hans, GARCIA Anthony, « La pratique de l'évaluation au sein des SPIP », *op. cit.*, p. 23 ; GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 20.

²⁷⁶⁶ QUIRION Bastien, « Les transformations de l'intervention thérapeutique en milieu correctionnel : pérennité de la logique dominante ou innovations pénales ? », *op. cit.*, p. 3.

²⁷⁶⁷ CASTEL Robert, « De la dangerosité au risque », *op. cit.*, p. 119 ; CASTEL Robert, *La gestion des risques: de l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, *op. cit.*, p. 119.

*

511 L'objectivation du sujet. Du fonctionnement du dispositif d'exécution découle inévitablement une objectivation du sujet, puisqu'il fonctionne à partir d'une « technologie politique des individus²⁷⁶⁸ », transformant le sujet de droit en individu-objet de la prise en charge pénitentiaire. L'avènement de la « philosophie de l'évaluation²⁷⁶⁹ » dans l'action publique et d'une prétention à la connaissance positive de la détermination de la conduite de l'homme en sciences humaines ont néanmoins transformé les pratiques de l'examen des personnes condamnées. Au fur et à mesure que s'accroît la place réservée à l'évaluation dans les pratiques punitives s'affine l'objectivation du sujet, qui tend à n'être plus connu que par son individualité pénologique et pris en charge au titre de ses caractéristiques pénologiques. Partageant avec le mouvement du « réalisme américain » du XX^e siècle le désir de connaître, catégoriser et assurer²⁷⁷⁰, nos pratiques punitives laissent de moins en moins de place à une autre dialectique du rapport au sujet que celle correspondant à l'individualisation, la classification et la différenciation. L'évaluation qui s'affiche comme le vecteur de la libération de la connaissance du sujet s'avère finalement le moyen de son emprisonnement dans la rationalité punitive néolibérale. L'analyse de l'objet et de l'objectif de l'évaluation met effectivement en exergue l'amplification de l'objectivation du sujet assurant à l'institution une meilleure prise sur ce dernier. L'affinement de l'individualisation du sujet n'est effectivement pas neutre. Elle contribue à l'intensification de l'assujettissement de la personne, dont les plus intimes facettes de sa personnalité sont dès lors connues et prises en charge. Réduit à une étiquette par un procédé de qualification fondé sur la dangerosité et le risque, le sujet de droit s'éclipse derrière les traits de son individualité pénologique²⁷⁷¹.

**

512 Un procédé de qualification des personnes. Structurée par les savoirs positivistes des sciences humaines et formatée par les doctrines pénologiques, la connaissance sur le sujet tend à ne plus désigner que les éléments utiles pour l'individualisation du sujet et de sa peine,

²⁷⁶⁸ FOUCAULT Michel, « La technologie politique des individus », *op. cit.*

²⁷⁶⁹ MARTUCELLI Danilo, « Critique de la philosophie de l'évaluation », *op. cit.* La procédure pénale *post-sententiam* se trouve en effet marquée par ce que d'aucuns appellent la « philosophie de l'évaluation », imposant l'idée d'une valeur-raison unique dans le domaine de l'action publique, impliquant un processus décisionnel caractérisé par la mesure et la scientificité qui, dans le champ pénitentiaire, vise à légitimer les usages des modalités d'exécution, qui n'interviennent pas pour sanctionner la violation d'une interdiction ou d'une obligation du régime d'exécution : *ibid.*

²⁷⁷⁰ HARCOURT Bernard, KREEGER Julius, « Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIX^e et XX^e siècles », *op. cit.*, p. 41-45.

²⁷⁷¹ BIRMAN Joël, « L'éclipse du sujet et de la singularité dans le discours de l'évaluation », *op. cit.*, p. 242.

eu égard à un ordre pénitentiaire redéfini par la rationalité punitive néolibérale²⁷⁷². Cette forme d'examen du sujet constitue ainsi un procédé de qualification des personnes, ou plutôt de requalification du sujet de droit en individu-objet de la prise en charge pénitentiaire, au regard des problématiques pénologiques et du niveau de risque auxquels correspond son individualité. La rationalisation de l'évaluation n'apparaît dès lors pas impliquer un changement paradigmatique dans l'examen des personnes condamnées et la détermination des conditions de la peine, au regard des pratiques historiques de classification de la population pénale, inhérente au fonctionnement de l'institution pénitentiaire depuis sa fondation²⁷⁷³. Ordonné à l'individualisation, le dispositif d'exécution de la peine privative de liberté ne peut faire l'économie d'un « processus d'objectivation²⁷⁷⁴ » des personnes condamnées. Ce dernier connaît toutefois d'une rationalisation néo-positiviste, opérée par le renouvellement de ses modalités et des savoirs auxquels il se réfère, pour connaître des personnes condamnées. D'un côté, ce mouvement détermine l'intensification de l'objectivation du sujet, pour entreprendre le perfectionnement des procédés de normalisation par l'accroissement de l'individualisation de la prise en charge pénitentiaire. De l'autre, la rationalisation de l'évaluation recherche l'objectivation du résultat de celle-ci, pour légitimer l'abandon de la considération de la personne en tant que sujet de droit, moral et politique, pour ne plus le connaître qu'en tant que la cause d'un risque. Au sein du dispositif d'exécution, l'évaluation n'est pas seulement un procédé de classification, mais également un procédé de véridiction (Section 2).

²⁷⁷² Sur l'extension de la gouvernementalité néolibérale au champ pénitentiaire v. : *infra* n° 406 et s.

²⁷⁷³ Sur la fondation de l'institution pénitentiaire v. : *supra* n° 229-232.

²⁷⁷⁴ QUIRION Bastien, « Les transformations de l'intervention thérapeutique en milieu correctionnel : pérennité de la logique dominante ou innovations pénales ? », *op. cit.*, p. 3.

SECTION 2. UN PROCÉDÉ DE VÉRIDICTION

513 L'accentuation d'un rituel de vérité. Après la démonstration de la persistance d'un « processus d'objectivation²⁷⁷⁵ » du sujet, il est opportun de replacer cette pratique dans les relations de « pouvoir-savoir » au fondement du dispositif, en tant que cérémonie établissant « sur les individus une visibilité à travers laquelle on les différencie et on les sanctionne »²⁷⁷⁶. L'évaluation est effectivement la forme contemporaine de ce qui illustre le mieux la « superposition des rapports de pouvoir et des relations de savoir²⁷⁷⁷ » dans le fonctionnement du dispositif d'exécution, c'est-à-dire « un mécanisme qui lie à une certaine forme d'exercice du pouvoir un certain type de formation de savoir²⁷⁷⁸ ». Il est en effet impossible d'exécuter la peine privative de liberté sans produire un savoir sur la population pénale, puisque l'acte de punir n'est pas entièrement prédéterminé et que les conditions d'exécution de la peine doivent être individualisées. De même, il est impossible de produire cette connaissance indispensable sur la population pénale sans assujettir les personnes condamnées dans le champ pénitentiaire, pour les observer et les évaluer. L'individu produit par l'évaluation est d'ailleurs l'incarnation de ces rapports, puisqu'il est « effet et objet de pouvoir, comme effet et objet de savoir²⁷⁷⁹ ». S'il est possible d'assujettir la personne condamnée à des pratiques punitives normalisantes, c'est bien en effet en raison de l'identification d'une individualité dangereuse, impliquant un risque de passage à l'acte qu'il est possible de traiter par la réduction de l'écart à la norme caractérisant l'individu²⁷⁸⁰.

Plus que jamais, l'évaluation des personnes est dès lors une pratique centrale dans l'individualisation de la peine sous la forme d'un rituel de vérité. Il s'agit d'organiser un « régime de vérité²⁷⁸¹ », distinct de la procédure pénale, pour légitimer la poursuite de l'acte

²⁷⁷⁵ QUIRION Bastien, « Les transformations de l'intervention thérapeutique en milieu correctionnel : pérennité de la logique dominante ou innovations pénales ? », *op. cit.*, p. 3.

²⁷⁷⁶ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 32 ; 187.

²⁷⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 189.

²⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 194. De manière générale, FOUCAULT pose « qu'il n'y a pas de relation de pouvoir sans constitution corrélatrice d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir » : *ibid.*, p. 32. « [Les] productions de vérités ne peuvent pas être dissociées du pouvoir et des mécanismes de pouvoir, à la fois parce que ces mécanismes de pouvoir rendent possibles, induisent ces productions de vérités et que ces productions de vérités ont elles-mêmes des effets de pouvoir » : FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », *op. cit.*, p. 404.

²⁷⁸⁰ À cet égard, l'analyse foucauldienne du dispositif carcéral est toujours pertinente pour décrire le fonctionnement de l'institution pénitentiaire : les pratiques d'assujettissement et les savoirs ont certes évolué, mais ils s'articulent toujours selon une rationalité commune, qui préside aux rapports de pouvoir-savoir se manifestant par « l'assujettissement de ceux qui sont perçus comme des objets et l'objectivation de ceux qui sont assujettis » : FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187.

²⁷⁸¹ « Même si la capacité de produire cette preuve repose toujours sur un degré d'interprétation des traces que cet acte a laissé, il n'est certes pas équivalent d'asseoir une décision de justice sur des signes comme traces que

de juger sur le fondement de la rationalité pénitentiaire. Si ce procédé d'examen n'est pas encadré substantiellement par le droit, qui ne prescrit le plus souvent que les critères et les acteurs de l'évaluation, il répond d'une pratique rationalisée par les savoirs néo-positivistes et les doctrines pénologiques pour assurer la production d'« effets de vérité²⁷⁸² » sur la personne. En ce sens, cette évaluation est « raisonnée²⁷⁸³ », afin de produire un savoir sur le sujet pouvant être pris pour vrai et permettant ainsi la justification de l'adaptation du régime d'exécution. De cette fonction de « véridiction²⁷⁸⁴ » découle le caractère chronique de l'évaluation, qui fait d'elle un rite préalable à toute différenciation de l'acte de punir et, corrélativement, qui disqualifie la modulation *de jure* de la peine²⁷⁸⁵. Considérons alors que l'évaluation est une pratique instrumentée (§1), en vue de faire de celle-ci un procédé d'objectivation de son résultat, et une pratique instrumentale (§2), en ce que son apport au dispositif réside dans les effets de vérité produit sur la différenciation de l'acte de punir.

§1. UNE PRATIQUE INSTRUMENTÉE

514 Les modalités de l'évaluation. Après la philosophie du choix rationnel du courant utilitariste²⁷⁸⁶, les sciences humaines ont été marquées par le « paradigme du cognitivisme²⁷⁸⁷ », consistant à considérer que l'esprit humain peut être analysé comme un « système de traitement de l'information²⁷⁸⁸ ». Dans ce cadre de pensée, les conduites considérées indésirables sont codifiées comme le résultat de défaillances cognitives ou de troubles comportementaux, pouvant être identifiés par des instruments et traiter avec des « méthodes cognitivo-comportementales, qui consistent à apprendre aux délinquants à réfléchir aux conséquences de leur conduite criminelle, à les amener à mieux se connaître et à

de l'asseoir sur des signes comme présages. Il s'agit dans les deux cas d'un régime de vérité tout à fait différent et l'on passe de l'établissement de la preuve à la construction d'une prévision. » : RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, *op. cit.*, p. 56. « Le rapport intrinsèque de la loi et du sujet, dans le sens où la loi ne parle pas au sujet mais parle du sujet à travers l'objectivité paradoxale de ses comportements possibles, détruit d'un même mouvement le concept de loi et le concept de sujet juridique. » : *ibid.*, p. 58.

²⁷⁸² FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

²⁷⁸³ *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre*, *op. cit.*, p. 35.

²⁷⁸⁴ FOUCAULT Michel, *Subjectivité et vérité. Cours au Collège de France. 1980-1981*, *op. cit.*, p. 15-16 ; 224 ; 240-242.

²⁷⁸⁵ À partir du moment où l'on affirme qu'il est possible de connaître scientifiquement de l'incertitude inhérente à la subjectivité de l'homme, alors il devient illégitime de procéder à l'usage d'une modalité d'exécution sur le fondement d'une rationalité juridique.

²⁷⁸⁶ HARCOURT Bernard, « Critique du champ pénal à l'âge actuariel », *Cahiers parisiens*, n° 3, 2007, p. 795.

²⁷⁸⁷ BIRMAN Joël, « L'éclipse du sujet et de la singularité dans le discours de l'évaluation », *op. cit.*, p. 241.

²⁷⁸⁸ STEINER Pierre, « Introduction cognitivisme et sciences cognitives », *op. cit.*, p. 15.

mieux se contrôler, à reconnaître et à éviter les situations qui précèdent le passage à l'acte²⁷⁸⁹ ». À cet égard, « la dangerosité, loin d'être conçue comme un déterminisme, est davantage conçue comme une faille individuelle qu'il est possible de combler, de traiter²⁷⁹⁰ ». Cette grille de lecture, constituant de plus en plus le prisme de l'appréhension du sujet dans l'acte de punir, fait du comportement infractionnel le résultat d'une « chaîne délictuelle²⁷⁹¹ », composée de cognitions et de comportements dans l'environnement qu'il est possible d'identifier. L'extension de la portée des sciences humaines dans la réflexion criminologique a alors déterminé l'importation dans le champ pénitentiaire des méthodes positivistes pour connaître, prédire et traiter la conduite des personnes condamnées. L'évaluation est alors devenue une pratique instrumentée, en vue d'objectiver la « production de savoirs individualisés²⁷⁹² » sur les personnes condamnées. L'analyse de cet aspect de la rationalisation du procédé d'examen des personnes condamnées sera d'abord entreprise par la mesure de la structuration des méthodes d'évaluation (A), par divers outils dédiés à la mesure du risque. Ensuite, nous considérerons le rôle de la structuration du procédé d'évaluation (B) dans son ensemble, au-delà des outils issus du néo-positivisme.

A. La structuration des méthodes d'évaluation

515 Les moyens de l'examen des personnes condamnées. L'instrumentation de l'examen du sujet consiste en la « tentative de rationalisation des méthodes d'évaluation²⁷⁹³ », par des outils techniques (instruments actuariels, grille et protocole d'évaluation). Ce mouvement prend naissance dans la disqualification du jugement professionnel dit clinique, en raison de la « faiblesse opérationnelle des évaluations

²⁷⁸⁹ Annexe 2, in Recommandation Rec(2000) 22 du Comité des ministres aux États membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et les mesures applicables dans la Communauté, §23. Sur ce type de modalités de prise en charge v. : *supra* n° 265 ; 422 ; 428 et s.

²⁷⁹⁰ ALIX Julie, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », *op. cit.*, p. 57. En ce sens v. : DANET Jean, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *op. cit.*, p. 23 ; GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 8.

²⁷⁹¹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 65 ; BRILLET Emmanuel, « Une nouvelle méthode d'intervention auprès des personnes placées sous main du justice : les programmes de prévention de la récidive (PPR) », *op. cit.*, p. 5 ; DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 68.

²⁷⁹² CHANTRAINE Gilles, VACHERET Marion, « Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens », *op. cit.*, p. 2.

²⁷⁹³ GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 3

conduites²⁷⁹⁴ » sous ce mode, en tant qu'il serait infondé et inefficace, et le développement d'outils quantitatifs fondés sur les savoirs néo-positivistes²⁷⁹⁵. Une fois l'« approche qualitative désavouée²⁷⁹⁶ », un champ de recherche s'est ouvert pour élaborer les meilleurs instruments pour prévenir la récidive en structurant l'évaluation, notamment par des outils quantitatifs, produisant une variable chiffrant le pronostic. Les « méthodes modernes²⁷⁹⁷ », fondées sur des données empiriques, ne se limitent toutefois pas à ces instruments actuariels, issus des techniques assurantielles, et incluent les protocoles d'évaluation ordonnant l'analyse des facteurs pour obtenir une mesure opérationnelle du risque. Au demeurant, l'opportunité de l'ensemble de ces outils destinés à structurer les méthodes d'évaluation ont fait l'objet de vives controverses en France, comme dans les pays anglo-saxons d'où ils proviennent²⁷⁹⁸.

En dépit de l'absence de consensus sur leur efficacité prédictive²⁷⁹⁹, ni d'ailleurs sur l'utilité politique de la recherche de tels instruments²⁸⁰⁰, ces derniers se sont progressivement imposés. Notre objet ne sera pas ici d'investir ces débats, en interrogeant la qualité de ces outils, mais de faire l'état des lieux de l'instrumentation de l'évaluation des personnes condamnées. Il s'agit de se demander à quoi correspond le mouvement d'instrumentation de l'évaluation et comment cette évolution des moyens contribue à la justification des usages des modalités d'exécution. À cet égard, les inquiétudes latentes d'une partie de la doctrine et des acteurs du champ pénitentiaire quant à la réduction de l'évaluation du sujet de l'acte de punir à l'emploi d'instruments, après l'essor de ces méthodes modernes, semblent *a priori* être fondées, en raison de la systématisation du recours aux outils (1). Toutefois, il est possible

²⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 10.

²⁷⁹⁵ SENON Jean Louis, « Dangerosités psychiatriques et criminologiques : des peurs sociales au questionnement sur l'évaluation actuarielle et les mesures de sûreté », in *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), *op. cit.*, p. 184-187.

²⁷⁹⁶ GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, 4.

²⁷⁹⁷ RAOULT Sacha, « Récidive : trois ans après la conférence, pourquoi il n'y a toujours pas de consensus », *AJ Pénal*, n° 1, 2016, p. 25.

²⁷⁹⁸ *Ibid.* ; GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 3.

²⁷⁹⁹ HARCOURT Bernard, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique », *Dév. & Soc.*, n° 1, vol. 35, 2011, p. 29 ; RAOULT Sacha, « L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et la production du "chiffre" », *RSC*, n° 3, 2014, p. 655-668 ; RAOULT Sacha, « Récidive : trois ans après la conférence, pourquoi il n'y a toujours pas de consensus », *op. cit.* ; RAOULT Sacha, « Efficacité des politiques pénales : usages et mésusages de la recherche internationale », *RPDP*, n° 3, 2018, p. 729-742 ; GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 15-21 ; LARMINAT Xavier de, « La probation en quête d'approbation : du consensus politique à l'aveuglement positiviste », *APC*, n° 1, vol. 35, 2013, p. 54.

²⁸⁰⁰ HARCOURT Bernard, PONCELA Pierrette (dir.), *Conférence de dissensus sur la récidive. Exercices critiques sur une production de vérité*, Conférence, Paris, Université Paris Nanterre, Université de Chicago, 14 février 2013 ; HARCOURT Bernard, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique (Partie II) », *Dév. & Soc.*, n° 2, vol. 35, 2011, p. 163-194 ; RAOULT Sacha, « L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et la production du "chiffre" », *op. cit.*, p. 656.

dans un second temps d'observer la rationalisation de la place des outils (2) dans la pratique de l'évaluation.

1. La systématisation du recours aux outils

516 La systématisation de l'instrumentation des évaluations. Dans le champ pénitentiaire français, l'emploi d'outils destinés à structurer les méthodes des professionnels en charge de l'évaluation se systématise, sous l'étendard d'un discours prônant l'évolution des méthodes d'évaluation sur le fondement « des données probantes issues de la recherche internationale²⁸⁰¹ ». Ce mouvement de rationalisation, s'inscrivant dans les recommandations du Conseil de l'Europe²⁸⁰², poursuit l'ambition de mieux contrôler à la fois le procédé et le résultat de l'évaluation, par l'instauration d'outils censés par ailleurs améliorer le degré de connaissance du sujet²⁸⁰³. En définitive, la systématisation de l'instrumentation des évaluations découle de la volonté d'objectivation de l'individualisation de la personne condamnée pour légitimer sa classification et ses conséquences sur la prise en charge. Il s'agit en d'autres termes de justifier du passage de la rationalité pénale à la rationalité pénitentiaire pour la détermination des conditions d'exécution de la peine. Afin de vérifier les tenants et les aboutissants de cette systématisation du recours aux outils dans la mise en état des décisions relatives à l'individualisation du régime d'exécution, nous reviendrons d'abord sur les prémices de l'instrumentation des évaluations, avant d'explorer sa généralisation.

²⁸⁰¹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 11. L'invocation de « la recherche internationale » est de toute évidence un argument d'autorité, impliquant par l'emploi du singulier la négation de l'éclectisme des recherches en matière de prévention de la récidive, ainsi que le contexte quasi-exclusivement nord-américain de ces travaux : LARMINAT Xavier de, « La probation en quête d'approbation : du consensus politique à l'aveuglement positiviste », op. cit., p. 49 ; 54 ; RAOULT Sacha, « Efficacité des politiques pénales : usages et mésusages de la recherche internationale », op. cit., p. 729.

²⁸⁰² « Les services de probation doivent pouvoir recourir à diverses méthodes, fondées sur une approche pluridisciplinaire et des connaissances solides issues de la recherche scientifique dans ce domaine. » : règle 77, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation. V. également : Annexe 2, in Recommandation Rec(2000) 22 du Comité des ministres aux États membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et les mesures applicables dans la Communauté, §22 et s.

²⁸⁰³ HERZOG-EVANS Martine, BONTA James, KEULEN DE VOS Marije, VANDERSTUKKEN Olivier et BENBOURICHE Massil, « Structurer le jugement professionnel : les véritables enjeux », *AJ Pénal*, n° 1, 2018, p. 12. Cette volonté d'objectivation poursuit l'espérance d'une maîtrise de l'incertitude par la mesure du risque, afin « de protéger les décideurs, d'assurer contre les risques, de déresponsabiliser les responsables » : HARCOURT Bernard, KREEGER Julius, « Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIX^e et XX^e siècle », op. cit., p. 41. Il s'agit de rechercher à « maîtriser l'incertitude, en la rendant disciplinée et docile » : ROSE Nikolas, cité in *ibid.*, p. 34. « Penser en termes de risque apprivoise de manière paradoxale le hasard, le destin et l'incertitude. En reconnaissant l'impossibilité d'une certitude quant à l'avenir, il rend ce manque de certitude quantifiable en termes de probabilité. Et une fois la probabilité de l'occurrence d'un événement futur quantifiée, on peut prendre et justifier des décisions sur ce qu'il y a lieu de faire dans le présent en toute connaissance de cause, même s'il ne s'agit que de probabilité » : *ibid.*

517 Les prémices. Les premières traces de l'instrumentation de l'évaluation dans le champ pénitentiaire sont à repérer du côté de l'expertise psychiatrique. Paradoxalement, c'est la pratique expertale la plus marquée par la méthode clinique qui a constitué le cheval de Troie des méthodes actuarielles dans le dispositif d'exécution. Ces outils utilisent des méthodes statistiques pour « déterminer les niveaux de [risque] associés à un groupe ou à l'un ou plusieurs caractères du groupe, et à partir de ces corrélations, prédire le comportement criminel futur d'un individu spécifique²⁸⁰⁴ » ; « ils permettent de quantifier un risque, de situer le sujet par rapport aux populations explorées²⁸⁰⁵ ». En tout état de cause, la psychiatrie légale a intégré, pour répondre à la « commande politique récente²⁸⁰⁶ » quant au pronostic de dangerosité, des outils tels que Statistique-99R, *Violence Risk Appraisal Guide* ou *Historical Clinical Risk-20* pour mesurer le risque de violence²⁸⁰⁷. Il s'agit de grilles composées d'items, concernant le plus souvent la violence passée du sujet, des éléments renforçant le passage à l'acte et les stimuli qui peuvent le déclencher²⁸⁰⁸, que l'évaluateur doit noter sur une échelle de points en vue d'obtenir un score final correspondant à un niveau de risque.

Ces outils actuariels doivent être strictement distingués des premières grilles élaborées pour les personnels pénitentiaires et structurant leur évaluation. Les premiers instruments recherchant la standardisation de l'examen des personnes condamnées sont en effet des grilles constituant une aide au repérage de la dangerosité et de la vulnérabilité²⁸⁰⁹, ou encore du risque suicidaire²⁸¹⁰, c'est-à-dire un support formatant l'évaluation et prescrivant les facteurs à prendre en compte, sans pour autant inclure un système de notation fondée sur des études

²⁸⁰⁴ HARCOURT Bernard, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique », *op. cit.*, p. 27.

²⁸⁰⁵ BARON Sophie, CASANOVA Arianne, « L'expertise psychiatrique et l'évaluation de la dangerosité pour la JRRS rétention de sûreté », *op. cit.*, p. 114.

²⁸⁰⁶ SENON Jean-Louis, VOYER Mélanie, PAILLARD Christelle, JAAFARI Nemat, « Dangerosité criminologique : données contextuelles, enjeux cliniques et experts », *L'information psychiatrique*, n° 8, vol. 85, 2009, p. 720.

²⁸⁰⁷ Pour une reproduction de ces grilles v. : MATIGNON Émilie, *Les outils d'évaluation et les méthodes de prise en charge des personnes placées sous mains de justice. Rapport de synthèse*, Agen, CIRAP, « Dossier thématique », 2015, p. 100-101 ; 102 ; 109. Pour une description de l'origine et du fonctionnement de ces différents outils v. : VOYER Mélanie, SENON Jean-Louis, « Présentation comparative des outils d'évaluation du risque de violence », *L'information psychiatrique*, n° 6, vol. 88, 2012, p. 445-453.

²⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 447.

²⁸⁰⁹ « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.*

²⁸¹⁰ « Grille d'aide au signalement des personnes détenues présentant un risque suicidaire », in Circ. interministérielle du 26 avril 2002 relative à la prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires, *op. cit.* ; « Grille d'évaluation du potentiel suicidaire des personnes détenues », in Note du 14 mai 2007 relative à la mise en œuvre du programme de prévention du suicide des personnes détenues, DAP ; « Recueil d'informations pertinentes pour l'évaluation du potentiel suicidaire chez les mineurs détenus », in Note du 23 octobre 2008 relative à l'utilisation de la nouvelle grille d'évaluation du potentiel suicidaire adaptée aux mineurs détenus, DAP-DPJJ.

statistiques. L'évaluation se conclut toutefois par une « décision de classification²⁸¹¹ » dans une ou plusieurs catégories à risque (ordinaire ou faible risque détecté ; vulnérabilité en détention ; risques auto-agressifs ; risques hétéro-agressifs ; risques liés à la sécurité ; personnes radicalisées²⁸¹²), prise en commission pluridisciplinaire unique et pesant sur l'individualisation du régime de détention jusqu'à pouvoir légitimer « l'opportunité pour les situations les plus extrêmes d'envisager une proposition de classement dans la liste des DPS²⁸¹³ ». Développés à la suite d'initiatives locales, et au nom de la mise en conformité de l'institution avec les règles pénitentiaires européennes, ces outils sont intervenus en détention dans le cadre de la réglementation du parcours arrivant²⁸¹⁴. L'instrumentation de l'évaluation par les personnels pénitentiaires apparaît alors corrélée à la structuration du processus d'individualisation par le parcours d'exécution de la peine²⁸¹⁵. À ce titre, la transformation de l'évaluation doit être replacée plus largement dans la reconfiguration du dispositif d'exécution, autour d'un processus d'individualisation provoquant l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir²⁸¹⁶. Ce n'est qu'à partir du moment où l'acte de juger se poursuit dans l'exécution de la peine qu'un impératif de légitimation de la différenciation de l'acte de punir s'impose, impliquant un « régime de vérité²⁸¹⁷ » distinct de la procédure pénale.

518 La généralisation. L'étape suivante de l'introduction d'outils structurant l'évaluation est celle de la première tentative de systématisation de l'instrumentation de l'examen des personnes par les services pénitentiaires d'insertion et de probation. Reproduisant en quelque sorte le schéma d'apparition en psychiatrie des outils actuariels, le « diagnostic à visée criminologique²⁸¹⁸ » n'est intervenu qu'à la suite de la disqualification de la pratique non structurée et non harmonisée des personnels pénitentiaires²⁸¹⁹. À la suite notamment de

²⁸¹¹ « Notice explicative », in Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, *op. cit.*, p. 5.

²⁸¹² « Grille d'aide à l'évaluation du potentiel de dangerosité et de vulnérabilité », in *ibid.*, p. 3-4 ; Note relative au guide d'utilisation des outils d'aide au repérage pluridisciplinaire d'un risque de radicalisation violente en établissement pénitentiaire, *op. cit.*, p. 12-22.

²⁸¹³ « Notice explicative », in *ibid.*, p. 6. Sur le statut de détenu particulièrement signalé v. : *supra* n° 261.

²⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 2.

²⁸¹⁵ Sur cette structuration v. : *supra* n° 297 et s.

²⁸¹⁶ Sur l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir dans un processus d'individualisation v. : *supra* n° 50 ; *supra* n° 56 et s.

²⁸¹⁷ RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, *op. cit.*, p. 56 ; SLINGENEYER Thibaut, « Le triptyque foucauldien « souveraineté-discipline-sécurité » comme outil d'analyse de la peine privative de liberté et de la libération (conditionnelle) », *op. cit.*, p. 91.

²⁸¹⁸ Circ. du 8 novembre 2011 relative au diagnostic à visée criminologique (DAVC), Garde des sceaux, JUSK1140051C, BOMJ n° 2011-11 du 30 novembre 2011.

²⁸¹⁹ « Les pratiques des agents sont perçues comme artisanales, lacunaires et perméables à une certaine subjectivité des propos sinon à des préjugés, en fonction de facteurs idiosyncrasiques liés à l'histoire, la formation, les valeurs et représentations des agents. [...] L'évaluation basée sur un jugement clinique non

rapports de commission *ad hoc*²⁸²⁰, les « enseignements tirés de recherches et de pratiques étrangères ont nourri une contestation croissante de ces méthodes d'évaluation, les approches cliniques, jugées partiales, peu fiables²⁸²¹ ». En réaction et avec une expérimentation du diagnostic à visée criminologique à partir de 2008²⁸²², l'institution pénitentiaire a entrepris de réglementer au travers de cet outil les méthodes d'évaluation des conseillers d'insertion et de probation, consacrant ainsi le renouvellement des savoirs pénologiques sous-tendant la différenciation de l'acte de punir. Concrètement, il s'agissait d'un « outil d'évaluation²⁸²³ » non actuariel²⁸²⁴, présenté comme un instrument d'harmonisation, mais s'inscrivant dans une réforme du fonctionnement des services, ayant pour principal objet de systématiser l'indexation des évaluations des services pénitentiaires sur les facteurs de risques, statiques et dynamiques²⁸²⁵. L'« introduction du nouvel outil s'inscrivait dans une nouvelle logique, répondant à l'exigence de sécurisation de l'évaluation en vue d'une prévention efficace de la récidive et d'une meilleure gestion des risques²⁸²⁶ ». En dépit du tournant qu'il constitue dans l'évolution des moyens de l'évaluation, suite une mise en œuvre difficile et son abandon en

structuré serait donc impressionniste, subjective, non validée scientifiquement, et fondée sur des corrélations intuitives » : GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 5. Sur les pratiques traditionnelles des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation v. : *ibid.*, p. 4.

²⁸²⁰ BURGELIN Jean-François, *Santé, justice et dangers* : pour une meilleure prévention de la récidive, *op. cit.* ; GARRAUD Jean-Paul, *Réponses à la dangerosité*, *op. cit.* ; LAMANDA Vincent, *Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux. Rapport à M. le Président de la République*, 2008, 70 p.

²⁸²¹ GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 4. *A contrario*, l'« approche statistique de ces facteurs, mécanique et algorithmique, apparaît ainsi comme un gage de précision, d'uniformisation et d'efficacité. La prédiction actuarielle objective, valide et fidèle permettrait de dompter les incertitudes liées au comportement criminel. » : *ibid.*, p. 7.

²⁸²² DUBOURG Émilie, *Les services pénitentiaires d'insertion et de probation à l'aune de la prévention de la récidive. Fondements juridiques, évolution, évaluation et avenir*, *op. cit.*, §765.

²⁸²³ Circ. du 8 novembre 2011 relative au diagnostic à visée criminologique (DAVC), *op. cit.*

²⁸²⁴ « Contrairement aux outils actuariels, l'appréciation formulée à partir du DAVC ne donnait pas lieu à un résultat scoré, chaque item reposant sur une appréciation binaire (oui / non), ternaire (acquis / non acquis / en cours d'acquisition) ou à une appréciation libre mais nécessairement concise, le nombre de caractères étant limité. » : GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 11. Les champs composant le périmètre de l'analyse étaient : la situation pénale et le respect de la mesure ou de la peine et de ses obligations ; l'appropriation de la condamnation et la reconnaissance de l'acte commis ; l'inscription dans l'environnement social et familial et les capacités au changement ; la situation médicale et sa compatibilité avec le projet d'insertion : Circ. du 8 novembre 2011 relative au diagnostic à visée criminologique (DAVC), *op. cit.*

²⁸²⁵ Sur le diagnostic à visée criminologique v. : DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 9-10 ; MILBURN Philip, JAMET Ludovic, « Les services de probation et d'insertion français dans la tourmente », *op. cit.*, p. 7-11 ; LARMINAT DE Xavier, « La technologie de mise à distance des condamnés en France. La centralisation informatique des données socio-judiciaires », *op. cit.* ; DUBOURG Émilie, *Les services pénitentiaires d'insertion et de probation à l'aune de la prévention de la récidive. Fondements juridiques, évolution, évaluation et avenir*, *op. cit.*, §760-797.

²⁸²⁶ GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 11.

pratique, il sera formellement supprimé avec l'annulation de la circulaire du 8 novembre 2011²⁸²⁷, ce qui ne mit pas pour autant un terme à la généralisation de l'instrumentation.

En dépit de l'échec de l'introduction d'une grille d'indicateurs à renseigner, unique et propre à l'administration pénitentiaire, la volonté de systématisation de l'instrumentation est demeurée présente. Si la conférence de consensus a marqué son absence d'adhésion aveugle aux méthodes actuarielles, elle a tout de même entériné la politique pénitentiaire européenne et française consistant à prôner le développement d'une évaluation structurée, fondée sur des travaux de recherche²⁸²⁸. Dans ce « contexte d'affirmation politique de l'opportunité d'une évaluation structurée des PPSMJ²⁸²⁹ », la direction de l'administration pénitentiaire a lancé une recherche-action destinée à expérimenter en France divers outils, à la fois généraux et spéciaux²⁸³⁰. De surcroît, la généralisation de l'instrumentation s'appuie également sur la diversification des outils, alimentée par la spécialisation des moyens d'évaluation pour certaines figures de la dangerosité²⁸³¹. L'identification par l'institution d'une nouvelle problématique pénologique en la radicalisation a d'ailleurs conduit au lancement de recherches-action et à l'importation d'un outil²⁸³². La volonté d'objectivation de l'évaluation,

²⁸²⁷ CE, 10^e-9^e SSR, 11 avril 2014, n° 355624, inédit.

²⁸²⁸ *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre*, op. cit., p. 34-35.

²⁸²⁹ MATIGNON Émilie, *Les outils d'évaluation et les méthodes de prise en charge des personnes placées sous mains de justice. Rapport de synthèse*, op. cit., p. 122.

²⁸³⁰ Les outils expérimentés dans le cadre de la recherche PREVA sont : le guide d'investigation forensique (Guide INFO), qui constitue un support d'entretien et d'investigation ; l'inventaire de niveaux de service et de gestion des cas (LS/CMI), qui est un instrument général basé sur l'approche de la personnalité générale et la théorie de l'apprentissage social à l'origine du modèle Risque-Besoin-Réceptivité ; l'inventaire des besoins d'intervention (FACILES-RX), qui est un outil développé par l'un des directeurs de la recherche s'inspirant du processus d'évaluation initiale du Canada ; un outil d'auto-évaluation des besoins (FACILES-RX-Auto) ; l'inventaire des indices de réceptivité au suivi (IREC), également développé par l'un des directeurs de la recherche ; et enfin le *Structured Assessment if Protective Factors* (SAPROF), qui est un outil structurant le jugement clinique et qui évalue les facteurs de protection contre la violence et la récidive : HIRSCHMANN Astrid, LAFORTUNE Denis, GUAY Jean-Pierre (dir.), *Un programme d'évaluation des personnes placées sous main de justice (PPSMJ) fonde sur les principes du risque, des besoins et de la réceptivité [PREVA]*, Centre International de Criminologie Comparée (Université de Montréal), Centre Interdisciplinaire d'Analyse des Processus Humains et Sociaux (Université Rennes 2), 2016, p. 17-26.

²⁸³¹ *Psychopathy checklist – Revised (PCL-R)* : outil de mesure du risque de comportements violents ; *Sex Offender Risk Appraisal Guide (SORAG)* : outil actuariel évaluant le risque de récidive sexuelle chez les auteurs de violences sexuelles ; *Violence Risk Scale (VRS)-2* : risque de récidive de comportement violent ; *Short-Term Assessment of Risk ans Treatability* : outil de mesure du risque de violence chez les sujets souffrant de troubles mentaux, d'abus de substance et de troubles de la personnalité ; *Sexual Violence Risk (SVR)* : outil de mesure du risque de récidive sexuelle : VOYER Mélanie, SENON Jean-Louis, « Présentation comparative des outils d'évaluation du risque de violence », op. cit.

²⁸³² Il s'agit de l'outil *Violent Extremism Risk Assessment Version 2 revised* (VERA-2R), constituant un guide pour l'évaluation sous la forme d'une grille d'items, répartis en domaine, dont l'évaluateur doit déterminer s'il est absent, présent partiellement ou présent de manière importante, puis faire le total des cases cochées pour déduire ainsi le risque de passage à l'acte. Sur cet outil v. : HERZOG-EVANS Martine, « L'évaluation des extrémistes violents. Une comparaison de deux outils dans le contexte français », *AJ Pénal*, n° 3, 2018, p. 126-129 ; CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, « "Risques" et "Radicalisation". Critiques savantes et professionnelles d'un outil d'évaluation criminologique », *Sociologies pratiques*, n° 1, vol. 40, 2020, p. 73-83.

assurant la légitimation de la classification des personnes condamnées, fait ainsi de la multiplication des outils la conséquence de l'intensification de l'individualisation de la peine, d'où découle une systématisation de l'instrumentation. Au demeurant, la généralisation du recours aux instruments n'emporte pas la réduction de l'examen des personnes condamnées à leur emploi, en raison de la rationalisation de la place des outils dans l'évaluation (2).

2. La rationalisation de la place des outils

519 La rationalisation de l'instrumentation des évaluations. Au regard de la place accordée aux outils, la crainte d'une évaluation ne consistant plus qu'en l'exécution d'une démarche technique de quantification ne s'est pas réalisée. Les méthodes actuarielles ne nécessitant aucune appréciation clinique ont en effet une place marginale, contrairement aux « instruments hybrides²⁸³³ ». D'ailleurs, aucun outil spécifique ou obligatoire n'a été instauré depuis l'échec de l'introduction du diagnostic à visée criminologique²⁸³⁴, malgré les conclusions de la recherche-action initiée à la suite de la conférence de consensus, préconisant trois outils²⁸³⁵. Cette situation autorise parallèlement à la généralisation du recours à des outils une rationalisation de l'instrumentation de l'évaluation. Deux mouvements en ce sens sont identifiables, la limitation de l'emploi des instruments à la disposition des professionnels et celle de la portée de ces derniers dans la classification.

520 La limitation de l'emploi des instruments. Du fait que le droit de l'exécution des peines ne connaisse pas des outils d'évaluation, aucune obligation juridique d'usage d'un quelconque instrument ne pèse sur les experts et les personnels chargés de l'évaluation. La position équivoque de l'administration pénitentiaire, qui promeut la structuration du jugement

²⁸³³ « Alors que les échelles actuarielles de deuxième génération réduisent considérablement la marge d'appréciation des évaluateurs, l'approche dynamique réintroduit une part importante de jugement clinique. Outre l'inclusion de critères cliniques et théoriques, non exclusivement sélectionnés sur une base probabiliste, ces outils ne donnent pas systématiquement lieu à un calcul actuariel, mais permettent un ajustement du résultat scoré sur la base d'observations cliniques. L'évaluation est ici conduite sous la forme d'entretiens structurés ou semi-structurés, complétés par la lecture du dossier du justiciable. » : GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 8-9.

²⁸³⁴ LEFEVRE Hans, GARCIA Anthony, « La pratique de l'évaluation au sein des SPIP », *op. cit.*, p. 23. « L'évaluation du risque doit être objectivée au mieux : la méthodologie définie dans ce référentiel se contente de se référer à des indicateurs issus de la recherche ; » ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 23.

²⁸³⁵ Il s'agit de l'outil général de prévention de la récidive fondé sur le modèle Risque-besoin-Réceptivité (LS/CMI), de l'inventaire des indices de réceptivité au suivi (IREC) et d'un outil d'auto-évaluation des besoins (FACILES-RX-Auto) : HIRSCHMANN Astrid, LAFORTUNE Denis, GUAY Jean-Pierre (dir.), *Un programme d'évaluation des personnes placées sous main de justice (PPSMJ) fonde sur les principes du risque, des besoins et de la réceptivité [PREVA]*, *op. cit.*, p. 142.

professionnel sur les « données probantes issues de la recherche internationale²⁸³⁶ », expérimente des moyens d'évaluation, les acquiert et forme ses personnels à ces outils, sans pour autant les inclure dans la réglementation de la pratique de ses agents, contribue à ce que l'introduction d'instruments n'équivaille pas à leur usage systématique et harmonisé. Au demeurant, l'échec de l'introduction du diagnostic à visée criminologique, suite aux « difficultés d'appropriation²⁸³⁷ », mais surtout aux fortes « résistances professionnelles²⁸³⁸ », a démontré que la prescription d'un outil dans une doctrine d'emploi n'emporte ni l'adhésion, ni l'acceptation des professionnels à ces nouveaux moyens de l'évaluation²⁸³⁹. La difficulté à strictement formater les pratiques des agents pénitentiaires est sans doute l'une des raisons de l'intégration souple des outils au dispositif d'exécution. Le poids des critiques à l'encontre de ces méthodes modernes en est peut être une autre. La valeur mesurée accordée par l'administration aux outils participe quant à elle certainement d'une adhésion de l'autorité administrative plus limitée pour ces derniers que pour l'instrumentation de l'évaluation. C'est particulièrement le cas pour l'outil d'évaluation du risque d'extrémisme violent (VERA-2R), mis à disposition des agents sans pour autant être imposé, et qui fait l'objet d'une pratique limitée, à l'instar du protocole CésURE²⁸⁴⁰. Il s'agit finalement « d'offrir une grille de lecture, et non pas une grille de décision²⁸⁴¹ ». La rationalisation de la place des outils relève alors également de la limitation de la portée des instruments dans le champ pénitentiaire.

521 La limitation de la portée des instruments. Le résultat de l'outil se distingue de celui de l'évaluation, particulièrement pour les outils d'aide et pour les outils de quantification qui ne sont, comme pour les expertises psychiatriques, qu'un aspect de la démarche d'analyse.

²⁸³⁶ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 11.

²⁸³⁷ GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 11.

²⁸³⁸ *Ibid.*

²⁸³⁹ Sur la mise en œuvre de cet outil v. : *ibid.*, p. 11-13 ; LARMINAT DE Xavier, « La technologie de mise à distance des condamnés en France. La centralisation informatique des données socio-judiciaires », *op. cit.* ; LARMINAT DE Xavier, « L'informatisation des services de probation. Une mise en abyme des réformes de modernisation », in *L'instrumentation de l'action publique. Controverses, résistance, effets*, HALPERN Charlotte, LASCOUMES Pierre, LE GALÈS Patrick (dir.), *op. cit.* ; LARMINAT DE Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, *op. cit.*, p. 80-81.

²⁸⁴⁰ CHANTRAINE Gilles, SCHEER David et DEPUSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, *op. cit.*, p. 150-151. Le protocole CésURE désigne un dispositif d'évaluation et de prise en charge, relevant des technologies cognitivo-comportementales, qui « vise à intervenir sur la vulnérabilité de l'identité du sujet et le recours à une expression radicale, en développant chez lui des compétences positives pertinentes » : DIEU Erwan, SOREL Olivier, « Présentation du dispositif Césure d'accompagnement de personnes radicalisées », *Le Genre humain*, n° 2, vol. 61, 2019, p. 325.

²⁸⁴¹ GAIED Naouef, in Entretien avec Monsieur Naouef GAIED, Adjoint à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Directeur de la protection judiciaire de la jeunesse, et Monsieur Romain SÈZE, Chargé de recherche à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Sociologue, réalisé à la DAP le 9 juillet 2020.

La qualification du sujet ne dépend jamais exclusivement des conclusions fondées sur l'emploi d'un instrument par un professionnel, particulièrement car ce dernier est rarement l'autorité en charge de l'individualisation. À la manière de l'expertise en procédure pénale, le savoir produit par l'instrument d'évaluation n'a toujours valeur que de fait. Il n'existe pas de circonstance ou de procédé d'évaluation dans lequel le produit de l'outil aurait valeur de présomption. Les grilles de repérage de la radicalisation ne sont par exemple jamais que des « outils parmi d'autres²⁸⁴² », conduisant à la décision de la commission pluridisciplinaire unique. Pour autant, il faut insister sur le fait que ces mouvements de rationalisation ne sont pas la marque d'un rejet d'un procédé d'évaluation instrumenté²⁸⁴³. D'ailleurs, s'il existe des résistances et réticences à l'emploi de ces outils, parmi les personnels pénitentiaires comme parmi les magistrats, ni les uns ni les autres n'en font l'économie. Les premiers voient leur pratique réglementée, quand les autres sont tributaires des pratiques d'autres professionnels, libres d'utiliser des outils d'évaluation.

Le problème ne réside finalement peut être pas tant dans la multiplication des outils et le spectre d'un mouvement d'instrumentation de l'évaluation qui ne terminerait sa course que lorsque les procédés d'examen seraient tous des pratiques de quantification du risque. S'il est évident que la multiplication des outils est inquiétante, au regard des nombreux reproches qu'il est possible de faire à ces instruments²⁸⁴⁴, focaliser l'analyse sur ce point serait manquer de relever ce qui pose problème. L'intérêt de l'instrumentation de l'examen des personnes condamnées est la production d'« effets de vérité²⁸⁴⁵ » sur le résultat de l'évaluation. La rationalisation de l'évaluation a en effet pour objet de légitimer la différenciation de l'acte de punir, de manière générale, sur le fondement de la rationalité pénitentiaire et, plus précisément, sur l'appréhension de l'individu au travers d'un paradigme pénologique concevant de plus en plus le passage à l'acte comme le résultat d'une « chaîne

²⁸⁴² CHANTRAINE Gilles, SCHEER David et DEPUSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, *op. cit.*, p. 150.

²⁸⁴³ BRIE Guillaume, RAMBOURG Cécile, *Dire et prédire la radicalisation. Le cas de la prison*, *op. cit.*, p. 48-50.

²⁸⁴⁴ Sur les critiques à l'encontre des méthodes modernes d'évaluation v. not. : RAOULT Sacha, « L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et la production du "chiffre" », *op. cit.* ; RAOULT Sacha, « Récidive : trois ans après la conférence, pourquoi il n'y a toujours pas de consensus », *op. cit.* ; GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.* ; HARCOURT Bernard, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique », *op. cit.* ; HARCOURT Bernard, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique (Partie II) », *op. cit.*

²⁸⁴⁵ FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

délictuelle²⁸⁴⁶ », dont il est possible d'identifier les composantes, de les prédire et de les traiter. En ce sens, l'instrumentation contribue à réduire la personne à son individualité pénologique et à faire de celle-ci l'objet de la prise en charge pénitentiaire. Les pratiques punitives ont dès lors de plus en plus vocation à réduire les facteurs de risque et les usages des modalités d'exécution sont de plus en plus indexés sur l'évolution des caractéristiques du sujet, ce qui emporte le passage d'une responsabilité pénale, fondé sur la culpabilité, à une responsabilité sociale pour ce que l'on est. À cet égard, ce qui pose problème doit être recherché dans ce que les modalités de l'évaluation rendent possible et légitiment dans le champ pénitentiaire, c'est-à-dire dans l'apport substantiel de ces procédures de « véridiction²⁸⁴⁷ » au renouvellement des « modalités de prise en charge individualisées²⁸⁴⁸ » et à l'intensification de l'assujettissement des personnes condamnées, par leur soumission à un ordre pénitentiaire de plus en plus dédié à leur normalisation et leur responsabilisation.

Malgré l'objectivation de l'évaluation entreprise par l'emploi d'outils dédiés, l'inter-subjectivité n'a pas disparu de l'examen des personnes condamnées. Toutefois, la rationalisation du procédé d'évaluation ne s'arrête pas au renouvellement des moyens de la production de connaissance, car l'instrumentation de cette pratique se poursuit par la structuration du procédé d'évaluation (B).

B. La structuration du procédé d'évaluation

522 La rationalisation de la pratique de l'évaluation. L'instrumentation des méthodes d'évaluation des personnes condamnées laisse place à celle du procédé d'examen, avec l'intégration des nouveaux savoirs pénologiques, sous la forme d'un « modèle de prise en charge²⁸⁴⁹ » réglementant à la fois l'évaluation et l'intervention des services pénitentiaires. En vue d'objectiver la classification de la personne, mais également garantir la formation de savoirs opérationnels pour l'individualisation de la prise en charge, le procédé de l'évaluation est dorénavant structurée par une rationalisation pénologique (1) et bureaucratique (2).

²⁸⁴⁶ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 65 ; BRILLET Emmanuel, « Une nouvelle méthode d'intervention auprès des personnes placées sous main du justice : les programmes de prévention de la récidive (PPR) », op. cit., p. 5 ; DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 68.

²⁸⁴⁷ FOUCAULT Michel, *Subjectivité et vérité. Cours au Collège de France. 1980-1981*, op. cit., p. 15-16 ; 224 ; 240-242.

²⁸⁴⁸ Art. D. 94 du CPP.

²⁸⁴⁹ DARBÉDA Pierre, « Méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation : professionnalisation et recherche de l'efficacité dans la réintégration des personnes placées sous mains de justice », *RPDP*, n° 3, 2018, p. 617.

1. Une rationalisation pénologique

523 L'inscription de l'évaluation dans la prise en charge. La pratique de l'évaluation des personnes condamnées s'inscrit de plus en plus dans un modèle de prise en charge, c'est-à-dire un ensemble de règles non contraignantes, fondées sur les savoirs pénologiques, codifiant les pratiques des services pénitentiaires dans le cadre de leur mission de suivi des personnes condamnées. Cette organisation de la prise en charge vise à assurer des pratiques conformes aux savoirs pénologiques contemporains, sans restreindre celle-ci à l'emploi d'un outil d'évaluation, et à œuvrer à l'harmonisation des pratiques des agents. L'intégration de l'évaluation dans un modèle de prise en charge poursuit tant l'objectivation de l'évaluation, par l'inscription de celle-ci dans des pratiques fondées sur des recherches empiriques, que la production de savoirs opérationnels, c'est-à-dire conformes au besoin du dispositif d'exécution, eu égard à l'impératif de différenciation des suivis pour la gestion des flux et à l'individualisation de la prise en charge pour la prévention de la récidive²⁸⁵⁰. À cet égard, la structuration pénologique qu'implique l'insertion de la pratique de l'évaluation dans un modèle de prise en charge vise à la fois le processus et l'objet de l'évaluation.

Informé avant tout par les règles européennes relatives à la probation et le référentiel de la méthodologie d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, ce modèle concerne d'abord le suivi général organisé par les conseillers pénitentiaires²⁸⁵¹. Toutefois, d'autres procédés d'évaluation font l'objet de doctrines d'emploi, rationalisant ces pratiques spécifiques²⁸⁵². L'ensemble des procédés d'évaluation répondent à un besoin

²⁸⁵⁰ À ce titre, la modélisation de la prise en charge dans un référentiel recherche la cohérence entre l'évaluation et l'intervention auprès des personnes suivies. Rappelons à cet égard que les modalités d'intervention ont également fait l'objet d'un mouvement de rationalisation, marquées par le développement de méthodes cognitivo-comportementales. Les modalités d'évaluation doivent par conséquent répondre aux modalités de prise en charge : nul programme de prévention de la récidive ne pourrait être mis en œuvre sans procéder à la détection des troubles cognitifs et comportementaux devant être corrigés. Sur ce type de modalités de prise en charge v. : *supra* n° 265 ; 422 ; 428 et s. Sur la différenciation des suivis v. : *supra* n° 452-453.

²⁸⁵¹ Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*

²⁸⁵² Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, *op. cit.* Les pratiques d'évaluation dans les quartiers de prise en charge de la radicalisation répondent également d'une doctrine d'emploi réglementant le procédé d'évaluation : Entretien avec Monsieur Naouef GAIED, Adjoint à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Directeur de la protection judiciaire de la jeunesse, et Monsieur Romain SÈZE, Chargé de recherche à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Sociologue, réalisé à la DAP le 9 juillet 2020. D'ailleurs, si l'évaluation des personnes radicalisées est fondée sur des savoirs et des procédés spécifiques, nous retrouvons en son sein l'analyse du risque à partir des facteurs de risque et de protection, que ce soit dans les quartiers dédiés à l'évaluation de la radicalisation ou les commissions pluridisciplinaires uniques dédiées à cette problématique pénologique : *ibid.*

commun de production de connaissance sur le sujet, pour autoriser et légitimer la différenciation de plus en plus importante de l'acte de punir, au service de la recherche de subjectivation de l'individu en tant que « personne responsable²⁸⁵³ ». Effectivement, la structuration de la prise en charge s'inscrit pleinement dans la politique de responsabilisation des personnes condamnées. Par l'analyse de la structuration pénologique de la prise en charge européenne et nationale, nous souhaitons illustrer la rationalisation de l'évaluation au-delà de l'emploi d'outils, mais également le renouvellement des pratiques d'intervention s'apparentant de plus en plus à une direction des conduites, par la définition d'objectifs à poursuivre et la mise en œuvre d'une évaluation continue.

524 Une structuration européenne de la prise en charge. À l'instar des règles pénitentiaires européennes, les règles européennes relatives à la probation sont des dispositions juridiques non contraignantes, émises par le Conseil de l'Europe, et constituant des orientations de politique pénitentiaire dédiées à l'harmonisation des législations ainsi qu'à la protection des droits fondamentaux²⁸⁵⁴. Ces dernières énoncent des « principes qui doivent guider la création et le bon fonctionnement des services de probation²⁸⁵⁵ ». « [Ces derniers] ont pour but de réduire la commission de nouvelles infractions en établissant des relations positives avec les auteurs d'infraction afin d'assurer le suivi (y compris un contrôle, le cas échéant), de les guider et de les assister pour favoriser la réussite de leur insertion sociale.²⁸⁵⁶ » Plus directement, les règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées et leur commentaire officiel précisent respectivement que le but est « de développer chez l'individu le sens des responsabilités envers la communauté²⁸⁵⁷ » et que « toutes les formes d'aide proposées aux prévenus et aux auteurs d'infractions doivent, par conséquent, viser essentiellement à renforcer cette capacité à opérer un choix responsable²⁸⁵⁸ ». Nul doute que le suivi des personnes ne se limite plus au contrôle du respect du régime d'exécution, mais s'oriente de plus en plus vers une direction de conduite responsabilisante, pour réduire les risques identifiés par l'évaluation.

²⁸⁵³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁸⁵⁴ Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation.

²⁸⁵⁵ Annexe 1, in *ibid.* Pour le Conseil de l'Europe, la probation désigne « l'exécution en milieu ouvert de sanctions et mesures définies par la loi et prononcées à l'encontre d'un auteur d'infraction [, consistant] en toute une série d'activités et d'interventions, qui impliquent suivi, conseil et assistance dans le but de réintégrer socialement l'auteur d'infraction dans la société et de contribuer à la sécurité collective » : annexe 1, in *ibid.*

²⁸⁵⁶ Règle 1, *ibid.*

²⁸⁵⁷ Règles 27, Recommandation CM/Rec (2017) 3 relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté.

²⁸⁵⁸ Commentaire de la règle 27, in *ibid.*

Afin de mettre en œuvre ce suivi destiné de plus en plus à normaliser les personnes condamnées, au-delà de la réglementation de la vie à laquelle elles sont assujetties, l'évaluation doit s'inscrire dans un « processus de suivi²⁸⁵⁹ ». « Avant et pendant la mise en place du suivi d'un auteur d'infraction, ce dernier fait l'objet, le cas échéant, d'une appréciation qui analyse de façon systématique et approfondie sa situation particulière, y compris les risques, les facteurs positifs et les besoins, les interventions nécessaires pour répondre à ces besoins ainsi qu'une appréciation de la réceptivité de l'auteur d'infraction à ces interventions.²⁸⁶⁰ » Au-delà de la prescription de l'emploi modèle Risque-Besoin-Réceptivité, le Conseil de l'Europe recommande une évaluation systématique et approfondie du sujet de la probation avant et pendant le suivi²⁸⁶¹. L'évaluation devient une opération chronique durant l'exécution de la peine, s'apparentant dès lors de plus en plus à une mesure de surveillance de l'investissement de la personne suivie dans la réduction de ses risques. C'est en effet une production de connaissance constante qui se dessine, à l'instar de l'observation en milieu carcéral, puisque « l'appréciation est un processus continu²⁸⁶² » destiné à définir et actualiser un « plan d'exécution²⁸⁶³ ». « Ce plan guide le travail des services de probation et permet au personnel et aux auteurs d'infraction d'évaluer les progrès réalisés pour atteindre les objectifs fixés.²⁸⁶⁴ » « Les progrès réalisés par les auteurs d'infraction sont évalués à intervalles réguliers et se répercutent sur le plan d'exécution²⁸⁶⁵ ». Une « évaluation finale²⁸⁶⁶ » est également prescrite. Au travers de la structuration pénologique de son objet et de son déroulement, l'évaluation apparaît désormais moins directement comme une pratique de mise en l'état des décisions d'individualisation du régime d'exécution qu'en un instrument pour guider la subjectivation de l'individu et permettre d'indexer l'évolution de la prise en charge sur ses progrès dans cette voie.

525 Une structuration nationale de la prise en charge. Au niveau national, la loi pénitentiaire dispose que les « personnels des services pénitentiaires d'insertion et de

²⁸⁵⁹ Règle 66 à 92, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation.

²⁸⁶⁰ Règle 66, *ibid.*

²⁸⁶¹ Concernant l'exécution de la peine en détention v. : Recommandation Rec(2003)23 du Comité des Ministres aux États membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée, §9-17.

²⁸⁶² Règle 69, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation.

²⁸⁶³ Règle 72, *ibid.*

²⁸⁶⁴ *Ibid.*

²⁸⁶⁵ Règle 81, *ibid.*

²⁸⁶⁶ Règle 84, *ibid.*

probation procèdent à l'évaluation régulière de la situation matérielle, familiale et sociale des personnes condamnées et définissent, au vu de ces évaluations, le contenu et les modalités de leur prise en charge²⁸⁶⁷ ». Par le référentiel des pratiques opérationnelles des services pénitentiaires, l'administration prescrit une « intervention structurée et basée sur une évaluation approfondie de sa situation particulière permettant de définir le contenu et les modalités de la prise en charge²⁸⁶⁸ ». « [Ce] référentiel vise à donner des repères méthodologiques, guidants, concrets et précis, fondés sur ces règles européennes ainsi que sur les données issues de la recherche.²⁸⁶⁹ » Le ministère de la Justice entend effectivement par cet instrument « réactualiser la méthodologie de l'intervention des SPIP au regard des principes édictés par les règles européennes relatives à la probation et des données probantes issues de la recherche²⁸⁷⁰ ». Cette codification *infra*-juridique, mise en œuvre progressivement, désigne un modèle hybride destiné à structurer tant l'objet que le déroulement de l'évaluation, eu égard à plusieurs doctrines pénologiques. La méthodologie consacrée est en effet une superposition du modèle de prise en charge Risque-Besoin-Réceptivité²⁸⁷¹ avec les apports de celui de la désistance²⁸⁷², du *Good lives model*²⁸⁷³, des *core correctional practices*²⁸⁷⁴ et l'approche motivationnelle²⁸⁷⁵. Autant le dispositif d'exécution

²⁸⁶⁷ Art. 13, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

²⁸⁶⁸ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 8.

²⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 4.

²⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 6.

²⁸⁷¹ Pour rappel, ce « système repose sur l'hybridation d'une gestion actuarielle (statistique) des risques et d'un mode de pensée clinique, structuré autour de l'identification des « besoins » ou « facteurs criminogènes » dynamiques des détenus » : CHANTRAINE Gilles, VACHERET Marion, « Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens », *op. cit.*, p. 1. Il découle de ce que l'on nomme la « révolution cognitive » et propose se prendre en charge « les distorsions cognitives et les lacunes au niveau des habilités sociales » pour diminuer le risque de récidive : QUIRION Bastien, « Des réformes pénitentiaires au Canada : uniformisation des pratiques et des programmes », *op. cit.*, p. 240-241.

²⁸⁷² « Alors que les chercheurs rattachés au courant du What works ? essaient de comprendre les raisons d'une récidive et les conditions d'un bon « traitement », les tenants du courant de la désistance vont s'intéresser davantage à tous les aspects de l'arrêt des carrières délinquantes et ainsi aux raisons pour lesquelles, *in fine*, les gens changent. » : DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 13-14.

²⁸⁷³ « Le modèle « Good Lives » (« vie épanouissante ») [...] est construit dans la continuité des recherches du « What Works ? » et de la désistance. Pour les auteurs de ce modèle, la commission d'une infraction est une façon inappropriée pour l'auteur de satisfaire des besoins humains légitimes. Il convient donc d'aider la personne à les atteindre d'une autre manière, respectueuse des lois et des autres membres de la société. » : *ibid.*, p. 15.

²⁸⁷⁴ « Le champ des *core correctional practices* s'intéresse à l'effet des compétences professionnelles sur le parcours des personnes condamnées et sur la prévention de la récidive. Ainsi les *core correctional practices* correspondent à un ensemble de compétence et de méthodes identifiées adoptées par le professionnel en vue de réduire des comportements délinquants. » : *ibid.*, p. 17.

²⁸⁷⁵ L'« entretien motivationnel a initialement été utilisé par les psychologues dans le cadre de soins en addictologie puis l'a été dans d'autres champs professionnels tels que l'aide sociale, l'éducation ou la justice. Cette approche est adaptée aux prises en charge développées par les SPIP. Elle offre aux professionnels des outils pour travailler avec des personnes qui ne distinguent pas les problèmes ou difficultés à l'origine de leur délinquance, ou qui minimisent, voire rejettent leur responsabilité (stade de pré contemplation). Elle aide à faire

intègre de manière souple et mesurée les instruments tirés de ces modèles, autant il adhère pleinement à leur construction sous-jacente, identifiées comme « les données probantes issues de la recherche internationale²⁸⁷⁶ ». Permettant une « objectivation discursive²⁸⁷⁷ » du savoir produit par l'évaluation, cette rationalisation procède d'« une nouvelle logique, répondant à l'exigence de sécurisation de l'évaluation en vue d'une prévention efficace de la récidive et d'une meilleure gestion des risques²⁸⁷⁸ », au moyen d'une prise en charge structurée.

Le modèle de prise en charge élaboré par l'administration recherche l'instauration d'un « processus de suivi²⁸⁷⁹ », structuré par « une évaluation continue et régulière²⁸⁸⁰ » et une « relation soutenance, guidante et structurante²⁸⁸¹ ». À ce titre, le référentiel codifie tant l'objet que le déroulement de l'évaluation pour sous-tendre un processus constant de production de connaissance et permettre tant la définition que la mise en œuvre d'un « plan d'accompagnement et d'exécution de la peine²⁸⁸² », destiné à la « nécessaire responsabilisation²⁸⁸³ » de la personne suivie. Le référentiel prescrit d'abord une évaluation initiale destinée à élaborer le plan d'intervention déterminant l'intensité, les axes de travail, les modalités et les stratégies d'intervention des personnels pénitentiaires auprès des personnes placées sous main de justice. D'une durée de trois mois maximum, cette étape est présentée comme un « processus d'évaluation » en six étapes, dédié notamment à l'analyse du sujet au regard des facteurs de risques, des facteurs de protection, des besoins d'intervention, et des indices de réceptivité au suivi²⁸⁸⁴. Ensuite, le référentiel prescrit une réévaluation continue et une évaluation annuelle, afin de « permettre une meilleure individualisation du parcours d'exécution de la peine²⁸⁸⁵ ». Il s'agit « d'apprécier une évolution, une progression, un chemin parcouru, ainsi que des écarts entre les objectifs initiaux et ceux réalisés, et d'en

émerger, développer et renforcer la motivation au changement, et permet une progression d'un stade de changement vers un autre. » : *ibid.*, p. 20.

²⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 11.

²⁸⁷⁷ BRIE Guillaume, RAMBOURG Cécile, *Dire et prédire la radicalisation. Le cas de la prison*, *op. cit.*, p. 74.

²⁸⁷⁸ GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 11.

²⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 8.

²⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 104.

²⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 28.

²⁸⁸² *Ibid.*, p. 55.

²⁸⁸³ *Ibid.*, p. 6.

²⁸⁸⁴ Les six étapes sont les suivantes : accueillir la personne ; recueillir les éléments d'informations permettant de connaître au mieux sa situation globale et de l'analyser au regard des facteurs de risques, des facteurs de protection, des besoins d'intervention, et des indices de réceptivité au suivi ; en déduire le Plan d'Accompagnement de la Personne et d'Exécution de la Peine, définissant l'intensité, les axes de travail, les modalités et les stratégies d'intervention ; le cas échéant, partager l'analyse de la situation en Commission Pluridisciplinaire Interne ; rédiger le rapport d'évaluation à destination du juge de l'application des peines : *ibid.*, p. 45-46.

²⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 111.

déduire d'éventuels réajustements²⁸⁸⁶ ». Enfin, le référentiel prescrit un bilan avec la personne permettant « d'évaluer et de formaliser les progrès réalisés au cours du suivi²⁸⁸⁷ ». Au travers de la structuration de la prise en charge, et notamment du rôle codifié de l'évaluation dans celle-ci, il est possible d'entrevoir la formation d'un second mode de subjectivation, distinct de l'assujettissement à une réglementation de la vie, au travers des obligations et interdictions du régime d'exécution. La rationalisation de l'évaluation autorise en effet l'implantation d'une direction des conduites, reposant d'abord sur des objectifs à suivre pour diriger la subjectivation de la personne suivie et rechercher ainsi sa responsabilisation par son assujettissement à des prescriptions matérielles, étrangères à son régime d'exécution.

In fine, les modalités de l'évaluation doivent être perçues comme les conditions de possibilité de l'intensification de l'individualisation de la peine au cours de son exécution, par une évaluation plus fine et régulière. Sous cette forme structurée, l'examen des personnes condamnées doit d'ailleurs, en milieu ouvert comme en milieu fermé, déboucher sur la définition d'un « plan d'accompagnement et d'exécution de la peine²⁸⁸⁸ ». Ce nouveau programme poursuit ainsi l'instrumentation de la différenciation de l'acte de punir entamée par le « parcours d'exécution de la peine²⁸⁸⁹ », auquel il s'additionne, et contribue à structurer un mode d'exercice du pouvoir de punir centré sur la constitution corrélative du sujet et de sa peine²⁸⁹⁰. Au demeurant, l'objectivation de la classification n'est pas seulement recherchée par l'affirmation d'un modèle de prise en charge, érigé comme le résultat des « données probantes issues de la recherche²⁸⁹¹ », mais également par une rationalisation bureaucratique (2), permettant à l'institution une grande maîtrise de la forme et du contenu de l'évaluation.

2. Une rationalisation bureaucratique

526 La structure bureaucratique de l'évaluation. L'observation des formes contemporaines de l'examen des personnes condamnées autorise, en second lieu, à relever une rationalisation bureaucratique des pratiques des services pénitentiaires, destinée à maîtriser la pratique d'évaluation pour contrôler et légitimer son produit²⁸⁹². Cette

²⁸⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 117.

²⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 55.

²⁸⁸⁹ Al. 1, art. 717-1 du CPP ; art. D. 88 et s. du CPP.

²⁸⁹⁰ Sur l'instrumentation du processus d'individualisation v. : *supra* n° 289 et s.

²⁸⁹¹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 11.

²⁸⁹² « La question se pose aussi de savoir si, finalement, au lieu de guider les pratiques cliniques, ce qui était prévu au départ de ces modèles, l'effet produit n'est pas plutôt de strictement les contrôler en s'appuyant sur un

standardisation du procédé de l'évaluation s'articule autour de l'impératif de la pluridisciplinarité du processus et de la production de synthèses, permettant à l'institution « de rendre compte de son action²⁸⁹³ », tout en rationalisant celle-ci.

527 Le rôle de la pluridisciplinarité. Le caractère pluridisciplinaire qualifie une pratique dont la légitimité est renforcée par la participation d'experts se référant à différentes disciplines. Sans cesse mis en avant par l'administration, cette qualité de l'évaluation pénitentiaire correspond-elle à l'organisation de l'approfondissement de l'analyse du sujet, par la multiplication des angles de réflexions académiques, ou bien, peut-elle être réduite à un argument d'autorité participant de la justification du produit de l'évaluation ? Un premier élément de réponse est à rechercher dans la description par l'institution de l'« approche pluridisciplinaire²⁸⁹⁴ ». Il s'agit, en dehors d'une expertise ou d'un dispositif spécifique, de « mutualiser les connaissances et compétences et de croiser les regards des différents personnels du SPIP (CPIP, DPIP, psychologue, assistant de service social, personnels de surveillance, personnels administratifs et coordinateur culturel)²⁸⁹⁵ ». À première vue, c'est le constat de l'interprofessionnalité qui s'impose, en l'absence de multiples représentants de différents domaines de savoir. Au sein du dispositif d'exécution, la pluridisciplinarité ne renvoie pas à une multiplication des types d'analyse, mais essentiellement à l'addition de points de vue formulés à partir de la même grille de lecture pénologique du sujet²⁸⁹⁶.

Si différents professionnels interviennent effectivement, ils sont limités par la grille

système rationnel permettant, avant tout, de justifier les décisions prises en fonction d'un niveau de risque « scientifiquement » établi. » : VACHERET Marion, COUSINEAU Marie-Marthe, « L'évaluation du risque de récidive au sein du système correctionnel canadien : regards sur les limites d'un système », *op. cit.*, p. 392-393.

²⁸⁹³ « Le système pénal se centrant sur lui-même, il n'est pas étonnant que les « bonnes pratiques » concernent les activités des professionnels du système eux-mêmes. Pour rendre la critique de la justice pénale difficile, les changements de la pénalité vont se caractériser, entre autres, par une évaluation de la performance axée sur les processus et les productions (*outputs*) du système, par des décisions scientifiquement soutenues, par une légitimation axée davantage sur l'effectivité et l'efficacité que sur l'efficacéité, par une uniformisation des pratiques, par une exigence poussée de rendre compte de son action (*accountability*). » : SLINGENEYER Thibaut, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *op. cit.*, p. 11.

²⁸⁹⁴ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 26.

²⁸⁹⁵ *Ibid.*

²⁸⁹⁶ De surcroît, l'argument de la pluridisciplinarité accompagne également des changements organisationnels dans la pratique des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation. Déjà subordonnés au pouvoir de décision du directeur en milieu fermé, ils voient leur action de plus en plus contrôlée par la commission pluridisciplinaire interne, créée pour la mise en œuvre de la contrainte pénale, mais dorénavant orientée prioritairement pour les accompagner dans « la définition d'un plan d'accompagnement de la personne et d'exécution de la peine, [ainsi que] l'examen de sa pertinence ou son ajustement, notamment lorsque l'évaluation a révélé des risques de récidive élevés et/ou une multiplicité de besoins » : *ibid.*

d'analyse définie par le référentiel²⁸⁹⁷. L'effectivité de l'apport spécifique des différentes disciplines paraît alors largement neutralisée par l'objectif et la méthode pour l'atteindre, qui restreignent les connaissances mobilisées et leur forme²⁸⁹⁸. Dès lors, l'objet de la pluridisciplinarité semble avant tout l'élargissement du champ d'observation par « les méthodes et les techniques propres à chaque professionnel²⁸⁹⁹ ». Certes, un psychologue est dorénavant destiné à intégrer tous les services. Néanmoins, ses missions sont moins dirigées vers l'évaluation que vers l'encadrement des équipes. Ils n'exercent effectivement pleinement une mission d'évaluation qu'au centre national d'évaluation et dans le cadre des binômes de soutien en matière de radicalisation. Mais là encore, objectons que leur statut d'agent pénitentiaire, dont les pratiques sont réglementées par des doctrines d'emploi, limite fortement la portée qu'il est possible d'accorder à la pluridisciplinarité de l'évaluation. En définitive, si l'itération de l'analyse par différents agents peut être intéressante pour renforcer l'harmonisation des appréciations, son objet est finalement assez éloigné de ce qu'implique le terme pluridisciplinarité, c'est-à-dire la juxtaposition de plusieurs types de méthodologie, fondées sur des savoirs distincts, dans l'optique d'enrichir la profondeur de l'analyse. L'institution tend donc finalement à réduire cette pratique à l'accumulation des résultats produits à partir de la même grille de lecture, de sorte à rationaliser le produit de l'évaluation, tout en bénéficiant de l'aura de légitimité de la pratique académique de la pluridisciplinarité.

528 Le rôle des synthèses. La structuration bureaucratique de la production de savoir conduit en second lieu à la réduction de la connaissance du sujet et de l'analyse produite pour rationaliser le résultat de l'évaluation. L'exercice de la synthèse est une opération de « filtrage du savoir », qui « organise l'ignorance en mettant en dehors du champ tout ce qui pourrait rendre le savoir recueilli difficilement utilisable dans le cadre de l'objectif »²⁹⁰⁰. Le rôle des synthèses dans l'examen des personnes condamnées est effectivement d'être un vecteur de condensation du savoir et de tri des connaissances sur le sujet, de sorte à le limiter à l'essentiel, c'est-à-dire à ce qui correspond à la grille de lecture pénologique et qui permet

²⁸⁹⁷ En tout état de cause, il s'agit de l'« analyse des facteurs de risque statiques, des facteurs de risques dynamiques (besoin d'intervention, des facteurs de protection, et de la réceptibilité de la personne au suivi » : *ibid.*, p. 51.

²⁸⁹⁸ Comme le relève Christian DEBUYST dans une étude de l'impact de la notion de dangerosité en criminologie, « c'est le problème lui-même et la manière dont on l'aborde qui détermineront quels sont les connaissances et les points de vue intégrables dans la logique qui sous-tend cette manière de l'aborder » : DEBUYST Christian, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *op. cit.*, p. 11.

²⁸⁹⁹ CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, DEPUISSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, *op. cit.*, p. 149.

²⁹⁰⁰ DEBUYST Christian, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *op. cit.*, p. 12.

d'assurer la différenciation de l'acte de punir. Par ailleurs, cette forme du résultat de l'évaluation doit répondre à une certaine trame, que ce soit dans le cadre spécial du centre national d'évaluation²⁹⁰¹ ou pour les évaluations générales des conseillers pénitentiaires au travers du logiciel APPI²⁹⁰², notamment pour leur transmission au juge de l'application des peines²⁹⁰³. Le rôle de la synthèse dans le procédé d'évaluation n'est pas neutre, il s'inscrit dans une entreprise de rationalisation bureaucratique de l'évaluation, destinée à permettre à l'institution de maîtriser le savoir produit et sur lequel sont fondés les usages des modalités d'exécution sanctionnant la personne condamnée. La rationalisation bureaucratique contribue en effet à réduire la part des connaissances transmises sur le sujet et la profondeur de l'analyse, dans le sens où celle-ci tend de plus en plus à se limiter aux conclusions correspondant au modèle pénologique adopté par l'administration.

*

529 Une pratique participant d'un régime de vérité. L'étude des pratiques de l'examen des personnes condamnées met en exergue le renouvellement des modalités de l'évaluation, dans un premier temps orienté vers la quantification du risque, avant de prendre la forme d'une codification des pratiques. En tout état de cause, ce mouvement d'objectivation est au service de la valeur opérationnelle de la production de savoir dans le dispositif d'exécution, permettant une constitution corrélatrice du sujet et de sa peine de plus en plus étroite. Le renouvellement des modalités d'évaluation intervient en effet dans le cadre de la reconfiguration du dispositif d'exécution, correspondant à l'émergence de nouveaux procédés d'objectivation et de subjectivation, nécessitant une accentuation du rituel de vérité de l'examen des personnes condamnées. L'évolution du procédé de l'évaluation n'équivaut donc pas à un progrès dans la connaissance du sujet ; c'est au contraire une pratique instrumentale (§2) de production de savoir, destinée à poursuivre la rationalité punitive contemporaine.

²⁹⁰¹ Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, *op. cit.*, p. 7.

²⁹⁰² « Au lieu de permettre un regard plus précis sur la situation des condamnés, les usages d'APPI tendent ainsi à la réduire à l'état de silhouettes auxquelles est appliquées un traitement générique. » : LARMINAT DE Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, *op. cit.*, p. 93.

²⁹⁰³ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 73.

§2. UNE PRATIQUE INSTRUMENTALE

530 L'intérêt de l'évaluation. Les modalités d'évaluation participent d'une production de vérité, formatée par les rapports de « pouvoir-savoir²⁹⁰⁴ » au fondement du dispositif d'exécution, et non de la recherche hypothétique d'une connaissance objective du sujet. L'évaluation répond en effet d'une « raison instrumentale²⁹⁰⁵ », en ce que son apport au dispositif d'exécution consiste dans le renouvellement des formes d'objectivation du sujet, pour renouveler les formes de son assujettissement à l'ordre pénitentiaire. Les modalités de l'examen du sujet ont pour finalité que le résultat de l'évaluation soit admis pour vrai, pour objectif, et qu'il justifie dès lors de la différenciation de l'acte punir. En ce sens, l'intérêt de l'évaluation est d'entreprendre l'identification du cas à prendre en charge (A), pour permettre la légitimation de l'attribution d'un statut pénologique (B) à la personne condamnée.

A. L'identification du cas à prendre en charge

531 La réduction du sujet à un cas. En partant de l'analyse de la personnalité et de la situation du sujet, l'évaluation réduit la personne à son individualité pénologique, pour appréhender cette dernière comme un cas²⁹⁰⁶, porteur des risques identifiés chez le groupe²⁹⁰⁷.

²⁹⁰⁴ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 32. Dans le champ pénitentiaire, une « superposition des rapports de pouvoir et des relations de savoir » caractérise le fonctionnement du dispositif d'exécution, c'est-à-dire « un mécanisme qui lie à une certaine forme d'exercice du pouvoir un certain type de formation de savoir » : *ibid.*, p. 187 ; 189. Il est en effet impossible d'exécuter la peine privative de liberté sans produire un savoir sur la population pénale, puisque l'acte de punir n'est pas entièrement prédéterminé et que les conditions d'exécution de la peine doivent être individualisées ; de même, il est impossible de produire cette connaissance indispensable sur la population pénale, sans assujettir les personnes condamnées dans le champ pénitentiaire, pour les observer et les évaluer. À cet égard, l'individu pris en charge par le dispositif d'exécution est l'incarnation de ces rapports dit de pouvoir-savoir, puisqu'il est « effet et objet de pouvoir, comme effet et objet de savoir » : *ibid.*, p. 194. De manière générale, FOUCAULT pose « qu'il n'y a pas de relation de pouvoir sans constitution corrélatrice d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir » : *ibid.*, p. 32. « [Les] productions de vérités ne peuvent pas être dissociées du pouvoir et des mécanismes de pouvoir, à la fois parce que ces mécanismes de pouvoir rendent possibles, induisent ces productions de vérités et que ces productions de vérités ont elles-mêmes des effets de pouvoir » : FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », *op. cit.*, p. 404.

²⁹⁰⁵ BIRMAN Joël, « L'éclipse du sujet et de la singularité dans le discours de l'évaluation », *op. cit.*, p. 218.

²⁹⁰⁶ La notion de cas ne vise pas la singularité d'une personne. Elle « est une manière d'individualiser le phénomène collectif [...], ou de collectiviser, mais sur le mode de la quantification et du rationnel et du repérable, de collectiviser les phénomènes, d'intégrer à l'intérieur d'un champ collectif les phénomènes individuels » : FOUCAULT Michel, *Sécurité, Territoire, Population. Cours au collège de France. 1977-1978*, *op. cit.*, p. 62. Il faut alors comprendre l'évaluation comme la pratique destinée à légitimer les qualifications des personnes condamnées dans le champ du savoir pénitentiaire comme des cas, c'est-à-dire comme les membres individualisables d'une population : FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 192. « L'examen, entouré de toutes ses techniques documentaires, fait de chaque individu un « cas » : un cas qui tout à la fois constitue un objet pour une connaissance et une prise pour un pouvoir. Le cas, ce n'est plus, comme dans la casuistique ou la jurisprudence, un ensemble de circonstances qualifiant un acte et pouvant modifier l'application d'une règle, c'est l'individu tel qu'on peut le décrire, le jauger, le mesurer, le comparer à

Le dispositif d'exécution produit des « effets de vérité²⁹⁰⁸ » sur la personne condamnée, en faisant d'elle un cas par la classification et, dans un second temps, sur le régime d'exécution le plus adapté à ce cas, en déterminant sur le fondement de sa qualification les modalités d'exécution de la peine. Il s'agit alors de s'interroger, dans la perspective de la compréhension de l'élaboration de l'acte de punir, sur ce qu'implique ces effets de vérité pour la place du sujet dans le dispositif d'exécution et la teneur de son assujettissement. L'analyse du procédé d'objectivation que constitue l'évaluation met en lumière la réduction du sujet à un cas, en ce que ce dernier ne semble plus appréhendé autrement que comme une combinaison de facteurs (1), appréciée eu égard à un écart à la norme (2).

1. Une combinaison de facteurs

532 L'identification d'un cas à prendre en charge. Contrairement aux discours de politique pénale, les termes de l'article 707 du code de procédure pénale ne sont pas marqués par la « rhétorique du risque²⁹⁰⁹ ». Pour autant, l'exécution de la peine doit permettre au sujet de l'acte de punir « d'agir en personne responsable [...] et d'éviter la commission de nouvelles infractions²⁹¹⁰ ». Or, ces finalités correspondent parfaitement à l'exercice d'un « pouvoir sécuritaire²⁹¹¹ », ayant pour objet une population et destiné à minimiser le risque de survenance d'événements redoutés. C'est en effet la prise en charge de la population pénale par le dispositif d'exécution qui est prescrite, pour que soit mise en œuvre une politique de « responsabilisation²⁹¹² », de nature à limiter le risque de la commission de nouvelles

d'autres et cela dans son individualité même ; et c'est aussi l'individu qu'on a à dresser ou redresser, qu'on a à classer, à normaliser, à exclure, *etc.* » : *ibid.*, p. 193.

²⁹⁰⁷ HARCOURT Bernard, « Critique du champ pénal à l'âge actuariel », *op. cit.*, p. 690. Rappelons qu'il ne peut y avoir de risque sans la définition d'une population, c'est en effet seulement la constitution d'une somme d'individus qui permet la quantification de phénomènes relatifs à leurs caractéristiques communes. « Il n'y a pas à proprement parler de risque individuel. [...] Ce n'est en effet que sur l'étendue d'une population que le risque devient calculable. » : EWALD François, cité in SLINGENEYER Thibaut, « Le triptyque foucauldien "souveraineté-discipline-sécurité" comme outil d'analyse de la peine privative de liberté et de la libération (conditionnelle) », *op. cit.*, p. 83.

²⁹⁰⁸ FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

²⁹⁰⁹ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Des significations, du statut, des fonctions et des effets du risque dans le champ pénitentiaire », in *Les ambivalences du risque. Regards croisés en science sociale*, CARTUYVELS Yves (dir.), *op. cit.*, p. 187.

²⁹¹⁰ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁹¹¹ SLINGENEYER Thibaut, « Le triptyque foucauldien "souveraineté-discipline-sécurité" comme outil d'analyse de la peine privative de liberté et de la libération (conditionnelle) », *op. cit.*, p. 82 ; MAZABRAUD Bertrand, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *op. cit.*, p. 169.

²⁹¹² Art. 4, Décr. n° 2019-50 du 30 janvier 2019 portant statut particulier du corps des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 6

infractions. Dans cette configuration, les « évaluations régulières²⁹¹³ » prescrites par le code ont pour objet de déterminer le passage de « la dangerosité au risque²⁹¹⁴ » dans l'appréhension du sujet, afin de permettre la mise en œuvre de nouvelles pratiques punitives, capables de rechercher la responsabilisation de la population pénale. La rationalisation de l'examen des personnes condamnées entreprend en effet la réduction de la complexité inhérente à la singularité du sujet à un cas à prendre en charge, identifié à l'aide d'une combinaison de facteurs. Par là, le dispositif d'exécution entend à la fois objectiver dans le paradigme du risque les catégories formées par la politique pénitentiaire, correspondant à des problématiques pénologiques, et intensifier l'individualisation corrélative du sujet et de sa peine, au prix de la désobjectivation de la personne condamnée²⁹¹⁵.

533 La constitution factorielle du cas à prendre en charge. L'objet de l'évaluation est de permettre l'appréhension de la personne en tant que cas à prendre en charge, autorisant un système dit mixte ou hybride, importé du Canada, articulant une politique de gestion des risques (pour neutraliser ou minimiser les conséquences de la survenance du risque) et une politique de réhabilitation (pour réguler le risque en tentant de le réduire au niveau de la norme pour la population générale)²⁹¹⁶. L'examen des personnes condamnées procède à l'objectivation de la différenciation de l'acte de punir, par la traduction de la singularité du sujet en une individualité pénologique qu'il est possible de classer, en la confrontant aux problématiques pénologiques ordonnant l'ordre pénitentiaire et aux facteurs de risque distinguant et hiérarchisant les cas au sein des catégories de population pénale. À titre d'exemple, les personnes radicalisées sont une catégorie distinguée par le critère de l'« identification personnelle ou collective à des idées politiques ou politico-religieuses extrêmes qui impliquent la volonté de transformer la société par la violence²⁹¹⁷ ». Toutefois, cette dernière est loin d'être homogène et l'administration distingue et hiérarchise ses

²⁹¹³ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

²⁹¹⁴ CASTEL Robert, « De la dangerosité au risque », *op. cit.*, p. 119-127.

²⁹¹⁵ Le paradigme du risque désigne « une manière – ou plutôt un ensemble de différentes manières – d'ordonner la réalité, de la rendre sous une forme calculable. C'est une manière de représenter les événements telle qu'ils soient gouvernables de manières particulières, avec des techniques particulières, à des fins particulières. C'est une composante de formes diverses de rationalités calculatrices tournées vers le gouvernement des individus, des collectivités et des populations » : DEAN Mitchell, cité in CHANTRAINE Gilles, CAUCHIE Jean-François, « Entre réalisme et constructivisme. Les états épistémologiques du risque », *op. cit.*, p. 80.

²⁹¹⁶ HANNAH-MOFFAT Kelly, SHAW Margaret, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *op. cit.*, p. 53 ; HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *op. cit.* ; CHANTRAINE Gilles, VACHERET Marion, « Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens », *op. cit.*, p. 1.

²⁹¹⁷ URVOAS Jean-Jacques, *Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, *op. cit.*, p. 3.

membres au travers de différents facteurs, permettant une approche dimensionnelle de l'évaluation, tels que le degré d'imprégnation idéologique, les antécédents judiciaires ou encore l'accessibilité à une prise en charge²⁹¹⁸. Trois niveaux de radicalité sont ainsi différenciés (« individu très prosélyte et/ou très violent incompatible avec une prise en charge » ; « individu prosélyte ou susceptible d'être violent accessible à une prise en charge » ; « public radicalisé d'opportunité ; public influencé non prosélyte »), auxquels correspond un niveau de risque de passage à l'acte violent et des modalités de prise en charge (quartiers d'isolement ; quartier de prise en charge de la radicalisation et détention ordinaire)²⁹¹⁹. Le risque intervient ici dans une « fonction objectivante²⁹²⁰ », pour légitimer la différenciation des personnes radicalisées et de leurs conditions de détention. La lecture factorielle de l'individualité justifie de la catégorisation de la population pénale, en faisant des personnes des cas, dont les variables sont définies par divers facteurs, objectivant ainsi leur regroupement et le danger qu'elles représentent. De cette manière, il n'est plus question de définir l'acte de punir d'un sujet juridique, mais de considérer un individu en tant que membre d'une population posant problème pour la poursuite des fonctions du dispositif d'exécution.

En dehors des catégories spécifiques de population pénale, correspondant à des caractéristiques et des problématiques pénologiques particulières, les personnes condamnées sont avant tout connues au travers du prisme des facteurs du modèle de prise en charge des services pénitentiaires²⁹²¹. Si cet outil ne propose pas des sous-catégories de population pénale distinctement identifiées, il permet le classement des personnes selon leur niveau de risque et leur besoin d'intervention correctionnelle. Cet instrument intervient alors pour justifier de la différenciation des suivis par les services pénitentiaires, en fonction du niveau d'intensité et de l'objet de la prise en charge²⁹²². Hybride, il se réfère tant à des facteurs de risque (statiques et dynamiques), correspondant aux outils actuariels, qu'à des critères qui ne proviennent pas de recherches statistiques (facteurs de désistance ou de protection et indice de réceptivité)²⁹²³. À cet égard, il s'agit d'un modèle semi-structuré impliquant une appréciation clinique, mais portant toujours sur l'évaluation d'une liste de facteurs, énonçant les éléments

²⁹¹⁸ MISSION DE LUTTE CONTRE LA RADICALISATION VIOLENTE, *Stratégie d'évaluation et de prise en charge de la radicalisation violente. Séminaire juillet 2020, op. cit.*, p. 9.

²⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 8.

²⁹²⁰ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Des significations, du statut, des fonctions et des effets du risque dans le champ pénitentiaire », *op. cit.*, p. 200. « Le discours du risque réifie l'événement qu'il désigne, pour lui donner une consistance se rapprochant fortement du réel. » : *ibid.*

²⁹²¹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*

²⁹²² Sur la différenciation des suivis par les services pénitentiaires d'insertion et de probation v. : *supra* n° 453.

²⁹²³ Sur les différents types de facteurs intervenant dans l'évaluation v. : *supra* n° 510.

en rapport avec le passage à l'acte dont on cherche à quantifier la probabilité de survenance. Les facteurs de récidive, déterminés par les études actuarielles, sont par exemple le jeune âge, les antécédents judiciaires, la précocité du premier passage à l'acte, avoir plus de deux antécédents d'incarcération, le profil de personnalité anti-sociale, les problèmes conjugaux et familiaux, les problèmes d'insertion professionnelle ou encore l'absence de loisirs ou d'activités pro-sociales²⁹²⁴. Ces éléments sont identifiés comme facteurs de risque de récidive sur le fondement d'une corrélation statistique entre les sous-populations pénales correspondant à ces caractéristiques et leur taux de récidive. Il ne s'agit nullement d'éléments impliquant un lien causal avec le passage à l'acte²⁹²⁵. Ces facteurs permettent seulement d'informer un risque de récidive pour une population typique, c'est-à-dire un ensemble d'individus partageant les mêmes caractéristiques. L'évaluation propose toutefois de connaître du sujet sur ce fondement, ce qui équivaut à considérer la personne comme un cas. En ce qu'elle partage les caractéristiques d'un groupe déterminé d'individus, elle sera traitée pour le risque attribué à cette population²⁹²⁶, sans pour autant que ces « caractéristiques ou dimensions statistiquement associées à la récidive²⁹²⁷ » ne puissent être considérées comme ayant un lien de causalité avec l'acte infractionnel.

Qui plus est, outre que ces facteurs proviennent d'outils qui ne sont pas fondés sur la population française, la détermination des critères étudiés pour établir des concordances statistiques repose sur des choix, qui ne peuvent être neutres et dont certains relèvent qu'ils correspondent essentiellement aux « normes morales et sociales de la classe moyenne²⁹²⁸ ». Cette critique vaut par ailleurs pour les facteurs de protection et de désistance, qui ne

²⁹²⁴ *Ibid.*, p. 52.

²⁹²⁵ HANNAH-MOFFAT Kelly, SHAW Margaret, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *op. cit.*, p. 59 ; COCHE Arnaud, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC*, n° 1, 2011, p. 21-36. Un auteur souligne en effet l'impossible certitude des causalités, tant dans leur existence que dans le sens de la corrélation entre les facteurs et le passage à l'acte : *ibid.* D'ailleurs, afin de démontrer la certitude d'une corrélation et quantifier celle-ci, il serait nécessaire de connaître tous les facteurs entrant en ligne de compte et que ces derniers puissent être individuellement isolés pour mesurer les effets de chacun d'entre eux.

²⁹²⁶ HARCOURT Bernard, « Critique du champ pénal à l'âge actuariel », *Cahiers parisiens*, n° 3, 2007, p. 690.

²⁹²⁷ VANDESSTUKKEN Olivier, BENBOURICHE Massil, « Principes de prévention de la récidive et principe de réalité en France : les programmes de prévention de la récidive à la lumière du modèle « Risque-Besoins-Réceptivité » », *op. cit.*, p. 522.

²⁹²⁸ HANNAH-MOFFAT Kelly, SHAW Margaret, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *op. cit.*, p. 56. Sur les liens entre les facteurs de risque et la culture dominante au Canada v. également : HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *op. cit.*, p. 37. « The scientific claims of objective assessment mask the inherently moralistic /normative elements of this penal exercise. Contemporary risk/need assessments, which emphasize dynamic factors, are a mechanism of « black boxing – that is to say they render invisible and hence uncontestable, the complex array of judgments and decisions that go into a scale and a number ». The criminogenic needs or « dynamic factors » that are targeted for intervention typically include employment, marital/family, associates, substance abuse, community functioning, personal/emotional, and attitude. The risk/need assessments and prescribed interventions are predicated on middle class normative assumptions that are highly gendered and racialized. » : *ibid.*, p. 37.

proviennent pas d'études statistiques (maturité, emploi stable, capacité à gérer ses émotions, projection dans une nouvelle identité sociale positive, empathie, compétence de gestion de son budget, attitude envers l'autorité, buts dans la vie, *etc.*²⁹²⁹). Derrière l'apparente neutralité de l'évaluation²⁹³⁰, la « rationalité du calcul de risque est discrétionnaire et subjective²⁹³¹ » et sous-tend un « pouvoir de normalisation²⁹³² » exercé par la prise en charge des facteurs de risques dynamiques. C'est en effet essentiellement l'écart à la norme sociale qu'informe le risque de récidive et qui constitue l'objet de l'intervention correctionnelle des services pénitentiaires. Plus généralement, le risque informé par un ensemble de facteurs n'est jamais autre chose que la désignation d'un écart à la norme caractérisant un groupe d'individus, défini par une problématique, par rapport à une population de référence. Le rôle de l'évaluation est alors de déterminer où se situe la personne condamnée par rapport à cet écart, afin de pouvoir classer le sujet et déterminer ainsi les conditions de sa prise en charge.

534 La désubjectivation de la personne à prendre en charge. Au gré de la rationalisation de l'évaluation, la personne est moins appréhendée par sa singularité que par ce à quoi elle correspond. La prise en compte de la personnalité et de la situation du sujet sont en effet des critères dédiés à sa classification, qui permettent de connaître positivement du sujet pour effectuer des comparaisons. L'évaluation consiste essentiellement à l'identification chez l'individu des caractéristiques du groupe²⁹³³, pour déterminer le risque auquel il correspond et les objets d'intervention pertinents pour gérer et réguler ce dernier. La prise en charge porte ainsi de plus en plus sur un « sujet à risque²⁹³⁴ ». Or, si les facteurs sont identifiés dans le chef de la personne, les risques sont définis pour le groupe. Elle n'est dès lors plus prise en charge pour elle-même, mais pour sa classification, correspondant au cas

²⁹²⁹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 53.

²⁹³⁰ « La gestion des populations via les outils statistiques propose une vision et des modes de production de la vérité qui se veulent plus « neutres » que la criminologie centrée sur l'individu dangereux. Ils n'essentialisent pas la frontière entre le criminel et les autres, mais essaient de l'établir en termes de proportion au sein d'une population donnée. Cela permet ainsi de s'éloigner du psycho-biologique et de renouer avec « l'économie du crime », c'est-à-dire « l'opportunité » et les calculs « coûts/avantages » : BIGO Didier, BONELLI Laurent, « Critique de la raison criminologique », *op. cit.*, p. 21.

²⁹³¹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 59.

²⁹³² VACHERET Marion, COUSINEAU Marie-Marthe, « L'évaluation du risque de récidive au sein du système correctionnel canadien : regards sur les limites d'un système », *op. cit.*, p. 393.

²⁹³³ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 367.

²⁹³⁴ HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *op. cit.*

qu'elle constitue pour le dispositif d'exécution²⁹³⁵. *In fine*, l'individualisation ne correspond qu'à un mécanisme de qualification a-juridique, dominée par le paradigme du risque et éclipsant de la sorte toujours plus le sujet de droit²⁹³⁶. L'évaluation met ainsi en œuvre un procédé de désobjectivation, du fait de la négation de la personne comme sujet moral et politique, en ce qu'elle n'est plus appréhendée que comme un cas. Or, le renouvellement des formes d'objectivation participe à renouveler l'objet de la prise en charge pénitentiaire.

Les termes de l'objectivation influent en effet sur les pratiques réhabilitatives²⁹³⁷. Malgré l'incertitude de la corrélation entre les facteurs et les actes, et le fait que ces facteurs sont ceux de la catégorie et non du sujet, les modalités d'exécution de ce dernier seront individualisées sur ce fondement. Il résulte de cette « image de plus en plus fragmentée du délinquant²⁹³⁸ » un morcellement de l'objet de la prise en charge, qui n'a plus comme objectif que de traiter les différents « déficits identifiés comme étant à combler²⁹³⁹ », sans égard pour la singularité du « sujet socialement rattaché à un contexte et à une expérience de vie²⁹⁴⁰ ». En modifiant les termes de l'objectivation de la personne condamnée, la rationalisation de l'évaluation contribue à la transformation des modalités d'exécution. L'examen des personnes à partir d'un savoir et d'outils néo-positivistes légitime que l'objet de la prise en charge pénitentiaire soit dorénavant essentiellement tourné vers les facteurs de risque et une politique de responsabilisation. La peine n'intervient ainsi plus guère aujourd'hui pour valoriser les biens juridiques consacrés par le droit pénal, par la rétribution de l'acte commis et une « thérapeutique de la liberté²⁹⁴¹ ». L'acte de punir s'élabore avant tout par rapport à ce qui

²⁹³⁵ Comme le soulignent deux enseignant-chercheurs de l'ENAP, avec « le *délinquant sexuel*, on « gère des risques » c'est-à-dire qu'on construit des facteurs (statistiques) à partir de « gros sacs » de données pris dans la population condamnée ou soignée pour ces faits ; ce qui permet par la suite de situer l'individu par rapport à des facteurs types et de déterminer un profil ou niveau de risque de récidive » : BRIE Guillaume, RAMBOURG Cécile, *Dire et prédire la radicalisation. Le cas de la prison*, *op. cit.*, p. 44.

²⁹³⁶ « Du côté du sujet, la notion de risque tend à effacer le sujet singulier au profit d'un profil de risques plurifactoriel, constitué à partir de différents outils. Le risque de récidive est exprimé en pourcentage de risque ou en niveau de risque, par la comparaison d'un profil de risque à celui d'une population de référence, impliquant un évanouissement du sujet, de sa singularité et de la complexité de la situation dans laquelle il a pu se trouver. » : MOULIN Valérie, PALARIC Ronan, « Les groupes de parole de prévention de la récidive au sein des SPIP. Une évolution centrée sur la gestion du risque, entre théorie et adaptation pratique », *op. cit.*, p. 5.

²⁹³⁷ QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 159.

²⁹³⁸ *Ibid.*, p. 157.

²⁹³⁹ JENDLY Manon, « Performance, transparence et accountability : une équation (dé)responsabilisante des professionnels exerçant en prison ? », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 36, 2012, p. 254.

²⁹⁴⁰ QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 160. « En fait, il n'y a pas de rapport d'immédiateté à l'égard du sujet parce qu'il n'y a plus de sujet. Ce dont ces politiques préventives traitent d'abord, ce ne sont plus des individus, mais des facteurs, des corrélations statistiques d'éléments hétérogènes. Elles déconstruisent le sujet concret de l'intervention et reconstruisent une combinatoire de tous les facteurs susceptibles de produire du risque. » : CASTEL Robert, « De la dangerosité au risque », *op. cit.*, p. 123.

²⁹⁴¹ ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 255.

caractérise en premier lieu la population pénale pour le dispositif d'exécution, c'est-à-dire son écart à la norme (2) appréhendée dans le code comme la « personne responsable²⁹⁴² ».

2. Un écart à la norme

535 La codification de l'écart à la norme comme manifestation de l'irresponsabilité sociale. L'article 707 du code de procédure pénale octroie comme objectifs au régime d'exécution, tant la prévention de la commission de nouvelles infractions que la responsabilisation de la personne condamnée. Au travers de cette double finalité de la prise en charge pénitentiaire, le législateur établit une équivalence entre la « personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société²⁹⁴³ », et celle qui ne risque pas de commettre de comportements incriminés. Dans le paradigme néolibéral, la personne responsable est d'ailleurs celle qui ne fait pas peser de risque sur la société. Il est possible d'en déduire que la personne qui risque de commettre des infractions n'est pas socialement responsable. L'écart à la norme informant le risque de récidive correspond ainsi à la distance entre le sujet de l'acte de punir et la figure de la personne responsable. C'est la raison pour laquelle la prévention de la récidive est aujourd'hui essentiellement poursuivie au travers d'une politique de responsabilisation. À ce titre, la figure de la personne responsable est tant une référence pour l'objectivation que pour la subjectivation des personnes condamnées²⁹⁴⁴.

536 Une référence pour l'objectivation des personnes condamnées. L'intérêt de la notion de personne responsable est la codification de l'écart à la norme comme fruit de l'irresponsabilité sociale du sujet, qui justifie à la fois sa classification par le biais de son anormalité et sa prise en charge destinée à sa normalisation²⁹⁴⁵. Au travers des facteurs de risque identifiés et objectivés par les savoirs et les outils néo-positivistes, l'évaluation légitime que la population pénale soit appréhendée eu égard à l'archétype du sujet néolibéral,

²⁹⁴² Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁹⁴³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁹⁴⁴ « En s'attardant à la façon dont le dispositif contribue à redéfinir continuellement l'objet autour duquel il s'organise, nous croyons être en mesure de rendre compte à la fois des processus d'objectivation et de subjectivation qui sont à l'œuvre. Le délinquant peut en effet être analysé comme un objet sur lequel s'exerce l'activité thérapeutique, mais aussi comme un individu qui se place en sujet à travers ce processus de resocialisation ou de réhabilitation. » : QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 142.

²⁹⁴⁵ « Ceci permet de mobiliser des savoirs statistiques pour la gestion des populations et [...] de la crédibiliser par des chiffres et des courbes, distribuant les individus entre points extrêmes et points modaux et constituant ainsi des frontières entre catégories. La répartition statistique des individus aux positions rares est relue comme une anormalité par rapport à des normes sociales majoritaires et partant, comme une illégitimité. » : BIGO Didier, BONELLI Laurent, « Critique de la raison criminologique », *op. cit.*, p. 19.

présenté par le code de procédure pénale comme la norme de conduite à adopter, en lieu et place de celle correspondant au respect de « l'ordre public pénal²⁹⁴⁶ ». Ce standard est à ce titre l'expression manifeste du passage, après la clôture du procès pénal, de la responsabilité pénale, fondée sur des actes commis par un sujet moral et politique, à la responsabilité sociale, fondée sur un écart à la norme caractérisant un « sujet à risque²⁹⁴⁷ ». La poursuite de l'acte de juger, sur le fondement de la rationalité pénitentiaire, implique la responsabilité du sujet pour ce qu'il est, c'est-à-dire ce qui le sépare de la figure de la personne responsable.

Déjà évoquée²⁹⁴⁸, la figure de la personne responsable vise le sujet néolibéral, celui qui dirige sa conduite par le principe de « l'action rationnelle », au sens d'un gouvernement de tous les aspects de son existence par un calcul des coûts et des avantages, le rendant pleinement responsable de lui-même²⁹⁴⁹. Cet « agent rationnel²⁹⁵⁰ » est en quelque sorte le champion de la responsabilité sociale, car il est capable d'assumer ses besoins de manière autonome et ne constitue dès lors pas un risque pour la société. Dans ce paradigme néolibéral, de plus en plus dominant dans notre pénalité, la conduite infractionnelle n'est nullement liée à une anormalité monstrueuse ou à des rapports économiques et sociaux inégalitaires, mais à une défaillance dans le gouvernement de soi²⁹⁵¹. Il s'agit d'une grille de lecture néo-positiviste, fondée sur les sciences cognitives et irriguant la doctrine pénologique contemporaine, renouvelant l'objectivation de la personne condamnée. Le sujet de l'acte de punir, en raison de sa condamnation et de son écart à la norme, est de plus en plus considéré comme ayant un « capital humain²⁹⁵² » insuffisant pour lui permettre d'agir en personne responsable, c'est-à-dire notamment pour avoir la capacité de faire obstacle à la « chaîne

²⁹⁴⁶ PIN Xavier, « L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal », *op. cit.*, p. 112.

²⁹⁴⁷ HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *op. cit.*

²⁹⁴⁸ Sur la figure de la personne responsable v. : *supra* n° 404 et s.

²⁹⁴⁹ BROWN Wendy, « Néolibéralisme et fin de la démocratie », *Vacarme*, n° 4, vol. 29, 2004, p. 88.

²⁹⁵⁰ KAMINSKI Dan, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), *op. cit.*, p. 335. « Dès lors qu'on se trouve dans le champ pénal, la responsabilité est fortement réduite à l'agency : la pénalité contemporaine « fait confiance » à la rationalité des personnes, à leur capacité à choisir librement leurs buts et d'agencer les moyens dont ils disposent, en tenant compte des intérêts légitimes d'autrui ». Cette formulation indique le présupposé sous-tendant le type de responsabilité attendue de l'agent. L'agent n'est pas un acteur, l'acteur n'est pas un sujet. La plus grande puissance de la *Rational Action Theory* est probablement d'avoir réussi à imposer son nom à une seule des multiples rationalités de l'individu, celle, objectivée, du calcul et de la mise en balance des coûts et des bénéfices de son action. » : *ibid.*

²⁹⁵¹ ALIX Julie, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », *op. cit.*, p. 57 ; DANET Jean, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *op. cit.*, p. 23 ; GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *op. cit.*, p. 8.

²⁹⁵² DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 94.

délictuelle²⁹⁵³ ». En ce sens, le modèle de prise en charge de l'administration prend en compte les « attitudes et croyances de la personne condamnée favorisant le comportement délinquant », différents traits de personnalité considérés pathologiques, (impulsivité, insensibilité émotionnelle, manque d'empathie, *etc.*), les capacités intellectuelles, le contrôle de soi ou encore ses compétences de gestion de son budget²⁹⁵⁴. Les programmes de prévention de la récidive, « issues des théories de l'apprentissage et du conditionnement [et recherchant] une modification observable des modes de pensée, des réactions émotionnelles et des façons d'agir du sujet²⁹⁵⁵ », ont par ailleurs pour objet l'apprentissage de normes cognitives et comportementales destinées à traiter les facteurs de risque de la catégorie dans laquelle ont été classés les participants²⁹⁵⁶. Le standard de la figure de la personne responsable constitue ainsi une référence permettant d'ordonner la classification des personnes condamnées, au-delà du paradigme de la dangerosité²⁹⁵⁷. L'emploi du risque, particulièrement codé comme un écart à la norme synonyme d'irresponsabilité sociale, permet de « donner à l'imposition d'un ordre moral l'apparence d'un simple agencement technique²⁹⁵⁸ », poursuivant concomitamment les intérêts de la société et de la personne prise en charge. De cette manière, l'évaluation instrumentée, grâce aux « effets de vérité²⁹⁵⁹ » qu'elle produit, permet de justifier d'enjoindre au sujet de l'acte de punir l'injonction de se réformer, au-delà du respect des biens juridiques composant l'ordre public dans sa dimension pénale.

Nous sommes toujours responsables de nos actes envers la société, en tant que sujet moral, mais nous ne sommes pas pour autant responsables de nous-même envers la société. La « responsabilité n'est plus une qualité présupposée mais une qualité que l'individu doit

²⁹⁵³ *Ibid.*, p. 65 ; BRILLET Emmanuel, « Une nouvelle méthode d'intervention auprès des personnes placées sous main du justice : les programmes de prévention de la récidive (PPR) », *op. cit.*, p. 5 ; DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France*, *op. cit.*, p. 68.

²⁹⁵⁴ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 52-53.

²⁹⁵⁵ DELARUE Jean-Marie, ALEZRAH Charles (dir.), *Auteurs de violences sexuelles : prévention, évaluation, prise en charge*, *op. cit.*, p. 78.

²⁹⁵⁶ En somme, il s'agit « d'apprendre aux délinquants à réfléchir aux conséquences de leur conduite criminelle, à les amener à mieux se connaître et à mieux se contrôler, à reconnaître et éviter les situations qui précèdent le passage à l'acte, et à leur donner la possibilité de mettre en pratique des comportements prosociaux » : Annexe 2 « Principes directeurs tendant une utilisation plus efficace des sanctions et mesures appliquées dans la communauté », in Recommandation Rec (2000) 22 du Comité des ministres aux États membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et les mesures applicables dans la Communauté.

²⁹⁵⁷ On « observe que la raison criminologique prophylactique s'est transformée et ajustée aux pratiques de management observables dans le cadre d'une bureaucratisation néolibérale » : BIGO Didier, BONELLI Laurent, « Critique de la raison criminologique », *op. cit.*, p. 18.

²⁹⁵⁸ CAUCHIE Jean-François, CHANTRAINE Gilles, « De l'usage du risque dans le gouvernement du crime. Nouveau prudentialisme et nouvelle pénologie », *Champ pénal*, vol. 2, 2005, p. 7.

²⁹⁵⁹ FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

mettre en œuvre par des choix rationnels et que le pouvoir sécuritaire doit indirectement fabriquer, inciter²⁹⁶⁰ ». Par conséquent, le dispositif d'exécution de la peine privative de liberté doit permettre d'acquérir cette qualité, par des pratiques punitives recherchant la responsabilisation de la population pénale, c'est-à-dire ni plus ni moins que la réduction des risques que fait peser l'individu sur la société. Dès lors, l'irresponsabilité sociale peut être l'objet d'une prise en charge pénitentiaire et le sujet de l'acte de punir le destinataire d'une « injonction de responsabilisation²⁹⁶¹ ». La figure de la personne responsable, présentée comme objective et a-politique, devient alors une référence pour la subjectivation des personnes condamnées, malgré qu'elle soit indexée sur un ordre moral distinct de celui informé par les biens juridiques protégés par le droit pénal.

537 Une référence pour la subjectivation des personnes condamnées. Bien qu'elle ne désigne pas une notion juridique, la figure de la « personne responsable²⁹⁶² » est la référence contemporaine pour la subjectivation des personnes condamnées²⁹⁶³. Il s'agit du nouvel idéal réhabilitatif présidant à la prise en charge, qui indexe les pratiques réhabilitatives sur « une nouvelle rhétorique de la responsabilisation²⁹⁶⁴ ». Le dispositif d'exécution élabore effectivement des procédés de subjectivation, destinés à normaliser les personnes condamnées eu égard à la figure de la personne responsable. La finalité de l'action de punir contemporaine est de déterminer que le sujet de la peine se constitue lui-même comme sujet néolibéral, pour faire en sorte qu'après l'expiration de leur peine, il se gouverne lui-même selon les termes du calcul dit rationnel²⁹⁶⁵.

²⁹⁶⁰ SLINGENEYER Thibaut, « Le triptyque foucaldien "souveraineté-discipline-sécurité" comme outil d'analyse de la peine privative de liberté et de la libération (conditionnelle) », *op. cit.*, p. 84. « Instead or assuming that all adult individuals are « naturally capable of responsible, self-directed action and moral agency, contemporary penal regimes treat this as a problem to be remedied by procedures that actively seek to « subjectify » and to « responsabilize » individuals. » : GARLAND David, « "Governmentality" and the problem of crime : Foucault, criminology, sociology », *Theoretical Criminology*, n° 2, vol. 1, 1997, p. 191.

²⁹⁶¹ CAUCHIE Jean-François, CHANTRAINE Gilles, « De l'usage du risque dans le gouvernement du crime. Nouveau prudentialisme et nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 10.

²⁹⁶² Al. I, II, art. 707 du CPP.

²⁹⁶³ Si l'« intervention correctionnelle renvoie nécessairement à l'exercice d'un pouvoir de normalisation des individus et des conduites », la référence normative pour la réformation des personnes condamnées n'est pas immuable : QUIRION Bastien, « Réformer, réadapter ou responsabiliser le détenu. Analyse des enjeux normatifs rattachés à l'intervention correctionnelle au Canada », *op. cit.*, p. 341. Un auteur a notamment relevé au Canada la cohabitation et la succession de trois modèles réhabilitatifs : le modèle de la réformation recherchant la production d'un individu conforme, celui de la réadaptation recherchant un individu intégré, et, plus récemment, le modèle de la responsabilisation poursuivant l'ambition de faire de la personne condamnée un individu autonome : *ibid.*, p. 351-354. Concernant ce dernier, il relève que l'« idéal réhabilitatif passerait désormais par des interventions dont le principal objectif serait de responsabiliser le détenu à la fois par rapport à ses agissements et par rapport à sa propre prise en charge correctionnelle » : *ibid.*, p. 351.

²⁹⁶⁴ *Ibid.*

²⁹⁶⁵ LAVAL Christian, *L'homme économique : essai sur les racines du néolibéralisme*, *op. cit.*, p. 315.

Cette politique de responsabilisation, entreprenant de susciter et de développer chez la personne condamnée la volonté de diminuer l'intensité de ses facteurs de risques et accroître celle de ses facteurs de protection, nous l'avons déjà décrite. Nous l'a retrouvons d'abord dans les prescriptions de la réglementation de la vie qui n'ont pas de lien directe avec l'ordre public, en particulier les mesures de soins et d'hygiène pénitentiaires²⁹⁶⁶. C'est ensuite les programmes de prévention de la récidive, qui cherchent à revaloriser le « capital humain²⁹⁶⁷ » des personnes condamnées²⁹⁶⁸. Au-delà, la politique de responsabilisation s'appuie sur l'injonction adressée à la personne condamnée d'être autonome dans l'exécution de sa peine, que ce soit en détention (notamment dans les régimes différenciés de confiance ou les modules « respect »²⁹⁶⁹) ou en milieu ouvert. À cela s'ajoute le suivi par les services pénitentiaires d'insertion et de probation, destiné à susciter et accompagner un processus de subjectivation chez la personne suivie, au travers d'une « relation soutenance, guidante et structurante²⁹⁷⁰ ». D'ores et déjà nombreuses, les modalités d'exécution recherchant la responsabilisation du sujet continuent de se diversifier. Au demeurant, elles ont toujours pour objet de chercher à réduire l'écart à la norme de la figure de la « personne responsable²⁹⁷¹ ». Dès lors, les facteurs de risque et de protection peuvent être considérés comme un nouveau biais pour connaître du standard de la personne responsable.

Par l'analyse des prescriptions pénitentiaires, nous avons déjà entrepris la description de cette référence pour la réformation du sujet. Les facteurs de risque et de protection du modèle de prise en charge de l'administration pénitentiaire n'informent pas une nouvelle dimension de ce standard ; en revanche, ils précisent les traits caractérisant de cette figure discursive. Concernant la dimension économique et sociale, la personne responsable au regard est celle qui n'a pas de « problèmes familiaux/conjugaux », de « problèmes d'insertion professionnelle » ou un « environnement relationnel et social « soutenant » le comportement délinquant »²⁹⁷². C'est ainsi celle qui n'a pas de « mauvaises relations familiales » ou connue de « divorce »²⁹⁷³. C'est aussi celle qui n'est pas caractérisée par un « manque de formation », qui n'a pas de « difficultés à l'emploi », qui bénéficie d'un « travail stable générant de la

²⁹⁶⁶ Sur les prescriptions participant de la dimension sanitaire de l'ordre pénitentiaire v. : *supra* n° 419 et s.

²⁹⁶⁷ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 94.

²⁹⁶⁸ Sur les programmes de prévention de la récidive v. : *supra* n° 265.

²⁹⁶⁹ Sur ces régimes de détention v. : *supra* n° 257-258.

²⁹⁷⁰ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 28 et s. Sur le suivi par les personnels pénitentiaires v. : *supra* n° 451-454 ; 523-525.

²⁹⁷¹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁹⁷² DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 52.

²⁹⁷³ *Ibid.*

satisfaction » et de « loisirs »²⁹⁷⁴. C'est enfin celle qui n'a pas de « pairs délinquants », qui ne réside pas dans un « quartier où les délinquants sont respectés et le mode de vie délinquant banalisé »²⁹⁷⁵. Concernant la dimension sanitaire, correspond au standard de l'article 707 du code de procédure pénale la personne qui n'a pas des « attitudes et croyances favorisant le comportement délinquant », ne présente pas de « profil de personnalité dit « antisocial » » et n'est pas affectée par la « toxicomanie » ou des « addictions »²⁹⁷⁶. Il s'agit de la personne qui n'a pas de « manière de penser ou d'appréhender la réalité » justifiant ou encourageant le comportement délinquant et qui dispose de bonnes « capacités intellectuelles », ainsi qu'une bonne capacité à « gérer ses émotions »²⁹⁷⁷. Mais, il s'agit également de celle qui n'a pas de « tendance à l'impulsivité », à l'« agressivité », qui n'a pas d'« insensibilité émotionnelle », de « manque d'empathie » ou de « dépendance ou de consommation problématique d'alcool ou de drogue »²⁹⁷⁸. *In fine*, la figure de la personne responsable désigne la personne disposant du capital économique, sociale et humain suffisant pour vivre de manière autonome et donc de ne pas faire peser de risque sur la société. Or, l'objet des pratiques correctionnelles contemporaines est de réduire l'écart entre la population pénale et cette norme, identifié comme la cause d'un risque pour la société. De l'imposition de cette nouvelle référence pour l'objectivation et la subjectivation des personnes prises en charge découle alors inévitablement l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. Il ne s'agit effectivement plus seulement de rechercher le respect de l'ordre public, mais la constitution d'une « personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société »²⁹⁷⁹, par la normalisation du sujet de l'acte de punir.

Rationalisée par les savoirs et les outils néo-positivistes, l'évaluation entreprend de réduire l'appréhension du sujet de l'acte de punir à un cas à prendre en charge. La personne condamnée est en effet de plus en plus considérée, pour la détermination de ses conditions d'exécution, comme une combinaison de facteurs, informant un risque saisi comme l'écart avec la figure de la personne responsable. Ce procédé d'objectivation entreprend ainsi la légitimation de l'attribution d'un statut à la personne prise en charge (B), adapté au cas qu'elle constitue et destiné à sa subjectivation en tant que personne responsable.

²⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 52-53.

²⁹⁷⁵ *Ibid.*, p. 52.

²⁹⁷⁶ *Ibid.*

²⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 52-53.

²⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 52.

²⁹⁷⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

B. La légitimation de l'attribution d'un statut

538 La prise en charge d'un cas. Les « effets de vérité²⁹⁸⁰ », produits par l'évaluation et son instrumentation, portent à la fois sur l'individualité pénologique du sujet et son classement, c'est-à-dire son appréhension en tant que cas à prendre en charge, et sur l'adaptation du régime d'exécution à ce cas²⁹⁸¹. La légitimation de l'objectivation du sujet, par « les nouvelles méthodes d'évaluation²⁹⁸² », ne justifie pas seulement d'une qualification a-juridique de ce dernier dans le champ du savoir pénologique, mais de l'attribution d'un statut sur ce fondement, pour qu'il soit « lié aux traits, aux mesures, aux écarts, aux « notes » qui le caractérisent et font de lui, de toute façon, un « cas »²⁹⁸³ ». L'identification d'un cas à prendre en charge par l'évaluation a effectivement pour objet l'attribution d'un statut pénologique, correspondant à des prescriptions formelles (1) et matérielles individualisées (2), chargées d'entreprendre la subjectivation de la personne condamnée à la figure de la « personne responsable [...] et d'éviter la commission de nouvelles infractions²⁹⁸⁴ ».

1. Des prescriptions formelles individualisées

539 La portée indirecte de la figure de la personne responsable. La première dimension de ce statut pénologique, c'est-à-dire des termes de la prise en charge du cas révélé par l'évaluation, est composée de prescriptions formelles, disposant d'une existence positive dans l'ordre juridique. Au moyen des interdictions et obligations composant le régime d'exécution, il s'agit de poursuivre la sécurité des établissements et la sécurité publique, par des mesures de surveillance et de contrôle, comme la subjectivation de la personne condamnée à la figure de la personne responsable, par des prescriptions relevant essentiellement des domaines économique, social et sanitaire²⁹⁸⁵. La figure de la personne responsable est ici une référence indirecte, puisqu'elle n'intervient dans la normalisation de l'existence du sujet que par l'intermédiaire de prescriptions formelles, correspondant aux modalités d'exécution destinées

²⁹⁸⁰ FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

²⁹⁸¹ « L'articulation du gouvernement du singulier (individualisation pénale) et du tout (régulation pénale) permet à la fois le rabattement sur l'individu de la faute, et sa saisie objective et à grande échelle à partir du profil auquel il correspond. » : FONTAINE Victor, *Réguler et conduire. De la critique de la prison à la pénalité néolibérale*, *op. cit.*, p. 158.

²⁹⁸² DANGLES Cécile, « Évaluation du risque de récidive, le point de vue d'un JAP », *op. cit.*, p. 20.

²⁹⁸³ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 194.

²⁹⁸⁴ Al. I, II, art. 707 du CPP.

²⁹⁸⁵ Sur les prescriptions formelles des dimensions économique, social et sanitaire de l'ordre pénitentiaire v. : *supra* n° 404 et s.

à responsabiliser les personnes condamnées. Cette première dimension du statut relève ainsi d'une police de l'existence, qui fonctionne sur le mode d'exercice du pouvoir disciplinaire, au sens où il s'agit de rechercher la normalisation de la personne par sa soumission à une réglementation de sa vie.

540 Les prescriptions formelles informant l'injonction à se subjectiver en tant que personne responsable. Pour faire le lien entre les prescriptions pénitentiaires formelles et les caractéristiques des personnes condamnées, l'évaluation est une pratique indispensable. C'est en effet l'opération de classification qui autorise l'individualisation du régime d'exécution, au cours de l'acte de punir, conformément aux principes directeurs de l'exécution des peines²⁹⁸⁶. En déterminant la ou les problématiques pénologiques de l'individu, et ses facteurs de risque, les autorités de l'exécution des peines sont en mesure de configurer le régime d'exécution, dans le but de revaloriser le capital économique, social et humain de l'individu, « afin de lui permettre d'agir en personne responsable²⁹⁸⁷ ». Dans cette dimension du statut pénologique, correspondant aux termes du régime d'exécution de la peine, les prescriptions pénitentiaires formelles informent et individualisent l'« injonction à la responsabilisation²⁹⁸⁸ » inhérente à la prise en charge pénitentiaire contemporaine. Par la soumission du sujet à cette police de l'existence, il s'agit de poursuivre la prévention de la récidive, en réduisant les facteurs de risque et optimisant les facteurs de protection²⁹⁸⁹, ce qui revient à entreprendre la subjectivation de l'individu en référence à l'idéal-type de la responsabilité sociale. L'« objectif traditionnel [...] de normalisation des conduites²⁹⁹⁰ » n'est dès lors plus indexé sur les biens juridiques constitutifs de « l'ordre public pénal²⁹⁹¹ », mais sur les intérêts institutionnels poursuivis par le dispositif d'exécution, considérés nécessaires pour responsabiliser les personnes condamnées et prévenir la commission de nouvelles infractions.

541 L'acceptation de la réglementation de la vie. Les prescriptions pénitentiaires disposant d'une existence juridique certaine, en raison de leur rattachement à une modalité d'exécution, sont les objets à partir desquels nous avons pu identifier les intérêts

²⁹⁸⁶ Sur les principes directeurs de l'exécution des peines v. : *infra* n° 75-77.

²⁹⁸⁷ Al. I, II, art. 707 du CPP.

²⁹⁸⁸ CARTUYVELS Yves, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », *op. cit.*, p. 100.

²⁹⁸⁹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 78.

²⁹⁹⁰ MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 97.

²⁹⁹¹ PIN Xavier, « L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal », *op. cit.*, p. 112.

institutionnels poursuivis par le dispositif d'exécution²⁹⁹². Et c'est par la soumission du sujet à ces prescriptions que le régime d'exécution entreprend, en premier lieu, la subjectivation du sujet de l'acte de punir à la figure de la « personne responsable²⁹⁹³ ». Le non respect par la personne condamnée de cette police entraîne en effet des sanctions, qu'elles soient disciplinaires, « quasi-disciplinaires²⁹⁹⁴ », relative à l'individualisation du régime de détention ou relevant de l'application de la peine. Pour évoluer favorablement dans le parcours d'exécution de la peine, le sujet de l'acte de punir doit accepter la réglementation de sa vie. C'est en se soumettant à la police de son existence, déterminée en fonction de son évaluation, qu'il peut prétendre à une revalorisation de son capital de liberté, par un régime d'exécution moins sévère. Les usages des modalités d'exécution élaborent l'acte de punir en premier lieu en fonction de l'obéissance du sujet, c'est-à-dire de sa soumission à l'ordre pénitentiaire. Bien entendu, cette dimension disciplinaire de l'exécution de la peine privative de liberté n'est pas nouvelle. Il convient cependant de rappeler que les intérêts institutionnels poursuivis par le dispositif d'exécution ont grandement évolué. Désormais, les usages des modalités d'exécution rétribuent l'obéissance à une police régissant de plus en plus de domaines de l'existence du sujet, pour reconfigurer sa vie, eu égard à la figure de la personne responsable.

De surcroît, la recherche de subjectivation de la personne condamnée ne se limite plus à la soumission de celle-ci à des prescriptions formelles, portées par les modalités d'exécution. L'insertion du sujet dans un parcours d'exécution de la peine, composé d'une succession de régimes d'exécution sanctionnant sa réformation, autorise effectivement l'injonction de se conformer à des prescriptions matérielles individualisées (2).

2. Des prescriptions matérielles individualisées

542 La portée directe de la figure de la personne responsable. La seconde dimension du statut pénologique, c'est-à-dire des termes de la prise en charge du cas révélé par l'évaluation, est composée de prescriptions matérielles. Nous désignons sous ce vocable des normes cognitives et comportementales, qui ne relèvent pas de la substance des modalités composant le régime d'exécution, mais sont induites par les usages des modalités d'exécution qui les sanctionnent. Il peut s'agir par exemple de l'exigence d'adhésion à la prise en charge

²⁹⁹² Sur l'identification des intérêts institutionnels composant l'ordre pénitentiaire v. : *supra* n° 371 et s.

²⁹⁹³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

²⁹⁹⁴ HERZOG-EVANS Martine, *Droit pénitentiaire. 2020/2021, op. cit.*, §344 et s. Ce type de sanctions vise « les mesures répressives instituées hors procédures disciplinaire », notamment l'isolement ou les transfèvements imposés : FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne, op. cit.*, §964-984.

contre la radicalisation violente, de renoncement aux convictions ayant fondé le passage à l'acte, d'abandon des relations avec les membres d'une population délinquante, d'expression d'empathie envers les victimes et de repentir actif, ou encore de modification des traits de personnalité considérés antisociaux²⁹⁹⁵. Ces prescriptions, complétant le régime d'exécution des personnes condamnées, n'ont en effet point d'existence positive dans l'ordre juridique²⁹⁹⁶. Pourtant, elles participent à l'assujettissement de la personne condamnée et à la différenciation de l'acte de punir. Ces normes sont d'ailleurs celles qui structurent le second mode de gouvernement des personnes condamnées, relevant non plus d'une police de l'existence, mais d'une direction pénitentiaire des conduites²⁹⁹⁷.

Émanation de la normativité inhérente à la figure de la personne responsable, ces prescriptions matérielles permettent au dispositif d'exécution de fonctionner à partir d'un mode d'exercice du « pouvoir sécuritaire²⁹⁹⁸ », c'est-à-dire d'exercer un pouvoir de normalisation à partir d'une direction des conduites, non pas fondée sur l'obéissance de la personne condamnée, mais sur l'exercice de sa liberté. Ce procédé ne relève alors plus de la discipline, en ce que la loi – et plus généralement la norme formelle –, n'est plus au fondement de l'assujettissement au procédé de subjectivation²⁹⁹⁹. Ce qui est essentiel dans cette dimension, c'est le normal et l'anormal, en dehors de toute référence à une norme juridique³⁰⁰⁰. Le point de référence pour apprécier le rapport de la personne condamnée à l'ordre pénitentiaire est l'écart à la norme de la figure de la « personne responsable³⁰⁰¹ », ou plutôt l'attitude du sujet par rapport à son objectivation, caractérisée par des problématiques pénologiques et des facteurs de risque. Les prescriptions matérielles structurent le processus de réformation de la personne, au-delà de la réglementation de la vie par le régime d'exécution, et permettent ainsi de connaître de son adhésion à la prise en charge dédiée à

²⁹⁹⁵ Sur l'identification des prescriptions matérielles v. : *infra* n° 552 et s.

²⁹⁹⁶ Sur le fondement pénologique de ces prescriptions v. : *infra* n° 600.

²⁹⁹⁷ Sur la direction de conduite en tant que mode de gouvernement v. : *supra* n° 475.

²⁹⁹⁸ SLINGENEYER Thibaut, « Le triptyque foucauldien « souveraineté-discipline-sécurité » comme outil d'analyse de la peine privative de liberté et de la libération (conditionnelle) », *op. cit.*, p. 82 ; MAZABRAUD Bertrand, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *op. cit.*, p. 169.

²⁹⁹⁹ « Dans le cadre disciplinaire, le normal est ce qui est capable de se conformer à une norme posée comme moyen de certaines fins, l'anormal, ce qui n'en est pas capable. Ici, c'est toujours la norme, la loi, qui est première. Ce n'est pas le normal et l'anormal. » : RUELLE Charles, « Population, milieu et normes (Note sur l'enracinement biologique de la biopolitique de Foucault), *Labyrinthe*, n° 3, vol. 22, « La Biopolitique (d')après Michel Foucault », 2005, p. 33.

³⁰⁰⁰ FOUCAULT Michel, *Sécurité, Territoire, Population. Cours au collège de France. 1977-1978*, *op. cit.*, p. 65.

³⁰⁰¹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

« une prise de conscience de ses déficiences en termes de conduite et [à] l'adoption de comportements socialement adaptés³⁰⁰² ».

543 Les prescriptions matérielles informant l'injonction à se subjectiver en tant que personne responsable. À défaut d'existence formelle dans le droit de l'exécution des peines, considérons ces prescriptions pour ce qu'elles sont matériellement, des objectifs informant l'injonction faite au sujet de l'acte de punir de se subjectiver en tant que personne responsable³⁰⁰³. Ces normes sont les instruments par lesquels le dispositif d'exécution intervient pour guider la liberté de la personne condamnée et l'usage de son capital économique, social et humain, afin de participer à la « fabrique du sujet néo-libéral³⁰⁰⁴ ». Pour illustrer notre propos, prenons l'exemple didactique des objectifs assignés à la personne condamnée durant son suivi par les services pénitentiaires d'insertion et de probation.

Dès les prémices d'une rationalisation pénologique de l'intervention des conseillers d'insertion et de probation dans la prise en charge, autour d'un « diagnostic-évaluation », peut être relevé l'impératif « de définir des objectifs », pour structurer la prise en charge au-delà des prescriptions formelles du régime d'exécution³⁰⁰⁵. Nous retrouvons par ailleurs, dans le « plan d'exécution » des règles pénitentiaires européennes relatives à la probation, cette prescription d'« objectifs » destinés à inclure dans le champ du contrôle l'évolution de la subjectivation de la personne condamnée³⁰⁰⁶. La réformation du sujet et la reconfiguration de sa vie ne sont plus seulement une conséquence souhaitée de la prise en charge, mais un effet activement recherché et de plus en plus sanctionné par la différenciation de l'acte de punir. Concernant le suivi par les personnels pénitentiaires, la modulation de l'intensité de la prise en charge, ayant pour conséquence « d'atténuer ou d'augmenter son caractère contraignant³⁰⁰⁷ », sera indexée sur l'adhésion à la prise en charge correspondant à la

³⁰⁰² GOURMELON Nathalie, « La prise en charge pénitentiaire des délinquants sexuels sous le sceau de la gestion des risques et de la lutte contre la récidive », *op. cit.*, p. 363.

³⁰⁰³ Sur les prescriptions matérielles induites par les usages des modalités d'exécution v. : *infra* n° 552 et s.

³⁰⁰⁴ BROWN Wendy, « Néo-libéralisme et fin de la démocratie », *op. cit.*, p. 89. « The key feature of the neo-liberal rationality is the congruence it endeavors to achieve between a responsible and moral individual and an economic-rational individual. It aspires to construct responsible subjects whose moral quality is based on the fact that they rationally assess the costs and benefits of a certain act as opposed to other alternative acts. » : LEMKE Thomas, « The birth of Biopolitics : Michel Foucault's lecture at the collège de France on Neo-liberal Governmentality », *Economy and Society*, n° 2, vol. 30, 2001, p. 202.

³⁰⁰⁵ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*, p. 4. Sur la rationalisation pénologique de la prise en charge v. : *supra* n° 523-525.

³⁰⁰⁶ Règles 72, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation.

³⁰⁰⁷ MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 83.

poursuite des objectifs fixés dans le « plan d'accompagnement et d'exécution de peine³⁰⁰⁸ ». Après l'identification d'un trait de personnalité agressif ou impulsif par l'évaluation, le conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation peut par exemple fixer comme objectif le « développement des capacités et compétences cognitives et comportementales », poursuivi en mobilisant des méthodes relevant de la communication, de la gestion de la colère et de la maîtrise de soi³⁰⁰⁹. Désormais, la prise en charge pénitentiaire entreprend la modification des modes de pensée, de réflexion et d'action, par des techniques éducatives et cognitivo-comportementales. Il s'agit de cultiver une subjectivation à la figure de la personne responsable par le « développement du « capital humain » de la personne, c'est-à-dire de ses compétences et capacités personnelles, [...] au moyen d'interventions visant à diminuer les facteurs de risque et/ou à renforcer les facteurs de protection³⁰¹⁰ ».

Le modèle pénologique rationalisant les pratiques réhabilitatives autorise ainsi l'intégration dans la prise en charge de prescriptions matérielles, recherchant la désistance durable de la personne condamnée, par l'achèvement de la construction d'une « identité sociale nouvelle conforme aux règles et aux lois³⁰¹¹ ». S'adjoint ainsi à côté du parcours d'exécution de la peine, un « plan d'accompagnement et d'exécution de peine³⁰¹² » intensifiant l'assujettissement de la personne condamnée et diversifiant les procédés sous-tendant la subjectivation à la figure de la personne responsable, en exigeant du sujet de l'acte de punir son adhésion à la prise en charge responsabilisante.

544 L'adhésion à la prise en charge. Ne reposant sur aucune prescription juridique formelle, ces objectifs intégrés à la prise en charge pénitentiaire n'ont aucune place dans l'ordonnancement juridique. Les indicateurs de risque de passage à l'acte, s'ils sont expressément admis par le dispositif d'exécution – au travers principalement du référentiel

³⁰⁰⁸ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 55. Sur le plan d'accompagnement et d'exécution des peines v. : *supra* n° 453 ; 525.

³⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 80. Le référentiel des pratiques opérationnelles définit ainsi des cadres d'intervention avec des axes de travail sur les facteurs de risque, des stratégies d'intervention selon le positionnement de la personne placée sous main de justice et des exercices types : *ibid.*, p. 67 ; 69.

³⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 94. « Le travail avec la personne sur ses représentations, ses façons de penser ou de raisonner, ses croyances ou convictions est donc nécessaire, car il contribue à l'accompagner dans son processus de sortie de délinquance. Il s'agit d'interventions éducatives qui visent à favoriser, chez la personne, la réflexion, l'ouverture cognitive, la prise de conscience de ses façons de penser et de raisonner, et à lui permettre d'acquérir de nouveaux réflexes ou de nouvelles compétences. De façon générale, les méthodes cognitives et comportementales peuvent être utilisées dans une perspective éducative. Elles sont cognitives parce qu'elles visent à faire prendre conscience aux personnes suivies de l'écart existant entre leurs pensées et la réalité. Elles sont comportementales en ce qu'elles recherchent une modification du comportement par l'apprentissage et non par l'exploration des causes profondes, comme en thérapie. » : *ibid.*

³⁰¹¹ *Ibid.*, p. 14.

³⁰¹² *Ibid.*, p. 55.

des pratiques opérationnelles –, ne disposent pas de la légitimité formelle du droit. Pour autant, ces injonctions à se réformer pour réduire le risque de récidive interviennent dans la différenciation de l'acte de punir. Les usages des modalités d'exécution ne sanctionnent pas seulement l'acceptation de la réglementation de la vie, mais également l'adhésion à la prise en charge. Il n'est plus seulement exigé de la personne condamnée qu'elle respecte ses obligations, mais aussi qu'elle s'investisse dans la prise en charge, pour se subjectiver en tant que personne responsable, en amendant ses comportements, ses modes de pensées, ses représentations ou même ses croyances³⁰¹³. Les prescriptions matérielles, en ce qu'elles n'existent pas formellement dans l'ordre juridique, peuvent viser l'ensemble des éléments participant d'un gouvernement de soi considéré pathologique, en ce qu'il s'écarte du standard de la figure de la personne responsable. Le statut déterminé sur le fondement de l'évaluation emporte effectivement la soumission à des prescriptions matérielles, pour connaître de l'adhésion du sujet à la prise en charge et la sanctionner au titre de ses conditions d'exécution.

Au travers de sa prise en compte comme référence pour la subjectivation des personnes condamnées, la normativité de la figure de la personne responsable définit dans le champ pénitentiaire des prescriptions, au-delà des termes du régime d'exécution, sanctionnées par les usages des modalités d'exécution de la peine. L'évaluation apparaît dès lors comme chargée de l'attribution d'un statut correspondant à certaines prescriptions pénologiques, et de sa légitimation au travers des « effets de vérité³⁰¹⁴ » issus de sa rationalisation par les savoirs néo-positivistes et les doctrines pénologiques contemporaines, permettant la soumission du sujet de l'acte de punir à de nouveaux procédés de subjectivation. Le statut emporte ainsi la soumission à des prescriptions étrangères au régime d'exécution, inhérentes au parcours d'exécution de la peine et dirigeant la conduite de la personne condamnée.

*

545 Une production d'effets de vérité. Dans le champ pénitentiaire, la pratique de l'évaluation répond d'une « raison instrumentale³⁰¹⁵ » pour deux raisons. En premier lieu, l'examen des personnes condamnées légitime la poursuite de l'acte de juger, sur le fondement de la rationalité pénitentiaire. L'évaluation est en ce sens une procédure de mise en l'état de

³⁰¹³ Il peut s'agir par exemple de la matérialisation de l'évolution d'un trait de personnalité comme l'expression de regret à l'intention des victimes, soulignant pour l'institution l'empathie du sujet et sa capacité à assumer les conséquences de ses actes. Les usages des modalités d'exécution ne sont plus seulement susceptibles de venir sanctionner l'absence de réparation du dommage, mais aussi l'absence de repentir actif durant l'exécution de la peine v. : *infra* n° 567-569.

³⁰¹⁴ FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

³⁰¹⁵ BIRMAN Joël, « L'éclipse du sujet et de la singularité dans le discours de l'évaluation », *op. cit.*, p. 218.

l'individualisation de la peine, chargée de produire une vérité pénitentiaire sur le sujet de l'acte de punir, dans le but de déterminer le régime d'exécution le plus adapté pour poursuivre efficacement les finalités de l'acte de punir. L'évaluation remplit ainsi une fonction opérationnelle, produire le savoir nécessaire à l'individualisation des conditions d'exécution, au fur et à mesure de l'acte de punir, « en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation³⁰¹⁶ » du sujet. En second lieu, l'intérêt de la rationalisation de l'évaluation est de renouveler les formes d'objectivation du sujet, pour permettre le renouvellement des modalités de la prise en charge. L'évolution du procédé d'examen contribue de cette manière à la reconfiguration du dispositif d'exécution, sous le mode de la rationalité punitive contemporaine. Par la production d'« effets de vérité³⁰¹⁷ », l'évaluation des personnes légitime l'appréhension du sujet comme un cas, eu égard au paradigme de la responsabilité sociale, pour permettre la mise en œuvre d'une politique de responsabilisation, caractérisée par des prescriptions formelles et matérielles recherchant la normalisation du sujet.

**

546 Un changement de paradigme dans l'appréhension du sujet. Dans le cadre de la reconfiguration du dispositif d'exécution, et de l'intensification de l'individualisation des conditions d'exécution qu'elle implique, l'évaluation s'est rationalisée par l'intégration des savoirs néo-positivistes et des doctrines pénologiques. L'instrumentation de ce procédé d'examen des personnes condamnées a alors permis de structurer ce « régime de vérité³⁰¹⁸ », pour accompagner la volonté d'individualisation caractérisant la rationalité punitive contemporaine. Toutefois, la rationalisation de l'évaluation contribue ainsi à modifier l'appréhension du sujet dans le dispositif et, corrélativement, les modalités de sa prise en charge. Ce dernier est en effet de plus en plus réduit à un cas à prendre en charge, caractérisé par une problématique pénologique, mais surtout par une combinaison de facteurs de risque pour légitimer l'attribution d'un statut poursuivant sa subjectivation à la figure de la personne responsable. La rationalisation de l'évaluation renforce et consacre en effet le passage de la rationalité pénale au paradigme de la responsabilité sociale, en proposant de connaître de la personne condamnée par son écart à la norme de la « personne responsable³⁰¹⁹ ».

³⁰¹⁶ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

³⁰¹⁷ FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

³⁰¹⁸ RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, *op. cit.*, p. 56 ; SLINGENEYER Thibaut, « Le triptyque foucauldien « souveraineté-discipline-sécurité » comme outil d'analyse de la peine privative de liberté et de la libération (conditionnelle) », *op. cit.*, p. 91.

³⁰¹⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

547 La condition de possibilité de la soumission du sujet à une direction pénitentiaire des conduites. L'évaluation est une pratique indispensable au fonctionnement du dispositif d'exécution, ordonné à l'individualisation. C'est en effet ce procédé de qualification du sujet qui permet le passage de la rationalité pénale, au fondement de la condamnation, à la rationalité pénitentiaire, présidant à la détermination des conditions d'exécution de la peine. Or, renouvelé par les savoirs néo-positivistes et les doctrines pénologiques anglo-saxonnes, l'évaluation impose progressivement une appréhension du sujet comme une combinaison de facteurs, constituant des risques pour la poursuite des fonctions du dispositif d'exécution et informant un écart à la norme de la « personne responsable³⁰²⁰ ». La rationalisation de ce procédé d'examen des personnes condamnées, chargé de permettre l'appréhension de sujet de droit en individu-objet de la prise en charge pénitentiaire, détermine par là l'intensification de l'objectivation du sujet et la consécration dans le champ pénitentiaire du paradigme de la responsabilité sociale. Notre pratique contemporaine nous éloigne ainsi du souhait d'ANCEL de « retrouver l'être humain considéré non pas comme objet d'étude scientifique, mais comme sujet de droit³⁰²¹ ». Appréhendée comme un « sujet à risque³⁰²² », qu'il est possible et nécessaire de responsabiliser, la personne évaluée est destinataire d'une injonction à se subjectiver en tant que personne responsable, informée tant par des prescriptions formelles, contribuant à la définition du régime d'exécution, que par des prescriptions matérielles, participant d'une direction pénitentiaire des conduites. Or, en enjoignant au sujet de se subjectiver en tant que personne responsable, par-delà le respect de son régime d'exécution, il est possible de l'appréhender au travers d'un nouvel aspect de son individualité, sa conduite par rapport à l'injonction de s'investir dans l'entreprise de sa normalisation. Conséquemment, le dispositif d'exécution se trouve en mesure d'organiser la rétribution de l'adhésion à la prise en charge (Chapitre 2) du sujet.

³⁰²⁰ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³⁰²¹ ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 213.

³⁰²² HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *op. cit.*

CHAPITRE 2. LA RÉTRIBUTION DE L'ADHÉSION À LA PRISE EN CHARGE

548 **La différenciation de l'acte de punir au-delà l'acceptation de la réglementation de la vie.** Le dispositif d'exécution met en œuvre deux modes de gouvernement distincts, entreprenant chacun la « normalisation des conduites³⁰²³ » des personnes condamnées. Le premier correspond à la police de la population pénale, c'est-à-dire à la réglementation de la vie des personnes condamnées par des prescriptions pénitenciaires formelles³⁰²⁴. Sous ce mode, le sujet de l'acte de punir est enjoint à se soumettre à l'ordre pénitenciaire par l'acceptation des interdictions et obligations constituant son régime d'exécution. Le second mode de gouvernement repose lui sur la direction des personnes condamnées, c'est-à-dire sur la conduite de la réformation du sujet par des prescriptions pénitenciaires matérielles³⁰²⁵. Dans ce mode de gouvernement, le sujet de l'acte de punir est enjoint à se soumettre à l'ordre institutionnel par l'adhésion à la prise en charge pénitenciaire, correspondant au statut pénologique de son individualité³⁰²⁶. La différenciation de l'acte de punir, par les usages des modalités d'exécution, ne sanctionnent dès lors plus seulement les violations du régime d'exécution, mais aussi le refus d'adhésion à ce qui constitue une direction des conduites, destinée à perfectionner la normalisation des personnes condamnées.

549 **L'exigence d'adhésion à la prise en charge.** Cette direction des conduites, indexée sur la figure de la « personne responsable³⁰²⁷ », gouverne le sujet de l'acte de punir au travers de l'exercice de sa liberté³⁰²⁸. C'est en cela que ce « mode de subjectivation³⁰²⁹ » se distingue fondamentalement du premier. Au travers de la différenciation de l'acte de punir, il est question d'influer le calcul des coûts et des avantages censé guider la conduite du sujet de

³⁰²³ MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 97 ; DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *op. cit.*, p. 315.

³⁰²⁴ Sur la police de la population pénale v. : *supra* n° 365 et s.

³⁰²⁵ Sur la direction des personnes condamnées : *supra* n° 475 et s.

³⁰²⁶ Sur le statut pénologique des personnes évaluées v. : *supra* n° 538 et s.

³⁰²⁷ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³⁰²⁸ « La liberté « moderne » - il s'agit ici de la liberté telle qu'elle intervient dans le cadre de la raison d'État identifiée par Foucault – doit donc être comprise avant tout dans son sens négatif. Il ne s'agit pas d'une vertu positive, mais tout simplement de l'absence de régulation totale. La liberté est seulement le fond non contrôlé, abandonné – par dépit plus que par principe – par la logique disciplinaire. » : MACMILLAN Alexandre, « La biopolitique et le dressage des populations », *op. cit.*, p. 50.

³⁰²⁹ « modes de subjectivation » : « FOUCAULT Michel, « Le sujet et le pouvoir », *op. cit.*, p. 1042 ; DELEUZE Gilles, « Qu'est-ce qu'un dispositif ? », *op. cit.*, p. 192.

l'acte de punir. Il s'agit de faire en sorte de déterminer, indirectement, la conduite des personnes condamnées, en agissant sur les conditions d'exécution de la peine, pour rendre certains comportements désirables et pour en disqualifier d'autres. Dans le prolongement de la police de la population pénale, les usages des modalités d'exécution ont pour objet de mettre en concordance les intérêts de la personne avec les intérêts de l'institution³⁰³⁰, pour déterminer la subjectivation du sujet en tant que « personne responsable³⁰³¹ ».

L'emploi de la liberté pour diriger autrement la conduite de la population pénale conduit, *in fine*, à évaluer l'exercice de cette autonomie octroyée à titre précaire et à la sanctionner par les usages des modalités d'exécution. Ce n'est donc plus seulement l'obéissance à des normes comportementales déterminées qui est exigé du sujet de l'acte de punir³⁰³², mais bien son adhésion au standard de comportement de la « personne responsable³⁰³³ ». Les usages des modalités d'exécution ont ainsi pour objet de favoriser la constitution du sujet en référence à cette figure normative et discursive, en sanctionnant – positivement et négativement – l'attitude de la personne condamnée vis-à-vis de son objectivation et des modalités de sa prise en charge³⁰³⁴. L'adhésion de celle-ci à l'entreprise de réformation portée par le dispositif d'exécution contribue dès lors à la différenciation de l'acte de punir, qui devient la sanction du degré de conformité du sujet à la constitution de soi attendue de lui par l'institution pénitentiaire.

550 L'indexation de la différenciation de l'acte de punir sur la responsabilisation. Ce nouveau mode de subjectivation trouve son origine et s'est développé au rythme d'une politique de « responsabilisation³⁰³⁵ » de la personne condamnée, destinée à accroître son

³⁰³⁰ Sur la correspondance des intérêts institutionnels et individuels dans la réglementation de la vie v. : *supra* n° 408.

³⁰³¹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³⁰³² ROTH Robert, « La participation du condamné à l'exécution de sa sanction, nouveau contrat social ou mercantilisation du droit ? », *op. cit.*, p. 362.

³⁰³³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³⁰³⁴ Sur la polarisation de la prise en compte du degré d'adhésion à la prise en charge v. : *infra* n° 582 et s.

³⁰³⁵ Art. 4, Décr. n° 2019-50 du 30 janvier 2019 portant statut particulier du corps des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 6 ; APIJ, *Nouveau programme immobilier pénitentiaire. Guide de programmation 2012*, *op. cit.*, p. 23 ; SALVAGE Philippe, « Le consentement en droit pénal », *op. cit.* ; DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, *op. cit.* ; MARTUCELLI Danilo, « Figures de la domination », *op. cit.* ; QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *op. cit.* ; SLINGENEYER Thibaut, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *op. cit.* ; RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *op. cit.* ; QUIRION Bastien, « Réformer, réadapter ou responsabiliser le détenu. Analyse des enjeux normatifs rattachés à l'intervention correctionnelle au Canada », *op. cit.* ; DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas

autonomie durant son assujettissement et son rôle dans la programmation de l'acte de punir³⁰³⁶, pour soumettre la personne condamnée à de nouvelles prescriptions tendant avant tout à la réduction du risque de passage à l'acte. Caractéristique de la rationalité punitive contemporaine³⁰³⁷, cette doctrine pénitentiaire – provenant une nouvelle fois des pays anglo-saxons et en particulier du Canada³⁰³⁸ – a pour objet la « reconfiguration des rapports de pouvoir³⁰³⁹ » entre l'institution et les personnes placées sous main de justice, pour à la fois réduire le coût de l'exécution de la peine et améliorer l'efficacité de celle-ci dans la poursuite de la prévention de la récidive. La politique de responsabilisation de la population pénale s'inscrit en outre dans la requalification des objectifs de l'exécution de la peine en critères de la différenciation de l'acte de punir. La normalisation du sujet n'est plus l'objectif à atteindre au terme de la peine, mais le principal élément à apprécier en vue de la modulation de celle-ci. Permise par les modalités d'exécution, la redéfinition de cette dimension de l'économie punitive, orientée dorénavant vers la responsabilisation³⁰⁴⁰, met évidemment à mal les liens entre l'acte de punir et la condamnation et ouvre la porte à la sanction des personnes condamnées pour leur attitude eu égard à leur objectivation, afin d'exiger d'elles un investissement dans la prise en charge, destinée à les normaliser, pour « éviter la commission de nouvelles infractions³⁰⁴¹ ».

Intimant à la personne condamnée de s'investir dans l'entreprise de sa réformation, eu égard à un ordre pénitentiaire dont les intérêts constitutifs sont de plus en plus éloignés des biens juridiques protégés par le droit pénal, le dispositif d'exécution organise de nouveaux procédés de subjectivation affectant la teneur de l'assujettissement. C'est la raison pour laquelle, nous souhaitons interroger la mise en relation entre la responsabilisation de la personne et la différenciation de l'acte de punir. Cette analyse doit alors nous permettre, d'abord, d'identifier les prescriptions structurant la direction pénitentiaire des conduites, issues du besoin de susciter et de rétribuer la responsabilisation des personnes condamnées, pour mesurer, ensuite, leurs conséquences sur l'assujettissement auquel donne lieu la

des peines s'exerçant en milieu ouvert », *op. cit.* ; CLIQUENNOIS Gaëtan, *Le management des prisons: vers une gestion des risques et une responsabilisation des détenus ?*, *op. cit.* ; LARMINAT Xavier de, « Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation », *op. cit.*

³⁰³⁶ Sur la programmation de l'exécution de la peine v. : *supra* n° 297 et s.

³⁰³⁷ Sur la rationalité punitive contemporaine v. : *supra* n° 9-11.

³⁰³⁸ QUIRION Bastien, « Le détenu autonome et responsable : la nouvelle cible de l'intervention correctionnelle au Canada », *op. cit.*

³⁰³⁹ CHANTRAINE Gilles, VACHERET Marion, « Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens », *op. cit.*, p. 3.

³⁰⁴⁰ Sur l'orientation du dispositif d'exécution vers la responsabilisation de la personne condamnée v. : *supra* n° 38.

³⁰⁴¹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

condamnation. Il est en effet indispensable d'analyser ce nouveau mode de subjectivation, dont la portée est croissante dans la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine, alors qu'il paraît opérer en dehors des garanties du droit pénal moderne, par l'extension de la portée de la rationalité pénitentiaire au-delà des termes du régime d'exécution.

551 L'extension de la portée de la rationalité pénitentiaire. L'indexation de la différenciation de l'acte de punir sur l'adhésion de la personne condamnée à la prise en charge emporte une extension de la portée de la rationalité pénitentiaire sur la détermination des conditions d'exécution. Dans le cadre de l'acte de punir, la personne condamnée n'est plus uniquement sanctionnée pour les violations de son régime d'exécution. Le sujet de l'acte de punir peut voir sa conduite rétribuée, à tout moment de l'exécution de la peine, sur le fondement de l'évaluation de son adhésion à la prise en charge, en dehors des termes du régime d'exécution. À partir de l'évaluation, la portée de la rationalité pénitentiaire peut en effet être étendue au-delà de la réglementation de la vie, par l'intermédiaire des prescriptions pénitentiaires induites et sanctionnées par les usages des modalités d'exécution.

En premier lieu, nous nous efforcerons de relever certaines des prescriptions pénitentiaires induites (Section 1) par les usages des modalités d'exécution. Il s'agira d'entreprendre un état des lieux des attitudes à proscrire et à adopter dans le champ pénitentiaire, pour appréhender ce que recoupe l'exigence d'adhésion à la prise en charge s'additionnant à la réglementation de la vie. L'exploration de cette injonction faite au sujet de se conduire en « personne responsable³⁰⁴² » nous conduira alors à mettre en exergue une notion de bonne et de mauvaise conduite *lato sensu*, contribuant à l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

En second lieu, nous poursuivrons par l'étude de la rétribution de l'exigence d'adhésion à la prise en charge, par des prescriptions pénitentiaires sanctionnées (Section 2) au travers des usages des modalités d'exécution. Ces développements seront consacrés à la mesure de la portée de la sanction du degré d'adhésion à l'ordre pénitentiaire sur les conditions d'exécution de la peine. Il s'agira de comprendre que la différenciation de l'acte de punir sanctionne l'usage de l'autonomie du sujet pour déterminer sa subjectivation en référence à la figure de la « personne responsable³⁰⁴³ », déterminant ainsi l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

³⁰⁴² Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³⁰⁴³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

SECTION 1. DES PRESCRIPTIONS PÉNITENTIAIRES INDUITES

552 La matérialisation de l'exigence d'adhésion à la prise en charge. Les prescriptions induites par les usages des modalités d'exécution participent du statut pénologique attribué au sujet, au titre de la prise en charge de son individualité³⁰⁴⁴. Cette dimension de l'assujettissement complète le régime d'exécution, en contribuant à tracer le cheminement à suivre en direction d'une désistance durable et, par là, vers une évolution plus favorable de son parcours d'exécution de la peine. Les différentes attitudes à proscrire et à adopter constituent, à cet égard, des points de contrôle de l'adhésion du sujet à la prise en charge³⁰⁴⁵. Sans prétention à l'exhaustivité, l'ambition de ces développements est de mettre en exergue certaines de ces prescriptions, structurant la direction pénitentiaire des conduites, dans le but de démontrer l'existence de ces nouveaux procédés de subjectivation, visant à normaliser la personne condamnée, « afin de lui permettre d'agir en personne responsable³⁰⁴⁶ ». Le recensement de l'ensemble des prescriptions induites par la différenciation de l'acte de punir serait de toute façon une entreprise téméraire, tant ces « modalités de subjectivation³⁰⁴⁷ » reposent sur des pratiques *infra*-réglementaires, rendant des plus ardues toute cartographie systématique de ces normes matérielles. Il est au demeurant essentiel de les étudier car, non seulement la rétribution de l'adhésion à la prise en charge constitue déjà l'actualité des pratiques punitives, mais ce mode de subjectivation promet d'être de plus en plus prégnant dans le futur, au regard de l'ambition intarissable de poursuivre une meilleure efficacité de la peine, par l'intensification de l'individualisation corrélative du sujet et de sa peine. L'étude de ces prescriptions matérielles, induites par le parcours d'exécution de la peine, se concentrera alors sur la démonstration de l'existence de ces usages rétribuant la responsabilisation de la personne, afin de mettre en évidence leur problématique et leur enjeu pour la teneur de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

Pour cela, nous procéderons au défrichage des prescriptions matérialisant l'exigence d'adhésion à la prise en charge, au travers d'une distinction entre les attitudes à proscrire et à

³⁰⁴⁴ Sur le statut pénologique du sujet v. : *supra* n° 538 et s.

³⁰⁴⁵ Les attitudes disqualifiées et intimées correspondent également aux deux axes structurant le transfert de responsabilité, de l'administration à la personne condamnée, caractérisant ce mode de gouvernement de la population pénale (la disqualification des comportements dépendants et la valorisation des attitudes autonomes, respectueuses des intérêts de l'ordre pénitentiaire) : HACHE Émilie, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *Raisons politiques*, n° 4, vol. 28, 2007, p. 51.

³⁰⁴⁶ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³⁰⁴⁷ DEVRESSE Marie-Sophie, « Réflexivité, responsabilité et position du justiciable dans le processus pénal consenti », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), *op. cit.*, p. 373.

adopter. Relevons toutefois que cette dichotomie est didactique, car ces normes, s'apparentant respectivement à des interdictions et des obligations, peuvent les unes comme les autres être sanctionnées positivement ou négativement par les usages des modalités d'exécution. En d'autres termes, la conformité ou non à ces normes peut être rétribuée par une modulation de la peine *in favorem* ou *in pejus*³⁰⁴⁸. Il s'agit dès lors et avant tout des deux faces d'une même pièce, dont la distinction nous permet une meilleure explicitation de la substance de la conduite exigée par l'institution. Afin de mettre en lumière ces prescriptions pénitentiaires induites, employons-nous à relever des attitudes disqualifiées (§1) et intimées (§2) par les usages des modalités d'exécution.

§1. DES ATTITUDES DISQUALIFIÉES

553 Des attitudes à proscrire. Avant de relever certaines de ces prescriptions matérielles considérons que l'adhésion à la prise en charge dont il question ne correspond pas à des actes, sinon ils pourraient être pris aisément en compte par l'intermédiaire des prescriptions formelles du régime d'exécution. La direction des conduites porte sur l'exercice de la liberté du sujet, et non sur son obéissance à des règles. Ce qui importe est l'attitude de la personne vis-à-vis de son objectivation et des modalités de prise en charge mises en œuvre pour la normaliser. Cette attitude désigne le maintien dans une situation ou une orientation vis-à-vis de la norme de référence. En particulier dans nos développements, l'adhésion renvoie au « positionnement³⁰⁴⁹ » du sujet par rapport à son individualité pénologique et le risque pour la société qu'elle implique. Elle désigne le rapport que le sujet entretient avec l'injonction de se transformer et de se gouverner lui-même en tant que « personne responsable³⁰⁵⁰ ».

Les usages des modalités d'exécution sont les procédés permettant à l'institution de valoriser ou dévaloriser ces différentes attitudes, selon leur caractère souhaitable pour la poursuite des finalités de l'acte de punir³⁰⁵¹. Le dispositif d'exécution attribue par ce biais des conséquences à l'adoption de comportements qui ne sont pas saisis par le régime d'exécution. Il est alors possible, par l'analyse des décisions relatives à la modulation de la peine et des modalités de prise en charge, d'identifier les comportements que l'institution entend disqualifier, pour intervenir dans le gouvernement du sujet. En vue de mieux appréhender ce

³⁰⁴⁸ Sur la polarisation de la prise en compte du degré d'adhésion du sujet v. : *infra* n° 582 et s.

³⁰⁴⁹ DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 10.

³⁰⁵⁰ Al. I, II, art. 707 du CPP.

³⁰⁵¹ FEHER Michel, « S'apprécier, ou les appréciations du capital humain », op. cit., p. 18.

que représentent ces attitudes dévalorisées et sanctionnées, nous relèverons d'abord quelques proscriptions spécifiques de comportements disconvenants avec la prise en charge (A), pour généraliser ensuite notre propos et mettre en exergue la proscription générale de ce type de comportements disconvenant avec la prise en charge (B).

A. Des proscriptions spécifiques de comportements disconvenant avec la prise en charge

554 Des attitudes discordantes avec la subjectivation à la figure de la personne responsable. Au travers de la modulation de la peine, le dispositif d'exécution disqualifie certaines attitudes apparaissant comme un obstacle à l'entreprise de subjectivation à la figure de la personne responsable. Dans le but de saisir ce que représente l'apport des usages des modalités d'exécution à la teneur de l'assujettissement, relevons quelques unes de ces proscriptions visant des comportements dissonants avec l'objet de la prise en charge. Il s'agit de comportements exprimant le rejet de l'injonction à transformer le gouvernement de soi, tels que l'absence d'adhésion à la prise en charge contre la radicalisation violente (1) et l'absence de reniement des convictions ayant fondé le passage à l'acte (2).

1. L'absence d'adhésion à la prise en charge contre la radicalisation violente

555 Une prise en charge responsabilisante pour les personnes accessibles. Au sein du champ pénitentiaire, les personnes dites radicalisées évoluent dans un sous-dispositif dédié à cette problématique pénologique, composé de nombreuses modalités d'exécution individualisées³⁰⁵². Elles font l'objet dans ce cadre d'une prise en charge responsabilisante³⁰⁵³, développée au fur et à mesure de l'affirmation des personnes radicalisées en tant que nouvelle catégorie de population pénale. Ces mesures d'hygiène pénitentiaire peuvent prendre différentes formes, allant d'un programme structuré à une prise en charge plus diffuse mais continue dans les quartiers de prise en charge de la radicalisation. Au demeurant, il s'agit dans tous les cas d'une prise en charge relevant d'une hygiène de la responsabilité portant sur les croyances, les valeurs et les représentations en lien avec l'idéologie politico-religieuse du

³⁰⁵² Ont en effet été élaborés des régimes spéciaux de détention, des modalités d'évaluation et de repérage spécifiques, des formations professionnelles particulières pour les agents de l'administration, *etc.* Sur le dispositif dédié aux personnes dites radicalisées v. : MARGAINE Clément, « Le régime d'application de la peine pour les djihadistes », *op. cit.*, p. 36-39 ; HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire », *op. cit.* ; HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire (suite) : Existe-t-il un statut *sui generis* des personnes « radicalisées » ? », *op. cit.*

³⁰⁵³ Sur les prises en charge responsabilisantes portant sur une idéologie v. : *supra* n° 431.

sujet³⁰⁵⁴, mettant particulièrement à mal la liberté d'opinion et de religion en l'absence de toute exigence de consentement de la part des personnes détenues³⁰⁵⁵.

Le cœur de la prise en charge est un programme d'entretiens et d'ateliers de groupe animés par des binômes psychologue-éducateur dit de soutien, mais également depuis peu par des « médiateurs du fait religieux³⁰⁵⁶ », présents dans tous les quartiers spéciaux³⁰⁵⁷, ainsi que dans le programme « Pairs » en milieu ouvert³⁰⁵⁸. Ces personnalités recrutées en dehors de l'administration pénitentiaire, pour leur profil à mi-chemin entre un éducateur et un islamologue, ne sont donc pas des aumôniers et n'ont pas le rôle d'imam³⁰⁵⁹. Nouvel acteur de la prise en charge, le médiateur du fait religieux intervient comme un interlocuteur pour instaurer des dialogues de groupe sur les croyances, afin d'entreprendre le déclenchement d'une « distanciation par rapport aux idées radicales³⁰⁶⁰ », en parallèle d'une entreprise de « réaffiliation³⁰⁶¹ ». Pour l'administration, la médiation du fait religieux, c'est une approche historique et sociologique de la religion et un travail avec les personnes détenues sur des textes qu'elles reconnaissent comme légitimes³⁰⁶². Toutefois, ces nouveaux intervenants participent également à l'évaluation des personnes, notamment de leur niveau d'imprégnation idéologique³⁰⁶³, et donc de leur investissement et de leur réceptivité à la prise en charge.

³⁰⁵⁴ Note de service relative à la prise en charge des personnes détenues en unité dédiée, *op. cit.*, p. 7 ; Note du 5 août 2016 relative à la prise en charge des personnes poursuivies ou condamnées pour des faits de terrorisme par les SPIP en milieu ouvert, *op. cit.* ; URVOAS Jean-Jacques, *Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, *op. cit.*, p. 2.

³⁰⁵⁵ Art. 9, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ; art. 10, Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ; art. 26, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

³⁰⁵⁶ Entretien avec Monsieur Naouef GAIED, Adjoint à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Directeur de la protection judiciaire de la jeunesse, et Monsieur Romain SÈZE, Chargé de recherche à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Sociologue, réalisé à la DAP le 9 juillet 2020.

³⁰⁵⁷ Pour un exemple d'intervention d'un médiateur du fait religieux au sein d'un quartier d'évaluation de la radicalisation v. : CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, DEPUISSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, *op. cit.*, p. 117-118.

³⁰⁵⁸ Sur le programme « Pairs » v. : *supra* n° 431.

³⁰⁵⁹ Entretien avec Monsieur Naouef GAIED, Adjoint à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Directeur de la protection judiciaire de la jeunesse, et Monsieur Romain SÈZE, Chargé de recherche à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Sociologue, réalisé à la DAP le 9 juillet 2020.

³⁰⁶⁰ « Son travail c'est d'autoriser les personnes à penser librement, c'est faire en sorte qu'elle s'autorise enfin à penser librement » : Monsieur Naouef GAIED, in *ibid.*

³⁰⁶¹ MISSION DE LUTTE CONTRE LA RADICALISATION VIOLENTE, *Stratégie d'évaluation et de prise en charge de la radicalisation violente. Séminaire juillet 2020*, *op. cit.*, p. 9. La mission de lutte contre la radicalisation violente adjoint au concept classique de réinsertion celui de réaffiliation, qui ne désigne pas des personnes ayant un besoin d'insertion sociale et économique, mais des personnes en rupture avec les « valeurs de la République » : Monsieur Naouef GAIED, in Entretien avec Monsieur Naouef GAIED, Adjoint à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Directeur de la protection judiciaire de la jeunesse, et Monsieur Romain SÈZE, Chargé de recherche à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Sociologue, réalisé à la DAP le 9 juillet 2020.

³⁰⁶² *Ibid.*

³⁰⁶³ *Ibid.*

L'accessibilité à celle-ci est d'ailleurs l'un des éléments déterminants de l'affectation de la personne dans le parcours de détention dédié aux personnes radicalisées³⁰⁶⁴.

556 Une injonction à adhérer à la prise en charge responsabilisante. Au titre de l'étude de la rétribution de l'adhésion au programme de réformation de l'institution, ce qui nous intéresse n'est pas tant la teneur des différentes modalités de prise en charge, mais les relations entre l'attitude de la personne relative à cette prise en charge et l'évolution de son régime d'exécution. Or, dès la mise en œuvre des unités dédiées, la « capacité de la personne détenue à adhérer à un programme de prise en charge³⁰⁶⁵ » était au cœur de la réflexion sur l'affectation. La possibilité d'un placement à l'isolement, en cas de refus de la personne de respecter les modalités de prise en charge, était alors expressément prévue³⁰⁶⁶. À l'occasion de la consécration d'un parcours de détention mixte en octobre 2016, le garde des sceaux soulignait en *sus* qu'une distinction devait être opérée entre les « personnes détenues radicalisées susceptibles d'évoluer³⁰⁶⁷ » et les autres. Aujourd'hui, c'est le critère de l'accessibilité à la prise en charge qui contribue à déterminer le placement en détention ordinaire, en quartier de prise en charge de la radicalisation ou à l'isolement³⁰⁶⁸. L'objet est toutefois toujours le même, il s'agit d'exiger des personnes assujetties qu'elles adhèrent à la prise en charge responsabilisante portant sur leur idéologie.

L'identification d'une personne à une idéologie politico-religieuse extrême est pour l'institution une problématique pénologique impliquant un risque proportionnel, notamment, à son niveau d'imprégnation idéologique. L'administration ne souhaite dès lors pas seulement individualiser le régime d'exécution en fonction de ce niveau de risque, mais également le réduire par une prise en charge responsabilisante, qui ne peut être effective qu'au travers de l'adhésion du sujet. Nous percevons dès lors distinctement les liens entre l'évaluation et les prescriptions matérielles, qui sont destinées à inciter l'individu à s'investir dans la prise en

³⁰⁶⁴ MISSION DE LUTTE CONTRE LA RADICALISATION VIOLENTE, *Stratégie d'évaluation et de prise en charge de la radicalisation violente. Séminaire juillet 2020, op. cit.*, p. 9.

³⁰⁶⁵ Note de service relative à la prise en charge des personnes détenues en unité dédiée, *op. cit.*

³⁰⁶⁶ « En cas de refus de l'intéressé, il peut être envisagé le placement sous le régime de l'isolement administratif ou son affectation dans une unité dédiée proposant une prise en charge adaptée aux personnes détenues les plus réfractaires » : *ibid.* Nous retrouvons notamment cette prescription dans le règlement intérieur d'un quartier d'évaluation de la radicalisation. « En cas de refus de la personne détenue de respecter l'emploi du temps et les modalités de prise en charge qui ont été définies pour elle, cette dernière fait l'objet d'un entretien de recadrage, avant d'envisager éventuellement une décision de transfert vers un autre établissement ou de placement sous le régime de l'isolement. » : Règlement intérieur du Quartier d'évaluation de la radicalisation de la Maison d'arrêt du Val d'Oise, *op. cit.*, p. 7.

³⁰⁶⁷ URVOAS Jean-Jacques, *Rapport sur la mise en oeuvre de la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, op. cit.*, p. 22.

³⁰⁶⁸ MISSION DE LUTTE CONTRE LA RADICALISATION VIOLENTE, *Stratégie d'évaluation et de prise en charge de la radicalisation violente. Séminaire juillet 2020, op. cit.*, p. 9.

charge. À ce titre, le rejet de la prise en charge de la radicalisation violente par la personne pourra être rétribué, au niveau du parcours de détention, par une évolution défavorable du régime d'exécution, notamment si elle n'est pas ou plus « apte à bénéficier d'un programme et d'un suivi adaptés³⁰⁶⁹ ». L'absence d'adhésion au programme de prise en charge de la radicalisation peut d'un côté emporter l'affectation dans un « quartier de prise en charge de la radicalisation³⁰⁷⁰ » ou le placement à l'isolement, quant « l'évolution potentielle³⁰⁷¹ » de la personne de l'autre, réévaluée régulièrement³⁰⁷², pourra lui permettre de revenir dans des régimes moins sévères ou de voir les modalités de sa prise en charge être modifiées.

Dans le prolongement d'une individualisation des conditions d'exécution, en raison d'un repérage chez le sujet d'une telle idéologie, nous pouvons déduire de ces usages la proscription de l'absence d'adhésion à la prise en charge contre la radicalisation violente. La prohibition d'une attitude négative ou passive dans ces modalités individualisées de traitement pénitentiaire se trouve en effet sanctionnée au niveau des conditions d'exécution de la peine, ce qui met en rapport les intérêts de l'institution et les intérêts individuels, en augmentant le coût pour le sujet d'un rejet de l'intervention de l'institution. Si l'exemple de l'adhésion à la prise en charge en matière de radicalisation est particulièrement évocateur, il n'est pas isolé dans le champ pénitentiaire, comme nous entendons l'illustrer par l'identification de l'absence de reniement des convictions ayant fondé le passage à l'acte (2), comme une proscription induite et sanctionnée par les usages des modalités d'exécution.

2. L'absence de reniement des convictions ayant fondé le passage à l'acte

557 Un motif admis. Le maintien de certains mobiles, relatifs à l'idéologie politique ayant fondé le passage à l'acte, peut être reproché aux personnes condamnées dans le cadre de leur parcours d'exécution de la peine. C'est en effet ce qu'il faut retenir d'un arrêt de la chambre criminelle s'abstenant de censurer la décision d'une chambre de l'application des peines, ayant motivé son rejet de la requête en aménagement du justiciable en relevant notamment la « problématique liée à ses convictions³⁰⁷³ », qu'elle lie à la question de la personnalité. Il s'agissait, dans cette affaire, d'un arrêt infirmant le placement sous surveillance électronique d'une personne condamnée pour des infractions de terrorisme, commises dans le cadre de la

³⁰⁶⁹ II, art. R. 57-7-84-13 du CPP.

³⁰⁷⁰ Art. R. 57-7-84-13 du CPP.

³⁰⁷¹ URVOAS Jean-Jacques, *Rapport sur la mise en œuvre de la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, op. cit., p. 24.

³⁰⁷² Art. R. 57-7-84-15 ; art. R. 57-7-84-3 du CPP.

³⁰⁷³ Crim., 9 avril 2014, n° 13-84.290, préc.

lutte armée de l'ETA. Dans son argumentation, la Cour d'appel reproche expressément à la personne condamnée « que tout en ayant pris conscience de la gravité des effets néfastes de la lutte armée, il ne renie pas ses convictions³⁰⁷⁴ ». Elle poursuit en *sus* en relevant « que rien ne permet d'affirmer à la lecture du dossier qu'il a cessé tout contact avec des détenus d'origine basque [et] qu'il n'apparaît pas qu'il se soit « coupé » définitivement de la mouvance basque³⁰⁷⁵ ». Sans conteste, l'absence de renonciation de ses convictions, ainsi que le maintien de liens avec des personnes partageant son idéologie indépendantiste, pèse dans l'appréciation de l'opportunité de son élargissement. D'ailleurs, ces motifs – admis par la Cour de cassation dans le cadre de l'appréciation des critères généraux d'octroi des mesures d'individualisation judiciaires³⁰⁷⁶ – peuvent également être mobilisés par le juge pour prononcer des obligations particulières, telles qu'une interdiction de rencontrer certaines personnes, de séjourner dans certains lieux et de s'exprimer sur les faits commis³⁰⁷⁷.

558 Une prescription matérielle. De l'acceptation de ce motif, constituant pourtant manifestement une atteinte à la liberté d'opinion, il convient de déduire que l'absence de renonciation à ses convictions peut être un obstacle au prononcé d'une mesure d'individualisation judiciaire, mais également qu'à l'inverse, l'expression de l'abandon de son idéologie peut être un élément porté au crédit de la personne, au titre de l'évaluation de sa personnalité et sanctionnée par la modulation *in favorem* de sa peine. Cette décision énonce, implicitement, tant l'injonction adressée aux personnes condamnées de renier leurs convictions, pour obtenir une modulation favorable de leur peine, que l'admission de cette prescription matérielle au titre des critères d'octroi généraux des mesures d'individualisation judiciaires. Autrement dit, le reniement des convictions idéologiques n'est pas une condition *sine qua non* de l'élargissement de la personne, de même que son absence n'est pas en soi un motif de durcissement du régime d'exécution, mais l'institution valorise l'évolution de l'idéologie politique, dans l'élaboration de l'acte de punir, pour inciter l'individu à user de sa liberté pour remettre en cause le mobile sous-tendant son comportement infractionnel³⁰⁷⁸.

³⁰⁷⁴ *Ibid.*

³⁰⁷⁵ *Ibid.*

³⁰⁷⁶ Sur les critères généraux d'octroi v. : *supra* n° 82 et s.

³⁰⁷⁷ Sur l'application de ces obligations du régime probatoire en matière de terrorisme v. : *infra* n° 401.

³⁰⁷⁸ L'exigence de renonciation à l'idéologie politique ayant sous-tendu le comportement infractionnel, ainsi que l'expression de compassion envers les victimes, sont également présentes en droit espagnol. L'article 72.5 de la loi organique générale pénitentiaire et l'article 90 du code pénal espagnol disposent, pour que les personnes condamnées pour des infractions de terrorisme accèdent à la semi-liberté et à la libération conditionnelle, de l'obligation de montrer « des signes certains d'avoir abandonné les fins et les moyens de l'activité terroriste, ainsi que d'avoir collaboré activement avec les autorités », qui ne pourront être prouvés que par « une déclaration expresse de répudiation des activités violentes et d'abandon de la violence » ou, alternativement, par

Une multitude de proscriptions matérielles fondent la rétribution de l'adhésion du sujet à l'ordre pénitentiaire et à ses intérêts. Cependant, elles s'insèrent toutes dans la proscription générale des comportements disconvenant avec la prise en charge (B), destinée à inciter l'individu à se subjectiver en tant que personne responsable.

B. La proscription générale des comportements disconvenant avec la prise en charge

559 La disqualification des attitudes rejetant l'objet de la prise en charge. Certaines attitudes se trouvent disqualifiées dans le champ pénitentiaire, en ce qu'elles s'opposent à l'objet de la prise en charge, qui poursuit la réduction des facteurs de risque dynamique et le développement des facteurs de protection, ainsi que le renforcement de la réceptivité à l'intervention de la personne³⁰⁷⁹. La proscription de ces attitudes ne saurait être comprise comme l'interdiction pure et simple de certains comportements. La sanction de ces positionnements par rapport à la prise en charge intervient indirectement, au travers « d'évaluations régulières³⁰⁸⁰ » du sujet. Enjoint à se responsabiliser, il doit exprimer son adhésion à l'ordre pénitentiaire par sa conduite, en s'abstenant notamment d'acquérir un comportement dissonant avec la prise en charge. C'est ce qui explique l'indexation de la différenciation sur l'attitude du sujet eu égard à son objectivation (1) et, conséquemment, l'extension de la notion de mauvaise conduite dans le champ pénitentiaire (2).

1. L'indexation de la différenciation sur l'attitude du sujet eu égard à son objectivation

560 La différenciation de l'acte de punir en fonction du statut pénologique. Les personnes condamnées sont distribuées dans le champ pénitentiaire, et donc dans les multiples régimes d'exécution rendus possibles par le réseau de modalités qui le caractérise, en fonction de deux éléments. En premier lieu, le sujet de l'acte de punir verra le dispositif d'exécution individualiser son assujettissement en fonction de son statut pénologique, attribué au terme de son évaluation, selon le cas qu'il constitue pour la poursuite des fonctions du dispositif d'exécution. Dans la limite du régime pénitentiaire et de ses quelques dispositions encadrant

une « demande expresse de pardon aux victimes du délit » : GARRO CARRERA Enara, « Absurdités de la politique criminelle espagnole antiterroriste. Réflexions critiques sur la stratégie pénale et pénitentiaire pour lutter contre l'« ancien » et le « nouveau » terrorisme », *op. cit.*, p. 162. À la différence du régime d'octroi français, il s'agit d'une condition légale spéciale, et non d'un critère d'octroi prétorien et général, raison pour laquelle le constat d'une atteinte à la liberté d'opinion doit être des plus rigoureux.

³⁰⁷⁹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 78.

³⁰⁸⁰ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

la répartition de la population pénale³⁰⁸¹, c'est l'objectivation du sujet, par sa qualification dans le champ du savoir pénitentiaire, qui déterminera son régime d'exécution. En second lieu, c'est le respect de cette réglementation de la vie et de cette direction des conduites, issue de l'individualisation corrélative du sujet et de sa peine, qui déterminera l'évolution du parcours d'exécution de la personne condamnée. D'un côté, le sujet de l'acte de punir pourra être sanctionné par la violation des interdictions et des obligations constituant la dimension formelle de son statut dans le champ pénitentiaire. Une faute disciplinaire en détention ou la violation du régime probatoire en milieu ouvert sont de toute évidence de nature à emporter une modulation de la peine. De l'autre, le degré d'adhésion à la prise en charge sera susceptible d'être sanctionné par les usages des modalités d'exécution, afin de rétribuer l'emploi de la liberté du sujet de l'acte de punir dans le champ pénitentiaire.

À partir de là, observons « la norme prendre le pas sur la légalité, la prescription de conduites positives par renvoi à une moyenne se substituer à des interdits³⁰⁸² ». « Le fait de ne pas se soumettre à la stratégie de réduction/gestion du risque peut entraîner, par exemple, le transfert dans une institution à sécurité maximale, ou le refus de la libération conditionnelle³⁰⁸³. » Le refus de s'investir dans le parcours d'exécution de la peine, par le rejet de toute activité pénitentiaire relative à la réinsertion, pourra ainsi conduire à être placé dans un régime fonctionnant en mode portes fermées. « Toute résistance et absence de participation aux activités s'interprètent de fait comme risque de récidive³⁰⁸⁴ », en ce que cette attitude exprime pour l'institution l'absence de responsabilisation de soi par rapport à son objectivation. Le respect de la dimension matérielle du statut pénologique défini par l'évaluation, dans le cadre du parcours d'exécution de la peine, peut donc lui aussi emporter une modulation de la peine.

561 La sanction de l'adhésion au statut pénologique. L'adhésion de la personne à son statut est perçue par l'institution comme condition de l'efficacité de l'acte de punir. Par conséquent, elle se trouve suscitée et rétribuée, par les usages des modalités d'exécution, dans le cadre de la modulation de la peine. À l'instar des pratiques canadiennes, les « décisions administratives au sujet de la gestion de la sentence du délinquant dépendent grandement de la volonté et de la capacité du délinquant à « prendre conscience » de ses propres facteurs

³⁰⁸¹ Sur l'encadrement de la répartition de la population pénale v. : *supra* n° 305 et s.

³⁰⁸² MASSAT Eric, « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration », *op. cit.*

³⁰⁸³ HANNAH-MOFFAT Kelly, SHAW Margaret, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *op. cit.*, p. 56.

³⁰⁸⁴ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 357.

criminogènes, et à aborder ces facteurs positivement grâce aux programmes, de façon à ce que le risque que ce délinquant pose puisse être géré dans une institution à sécurité réduite et, finalement, dans la communauté³⁰⁸⁵. » Les décisions relatives à l'individualisation judiciaire ne sont toutefois pas en reste, puisqu'en dépit d'un encadrement juridique substantiel, les critères généraux d'octroi laissent une large place à l'appréciation discrétionnaire du juge, dans laquelle le modèle pénologique de l'administration pénitentiaire est de plus en plus déterminant³⁰⁸⁶. Le dispositif d'élaboration de l'acte de punir organise ainsi la sanction de l'attitude de la personne envers son objectivation. L'évaluation identifie une individualité pénologique à laquelle correspond des risques, dont la prise en charge fait peser la responsabilité de leur réduction sur la personne, qu'elle sanctionnera au travers des usages des modalités d'exécution, pour inciter le sujet à se réformer et reconfigurer son existence.

De cette façon, le parcours d'exécution de la peine autorise la sanction des individus pour leur attitude par rapport au risque qu'ils constituent et, plus directement, par rapport à leur attitude face à la prise en charge destinée à diminuer ce risque par la normalisation. La responsabilisation du sujet vis-à-vis de son objectivation prend donc place au côté du respect du régime d'exécution, en tant que critère de différenciation de l'acte de punir, ce qui détermine l'extension de la notion de mauvaise conduite dans le champ pénitentiaire (2).

2. L'extension de la notion de mauvaise conduite dans le champ pénitentiaire

562 L'extension de la notion de mauvaise conduite au rejet de l'exigence d'adhésion à la prise en charge. La notion de mauvaise conduite³⁰⁸⁷, comme l'inconduite notoire³⁰⁸⁸, son analogue en milieu ouvert, sont connues du droit pénitentiaire. En dépit du fait qu'elles participent à la réglementation de la vie, l'une et l'autre de ces notions sont – comme nous l'avons précédemment relevé³⁰⁸⁹ – particulièrement floues. Cette absence de définition précise emporte un risque d'arbitraire, consistant en la possibilité d'une extension de la police de la population pénale à des comportements relevant de ce que Clément MARGAINE nomme un « contrôle para-pénal excédant les limites du champ pénal brouillant les frontières entre loi

³⁰⁸⁵ HANNAH-MOFFAT Kelly, SHAW Margaret, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *op. cit.*, p. 56.

³⁰⁸⁶ Sur l'octroi des mesures d'individualisation judiciaires v. : *supra* n° 62 et s.

³⁰⁸⁷ Al. 1, art. 721 du CPP ; art. D. 49-25 du CPP.

³⁰⁸⁸ Art. 733 du CPP ; art. 723-13 du CPP.

³⁰⁸⁹ Sur la définition de ces notions v. respectivement : *supra* n° 167 ; 166.

et norme, entre pénalité et moralité³⁰⁹⁰ ». Nous avons toutefois observé que les emplois de ces notions étaient la plupart du temps restreints, respectivement, à la désignation d'infractions disciplinaires et d'infractions flagrantes³⁰⁹¹. Au regard de la multiplication et de l'intensification des usages des modalités d'exécution durant l'exécution de la peine, il apparaît que ce risque d'un emploi arbitraire de ces notions soit écarté, non du fait de l'absence d'une volonté de normalisation, mais en raison de la possibilité de sanctionner ces comportements sans l'invocation de ces causes de retrait ou de révocation des mesures d'individualisation judiciaires. L'indexation de l'évolution des conditions d'exécution sur des critères fondés sur des notions a-juridiques, au premier titre desquels la « personnalité³⁰⁹² », permet en effet l'émergence de proscriptions matérielles, informant une notion élargie et informelle de mauvaise conduite. Il faut en effet considérer que la matérialisation de l'injonction à se responsabiliser, en premier lieu sous la forme de proscriptions de certaines attitudes, alimente une notion de mauvaise conduite *lato sensu*. Le comportement de la personne se trouve aujourd'hui également gouverné par les usages des modalités d'exécution pour sanctionner, dans les interstices de la police de la population pénale, les attitudes considérées disconvenantes avec les finalités de l'acte de punir, c'est-à-dire celles qui sont disqualifiées par les autorités de l'exécution des peines, en raison du fait qu'elles expriment une opposition ou un manque d'investissement dans la prise en charge. Au nom de la poursuite de la prévention de la récidive, il est devenu possible de sanctionner, dans le cadre du parcours d'exécution, le refus d'adhésion à un modèle de conduite défini en fonction des normes sociales et du savoir pénologique, en dehors de tout formalisme juridique.

Cette mauvaise conduite *lato sensu* désigne nombre de comportements qualifiés de risque dynamique, tels que l'insertion dans un « environnement relationnel et social « soutenant » le comportement délinquant³⁰⁹³ », et notamment le maintien de relation avec les membres d'une population considérée délinquante³⁰⁹⁴. Nous retrouvons aussi des proscriptions classiques, telle la consommation d'alcool, accompagnée dorénavant parfois de contrôles sanguins ordonnés par les juges de l'application des peines, pour rendre effectif le contrôle de cette prescription matérielle en dehors d'une arrestation pour ivresse sur la voie

³⁰⁹⁰ MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, op. cit., p. 105.

³⁰⁹¹ Sur les usages de ces notions v. : *supra* n° 167 ; 166.

³⁰⁹² Al. 2, II, art. 707 du CPP.

³⁰⁹³ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 52.

³⁰⁹⁴ Crim., 9 avril 2014, n° 13-84.290, préc.

publique³⁰⁹⁵. De même, le refus des soins pénitentiaires en détention proposés par le juge de l'application des peines, ou celui de leur poursuite après la libération, pour une personne condamnée à une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, pourra constituer un obstacle à l'élargissement³⁰⁹⁶. Le Garde des sceaux a d'ailleurs eu l'occasion de solliciter les parquetiers pour qu'ils s'opposent systématiquement au prononcé d'une libération conditionnelle dans ce cas³⁰⁹⁷. D'autres font leur apparition aujourd'hui, comme c'est le cas de la critique du système carcéral par des détenus « affichant un profil contestataire³⁰⁹⁸ », en ce que ce discours pourrait avoir une influence négative sur les co-détenus et qu'il démontrerait l'absence d'efforts de réadaptation sociale de son auteur³⁰⁹⁹. Plus largement, tous les comportements peu autonomes, chronophages pour les personnels pénitentiaires ou que l'institution « juge inadaptés³¹⁰⁰ » peuvent pareillement donner lieu à un changement d'affectation au sein de l'établissement³¹⁰¹, voire à un transfert³¹⁰².

563 L'intensification de l'assujettissement au travers de l'extension de la notion de mauvaise conduite. Cette extension de la notion de mauvaise conduite est caractéristique des pratiques punitives contemporaines et pose problème à plus d'un titre. De prime abord, il existe un risque de confusion entre le refus d'adhésion à la prise en charge et les difficultés

³⁰⁹⁵ Sur ce point v. : note n° 2323.

³⁰⁹⁶ Pour un exemple de la prise en compte du motif du refus des soins en détention dans le cadre d'un refus d'octroi d'une libération conditionnelle, malgré l'existence « de réels efforts de réadaptation sociale » v. : Crim., 27 mai 2021, n° 20-82.727, publié au Bull. Crim., préc., §15.

³⁰⁹⁷ « Pour les [personnes détenues condamnées pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru], les parquets devront s'opposer systématiquement à l'octroi de toute mesure de libération conditionnelle si le condamné qui la sollicite n'a pas suivi de soins en détention ou n'accepte pas de poursuivre le traitement qui lui est proposé après sa libération » : Circ. du 16 octobre 2009 relative aux dispositions pénales relatives au suivi judiciaire des délinquants sexuels, DACG, JUSD0924323C, BOMJ n° 2009/6, p. 4. La sanction organisée du suivi des soins en détention et postérieurement, par la politique spéciale d'individualisation judiciaire, pour les personnes relevant de ce statut, illustre la continuité entre les prescriptions matérielles et le régime d'octroi des mesures d'individualisation judiciaires, puisqu'aux termes de l'article 721-1 du CPP, le rejet de la prise en charge sanitaire est une cause de refus d'octroi des réductions de peine supplémentaires.

³⁰⁹⁸ CGLPL, *Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Rapport d'activité 2012*, op. cit., p. 154.

³⁰⁹⁹ V. par exemple : Pdt de la CHAP de Paris, ord. du 21 mai 2012, citée in Crim., 26 février 2014, n° 12-86.227, inédit ; *supra* n° 206.

³¹⁰⁰ CGLPL, *Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Rapport d'activité 2012*, op. cit., p. 154.

³¹⁰¹ « L'affectation dans un régime de détention n'est jamais considérée comme acquise. La personne détenue doit donc, si elle souhaite rester en régime de responsabilité, faire preuve d'une mobilisation constante s'agissant des objectifs qui lui sont fixés. [...] Le changement d'affectation pour un régime plus encadré peut être décidé indépendamment de toute procédure disciplinaire. » : Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud Francilien, op. cit., p. 105. La note relative à la généralisation des régimes de détention différenciés précise d'ailleurs que « la différenciation des régimes ne peut en aucun cas être utilisée en réponse à un comportement susceptible de constituer une faute disciplinaire. Tout au long du parcours d'exécution de peine, l'orientation du détenu dans les différents régimes est donc directement liée à la dynamique de l'exécution des peines. » : Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de prise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, op. cit.

³¹⁰² Sur les mesures de transfèrement contingentes à la demande de l'administration v. : *supra* n° 388.

pour le sujet à assumer la charge de l'évolution de son risque de récidive³¹⁰³. Les personnes détenues ne disposent pas des mêmes ressources pour répondre à l'injonction d'être autonomes dans le champ pénitentiaire et de se prendre en charge. Or, fondée sur un « principe de responsabilité individuelle³¹⁰⁴ », la politique de responsabilisation, en soulignant la prépondérance de la volonté de la personne condamnée à s'investir dans son parcours d'exécution de la peine, tend à effacer le poids des inégalités sociales et, donc, à les reconduire au niveau de l'évolution des conditions d'exécution de la peine³¹⁰⁵. Dès lors, finalement, les personnes ayant les plus grandes difficultés à réduire l'écart avec la figure de la personne responsable risquent d'être les plus disqualifiées dans le champ pénitentiaire, abandonnant les usages favorables des modalités d'exécution aux personnes confrontées aux problématiques les moins intenses³¹⁰⁶.

En tout état de cause, le problème essentiel réside toutefois dans l'extension, au travers de la notion de mauvaise conduite *lato sensu*, de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, en dehors des garanties de la rationalité pénale. D'une part, le dispositif d'exécution par ce biais soumet la personne condamnée à des normes de plus en plus dissociées de l'ordre public, dans le prolongement des interdictions et des obligations du régime d'exécution³¹⁰⁷, par des procédures par ailleurs de moins en moins formelles. Une corrélation doit en effet être relevée entre l'objectivation du sujet et le délitement du caractère formel des procédures de la détermination de l'acte de punir. D'ailleurs, d'autre part, ce nouveau procédé de subjectivation, donnant à voir une extension de la notion de mauvaise conduite, n'est nullement appréhendé par les garanties du droit pénal moderne. En raison du caractère informel de la mauvaise conduite, sanctionnée seulement au titre de l'évaluation du sujet, la rationalité pénale se trouve mise en défaut.

*

564 L'injonction de s'investir dans la réduction de son risque de passage à l'acte par l'adhésion à la prise en charge. Les usages des modalités d'exécution sanctionnent les comportements hostiles, démissionnaires ou simplement désinvestis dans la prise en charge

³¹⁰³ QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 352.

³¹⁰⁴ MARY Philippe, « (Dé)responsabilisation et pénalité », *op. cit.*, p. 346. « Aujourd'hui, ce qui est réintroduit dans cet ensemble, c'est un principe de responsabilité individuelle : chacun est responsable de sa vie et nul ne peut se décharger sur autrui de ce qui lui arrive. » : *ibid.*

³¹⁰⁵ LARMINAT DE Xavier, « Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation », *op. cit.*, p. 16-17.

³¹⁰⁶ KAMINSKI Dan, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », *op. cit.*, p. 335.

³¹⁰⁷ Sur la dissociation de l'ordre pénitentiaire de l'ordre public v. : *supra* n° 370.

pénitentiaire. Face à l'impossibilité d'indexer le terme de la peine à la réformation du sujet, le dispositif d'exécution indexe les conditions d'exécution sur la responsabilisation de celui-ci et la reconfiguration de sa vie. Afin d'agir sur le gouvernement de soi de la personne assujettie, le dispositif n'entend pas seulement individualiser la peine en fonction de son objectivation, mais aussi sanctionner positivement et négativement les attitudes de celui-ci eu égard au projet réformateur de l'institution. L'insertion de la personne dans un parcours d'exécution de la peine autorise en effet un entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir de nature à autoriser, tout au long de l'exécution, la sanction du sujet pour son attitude vis-à-vis de l'ordre institutionnel. C'est dans ce cadre que se trouvent définies des prescriptions pénitentiaires induites, pour diriger la conduite des personnes condamnées, afin de les inciter à se constituer en tant que personnes responsables. Ainsi, que ce soit par des attitudes disqualifiées ou intimées (§2) par les usages des modalités d'exécution, l'injonction à s'investir dans la réduction de son risque de passage à l'acte est toujours au centre des procédés de subjectivation.

§2. DES ATTITUDES INTIMÉES

565 Des attitudes à adopter. À l'instar des autres prescriptions induites par les usages des modalités d'exécution, les attitudes intimées par le dispositif d'élaboration de l'acte de punir ne doivent pas être appréhendées comme des prescriptions du régime d'exécution. Ces normes constituent des attitudes à adopter, afin d'obtenir une modulation favorable de sa peine et d'éviter le durcissement de son régime d'exécution. Ce sont des prescriptions matérialisant et structurant l'« injonction de responsabilité faite au condamné³¹⁰⁸ », dont l'adoption permet d'accroître l'autonomie du sujet, en faisant en sorte « qu'il devienne le gestionnaire de sa propre punition³¹⁰⁹ », et de réduire le risque de passage à l'acte, par le « formatage et la normalisation des conduites³¹¹⁰ ». Dans ce paradigme de prise en charge néolibéral³¹¹¹, la finalité n'est plus la réinsertion, car au cœur des pratiques punitives se trouve

³¹⁰⁸ DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *op. cit.*, p. 312.

³¹⁰⁹ FOUCAULT Michel, « "Alternatives" à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social : une entrevue avec Michel Foucault », *op. cit.*, p. 18.

³¹¹⁰ DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *op. cit.*, p. 315.

³¹¹¹ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 364 ; HACHE Émilie, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *op. cit.*, p. 49-65 ; LARMINAT DE Xavier, « Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation », *op. cit.*, p. 4.

la responsabilisation de la personne³¹¹², qui « a pour conséquence de modifier les attentes institutionnelles à l'égard du condamné³¹¹³ ». Il résulte dès lors de ce « transfert de responsabilité³¹¹⁴ » de l'institution vers le sujet de l'acte de punir la définition de nouvelles prescriptions. Derechef, l'exploration de ces normes matérialisant l'exigence d'adhésion à la prise en charge sera entreprise en mettant d'abord en exergue des prescriptions spécifiques d'un comportement responsable (A), avant d'étendre l'analyse à la prescription générale d'un comportement responsable (B) au sein du champ pénitentiaire.

A. Des prescriptions spécifiques d'un comportement responsable

566 Des exhortations spécifiques à la bonne conduite. Traditionnellement liée aux efforts en matière de réinsertion, la bonne conduite voit ses traits se transformer, sous le poids de la « logique de responsabilisation par la sanction³¹¹⁵ » inhérente à la rationalité punitive contemporaine. Alors que les « efforts sérieux de réadaptation sociale³¹¹⁶ » sont formellement connus du droit de l'exécution des peines, ce sont les usages des modalités d'exécution qui permettent d'identifier les nouvelles exhortations de l'institution à « bien se contraindre³¹¹⁷ ». Suscitant des interrogations quant à la sécurité juridique, en ce que la méconnaissance de ces nouvelles prescriptions peuvent emporter un obstacle à l'évolution des conditions d'exécution ou une modulation *in pejus* de la peine, la connaissance des attitudes à adopter est difficile, bien qu'elle demeure possible au travers de la motivation des décisions relatives aux modalités d'exécution, du « parcours d'exécution de la peine³¹¹⁸ » ou du « plan d'accompagnement de la personne et d'exécution de la peine³¹¹⁹ ». C'est d'ailleurs au travers de ces sources que nous avons pu identifier l'exigence d'un repentir durant l'exécution de la peine (1) et d'une réflexion sur la conduite délinquante (2).

³¹¹² QUIRION Bastien, « Réformer, réadapter ou responsabiliser le détenu. Analyse des enjeux normatifs rattachés à l'intervention correctionnelle au Canada », *op. cit.*, p. 347-348.

³¹¹³ MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 154.

³¹¹⁴ DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *op. cit.*, p. 312.

³¹¹⁵ CARTUYVELS Yves, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », *op. cit.*, p. 99.

³¹¹⁶ 4°, al. 2, art. 729 ; art. 721-1 du CPP.

³¹¹⁷ BELLEY Jean-Guy, « Une philosophie de l'aspiration juridique : l'art de bien se contraindre », *APD*, vol. 44, « L'obligation », 2000, p. 317-330.

³¹¹⁸ Al. 1, art. 717-1 ; art. D. 88 du CPP.

³¹¹⁹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 55.

1. L'exigence d'un repentir durant l'exécution de la peine

567 La responsabilisation eu égard à la victime. Les intérêts des victimes sont incorporés à l'ordre pénitentiaire au travers des principes directeurs de l'exécution des peines et des conditions d'exercice des missions du service public pénitentiaire³¹²⁰, ce qui se traduit notamment par l'existence d'une obligation de réparation du dommage dans le régime probatoire³¹²¹. Au demeurant, cette prescription du régime d'exécution n'empêche pas les autorités décisionnelles de prendre en compte la réparation du dommage dans l'évaluation de la personne, au titre de la personnalité et des « efforts sérieux de réadaptation sociale³¹²² ». La prise en compte de l'attitude de la personne condamnée eu égard à la victime ne s'entend toutefois plus seulement aujourd'hui de l'indemnisation. Effectivement, l'injonction faite au sujet de l'acte de punir de se responsabiliser, en assumant pleinement les conséquences de ses actions, a pour effet d'intimer à ce dernier de se repentir au stade de l'exécution de la peine et d'exprimer de la compassion envers les victimes.

568 L'exigence de se repentir et de faire preuve de compassion. Inopérant au stade de l'engagement de la responsabilité pénale, le repentir, même actif³¹²³, peut seulement être pris en compte au stade du prononcé de la peine par la juridiction de jugement³¹²⁴. Il en est de toute évidence de même pour la compassion, en ce que le « sentiment qui incline à partager les maux et les souffrances d'autrui³¹²⁵ » ne trouve aucune place dans les conditions d'engagement de la responsabilité pénale. En revanche, la différenciation de l'acte de punir

³¹²⁰ IV, art. 707 du CPP ; art. 2 ; 22, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

³¹²¹ 5°, art. 132-45 du CP ; art. 712-2 du CPP. Sur l'obligation d'indemnisation de la victime v. : *infra* n° 414.

³¹²² Concernant la prise en compte des efforts pour l'indemnisation des victimes au titre des critères généraux v. : *supra* n° 83. Concernant la prise en compte des efforts pour l'indemnisation des victimes au titre des critères spéciaux v. : 4°, al. 2, art. 729 ; art. 721-1 du CPP ; *supra* n° 79.

³¹²³ Dénué en principe d'effet exonératoire, le repentir actif s'entend d'actes matériels, postérieurs à la commission de l'infraction, visant à réparer les conséquences de son acte : PIN Xavier, *Droit pénal général*, 2018, *op. cit.*, §198 ; BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 24^e éd., Paris, Dalloz, « Précis Dalloz », 2015, §255 ; DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, Lexis Nexis, « Manuel », § 928 ; 951.

³¹²⁴ Premièrement, le législateur a en effet prévu pour certaines infractions, prévues par la loi, que la personne qui a tenté le délit ou le crime soit exemptée de peine ou encoure une peine réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis respectivement, d'un côté, d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices, et, de l'autre, de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices : art. 132-78 du CP. Les personnes bénéficiant de cette disposition relève en outre du statut défini aux articles 706-63-1 et 706-63-2 du CPP. Deuxièmement, la personne condamnée peut faire l'objet d'une dispense de peine s'il « apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé » : al. 1, art. 132-59 du CP. Enfin, la juridiction de jugement est libre de prendre en compte, au titre de la personnalité, le repentir de la personne ayant commis l'infraction : al. 3, art. 132-1 du CP.

³¹²⁵ « Compassion », in *Trésor de la langue française informatisé, Dictionnaire de la langue du xix^e et xx^e siècle*, CNRS (1976-1994), *op. cit.*, consulté en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/compassion>.

étant fortement indexée sur la personnalité du sujet, les modalités d'exécution permettent d'appréhender et de sanctionner son rapport émotionnel aux victimes. Plus précisément, la mobilisation du rapport psychologique aux actes commis dans la motivation du prononcé des modalités d'exécution valorise et disqualifie certains positionnements de la personne condamnée vis-à-vis des personnes ayant subi un dommage en raison du comportement infractionnel. À ce titre, la chambre de l'application des peines, qui reproche à un justiciable de ne pas avoir « manifesté de compassion envers [les victimes] et leurs familles³¹²⁶ », ainsi que d'avoir effectué à ces dernières des « versements opportunistes et utilitaires³¹²⁷ », n'est pas censurée par la Cour de cassation. De même, l'arrêt de Cour d'appel relevant notamment qu'un condamné « ne manifeste aucune empathie envers les victimes³¹²⁸ », pour motiver le refus de l'octroi d'une libération conditionnelle, n'est pas cassé par la chambre criminelle.

Malgré ces termes, ce n'est pas la pénitence du sujet qui est ici recherchée. Si une responsabilité morale se trouve bel et bien visée, elle se détache de la question de la faute. L'« empathie³¹²⁹ » et la manifestation du « sens des responsabilités³¹³⁰ », au travers de l'expression de regrets et de la sincérité de la réparation du dommage, est une attitude à adopter pour démontrer sa responsabilisation. Comme le souligne un philosophe, nous sommes passés de la punition d'une volonté mauvaise, en ce qu'elle souhaite le mal, à une mauvaise volonté, en ce qu'elle est le fruit d'un calcul défailant des coûts et des avantages et qui exige dès lors, non la plainte du sujet sur son passage à l'acte, mais l'expression et la matérialisation de sa volonté d'assumer les conséquences de ses actes³¹³¹. Pour être exempte de critique et voir sa conduite soulignée positivement, la personne ne doit donc plus seulement réparer le dommage, mais adopter une conduite matérialisant une adhésion à la condamnation et à l'ordre pénitentiaire, dans lequel sont intégrés les intérêts des victimes.

³¹²⁶ Crim., 9 avril 2014, n° 13-84.290, Bull. Crim. n° 111, préc.

³¹²⁷ *Ibid.*

³¹²⁸ Crim., 31 octobre 2018, n° 17-86.660, Bull. Crim. n° 183, *op. cit.*

³¹²⁹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 51. Rappelons que l'empathie fait partie pour l'administration pénitentiaire des « facteurs positifs, dits de « protection » (qui sont susceptibles de modérer ou de compenser l'influence des facteurs de risques) » : *ibid.*

³¹³⁰ Règle 67, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation ; Règle 27, Recommandation CM/Rec (2017) 3 relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté, p. 14.

³¹³¹ RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, *op. cit.*, p. 59.

569 La sanction d'une hygiène de la responsabilité. En ce sens, le sujet de l'acte de punir est accompagné par une prise en charge³¹³², portant sur « les représentations qui favorisent le comportement délinquant³¹³³ » ou sur les « habilités relationnelles³¹³⁴ ». D'une part, il s'agit d'un « travail éducatif sur le rapport à l'autre, la victime » et, notamment, les « conséquences de son comportement sur autrui³¹³⁵ ». D'autre part, il s'agit de développer le capital humain au travers de l'amélioration des « habilités sociales³¹³⁶ » dans le cadre d'une « approche « pro-sociale » centrée sur la responsabilité envers autrui et la société³¹³⁷ ». Dans ce cadre, les personnels pénitentiaires sont invités à mettre l'accent sur « le développement de l'empathie, une sensibilisation à la réalité des victimes et le développement d'attitudes soucieuses de la sécurité d'autrui. Cela inclut aussi l'apprentissage d'attitudes et habilités permettant d'assumer ses responsabilités ou de se préoccuper du bien-être d'autrui.³¹³⁸ » Plus que jamais la responsabilité sociale n'est plus un simple objectif de la rétribution de l'infraction, mais directement l'objet de la prise en charge, consistant de plus en plus en une hygiène de la responsabilité³¹³⁹, pour rechercher l'effectivité de la transformation du sujet et indexer la peine sur sa subjectivation. Cette injonction à la responsabilité sociale, intimée et sanctionnée par les usages des modalités d'exécution, implique l'exigence d'un repentir lors de l'exécution de la peine, mais aussi celle d'une réflexion sur la conduite délinquante (2).

2. L'exigence d'une réflexion sur la conduite délinquante

570 La responsabilisation eu égard à la société. Au centre de la rationalité punitive contemporaine se trouve le lien établi entre la commission d'infractions et l'irresponsabilité sociale, illustrant une conception de la « responsabilité « juridico-économique » fondée sur un

³¹³² La « prise en charge doit être fortement orientée sur le passage à l'acte, le repérage et le traitement des facteurs de risque de récidive et les intérêts de la victime » : Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*, p. 4.

³¹³³ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 94.

³¹³⁴ *Ibid.*, p. 98.

³¹³⁵ *Ibid.*

³¹³⁶ *Ibid.*

³¹³⁷ *Ibid.* La prise en charge s'inscrit parfaitement dans les recommandations du Conseil de l'Europe, qui préconise des programmes d'intervention faisant notamment appel aux « méthodes cognitivo-comportementales, qui consistent à apprendre aux délinquants à réfléchir aux conséquences de leur conduite criminelle, à les amener à mieux se connaître et à mieux se contrôler, à reconnaître et à éviter les situations qui précèdent le passage à l'acte et à leur donner la possibilité de mettre en pratique des comportements pro-sociaux » : Recommandation Rec(2000) 22 du Comité des ministres aux États membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et les mesures applicables dans la Communauté.

³¹³⁸ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 98.

³¹³⁹ Sur l'hygiène de la responsabilité v. : *supra* n° 425 et s.

calcul imité de la théorie du choix rationnel³¹⁴⁰ ». Le législateur laisse en effet transpirer au sein des principes directeurs de l'exécution des peines sa conception néolibérale du passage à l'acte et de la délinquance. Il apparaît que ce dernier considère que ce soit l'incapacité à suivre « les règles et les intérêts de la société » qui caractérise l'irresponsabilité sociale des personnes condamnées et ce à quoi il faut remédier pour « éviter la commission de nouvelles infractions »³¹⁴¹. Il s'agit finalement d'une conception criminologique aussi large que caricaturale – d'autant qu'aucune distinction n'est effectuée entre les différents types d'infractions –, consistant à présenter les condamnés comme des personnes inscrites dans un mode de vie délinquant a-social et irresponsable³¹⁴². C'est pourtant cette « conception néolibérale du délinquant³¹⁴³ », relevant d'un « prisme psychologique³¹⁴⁴ » positiviste, qui rationalise et informe les pratiques punitives recherchant la subjectivation de la personne condamnée³¹⁴⁵. Nous retrouvons alors, dans les modalités de prise en charge du modèle pénologique de l'institution, l'injonction générale à la responsabilité sociale et, en particulier, l'exigence d'une réflexivité sur la conduite délinquante, ayant l'ambition de soutenir et de guider la personne « vers la sortie de la délinquance³¹⁴⁶ ».

571 L'exigence d'une réflexivité sur la conduite délinquante. Au-delà de l'acceptation de la réglementation de la vie, la personne condamnée est invitée à démontrer son adhésion à l'ordre pénitentiaire par l'expression de sa réflexion sur le comportement délinquant. À cet

³¹⁴⁰ HACHE Émilie, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *op. cit.*, p. 58. « En bref, les criminels et les délinquants ne seraient plus des « anormaux » ou des « monstres » mais des individus comme les autres qui auraient fait un « mauvais calcul ». Autrement dit, on serait en train de passer de la responsabilité juridique classique pour faute conjugée à la responsabilité juridico-psychiatrique pour risque – ces deux régimes coexistant jusqu'à aujourd'hui, entraînant les apories que l'on connaît – à une responsabilité « juridico-économique » fondée sur un calcul imité de la théorie du choix rationnel. La responsabilité juridique était censée juger un acte, la responsabilité juridico-psychiatrique jugeait un individu (dangereux ou non), la nouvelle responsabilité économique-juridique jugerait un raisonnement » : *ibid.*, p. 58-59.

³¹⁴¹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³¹⁴² Cette conception considérant les personnes condamnées comme des individus aux capacités à faire le choix rationnel déficientes est celle qui s'est imposée au Canada et qui a permis le développement du modèle pénologique que l'administration pénitentiaire française a adopté : HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *op. cit.*, p. 41-42.

³¹⁴³ CHANTRAINE Gilles, « Les prisons sont-elles civilisées ? », *op. cit.*, p. 233.

³¹⁴⁴ LARMINAT DE Xavier, « Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation », *op. cit.*, p. 16. Il s'agit d'une « approche cognitive et comportementale du passage à l'acte, dont on trouve les traces dans de nombreux dispositifs de prise en charge en milieu fermé comme en milieu ouvert : en concentrant l'intervention autour du délinquant rationnel et sur les déficits cognitifs qui le caractérisent, on met essentiellement l'accent sur le processus d'apprentissage au détriment des besoins fondamentaux de l'individu et du contexte plus général dans lequel les comportements criminels s'inscrivent. » : *ibid.*

³¹⁴⁵ GARLAND David, « “Governmentality” and the problem of crime : Foucault, criminology, sociology », *Theoretical Criminology*, n° 2, vol. 1, 1997, p. 191.

³¹⁴⁶ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 78. « A cette fin, le travail du SPIP vise à : - réduire les facteurs de risque dynamique de commission d'une nouvelle infraction ; - et/ou à renforcer les facteurs de protection ou de désistance ; - et/ou à renforcer la réceptivité à l'intervention, notamment la motivation au changement. » : *ibid.*

égard, le rapport du sujet aux faits commis est un motif susceptible de justifier le refus d'une mesure d'individualisation. Dans un arrêt du 22 juin 2016, la Cour de cassation rejette le pourvoi d'une personne condamnée à l'encontre d'un arrêt confirmatif de chambre de l'application des peines, refusant l'octroi de réductions de peine supplémentaires aux motifs que, malgré les démarches de réadaptation sociale, les avis sont défavorables au prononcé de réductions de peine, et, surtout, que « l'absence de questionnement sur le parcours criminel reste préoccupant³¹⁴⁷ ». L'absence de questionnement sur le parcours criminel ne devrait pouvoir être mobilisée pour justifier le refus de réductions de peine supplémentaires dont l'objet est de récompenser les efforts particuliers de réadaptation sociale. Il s'agit d'une conséquence dommageable de la combinaison de la portée générale du critère de la personnalité et de l'exigence de responsabilisation, fondés sur l'article 707 du code de procédure pénale, conduisant à privilégier la sanction de procédés de subjectivation responsabilisants sur les critères spéciaux propres aux différentes modalités d'exécution.

Dans le modèle pénologique du dispositif d'exécution, les « attitudes et croyances favorisant le comportement délinquant³¹⁴⁸ » sont considérées comme des facteurs de risque dynamiques. Il s'agit du point de départ de l'exigence d'une réflexivité sur la conduite délinquante et celui des modalités d'intervention mises en œuvre par les services pénitentiaires en ce but³¹⁴⁹. Est prévu dans le référentiel des pratiques opérationnelles un travail durant le suivi sur les « représentations, convictions et cognitions (attitudes et croyances) favorisant ou justifiant le comportement délinquant³¹⁵⁰ », avec de multiples stratégies et exercices selon le niveau de réceptivité. Concernant les « attitudes qui « autorisent » ou « justifient » l'infraction commise », le référentiel préconise en terme d'intervention la conscientisation, la motivation et le développement des compétences et capacité cognitives³¹⁵¹. D'un côté, la conscientisation et la motivation vise l'« accompagnement de la personne au changement³¹⁵² », par la technique de l'entretien

³¹⁴⁷ Crim., 22 juin 2016, n° 15-82.638, inédit.

³¹⁴⁸ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 52.

³¹⁴⁹ « On ne doit pas « corriger » ou « soigner » un individu mais comprendre le type de raisonnement qui l'a amené à faire le choix du crime, pour l'inciter, dans le futur, à adopter une autre conduite. L'objectif, ici, est de modifier les manières de penser pour modifier les manières d'agir. » : HACHE Émilie, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », op. cit., p. 59.

³¹⁵⁰ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 69.

³¹⁵¹ Ibid., p. 80.

³¹⁵² Ibid., p. 82.

motivationnel³¹⁵³, recherchant les besoins à la transformation de la personne et ses propres facteurs de motivation pour qu'elle accepte le constat d'un problème et reconnaisse la nécessité au changement³¹⁵⁴. De l'autre, le développement des compétences et capacités cognitives se construit avec un ensemble « d'interventions éducatives qui visent à favoriser, chez la personne, la réflexion, l'ouverture cognitive, la prise de conscience de ses façons de penser et de raisonner, et à lui permettre d'acquérir de nouveaux réflexes ou de nouvelles compétences³¹⁵⁵ ». Ainsi, le discours est à la fois l'outil et le résultat de ces modalités de subjectivation, destinées à « faire coïncider la vérité du justiciable à la vérité [pénologique] en faisant en sorte que le justiciable adhère sincèrement³¹⁵⁶ » à la prise en charge.

Dans le cadre de la recherche d'adhésion de la personne condamnée, l'exigence d'une réflexion sur la conduite délinquante consiste avant tout « à faire endosser explicitement par le justiciable le discours que l'institution a construit pour lui³¹⁵⁷ ». La logique de responsabilisation est finalement « une injonction à adhérer à ce qui devrait être sa propre demande, mais qui est fondamentalement la demande du système³¹⁵⁸ ». Le processus recherche en effet le « reniement³¹⁵⁹ » du comportement délinquant et la revendication par la

³¹⁵³ Sur l'entretien motivationnel v. : *ibid.*, p. 82-87. « Par le biais d'entretiens censés développer la motivation et la prise de conscience des problèmes que pose le comportement délictueux, les personnels d'insertion et de probation sont en effet invités à transformer la contrainte légale ou judiciaire découlant du cadre pénal en un engagement volontaire du condamné à modifier sa conduite, cet engagement étant considéré comme plus efficace que la contrainte externe résultant de la seule contrainte légale. » : MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, op. cit., p. 153.

³¹⁵⁴ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 82.

³¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 94. « De façon générale, les méthodes cognitives et comportementales peuvent être utilisées dans une perspective éducative. Elles sont cognitives parce qu'elles visent à faire prendre conscience aux personnes suivies de l'écart existant entre leurs pensées et la réalité. Elles sont comportementales en ce qu'elles recherchent une modification du comportement par l'apprentissage et non par l'exploration des causes profondes, comme en thérapie. » : *ibid.* Sur le développement des compétences et capacités cognitives v. : *ibid.*, p. 93-102.

³¹⁵⁶ MARY Philippe, « (Dé)responsabilisation et pénalité », op. cit., p. 353.

³¹⁵⁷ LARMINAT De Xavier, « *Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation* », op. cit., p. 14-15. « Il est notamment attendu qu'il exprime des remords vis-à-vis de l'infraction commise et témoigne d'une certaine forme de compassion à l'égard des éventuelles victimes. Faire profil bas et se conformer aux attentes de l'agent de probation ou du JAP [...] est considéré comme un signe probant de maturité et de responsabilité. À l'inverse, le fait de reconnaître les faits, mais d'assumer le poids de ses actes sans manifester de regrets apparents est généralement perçu comme un indice révélateur du fait que la prise de conscience ne serait pas totalement aboutie, et que le condamné n'aurait pas encore « retenu la leçon ». « [La participation au PPR] suppose en amont une évaluation du rapport que la personne entretient avec son acte et une évaluation de la différence entre la représentation qu'il en a et celle qui est attendue. » : MALFROY Pierre, « Les programmes de prévention de la récidive. Genèse, actualité et perspectives pour l'institution pénitentiaire en France », in *Penser les agressions sexuelles : actualités des modèles, actualité des pratiques*, GRAVIER Bruno, ROMAN Pascal, AUBUT Justice (dir.), Toulouse, Éres, « Collection Études, recherches, actions en santé mentale en Europe », 2016, p. 215.

³¹⁵⁸ MARY Philippe, « (Dé)responsabilisation et pénalité », op. cit., p. 355.

³¹⁵⁹ LARMINAT De Xavier, « *Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation* », op. cit., p. 14.

personne condamnée de sa responsabilité³¹⁶⁰, dans les faits commis comme dans sa nécessité de changer pour s'engager sur le chemin de la désistance.

572 La sanction de procédés de subjectivation responsabilisants. Si la responsabilisation ne s'y réduit pas, elle renvoie au processus d'achèvement de la carrière délinquante, par l'adoption d'un mode de vie conforme « aux règles et aux intérêts de la société³¹⁶¹ », au travers d'une réflexion sur la conduite infractionnelle, qui implique un « impératif de visibilité³¹⁶² ». L'évolution du rapport psychologique à la commission de l'infraction est en effet un processus interne au psychisme. Or, la responsabilisation doit nécessairement, pour être efficacement arguée, reposer sur des éléments matériels. Le discours et la narration sur soi ont dès lors pris une importance considérable³¹⁶³, au point d'être élevés semble-t-il au niveau d'une garantie de la réformation du sujet, ou, à tout le moins, de sa soumission aux « modalités de subjectivation³¹⁶⁴ », par l'adoption d'une attitude symbolique d'adhésion à l'ordre pénitentiaire³¹⁶⁵. Et c'est dès lors le prononcé ou non de ces discours qui se trouve sanctionné par les usages des modalités d'exécution. Comme le souligne Marie-Sophie DEVRESSE, « l'injonction narrative et le « parler de soi » deviennent donc les impératifs associés à cette formule paradoxale qu'est la production d'autonomie et la prise de responsabilité sous injonction³¹⁶⁶ ».

Bien entendu, il est impossible de considérer performatifs les discours responsabilisants des acteurs de l'institution et toujours sincères ceux des personnes

³¹⁶⁰ GARLAND David, « "Governmentality" and the problem of crime : Foucault, criminology, sociology », *op. cit.*, p. 191. « La responsabilisation se situe à la racine d'une exigence généralisée d'implication des individus dans la vie sociale et à la base d'une philosophie les obligeant à intérioriser, sous forme de faute personnelle, leur situation d'exclusion ou d'échec. Il s'agit ainsi moins d'un appel à la responsabilité individuelle que d'une série de processus confrontant l'acteur, puisqu'il a toujours la possibilité de « faire » quelque chose de sa vie, aux conséquences – parfois de plus en plus involontaires – de « ses » actes. » : MARTUCCELLI Danilo, « Figures de la domination », *op. cit.*, p. 479.

³¹⁶¹ Al. I, II, art. 707 du CPP.

³¹⁶² DEVRESSE Marie-Sophie, « Réflexivité, responsabilité et position du justiciable dans le processus pénal consenti », *op. cit.*, p. 371.

³¹⁶³ « Face à la justice et à ses émissaires, il faut en effet de plus en plus fréquemment parler de soi-même, s'expliquer sur les motifs de son action, avouer, rendre compte de l'évolution de sa situation sociale, familiale, professionnelle, exprimer ses projets et ainsi naviguer habilement dans sa propre histoire entre le passé, le présent et le futur. » : *ibid.*

³¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 373.

³¹⁶⁵ « Sans autre issue que de jouer le jeu et d'accepter le rôle qui a été écrit pour lui – si du moins il souhaite échapper au régime de prise en charge le plus sévère – le condamné doit donc tout en même temps avouer les faits et les mettre à distance, les faire apparaître sans zèle ni défaut pour aussitôt les réprouver. De la sincérité de sa repentance, évaluée successivement par l'agent de probation puis par le JAP lors d'un éventuel débat contradictoire, dépendra la récompense qu'il peut en espérer, sous la forme d'un aménagement de peine ou de toute autre mesure d'individualisation de la sanction. » : LARMINAT De Xavier, « *Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation* », *op. cit.*, p. 15.

³¹⁶⁶ DEVRESSE Marie-Sophie, « Réflexivité, responsabilité et position du justiciable dans le processus pénal consenti », *op. cit.*, p. 372.

condamnées³¹⁶⁷. Peu importe l'intention des uns et des autres, les premiers tendent à souligner derechef la culpabilité du sujet dans les faits commis et à lui transférer la responsabilité de l'efficacité de l'exécution de la peine³¹⁶⁸. Quant aux seconds, ils entreprennent la légitimation de l'évolution des conditions d'exécution et la diminution pour l'institution du coût de la modulation *in favorem*. Au demeurant, pas question de s'attarder sur la pertinence, l'effectivité et l'efficacité de ces « procédés de responsabilisation³¹⁶⁹ », ce que nous souhaitons souligner est le rapport entre la modulation de la peine et l'adhésion à l'injonction de se subjectiver en référence à la personne responsable³¹⁷⁰, c'est-à-dire la conjugaison de la logique modale de la peine privative de la liberté sous un mode néolibéral. Le « développement du « capital humain » de la personne, c'est-à-dire de ses compétences et capacités personnelles, [qui] s'exerce au moyen d'interventions visant à diminuer les facteurs de risque et/ou à renforcer les facteurs de protection³¹⁷¹ », s'affirme comme un critérium prédominant de la différenciation de l'acte de punir. La principale conséquence de l'usage des modalités d'exécution pour exhorter les personnes condamnées à l'adhésion à cette conduite est effectivement la prescription générale d'un comportement responsable (B).

³¹⁶⁷ « Loin d'une représentation d'un sujet passif face à un projet de régulation des conduites, dans lequel l'acteur s'appliquerait à mobiliser toutes ses ressources personnelles pour s'autotransformer en suivant les programmes qu'on lui prescrit, » une étude portant sur l'attitude du sujet face aux programmes responsabilisants au Canada démontre « trois formes principales de réaction par rapport au rôle qu'il est censé endosser : l'« enrôlement », la « conformité tactique », le « rejet » : CHANTRAINE Gilles, « Les prisons sont-elles civilisées ? », *op. cit.*, p. 232.

³¹⁶⁸ QUIRION Bastien, « Réformer, réadapter ou responsabiliser le détenu. Analyse des enjeux normatifs rattachés à l'intervention correctionnelle au Canada », *op. cit.*, p. 349. « Le sentiment de culpabilité est le moteur dans le processus de la responsabilisation. La culpabilité, c'est le sentiment que la société vise à susciter chez l'individu délinquant, non seulement par vengeance sociale, mais aussi par souci de renforcer la cohésion du lien social, en pérennisant l'idée d'une dette fondamentale. » : HIRSCHMANN-AMBROSI Astrid, « Risques et dangers », *Bulletin de psychologie*, n° 1, vol. 59, 2006, p. 53.

³¹⁶⁹ DEVRESSE Marie-Sophie, « Réflexivité, responsabilité et position du justiciable dans le processus pénal consenti », *op. cit.*, p. 371.

³¹⁷⁰ « Prisoners who succeed in rendering themselves « responsible », and behaving accordingly, are rewarded by a Sentence Planning Scheme which allows them to take part in the government of their own confinement. [...] By these means, « responsible » choice is praised and rewarded, insofar as this is possible within the constraints of a resource-starved prison system. Prisoners are thus governed, and learn to govern themselves, in ways that emphasize individual agency and autonomy. » : GARLAND David, « “Governmentality” and the problem of crime : Foucault, criminology, sociology », *op. cit.*, p. 192.

³¹⁷¹ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 94.

B. La prescription générale d'un comportement responsable

573 Une exhortation générale à la bonne conduite. L'instauration des crédits de réduction de peine n'a nullement emporté la disparition de la bonne conduite³¹⁷², pas plus que celle-ci ne se trouverait limitée aujourd'hui qu'aux « efforts sérieux de réadaptation sociale ³¹⁷³ ». Bien au contraire, cette notion semble avoir été revalorisée lors de la reconfiguration du dispositif d'exécution par la rationalité punitive contemporaine. D'une part, il est possible de constater l'extension de sa portée à l'ensemble des modalités d'exécution, en rattachant l'appréciation de celle-ci à l'évaluation de la personnalité. D'autre part, relevons l'extension de la substance de la bonne conduite à l'adoption des comportements intimés par les usages des modalités d'exécution, matérialisant l'exigence d'adhésion à la prise en charge. Orienté vers l'avenir, le dispositif d'exécution procède à l'indexation de la différenciation sur l'attitude du sujet eu égard à sa subjectivation (1), ce qui emporte inévitablement l'extension de la notion de bonne conduite dans la champ pénitentiaire (2).

1. L'indexation de la différenciation sur l'attitude du sujet eu égard à sa subjectivation

574 La différenciation de l'acte de punir en fonction de la responsabilisation.

L'évolution des conditions d'exécution n'est pas seulement indexée sur la soumission du sujet au régime d'exécution et à son objectivation par l'évaluation. Les usages des modalités d'exécution autorisent en effet la sanction de la responsabilisation des individus. En cela, les craintes de voir s'implanter en France une justice actuarielle, imposant une distribution des personnes condamnées sur le seul fondement du risque qu'elles représentent, doivent être définitivement écartées³¹⁷⁴. L'objectivation à laquelle donne lieu l'évaluation influe grandement sur la détermination des conditions d'exécution de la peine, sans jamais pour autant écarter complètement le projet réformateur inhérent à la peine privative de liberté. C'est d'ailleurs la volonté de subjectivation, présente explicitement à l'article 707 du code de procédure pénale, qui renouvelle la légitimité de l'institution, en faisant de la réhabilitation l'une des finalités de l'acte de punir. L'entreprise de normalisation du sujet eu égard à la figure de la personne responsable n'est en effet rien d'autre qu'une démarche réhabilitative,

³¹⁷² Sur la suppression des réductions de peine pour bonne conduite au profit d'un crédit de réduction de peine v. : *supra* n° 92.

³¹⁷³ 4°, al. 2, art. 729 ; art. 721-1 du CPP.

³¹⁷⁴ HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *op. cit.*, p. 29-51 ; CLIQUENNOIS Gaëtan, Le management des prisons: vers une gestion des risques et une responsabilisation des détenus ?, *op. cit.*, p. 50-51.

fonctionnant à partir d'une nouvelle norme de référence³¹⁷⁵.

En *sus*, il semble que l'intensification des usages des modalités d'exécution ait fortement renouvelé les ambitions en ce domaine, car cet objectif est devenu également le critère de la différenciation de l'acte de punir³¹⁷⁶. Le dispositif d'exécution ne distingue plus, d'un côté, une bonne conduite consistant en l'obéissance à la réglementation de la vie et, de l'autre, l'évolution souhaitée et accompagnée du gouvernement de soi du sujet durant l'exécution de la peine, en vue de sa réinsertion. Dorénavant, l'attitude de la personne condamnée vis-à-vis de la prise en charge peut emporter une modulation *in favorem* comme *in pejus*, alors même que les normes de référence pour la réformation de la population pénale s'éloignent de plus en plus des valeurs sociales protégées. Le dispositif d'exécution organise en effet la sanction de l'adhésion à la prise en charge subjectivante, privant ainsi le sujet de la possibilité d'un positionnement neutre par rapport au projet de réformation de l'institution.

575 La sanction de l'adhésion à la prise en charge subjectivante. Le parcours d'exécution de la peine est un « processus de responsabilisation³¹⁷⁷ » auquel les personnes condamnées ne peuvent plus refuser de prendre part, sans risquer d'en subir les conséquences. La possibilité d'user des modalités d'exécution pour sanctionner l'attitude de la personne condamnée, eu égard à sa subjectivation, conduit effectivement à faire entrer la responsabilisation dans les critères de différenciation de l'acte de punir. Il devient alors impossible d'adopter une attitude passive par rapport à la prise en charge, caractérisée par l'acceptation du régime d'exécution, sans adhérer au projet correctionnel sous-jacent. Les personnes faisant preuve d'autonomie et développant leur capital humain pourront espérer progresser dans un parcours aux conditions d'exécution dégressives. Quant aux autres, elles pourront se voir refuser le prononcé de modalités d'exécution plus favorables, y compris en dépit de leur respect du régime d'exécution et de solides dossiers d'aménagement de peine, voir même évoluer dans un parcours aux conditions d'exécution de plus en plus sévères.

Les usages des modalités d'exécution sanctionnent des procédés de subjectivation,

³¹⁷⁵ La « réhabilitation renvoie à cette idée que l'on puisse avoir recours aux mesures pénales afin de transformer les personnes judiciairisées de façon à ce qu'elles deviennent des individus qui puissent répondre à un certain nombre de critères normatifs et politiques » : QUIRION Bastien, « Réformer, réadapter ou responsabiliser le détenu. Analyse des enjeux normatifs rattachés à l'intervention correctionnelle au Canada », *op. cit.*, p. 340. Cette pratique « consiste à mettre en place un changement programmé dont la finalité est de produire des individus en mesure d'agir par eux-mêmes à titre de sujets » : *ibid.*

³¹⁷⁶ LARMINAT DE Xavier, « *Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation* », *op. cit.*, p. 16.

³¹⁷⁷ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 101 ; CAUCHIE Jean-François, CHANTRAINE Gilles, « De l'usage du risque dans le gouvernement du crime. Nouveau prudentialisme et nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 10.

organisés sous la forme des modalités de prise en charge et structurés par des objectifs, permettant d'objectiver le positionnement du sujet eu égard au projet de réformation³¹⁷⁸. Le parcours d'exécution de la peine rétribue en effet la coopération de la personne avec une direction des conduites exercée en vue de l'adoption d'un comportement qualifié de responsable, correspondant à la « forme d'une « activation » du condamné qui ne peut se réaliser n'importe comment et qui fait l'objet d'un suivi relativement strict³¹⁷⁹ ». En milieu fermé comme en milieu ouvert, la programmation de l'exécution de la peine détermine les usages possibles des modalités d'exécution. Le « plan d'accompagnement de la personne et d'exécution de la peine³¹⁸⁰ » structure effectivement la subjectivation attendue du sujet par la définition, sur le fondement du modèle pénologique consacré par l'administration, et en concertation avec lui, d'objectifs destinés à diriger sa conduite³¹⁸¹, qui sont autant de « petites mises à l'épreuve³¹⁸² ». Ces objectifs pourront porter par exemple sur le traitement d'un besoin criminogène, au moyen de la participation à un programme de prévention de la récidive en milieu ouvert³¹⁸³. En détention, il pourra s'agir d'objectifs relatifs à l'autonomie de la personne dans l'unité de vie, l'élaboration de son projet d'exécution et de son emploi du temps, conditionnant son maintien dans un régime de responsabilité³¹⁸⁴. Il en va d'ailleurs de même des propositions de soins du juge de l'application des peines³¹⁸⁵, et plus largement des termes du projet d'exécution de peine. L'ensemble de ces objectifs relatifs à la prise en charge subjectivante sont des prescriptions matérielles, participant du statut pénologique défini par l'évaluation et dont le respect peut être sanctionné au titre de la modulation de la peine. Aujourd'hui, l'élaboration de l'acte de punir s'effectue aussi au travers de ces sanctions de l'attitude du sujet vis-à-vis de cette prise en charge responsabilisante, qui détermine l'extension de la notion de bonne conduite dans le champ pénitentiaire (2).

³¹⁷⁸ Une nouvelle fois, nous retrouvons une évolution du dispositif d'exécution analogue à celle ayant reconfiguré l'institution pénitentiaire canadienne, caractérisée par l'hybridation entre une gestion actuarielle et un mode de pensée clinique : CHANTRAINE Gilles, « Les prisons sont-elles civilisées ? », *op. cit.*, p. 231.

³¹⁷⁹ DEVRESSE Marie-Sophie, « Réflexivité, responsabilité et position du justiciable dans le processus pénal consenti », *op. cit.*, p. 313.

³¹⁸⁰ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 55.

³¹⁸¹ Sur les objectifs destinés à diriger la conduite du sujet v. : *supra* n° 543.

³¹⁸² DEVRESSE Marie-Sophie, « Réflexivité, responsabilité et position du justiciable dans le processus pénal consenti », *op. cit.*, p. 315. « [Le parcours d'exécution de la peine] a aussi vocation à consigner des observations et à rapporter aux juges des éléments individuels d'appréciation d'un criminel, appréciations également recueillies à l'occasion de la participation à un PPR. » : Malfroy Pierre, « Les programmes de prévention de la récidive. Genèse, actualité et perspectives pour l'institution pénitentiaire en France », *op. cit.*, p. 215.

³¹⁸³ Sur les programmes de prévention de la récidive v. : *supra* n° 265.

³¹⁸⁴ Sur les prescriptions matérielles inhérentes aux régimes dits module respect v. : *supra* n° 258.

³¹⁸⁵ Sur les soins proposés par le juge de l'application des peines v. : *supra* n° 421.

2. L'extension de la notion de bonne conduite dans le champ pénitentiaire

576 L'extension de la notion de bonne conduite à l'adhésion à l'ordre pénitentiaire.

La différenciation de l'acte de punir, en fonction de la responsabilisation du sujet, implique l'élargissement de la notion de bonne conduite à l'adhésion à la prise en charge³¹⁸⁶. C'est la soumission aux pratiques réhabilitatives, entreprenant la normalisation de la personne, qui se trouve intimée et valorisée par les autorités de l'exécution des peines. Le sujet de l'acte de punir sera favorablement évalué et avancera dans son parcours d'exécution de la peine, s'il accepte et progresse dans le traitement d'un trouble de la personnalité, s'il accepte de participer à un programme visant l'évolution de ses valeurs et de ses représentations ou encore s'il fait preuve de compassion auprès des victimes et accepte de revendiquer le poids de sa responsabilité personnelle dans son passage à l'acte³¹⁸⁷. Il est donc enjoint au sujet d'exprimer une « allégeance³¹⁸⁸ » ou son « inféodation³¹⁸⁹ » à l'ordre pénitentiaire, pour affirmer qu'il gouverne dorénavant sa conduite au regard des intérêts institutionnels.

Cette politique de responsabilisation, que l'on retrouve également dans d'autres dispositifs de la justice pénale³¹⁹⁰, comme dans le reste du champ social³¹⁹¹, innervé de plus en plus la logique modale de l'exécution de la peine. Elle a sans conteste le mérite d'avoir fait obstacle à une rationalité punitive actuarielle, correspondant à l'hypothèse de l'imposition d'une « nouvelle pénologie³¹⁹² », appréhendant les personnes au travers de niveaux de risques

³¹⁸⁶ Sur la conception *lato sensu* de la bonne conduite en détention v. : *supra* n° 345.

³¹⁸⁷ « Les techniques de correction mettent l'accent sur la responsabilité de l'accusé pour son action criminelle et insistent sur le fait qu'il ou elle doit faire face (*must « address »*) et prendre ses responsabilités. [...] Au lieu de présupposer que tout adulte est « naturellement » capable d'une action responsable et autonome (*self-directed*), et d'un comportement (*agency*) moral, les régimes pénaux contemporains traitent ce point comme un problème à régler à travers des procédures qui cherchent activement à « subjectiver » et à « responsabiliser » les individus. : HACHE Émilie, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *op. cit.*, p. 60.

³¹⁸⁸ KAMINSKI Dan, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », *op. cit.*, p. 337. « L'obéissance présuppose un ordre rationnel et substantiel, auquel il n'y a lieu que de soumettre, même passivement. L'allégeance, par son statut intermédiaire, dialectise la liberté et la contrainte. » : *ibid.*

³¹⁸⁹ CLIQUENNOIS Gaëtan, *Le management des prisons : vers une gestion des risques et une responsabilisation des détenus ?*, *op. cit.*, p. 50.

³¹⁹⁰ DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *op. cit.* ; KAMINSKI Dan, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », *op. cit.*, p. 323-342 ; CARTUYVELS Yves, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », *op. cit.* ; LARMINAT De Xavier, « *Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation* », *op. cit.*

³¹⁹¹ DEVRESSE Marie-Sophie, « Réflexivité, responsabilité et position du justiciable dans le processus pénal consenti », *op. cit.*, p. 372.

³¹⁹² FEELEY Malcom, SIMON Jonathan, « The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications », *op. cit.* « Comme on le sait, Feeley et Simon (1992, 1994) ont défini la justice actuarielle – cette « nouvelle pénologie » – par trois facteurs : proportionner la peine prononcée au risque et non à la gravité du délit jugé ; mettre en œuvre des peines de neutralisation ; adopter une logique managériale qui se donne pour objectif une bonne « circulation » (throughputs) dans le système et non pas des réhabilitations réussies. » :

immuables et ne proposant qu'une différenciation de l'acte de punir ayant pour objet une allocation optimale des coûts en fonction de la probabilité de passage à l'acte³¹⁹³. De toute évidence, le dispositif contemporain ne produit pas un sujet passif pour lequel les conditions d'exécution de la peine ne renverraient qu'à une oscillation entre neutralisation en prison et contrôle en milieu ouvert. Bien au contraire, les modalités d'exécution contemporaines entreprennent la pérennisation de la légitimité de l'institution, et la recherche d'une meilleure efficacité de la peine, par le renouvellement des pratiques de réhabilitation. Cependant, la conjonction d'une redéfinition de l'ordre de référence pour la normalisation du sujet, et de l'indexation de la modulation de la peine sur la responsabilisation, ont emporté l'instauration d'une direction pénitentiaire des conduites, ayant pour conséquence l'intensification de l'assujettissement au travers de l'extension de la notion de bonne conduite³¹⁹⁴.

577 L'intensification de l'assujettissement au travers de l'extension de la notion de bonne conduite. Le paradoxe de la rationalité punitive contemporaine est que la revalorisation de la liberté conduit à une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation³¹⁹⁵. Les nouvelles pratiques punitives autorisent en effet, par l'instrumentalisation de l'autonomie de la personne condamnée, un resserrement des rapports de pouvoir dans lesquels celle-ci navigue dans le champ pénitentiaire³¹⁹⁶. La revalorisation de l'autonomie du sujet a pour objet de diriger autrement sa conduite, et non de relever celui-ci de son assujettissement à l'ordre pénitentiaire. « L'exercice du pouvoir prend alors une forme

O'MALLEY Pat, « « Mondialisation » et justice criminelle : du défaitisme à l'optimisme », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 30, 2006, p. 328.

³¹⁹³ HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *op. cit.*, p. 30 ; SLINGENEYER Thibaut, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *op. cit.*

³¹⁹⁴ « New rehabilitative models and « psy »-expert claims about what works combine need-logics with risk-logics. This amalgamation has produced a hybrid form of risk/need governance, which has an unparalleled status and authority in many correctional regimes. The link to the « what works » agenda is obvious : the identification of dynamic risk/need factors signifies an opportunity to change or transform the offender into a prudent responsible subject. Risk/need models legitimate newly defined targeted custom-made treatment models and garner managerial and fiscal support for a « new rehabilitationism », which operate to transform the risky subject. However, when needs are targeted in this way, additional and or intensified interventions into the life or psyche of an individual are justified in the name of prevention or reformation. » HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *op. cit.*, p. 40-41.

³¹⁹⁵ « Les travaux de Foucault sur la biopolitique illustrent le fait, à première vue paradoxal, que le développement de la liberté dans le gouvernement libéral est concomitant du renforcement de l'assujettissement du sujet. » : MACMILLAN Alexandre, « La biopolitique et le dressage des populations », *op. cit.*, p. 52.

³¹⁹⁶ Ce terme d'autonomie paraît plus approprié que celui de liberté, pouvant porter à croire à l'absence de conséquence à l'exercice de son autonomie dans le champ pénitentiaire : GARLAND David, « « Governmentality » and the problem of crime : Foucault, criminology, sociology », *op. cit.*, p. 196-198.

moins strictement répressive, mais tout aussi contraignante³¹⁹⁷ ». La personne est confrontée à un « devoir-être » et se trouve enjoint à se positionner par rapport à ce « devoir-être »³¹⁹⁸.

L'objectif est d'inciter le sujet de l'acte de punir à adhérer à une nouvelle conduite, qualifiée de responsable, et à laquelle il n'est possible de le soumettre par la coercition. C'est la principale raison de l'usage de la liberté pour subjectiver les individus à la figure de la personne responsable : il est impossible de forcer une personne à transformer ses manières de penser, de réfléchir et d'agir. En *sus*, la coercition dans le champ pénitentiaire ne peut gouverner la conduite du sujet de l'acte de punir pour l'avenir. Or, l'efficacité de l'exécution de la peine et la légitimité de l'institution sont aujourd'hui essentiellement évaluées par le taux de récidive³¹⁹⁹. Le dispositif d'exécution fait alors le pari d'une direction des conduites des personnes assujetties en vue de la réduction de ce risque, au travers de la mise en corrélation des intérêts institutionnels et individuels, pour que celles-ci modifient durablement leur mode de vie³²⁰⁰. Par ce nouveau mode de subjectivation, les personnes condamnées sont ainsi désormais assujetties à un comportement positif, défini en dehors du formalisme juridique et qui doit être qualifié de bonne conduite *lato sensu*, au sens ou sa substance s'étend au-delà de l'acceptation des obligations et interdictions du régime d'exécution.

*

578 L'injonction à s'investir dans l'adoption d'un mode de vie responsable par l'adhésion à la prise en charge. Dans le dispositif d'exécution, les procédés d'objectivation laissent place aux procédures de subjectivation, afin de mieux poursuivre la prévention de la récidive. En ce but, il est sommé au sujet d'être actif dans l'exécution de sa peine³²⁰¹, pour répondre à ses besoins criminogènes et développer ses facteurs de protection³²⁰². La personne condamnée ne doit pas seulement éviter de s'ériger en obstacle à la prise en charge en adhérant à son objectivation, elle doit aussi s'investir dans l'adoption d'un mode de vie responsable par l'adhésion à la prise en charge. L'autonomie aménagée au sujet de l'acte de

³¹⁹⁷ CHANTRAINE Gilles, « Les prisons sont-elles civilisées ? », *op. cit.*, p. 234-235.

³¹⁹⁸ DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *op. cit.*, p. 320.

³¹⁹⁹ À ce titre, le législateur à l'occasion de la loi pénitentiaire a créé un observatoire de la récidive et de la désistance : art. 7, Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire ; Décr. n° 2014-883 du 1^{er} août 2014 relatif à l'observatoire de la récidive et de la désistance.

³²⁰⁰ « L'obéissance est précaire ; elle ne suffit pas à pérenniser la structure à laquelle le sujet se soumet. L'allégeance, par contre, institue la croyance en un échange qui bénéficie simultanément à l'individu et à la structure. » : KAMINSKI Dan, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », *op. cit.*, p. 339.

³²⁰¹ GARLAND David, « "Governmentality" and the problem of crime : Foucault, criminology, sociology », *op. cit.*, p. 190.

³²⁰² QUIRION Bastien, « Les transformations de l'intervention thérapeutique en milieu correctionnel : pérennité de la logique dominante ou innovations pénales ? », *op. cit.*, p. 6

punir dans le champ pénitentiaire est à ce titre instrumentalisée³²⁰³, en ce qu'elle n'a d'autre objet que de permettre au dispositif d'assujettir la personne à une direction pénitentiaire des conduites, au service de sa subjectivation à la figure de la « personne responsable³²⁰⁴ ».

**

579 Une direction pénitentiaire des conduites au service de la subjectivation. Les personnes condamnées sont dorénavant sanctionnées dans le champ pénitentiaire, non plus seulement du fait de leur obéissance aux termes du régime d'exécution³²⁰⁵, mais également en fonction de leur adhésion à la figure de la personne responsable. L'efficacité de l'acte de punir n'est en effet aujourd'hui plus recherché par la seule conformité de la personne à un comportement formellement déterminé, mais aussi par l'adhésion aux intérêts de l'ordre pénitentiaire. Il s'agit pour le dispositif d'exécution d'enjoindre à l'individu de se transformer pour réduire l'écart qui le sépare de l'idéal-type de la personne responsable. C'est la raison pour laquelle la substance de ces nouvelles prescriptions pénitentiaires vise l'attitude du condamné eu égard à son objectivation, c'est-à-dire à sa problématique pénologique et son écart à la norme, et à sa subjectivation, soit au projet réformateur élaboré pour entreprendre sa normalisation. Ce nouveau « devoir-être³²⁰⁶ », ne pouvant trouver sa place dans l'ordonnement juridique, est induit par les usages des modalités d'exécution, qui informent une notion *lato sensu* de mauvaise et de bonne conduite, permettant de disqualifier et de valoriser certaines attitudes vis-à-vis des finalités de l'acte de punir. Comme le souligne Olivier RAZAC, le schéma norme-conformité-anomalie s'ajoute au schéma classique loi-obéissance-transgression³²⁰⁷. Il ressort de cette complexification des rapports de pouvoir dans lesquels sont prises les personnes condamnées une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, puisque les normes de la direction des conduites sont des prescriptions pénitentiaires sanctionnées (Section 2).

³²⁰³ RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, *op. cit.*, p. 65.

³²⁰⁴ Al. 1, I, art. 707 du CPP.

³²⁰⁵ ROTH Robert, « La participation du condamné à l'exécution de sa sanction, nouveau contrat social ou mercantilisation du droit ? », *op. cit.*, p. 362.

³²⁰⁶ DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *op. cit.*, p. 320.

³²⁰⁷ RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, *op. cit.*, p. 67-68.

SECTION 2. DES PRESCRIPTIONS PÉNITENTIAIRES SANCTIONNÉES

580 La sanction de l'exigence d'adhésion à la prise en charge. Accorder de l'autonomie au condamné, durant l'exécution de sa peine, autorise à évaluer sa conduite dans le champ pénitentiaire. L'examen du comportement des personnes assujetties, eu égard au « principe de responsabilité individuelle³²⁰⁸ », permet en effet la sanction du degré d'adhésion du sujet à la prise en charge, afin de l'inciter à maintenir ou transformer sa conduite. De cette façon, le dispositif d'exécution poursuit l'amélioration de l'efficacité de l'acte de punir, par une constitution corrélatrice du sujet et de la peine de plus en plus étroite, destinée à déterminer la subjectivation de l'individu en tant que personne responsable³²⁰⁹. En vue de pleinement appréhender l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, qui découle de la rétribution de l'adhésion du sujet à l'ordre pénitentiaire, il convient d'étudier ce système de sanctions des prescriptions induites par les usages des modalités d'exécution et de mesurer sa portée sur l'acte de punir³²¹⁰. Il s'agit par conséquent, en premier lieu, d'explorer l'injonction sanctionnée d'agir en personne responsable (§1), rendue possible par l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir, avant de constater, en second lieu, son caractère incontrôlé (§2), laissant place à une intensification immodérée de la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine eu égard au paradigme de la responsabilité sociale.

§1. L'INJONCTION SANCTIONNÉE D'AGIR EN PERSONNE RESPONSABLE

581 La rétribution du degré d'adhésion à la prise en charge. Fondée sur l'article 707 du code de procédure pénale, l'injonction à agir en personne responsable relève d'une « philosophie behavioriste qui s'appuie sur la dissuasion, la surveillance, la stigmatisation et l'usage de sanctions graduées pour modifier les comportements³²¹¹ ». Le dispositif d'exécution sanctionne l'« injonction à l'autonomie et à la responsabilité de soi³²¹² », en usant de la modulation de la peine pour rétribuer les attitudes du sujet, eu égard à ce qui est

³²⁰⁸ MARY Philippe, « (Dé)responsabilisation et pénalité », *op. cit.*, p. 334.

³²⁰⁹ La « gouvernementalité aurait pour spécificité d'être individualisante et il semble bien qu'au sein de la gouvernementalité néolibérale, la responsabilité constitue un des outils majeurs de cette individualisation – que celle-ci réussisse ou échoue. La raison principale tiendrait à la réorganisation structurelle de cet art de gouverner dans le passage du libéralisme au néolibéralisme en « techniques de gouvernement indirectes » reposant sur « un transfert de responsabilité aux individus » : HACHE Émilie, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *op. cit.*, p. 50.

³²¹⁰ Sur la volonté d'individualisation et de subjectivation v. : *supra* n° 33 et s.

³²¹¹ WACQUANT Loïc, « La fabrique de l'État néolibéral. "Workfare", "prisonfare" et insécurité sociale », *op. cit.*, p. 152.

³²¹² HACHE Émilie, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *op. cit.*, p. 56.

dorénavant son devoir : se conduire en personne responsable. L'attitude de la personne eu égard à cette injonction se trouve rétribuée au niveau du parcours d'exécution de la peine, comme l'illustre la polarisation de la prise en compte de l'adhésion du sujet (A). Néanmoins, si ce nouveau procédé de subjectivation s'affirme de plus en plus dans le dispositif d'exécution, il n'a pas la même portée pour toute la population pénale. Il convient alors de constater la variation de la prise en compte de l'adhésion du sujet (B).

A. La polarisation de la prise en compte de l'adhésion du sujet

582 La valeur constante de l'adhésion à la prise en charge. Dans le dispositif, le parcours d'exécution de la peine intervient à la fois pour susciter et rétribuer l'adhésion à l'ordre pénitentiaire. Constamment, peu importe le régime d'exécution, l'adhésion du sujet à la prise en charge est un critère de la différenciation de l'acte de punir, pris en compte au travers de l'évaluation de la personnalité. Toutefois, le caractère évolutif du parcours autorise les acteurs de l'exécution des peines à sanctionner positivement et négativement le rapport de la personne aux intérêts institutionnels³²¹³, qu'elle est invitée à faire siens en les intégrant au calcul censé guider sa conduite. L'adhésion du sujet pourra emporter la modulation *in favorem* de la peine (1), quand l'opposition ou le désintéressement à la subjectivation intimée par l'institution sera potentiellement sanctionné par la modulation *in pejus* de celle-ci (2).

1. La modulation *in favorem* de la peine

583 La récompense de la bonne conduite *lato sensu*. L'observation de la différenciation de l'acte de punir conduit à constater la perpétuation d'un système de punitions et de récompenses, destiné à préserver l'ordre de la détention en suscitant dans la population pénale une adhésion au moins partielle à celui-ci. Toutefois, ce « jeu des privilèges qui caractérisent le fonctionnement de toute prison³²¹⁴ » se trouve dorénavant institutionnalisé, en vue d'optimiser son apport à la poursuite des intérêts de l'institution. En somme, ce « *continuum* d'échanges instrumentalisés qui englobe les privilèges traditionnels, mais également les

³²¹³ Sur le parcours d'exécution de la peine en tant que *continuum* évolutif v. : *supra* n° 294-296.

³²¹⁴ CHANTRAINE Gilles, « Les prisons sont-elles civilisées ? », *op. cit.*, p. 232. « Ainsi, loin d'être ordonnée autour d'un unique principe disciplinaire, l'impératif sécuritaire et l'objectif de contentation des détenus imposent à l'administration pénitentiaire et à ses agents une gestion pragmatique de la vie quotidienne : au jour le jour, prosaïquement, elle négocie, réprime, privilégie, instrumentalise, opprime, sanctionne et récompense les détenus, afin de produire l'absence relative de désordre en détention. » : CHANTRAINE Gilles, « Les temps des prisons. Inertie, réforme et reproduction d'un dispositif institutionnel », *op. cit.*, p. 67.

diverses formes de « récompenses » liées à l'exécution de la peine³²¹⁵ », a été formellement intégré au dispositif d'exécution, sous la forme légale du « parcours d'exécution de la peine³²¹⁶ ». L'élargissement de la portée de ce système de régulation des conduites aux conditions d'exécution de la peine n'a néanmoins nullement emporté sa rationalisation juridique. Cette pratique de sanctions *extra*-disciplinaires relève de « l'art de distribuer les avantages personnels et les punitions afin d'inciter les hommes à devenir vertueux dans leur propre intérêt³²¹⁷ », rappelant la *théorie des peines et des récompenses* de BENTHAM³²¹⁸, avec pour différence déterminante que les prescriptions sanctionnées ne sont pas encadrées par la rationalité pénale et ne répondent pas de l'économie punitive dessinée par le droit de punir. Plus la notion de bonne conduite s'est élargie, en réaction à la politique pénitentiaire de responsabilisation, plus les formes de sa rétribution se sont diversifiées. En d'autres termes, « l'institution s'est dotée de moyens efficaces pour orienter les comportements et les choix rationnels des détenus³²¹⁹ ». Il n'est plus seulement question de la distribution de quelques menus avantages, mais bien de la différenciation du régime d'exécution de la peine, dont l'évolution intervient pour rétribuer l'adhésion à l'ordre pénitentiaire.

584 La rétribution de l'adhésion dans le champ pénitentiaire. Sans renouveler l'explicitation de l'apport des modes d'individualisation judiciaire et administratif à la modulation de la peine, entreprenons d'effectuer un panorama des usages possibles des modalités d'exécution pour récompenser l'adhésion du sujet à l'ordre pénitentiaire. Concernant le milieu fermé, les détenus qui se montrent responsables sont récompensés au niveau du « parcours de détention³²²⁰ », ce « qui leur permet de prendre encore davantage part à l'organisation et au déroulement de leur propre punition³²²¹ ». La rétribution de la bonne conduite *lato sensu* passe en effet par la modification du régime de détention et l'instauration d'une nouvelle étape dans le parcours d'exécution de la peine³²²². La bonne conduite pourra

³²¹⁵ CHANTRAINE Gilles, « Les prisons sont-elles civilisées ? », *op. cit.*, p. 233.

³²¹⁶ Al. I, art. 717-1 du CPP.

³²¹⁷ LAVAL Christian, *L'homme économique : essai sur les racines du néolibéralisme*, *op. cit.*, p. 116.

³²¹⁸ BENTHAM Jeremy, DUMONT Étienne, *Théorie des peines et des récompenses: ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, *op. cit.*

³²¹⁹ CHANTRAINE Gilles, VACHERET Marion, « Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens », *op. cit.*, p. 3-4.

³²²⁰ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*, p. 6.

³²²¹ CAUCHIE Jean-François, CHANTRAINE Gilles, « De l'usage du risque dans le gouvernement du crime. Nouveau prudentialisme et nouvelle pénologie », *op. cit.*, p. 9.

³²²² « Si certains régimes de détention favorisent le travail et la participation aux activités pour les individus les plus à même de se fondre dans le projet pénitentiaire, d'autres régimes beaucoup plus sécurisés entravent notamment les activités et les déplacements et génèrent des appauvrissements symboliques, psychologiques et

conduire à l'accès au travail en détention, à une formation ou encore à des programmes de prévention de la récidive. Mais, l'adoption du comportement valorisé et souhaité par l'institution pourra aussi emporter un changement d'affectation au sein de l'établissement (au niveau de la cellule, de l'unité de vie ou du quartier) comme à l'échelle de la carte pénitentiaire (transfert dans un centre de détention, un centre pour peine aménagée ou dans une structure différenciée *de facto*)³²²³. Au-delà, il convient de considérer l'influence de l'appréciation de la conduite en détention pour les permissions de sortir et les autorisations de sortie sous escorte, ainsi que les réductions de peine supplémentaires. Concernant le milieu ouvert, l'adhésion à la prise en charge sera considérée dans l'individualisation de la teneur du régime probatoire et du suivi pénitentiaire. Le respect par la personne condamnée du « devoir-être³²²⁴ » lui étant intimé pourra emporter l'ajustement de la réglementation de la vie à laquelle elle est soumise durant la probation et sera déterminant dans l'appréciation du prononcé de nouvelles mesures, telle une surveillance judiciaire³²²⁵. De même, l'intensité et le contenu du « plan d'accompagnement de la personne et d'exécution de la peine³²²⁶ » seront modulés en fonction de la subjectivation de l'individu à la figure de la personne responsable, permettant de diminuer le risque de passage à l'acte mesuré lors des évaluations régulières³²²⁷.

Quoi qu'il arrive, les personnes condamnées sont inscrites dans un parcours d'exécution de la peine, dont la formation progressive élabore l'acte de punir. Dans ce processus d'individualisation, la soumission de la personne à la réglementation de sa vie est un pré-requis, dont la portée sur l'évolution de la teneur de l'assujettissement est somme toute limitée, en particulier durant le parcours de détention³²²⁸. C'est en effet l'évaluation des

matériels pour les détenus soumis à l'ordre institutionnel. » : CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 364.

³²²³ À titre d'exemple, le règlement de l'établissement pénitentiaire Sud francilien dispose explicitement de l'insuffisance du respect de la bonne conduite *stricto sensu* pour accéder et se maintenir dans le régime de responsabilité. « Un seul bon comportement ne donne pas accès au régime de responsabilité. Le détenu doit, à minima, s'efforcer de remplir les objectifs individualisés qui lui sont fixés. » : Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud Francilien, *op. cit.*, p. 105. « L'affectation dans un régime de détention n'est jamais considérée comme acquise. La personne détenue doit donc, si elle souhaite rester en régime de responsabilité, faire preuve d'une mobilisation constante s'agissant des objectifs qui lui sont fixés. » : *ibid.*

³²²⁴ DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *op. cit.*, p. 320.

³²²⁵ Art. 723-29 et s. du CPP. Sur la surveillance judiciaire v. : *supra* n° 145.

³²²⁶ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 55.

³²²⁷ « En milieu ouvert, une progressivité est souhaitable et doit permettre aux personnes de faire l'objet d'un suivi de moins en moins intensif lorsque les résultats de l'évaluation régulière et continue l'autorisent (diminution des facteurs de risque et/ou diminution des besoins d'intervention et/ou augmentation des facteurs de protection). » : *ibid.*, p. 57.

³²²⁸ Étonnamment, le code de procédure pénale ne dispose d'aucune sanction disciplinaire consistant en un changement de cellule, d'unité de vie, de quartier ou d'établissement, en dehors de l'affectation temporaire au quartier disciplinaire. Sans doute est-ce en partie en raison de l'absence d'existence de ces modalités d'exécution

caractéristiques du sujet qui préside à l'adaptation du régime d'exécution de la peine privative de liberté³²²⁹. Et si l'objectivation du sujet est au départ déterminante dans la définition du régime d'exécution, c'est ensuite l'attitude du condamné vis-à-vis de l'injonction à se responsabiliser et à s'investir dans le parcours qui sera décisive pour la modulation de la peine³²³⁰. La capacité du sujet à s'investir dans la prise en charge et à « se conformer à l'ordre pénitentiaire qui renvoie à un certain type d'*habitus*³²³¹ » sera en effet primordiale pour les perspectives du régime d'exécution et l'orientation du parcours. À cet égard, l'élaboration de l'acte de punir relève d'une pratique ordalique de l'adaptation du régime d'exécution.

585 La pratique ordalique de l'adaptation du régime d'exécution. Nombre d'auteurs ont analysé cette pratique comme s'inscrivant dans le mouvement de contractualisation de la justice pénale³²³². Le parcours d'exécution de la peine et le « plan d'accompagnement de la personne et d'exécution de la peine³²³³ » seraient des contrats, liant l'administration et la personne condamnée, ayant pour objet les conditions d'obtention d'un régime d'exécution plus favorable. Cependant, l'analogie avec cet objet du droit civil ne nous semble pas la plus

dans l'ordonnancement juridique, mais surtout du fait de la volonté de l'administration de lier « l'orientation du détenu dans les différents régimes [...] à la dynamique de l'exécution de sa peine » : Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de prise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, *op. cit.* À ce titre, en principe, après un placement en cellule disciplinaire, « le détenu doit être réaffecté dans son quartier d'origine », y compris s'il s'agit d'un espace carcéral régi par un régime de détention très favorable, « si cela ne porte pas préjudice à la sécurité de l'établissement ou des personnes » : Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de prise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, *op. cit.* ; Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud Francilien, *op. cit.*, p. 105. À l'inverse, le « changement d'affectation pour un régime plus encadré peut être décidé indépendamment de toute procédure disciplinaire » : Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud Francilien, *op. cit.*, p. 105.

³²²⁹ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

³²³⁰ « Par référence à ce cadre de pensée néolibérale, tendent progressivement à se dessiner des parcours projetés et différenciés par l'institution carcérale : les détenus sont invités à les emprunter en fonction de leur capacité de collaboration avec le personnel pénitentiaire et des garanties sociales et économiques qu'ils ont à offrir. La volonté politique actuelle de multiplier et de différencier les régimes de détention, les types d'établissements et les quartiers pénitentiaires ainsi que les niveaux de sécurité et de surveillance (Note AP 020447, 20 septembre 2002) au sein d'une même prison, illustre à souhait cette dimension anticipative et constitutive des trajectoires et des filières, révélatrice d'une réelle volonté de maîtrise, et de construction d'un futur conforme à l'ordre institutionnel. » : CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 364.

³²³¹ *Ibid.*

³²³² AKRICH Madeleine, CALLON Michel, « L'intrusion des entreprises privées dans le monde carcéral français : le programme 13 000 », in *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, ARTIÈRES Philippe, LASCOUTES Pierre (dir.), *op. cit.*, p. 295-317 ; CARTUYVELS Yves, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », *op. cit.*, p. 90 ; CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.* ; QUIRION Bastien, « Réformer, réadapter ou responsabiliser le détenu. Analyse des enjeux normatifs rattachés à l'intervention correctionnelle au Canada », *op. cit.* ; DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *op. cit.*, p. 316 ; MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, *op. cit.*, p. 148.

³²³³ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 55.

pertinente pour appréhender l'assujettissement à la notion bonne conduite *lato sensu*, notamment suite au passage d'un projet à un parcours d'exécution de la peine³²³⁴. Effectivement, l'élaboration du volet projet du parcours d'exécution de la peine – participant à préciser et rendre visible les prescriptions matérielles³²³⁵ – est obligatoire pour toutes les personnes condamnées, dès l'évaluation initiale³²³⁶. L'injonction à la responsabilisation n'est donc pas subordonnée à un acte de volonté de la personne condamnée. L'investissement de celle-ci dans l'élaboration du projet est en revanche valorisé par l'administration, en ce qu'il s'agit d'un élément de responsabilisation du sujet dans l'élaboration de sa propre punition. De plus, en dépit du fait que la figure du contrat d'adhésion soit séduisante³²³⁷ – par sa considération de l'absence de marge de négociation de la personne condamnée –, elle pose toute de même problème au-delà de la question du consentement, car elle impliquerait une relative sécurité juridique due à la force obligatoire d'un tel accord, que l'on ne retrouve pas dans la différenciation de l'acte de punir. La rétribution de l'adhésion est en effet une faculté discrétionnaire des acteurs décisionnels³²³⁸, en ce qu'il n'existe pas de compétence liée en ce domaine, comme l'a rappelé le Conseil d'État³²³⁹. La récompense de la bonne conduite relève finalement plus d'une épreuve rituelle, au travers du procédé de vérification de l'évaluation³²⁴⁰, que de l'exécution contractuelle³²⁴¹.

Pour toutes ces raisons, il est préférable d'appréhender la confrontation du comportement de la personne condamnée à la bonne conduite *lato sensu* comme une ordalie.

³²³⁴ Sur les formes successives de la structuration du processus d'individualisation v. : *supra* n° 298 et s.

³²³⁵ Sur l'apport du parcours d'exécution de la peine à la définition de la bonne conduite *lato sensu* v. : *supra* n° 345. Sur l'apport du plan d'accompagnement de la personne et d'exécution de la peine à la définition de la bonne conduite *lato sensu* v. : *supra* n° 542-544.

³²³⁶ Au terme de l'affectation temporaire au quartier arrivant et évaluation, le « bilan [de personnalité] sera utilisé pour déterminer le régime de détention le mieux approprié à sa personnalité et fixer les premiers objectifs du parcours d'exécution du détenu » : Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de prise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, *op. cit.* Sur la définition de la dimension projet du parcours d'exécution de la peine v. : *supra* n° 300.

³²³⁷ CLIQUENNOIS Gaëtan, *Le management des prisons : vers une gestion des risques et une responsabilisation des détenus ?*, *op. cit.*, p. 357.

³²³⁸ « Des modalités de prise en charge individualisées peuvent, pour l'application du deuxième alinéa de l'article 717-1, être appliquées, au sein de chaque établissement pénitentiaire, aux personnes détenues, en tenant compte de leur parcours d'exécution de la peine et de leur capacité à respecter les règles de vie en collectivité. » : art. D. 92 du CPP.

³²³⁹ CE, 6^e-1^{ère} SSR, 11 juillet 2012, n° 347247, recueil Lebon. Sur l'indépendance des décisions sur le régime de détention et relatives à la programmation de l'exécution de la peine v. : *supra* n° 329. Sur la justiciabilité du non respect du « plan d'exécution de la sanction » en Suisse v. : ROTH Robert, « Le consensualisme dans l'exécution de la sanction : la dernière chance de réhabilitation », *op. cit.*

³²⁴⁰ Sur l'évaluation des personnes condamnées en tant que procédé de vérification v. : *supra* n° 513 et s.

³²⁴¹ L'exigence d'adhésion à la prise en charge n'est que la forme de la prescription d'une bonne conduite *lato sensu*, et non la conséquence d'un accord avec un sujet de droit. Les craintes de Robert ROTH qui soulignait le risque que, paradoxalement, la participation accrue du sujet à la sanction pourrait ramener ce dernier à son statut d'objet, alors que l'objectif de l'intervention institutionnelle est de transformer un sujet, semblent dès lors réalisés : ROTH Robert, « La participation du condamné à l'exécution de sa sanction, nouveau contrat social ou mercantilisation du droit ? », *op. cit.*, p. 378.

Il s'agit en effet d'une épreuve dont l'issue emporte un jugement sur la personne, c'est-à-dire des « effets de vérité³²⁴² » participant de l'objectivation du sujet et, corrélativement, de l'individualisation de sa peine³²⁴³. Le processus d'individualisation doit être considéré comme le résultat d'une pratique ordalique diffuse, mais structurée par l'évaluation de la personne et la rétribution de son adhésion à l'ordre pénitentiaire. En outre, si la réussite de l'épreuve est susceptible de motiver une évolution favorable des conditions d'exécution, l'échec peut emporter la modulation *in pejus* de la peine (2).

2. La modulation *in pejus* de la peine

586 La punition de la mauvaise conduite *lato sensu*. Au-delà de la revalorisation de l'autonomie dans le champ pénitentiaire, la prise en compte de l'adhésion du sujet a toujours pu emporter la perte du bénéfice de modalités d'exécution plus favorables. L'intensification de l'individualisation de la peine a cependant renouvelé la portée de l'injonction à se responsabiliser sur les conditions d'exécution de la peine. Grâce à l'absence de régime de droit commun en droit de l'exécution des peines³²⁴⁴, la mauvaise conduite *lato sensu* peut dorénavant conduire à la sanction de la personne au-delà du retrait de ce qui peut correspondre à des privilèges. Prise en compte au titre de la personnalité des personnes condamnées, mais aussi de « leur capacité à respecter les règles de vie en collectivité³²⁴⁵ » et de « leurs efforts en matière de réinsertion sociale³²⁴⁶ », le degré d'adhésion à la prise en charge est un critère comme un autre de l'adaptation des conditions d'exécution aux individus. L'institution est par conséquent en mesure de planifier des régimes d'exécution et des parcours pour les personnes rejetant le « projet de régulation des conduites³²⁴⁷ ». De cette façon, le dispositif d'exécution peut bien plus largement que par le passé prévoir la rétribution de la dissension dans le champ pénitentiaire.

587 La rétribution de la dissension dans le champ pénitentiaire. La dissension entre les intérêts poursuivis par la personne condamnée et par l'institution est aujourd'hui de moins en

³²⁴² FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, *op. cit.*, p. 404 ; PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *op. cit.*, p. 70 ; PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *op. cit.*, p. 10.

³²⁴³ Au fondement de la probation, la pratique ordalique ne caractérise pas seulement la modulation judiciaire. Sur la pratique ordalique de la modulation judiciaire v. : *supra* n° 200.

³²⁴⁴ Sur l'absence de régime de droit commun v. : *supra* n° 273.

³²⁴⁵ Art. D. 92 du CPP.

³²⁴⁶ Al. 2, art. 717-1 du CPP.

³²⁴⁷ CHANTRAINE Gilles, « Les prisons sont-elles civilisées ? », *op. cit.*, p. 232.

moins tolérée dans le champ pénitentiaire. Appréhendée comme le refus par la personne d'assumer les risques qu'elle constitue pour la sécurité intérieure et la sécurité publique, l'absence d'acceptation de son objectivation, par la reconnaissance d'un besoin de se transformer, est de plus en plus rétribuée par les usages des modalités d'exécution.

La rétribution de cette mauvaise conduite *lato sensu* se développe dans le milieu fermé, tant au moyen de la diversification des régimes que des parcours de détention. La polarisation de la prise en compte du degré d'adhésion du sujet correspond parfaitement à la polarisation de la politique pénitentiaire, entre la recherche de normalisation et de neutralisation des personnes condamnées³²⁴⁸. De nouveaux régimes caractérisés par l'accroissement des mesures de surveillance et de contrôle, la réduction de l'autonomie, ainsi que la dégradation des conditions d'exercice des droits reconnus par le régime pénitentiaire se multiplient. C'est le cas du régime différencié des quartiers maisons centrales des centres pénitentiaires d'Alençon-Condé-sur-Sarthe et de Vendin-le-Vieil³²⁴⁹, comme du régime spécial des unités pour détenus violents³²⁵⁰, tendant vers celui de l'isolement. Ces nouvelles conditions d'exécution de la peine sont une ressource pour la rétribution par l'administration des attitudes les plus réfractaires³²⁵¹. Il ne faudrait pour autant pas croire que la sanction du rejet du projet réformateur ne soit que l'apanage des statuts pénologiques les plus extrêmes. Au sein de chaque établissement est en effet organisé un « parcours de détention³²⁵² », composé de différents régimes, pour individualiser les conditions d'exécution en fonction du risque, mais également pour tenir compte au cours de la détention de l'attitude du sujet eu

³²⁴⁸ Sur ce point v. : *supra* n° 275-281.

³²⁴⁹ Sur les régimes de détention de ces centres pénitentiaires v. : *supra* n° 255.

³²⁵⁰ Art. 726-2 ; art. R. 57-7-84-1 et s. du CPP. Ces unités constituent des quartiers distincts au sein des établissements pénitentiaires, dans lesquels les personnes sont placées dans des cellules individuelles et dont le régime de détention est notamment régi par l'article 47 du règlement intérieur type dévolu aux maisons centrales : al. 1, art. R. 57-7-84-1 du CPP ; al. 2 et 3, art. R. 57-7-84-2 du CPP. En outre, les cellules et les locaux de ces secteurs sont spécifiquement aménagés pour garantir des conditions de sécurité renforcées : al. 3, art. R. 57-7-84-2 du CPP. Dans ce cadre, elles « font l'objet de mesures de sécurité individualisées », ainsi que « d'évaluations régulières par une équipe pluridisciplinaire, pendant toute la durée du placement, et bénéficient d'un programme de prise en charge adapté à leur personnalité et à leur comportement, susceptible d'évoluer au cours du placement » : art. R. 57-7-84-3 du CPP. À l'instar des quartiers de prise en charge de la radicalisation, le régime de détention est très proche de l'isolement, notamment en ce que la participation aux activités collectives n'est pas le principe. Ces dernières ne sont en effet possibles que « si leur personnalité et leur comportement le permettent » : al. 1, art. R. 57-7-84-4 du CPP. Sur la proximité entre les quartiers de l'article 726-2 du CPP et le régime de l'isolement v. : *supra* n° 258.

³²⁵¹ Concernant deux « processus infra-disciplinaire » relevés par le Comité européen de prévention contre la torture et les peines ou traitements inhumains et dégradants v. : *supra* n° 270 ; COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 4 au 18 décembre 2019*, *op. cit.*, p. 41.

³²⁵² Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*, p. 6.

égard aux prescriptions de la direction pénitentiaire des conduites³²⁵³.

La punition de la mauvaise conduite *lato sensu* se développe dans le milieu ouvert, par l'intermédiaire du durcissement du régime probatoire comme du suivi pénitentiaire. D'un côté, le juge est libre de modifier les termes de la réglementation de la vie, en dehors de toute violation des obligations et interdictions par le sujet de l'acte de punir³²⁵⁴. Le refus d'adhésion à la prise en charge responsabilisante peut alors conduire le juge à modifier la teneur du régime probatoire. L'absence de renonciation aux convictions ayant fondé l'infraction et d'expression de compassion envers les victimes peuvent notamment emporter le prononcé de l'interdiction de s'exprimer sur les faits à l'origine de la condamnation³²⁵⁵. De même, le refus de prendre ses distances avec un environnement jugé comme favorisant le comportement délinquant et le fait de côtoyer des personnes condamnées ou partageant l'idéologie ayant fondé le passage à l'acte peuvent motiver le prononcé de l'interdiction « de paraître en tout lieu, toute catégorie de lieux ou toute zone spécialement désignés³²⁵⁶ » ou de l'interdiction de fréquenter certains condamnés ou la victime³²⁵⁷. Ensuite, la faible réceptivité et le manque d'investissement du condamné dans les procédés de subjectivation peuvent entraîner une modification du « plan d'accompagnement de la personne et d'exécution de la peine³²⁵⁸ », voire entraîner la rédaction d'un rapport d'incident à destination du juge de l'application des peines, notamment en cas d'interruption de la participation à un programme de prévention de la récidive auquel la personne aurait consenti³²⁵⁹. *In fine*, la seule limite à la prise en compte du degré d'adhésion dans le champ pénitentiaire est la circonscription de l'usage des mesures d'individualisation judiciaires par le droit de l'application des peines, s'opposant à la

³²⁵³ La différenciation des régimes est tant « un outil de gestion de la détention » qu'« un vecteur d'individualisation de la peine et de prévention de la récidive puisqu'elle implique le détenu dans l'évolution de son parcours de détention et dans un processus de socialisation dont les axes principaux sont l'autonomie et la vie en collectivité » : Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de mise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, *op. cit.* L'organisation d'un tel parcours comportant à minima deux régimes de détention distincts, prescrite à tous les établissements pour peine depuis la généralisation des régimes différenciés, est d'ailleurs intégrée dans le programme fonctionnel des nouvelles prisons : *ibid.* ; APIJ, *Nouveau programme immobilier pénitentiaire. Guide de programmation 2012*, *op. cit.*, p. 23. Sur l'organisation des régimes différenciés v. : *supra* n° 257.

³²⁵⁴ Art. 712-4 et 712-8 du CPP.

³²⁵⁵ 16°, art. 132-45 du CP. Sur cette interdiction et pour un exemple de son prononcé motivé par la croyance en la rédaction d'un manuscrit par une personne condamnée v. : *supra* n° 401 ; CHAP de Paris, 31 août 2010, n° 10.06473 ; Crim., 30 mars 2011, n° 10-86.999, inédit, préc. ; CEDH, 12 novembre 2015, *Bidart c. France*, n° 52363/11, préc.

³²⁵⁶ 9°, art. 132-45 du CP. Sur cette interdiction et pour un exemple de son prononcé destiné à faire obstacle au maintien d'une activité militante en lien avec l'infraction v. : *supra* n° 393 ; CEDH, 12 novembre 2015, *Bidart c. France*, n° 52363/11, préc.

³²⁵⁷ 12°, art. 132-35 du CP ; 13°, art. 132-45 du CP. Sur ces interdictions v. : *supra* n° 393.

³²⁵⁸ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 55.

³²⁵⁹ LARMINAT DE Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, *op. cit.*, p. 177 ; LARMINAT DE Xavier, « Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation », *op. cit.*, p. 14.

révocation ou au retrait d'une mesure d'élargissement pour la seule absence de conformité aux prescriptions matérielles. Néanmoins, les notions floues de mauvaise conduite et d'inconduite notoire entretiennent le risque d'une frontière poreuse entre la sanction de la violation du régime d'exécution et de la direction des conduites³²⁶⁰.

588 La pratique rétributive de l'adaptation du régime d'exécution. Il ressort de l'observation de la sanction de la dissension, l'image d'une pratique rétributive de la différenciation de l'acte de punir. Au-delà de la prise en compte de l'objectivation, les personnes condamnées sont distribuées dans le champ pénitentiaire en fonction de leur investissement dans la prise en charge et l'entreprise de subjectivation qui la caractérise. C'est alors le degré de conformité aux prescriptions matérielles que viennent rétribuer les usages des modalités d'exécution. Dès lors, la prise en compte de la responsabilisation met encore plus à distance l'acte de punir de la condamnation, d'une part, et précarise un peu plus les critères de différenciation répondant d'une rationalité juridique, d'autre part. Il découle de cette pratique une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, un accroissement du pouvoir d'appréciation des autorités décisionnelles et de l'imprévisibilité du parcours d'exécution de la peine. Cependant, il faut considérer que cette large prise en compte de l'adhésion à la prise en charge n'est pas effective avec la même ampleur dans tout le champ pénitentiaire et pour toute la population pénale. Ainsi, si ce second mode de subjectivation se développe de plus en plus, il convient de relever la variation de la prise en compte de l'adhésion du sujet (B) dans la différenciation de l'acte de punir.

B. La variation de la prise en compte de l'adhésion du sujet

589 La portée fluctuante de l'adhésion à la prise en charge. Fonctionnant à partir d'un modèle pénologique hybride importé du Canada³²⁶¹, combinant une logique du risque et une pratique réhabilitative³²⁶², le dispositif d'exécution aménage une place substantielle à l'adhésion à la prise en charge dans le « processus d'individualisation³²⁶³ » de la peine, pour rechercher l'investissement du sujet dans un travail sur ses besoins criminogènes, devant

³²⁶⁰ Sur la définition de ces notions v. respectivement : *supra* n° 167 ; 166.

³²⁶¹ HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *op. cit.*, p. 42. Sur le modèle pénologique mis en œuvre par le dispositif d'exécution v. : *supra* n° 525.

³²⁶² CHANTRAINE Gilles, « Les prisons sont-elles civilisées ? », *op. cit.*, p. 231-232.

³²⁶³ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 279 ; RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *op. cit.*, p. 397. Sur le processus d'individualisation v. : *infra* n° 50.

permettre une réduction du risque de passage à l'acte. Néanmoins, la portée de ce critère varie dans le champ pénitentiaire, en fonction du niveau de risque de la catégorie de population pénale considérée et des obstacles structurels au bon exercice des missions du « service public pénitentiaire³²⁶⁴ ». Bien que l'« injonction à la responsabilisation³²⁶⁵ » soit prescrite par les principes directeurs de l'exécution des peines, l'obstacle de la disqualification du sujet (1) et celui des conditions matérielles d'exécution (2) réduisent largement la portée de la rétribution de l'adhésion à la prise en charge sur la différenciation de l'acte de punir.

1. L'obstacle de la disqualification du sujet

590 L'influence de la classification du sujet. Dans le champ pénitentiaire, la classification du sujet, en fonction du cas qu'il constitue pour la poursuite des fonctions du dispositif d'exécution, détermine son statut pénologique³²⁶⁶. Cette qualification de l'individu dans le champ du savoir pénitentiaire influe sur les différentes trajectoires et la temporalité du parcours d'exécution de la peine. Les catégories d'individus caractérisées par un écart important avec la figure de la « personne responsable³²⁶⁷ », et dont le passage à l'acte constituerait un trouble important à l'ordre public, voient ainsi la portée respective de l'objectivation et de la subjectivation du sujet modifiée. Plus précisément, les personnes relevant de catégories disqualifiées ne verront pas leur adhésion à la prise en charge rétribuée de la même façon que le reste de la population pénale. En d'autres termes, la prise en compte des risques identifiés chez la personne sera revalorisée, alors que l'importance accordée à son attitude vis-à-vis du projet réformateur de l'institution sera limitée.

591 L'accroissement de la portée de l'objectivation du sujet. La portée de l'« objectivation³²⁶⁸ » du sujet par un niveau de risque est très importante pour les catégories de personnes disqualifiées. Nous désignons par cette expression les personnes relevant d'un statut spécial en droit de l'application des peines (les personnes en état de récidive légale, les personnes dangereuses condamnées pour crimes ou délits et les personnes condamnées pour des infractions de terrorisme) et celles relevant d'un statut spécifique en détention (les détenus

³²⁶⁴ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire ; art. 2, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

³²⁶⁵ CARTUYVELS Yves, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », *op. cit.*, p. 100.

³²⁶⁶ Sur la classification des personnes condamnées v. : *supra* n° 504 et s. Sur le statut pénologique résultant de l'évaluation v. : *supra* n° 538 et s.

³²⁶⁷ Al. 1, II art. 707 du CPP.

³²⁶⁸ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187 ; 189 ; 193.

particulièrement signalés, particulièrement dangereux et radicalisés)³²⁶⁹. Pour ces ensembles d'individus, les modalités d'exécution recherchant la neutralisation en détention et le contrôle en milieu ouvert sont fortement favorisées, afin de gérer le risque pour la sécurité intérieure et la sécurité publique. La prévention de la commission de nouvelles infractions pour ces individus mobilise donc par des pratiques punitives différentes. Indépendamment de leur attitude vis-à-vis de leur objectivation, les personnes dites radicalisées seront par exemple prises en charge par le sous-dispositif dédié à cette problématique pénologique. Et, s'il n'est pas impossible de réintégrer un régime de détention ordinaire, à la suite d'un passage dans un quartier de prise en charge de la radicalisation relevant de l'article 726-2 du code de procédure pénale, cette nouvelle inscription dans l'espace général de la détention n'intervient que grevée d'une « surveillance absolue³²⁷⁰ ». De même, les auteurs d'infractions sexuelles et violentes seront systématiquement assujettis en milieu ouvert à de nombreuses mesures de surveillance et de contrôle, quand bien même ces derniers auraient parfaitement adhéré à l'ensemble des modalités de prise en charge dont ils ont été l'objet. Le législateur en ce sens a élaboré des statuts spéciaux, limitant le pouvoir d'appréciation du juge et entravant la logique modale de la peine privative de liberté³²⁷¹.

Au regard de ces pratiques et dispositions, il est impératif de souligner, non seulement que les procédés de subjectivation que nous nous efforçons de mettre en exergue n'ont pas une portée absolue, mais qu'il varie en fonction de la classification du sujet. En aucun cas, le développement de la politique de responsabilisation n'apparaît conduire à une disparition de la prise en compte du risque. L'instauration d'un système de rétribution de l'adhésion à la prise en charge n'implique pas sa pure et simple substitution aux autres mécanismes de détermination des conditions d'exécution de la peine. De même, la consécration de la responsabilisation comme un critère de différenciation de l'acte de punir n'emporte pas son caractère hégémonique. D'ailleurs, souligner l'existence et la multiplication des procédés de subjectivation ne doit pas être compris comme la croyance en un quelconque effet performatif de ces nouvelles pratiques punitives, tout comme les pratiques des acteurs de l'exécution des peines ne peuvent être considérées comme le parfait reflet des discours de politique pénitentiaire. Toutefois, l'absence d'effets performatifs de la prise en charge subjectivante et une certaine inertie des pratiques pénitentiaires ne signifient pas non plus l'inexistence de conséquences à la redéfinition de la rationalité punitive et à la politique de responsabilisation

³²⁶⁹ Sur les statuts spéciaux en droit de l'application des peines v. : *supra* n° 107 et s. Sur les statuts spécifiques en droit pénitentiaire v. : *supra* n° 261-262 ; 337-338.

³²⁷⁰ TOUTAIN François, « Intervention de la DAP dans la lutte contre la radicalisation », *op. cit.*

³²⁷¹ Sur les statuts spéciaux du régime d'octroi des mesures d'individualisation judiciaires v. : *supra* n° 107 et s.

des personnes condamnées qui en découle. En particulier, la prééminence de l'objectivation du sujet pour les catégories de personnes disqualifiées n'emporte pas la disparition de la prise en compte de l'adhésion à la prise en charge, mais seulement l'amoindrissement de la portée de la subjectivation du sujet sur l'évolution de ses conditions d'exécution.

592 L'amoindrissement de la portée de la subjectivation du sujet. Ce n'est effectivement pas une disparition de la prise en compte de l'adhésion à la prise en charge que nous constatons, mais bien une réduction drastique de sa portée sur l'exécution de la peine. D'ailleurs, une disparition pure et simple de sa prise en compte signifierait pour ces personnes un processus d'individualisation de la peine exclusivement indexé sur le risque et relevant dès lors d'une rationalité punitive actuarielle, correspondant à l'hypothèse de la « nouvelle pénologie³²⁷² ». Or, les orientations les plus sécuritaires de la politique pénitentiaire sont aussi légitimées par les pratiques correctionnelles. D'une part, c'est du fait que les personnes peuvent évoluer qu'il convient de les distribuer dans le champ pénitentiaire, afin d'adapter la prise en charge à chaque cas, pour optimiser la poursuite des finalités de l'acte de punir. Ainsi, les régimes d'exécution les plus sévères sont aussi légitimés par la nécessité de séparer les individus les plus dangereux et réfractaires de ceux pouvant être les plus réceptifs à la prise en charge³²⁷³. Et d'autre part, les modalités d'exécution les plus dures ne sont finalement admises que si elles peuvent être justifiées par l'évaluation et dans la mesure où la personne peut avoir une influence sur son niveau de risque, par son investissement dans la prise en charge individualisée mise en œuvre³²⁷⁴. Dans le cas contraire, les régimes d'exécution les plus extrêmes apparaîtraient ni plus ni moins comme des formes de réclusion, abandonnant toute recherche de réinsertion et transgressant dès lors manifestement les principes directeurs

³²⁷² FEELEY Malcom, SIMON Jonathan, « The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications », *op. cit.*

³²⁷³ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 365. Nous retrouvons cette réflexion de manière particulièrement explicite dans l'organisation du parcours de détention dédié aux personnes radicalisées : URVOAS Jean-Jacques, *Rapport sur la mise en œuvre de la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, *op. cit.*, p. 22 ; HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire », *op. cit.*

³²⁷⁴ Les régimes spéciaux fondés sur l'article 726-2 du code de procédure pénale illustrent particulièrement bien la corrélation entre la sévérité des conditions de détention, la régularité de la réévaluation des personnes condamnées et la mise en œuvre d'une prise en charge individualisée. Ces deux régimes prévoient l'un comme l'autre que les personnes affectées « font l'objet d'évaluations régulières par une équipe pluridisciplinaire, pendant toute la durée du placement » et « bénéficient d'un programme de prise en charge adapté à leur personnalité et à leur comportement, susceptible d'évoluer au cours du placement » : al. 2, art. R. 57-7-84-3 du CPP ; art. R. 57-7-84-15 du CPP.

de l'exécution des peines³²⁷⁵. La légitimation de l'exercice du pouvoir de punir de l'État serait alors mise en difficulté, sans compter les problèmes de gestion de la détention découlant du défaut de chance d'évolution de sa condition dans le champ pénitentiaire.

C'est d'ailleurs du fait que la distance, entre les personnes les plus disqualifiées et la figure de la personne responsable, est plus importante, que de plus grands efforts sont mis en œuvre pour instaurer des procédés de subjectivation de nature à intervenir dans le gouvernement des conduites de ces individus. On constate en particulier, sur la problématique pénologique de la radicalisation, une politique résolue de la Direction de l'administration pénitentiaire au sujet de ce qu'elle nomme la « distanciation par rapport aux idées radicales³²⁷⁶ » et la « réaffiliation³²⁷⁷ ». Toutefois, la portée réelle de ces différents procédés (le plus souvent obligatoires) sera des plus réduites au regard du risque pour la sécurité intérieure, la sécurité publique, mais également la légitimité du dispositif d'exécution, largement indexé sur les faits divers pénitentiaires. Il faut alors comprendre que la prise en compte de l'adhésion du sujet peut également intensifier l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, sans pour autant que la soumission à l'injonction de se subjectiver en tant que personne responsable est une portée importante sur l'élaboration de l'acte de punir, particulièrement pour les personnes radicalisées, très souvent accusées de s'investir artificiellement dans les modalités de prise en charge et de dissimuler leur véritable subjectivité. Si l'adhésion à la prise en charge est toujours un critère de la différenciation de l'acte de punir, sa portée peut ainsi être drastiquement réduite par la classification du sujet, comme par l'obstacle des conditions matérielles d'exécution (2).

2. L'obstacle des conditions matérielles d'exécution

593 L'influence des flux judiciaires dans le champ pénitentiaire. Les flux de personnes condamnées devant être assumés par le dispositif d'exécution peuvent rendre difficile la mise en œuvre de la politique de responsabilisation, fondée sur la revalorisation de l'autonomie du sujet de l'acte de punir et le développement de modalités de prise en charge subjectivantes. Dès lors, si l'injonction à se subjectiver en référence à la figure de la personne responsable

³²⁷⁵ « Le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions. » : al. 1, II, art. 707 du CPP.

³²⁷⁶ Monsieur Naouef GAIED, in Entretien avec Monsieur Naouef GAIED, Adjoint à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Directeur de la protection judiciaire de la jeunesse, et Monsieur Romain SÈZE, Chargé de recherche à la mission de lutte contre la radicalisation violente, Sociologue, réalisé à la DAP le 9 juillet 2020.

³²⁷⁷ MISSION DE LUTTE CONTRE LA RADICALISATION VIOLENTE, *Stratégie d'évaluation et de prise en charge de la radicalisation violente. Séminaire juillet 2020, op. cit.*, p. 9.

innervent toujours le champ pénitentiaire, les conditions d'exécution de la peine s'érigent parfois en obstacles à l'expression par la personne condamnée de son « sens des responsabilités³²⁷⁸ » et privent les acteurs de l'exécution des moyens de susciter et de rétribuer celle-ci³²⁷⁹. La politique de responsabilisation s'efface ainsi parfois devant l'impératif d'une politique de « gestion des flux³²⁸⁰ » devant assurer, non plus l'efficacité et la légitimité de l'institution, mais le fonctionnement du « service public pénitentiaire³²⁸¹ ». Dans ces conditions, la portée de l'adhésion du sujet à la prise en charge se trouve grandement amoindrie par les impératifs gestionnaires, tant en milieu fermé qu'en milieu ouvert.

594 Les impératifs gestionnaires du milieu fermé. La première difficulté à laquelle sont confrontées les pratiques correctionnelles contemporaines est la surpopulation carcérale, à l'origine de conditions matérielles d'exécution constituant un obstacle de taille pour la direction pénitentiaire des conduites. Dans les maisons d'arrêt et les quartiers maison d'arrêt, l'organisation de la détention a pour objectif primaire de permettre leur fonctionnement avec un taux d'occupation très élevé³²⁸². Cette politique de gestion des flux en milieu fermé est destinée à faire en sorte que le sous-dispositif d'exécution carcéral puisse répondre aux différents mandats judiciaires et garantir ainsi la continuité du service public.

Dans ce contexte, les quartiers accueillant des personnes condamnées en maison d'arrêt ne disposent pas des moyens nécessaires à la mise en œuvre d'une politique de réhabilitation analogue aux établissements pour peine³²⁸³. Le nombre de détenus et le niveau de sécurité important de ces structures, pouvant accueillir des profils de personnes très diversifiés, rendent complexes le développement de programmes de prévention de la récidive

³²⁷⁸ Règle 67, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation ; Règle 27, Recommandation CM/Rec (2017) 3 relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté, p. 14.

³²⁷⁹ « Prisoners who succeed in rendering themselves « responsible », and behaving accordingly, are rewarded by a Sentence Planning Scheme which allows them to take part in the government of their own confinement. [...] By these means, « responsible » choice is practiced and rewarded, insofar as this is possible within the constraints of a resource-starved prison system. » : GARLAND David, « “Governmentality” and the problem of crim : Foucault, criminology, sociology », *op. cit.*, p. 192.

³²⁸⁰ LARMINAT DE Xavier, « L'exécution des peines en milieu ouvert. Entre diagnostic criminologique et gestion des flux », *op. cit.* ; LARMINAT DE Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, *op. cit.*, p. 1.

³²⁸¹ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire ; art. 2, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

³²⁸² Au 1^{er} janvier 2020, la densité carcérale moyenne en maisons d'arrêt et quartiers maison d'arrêt s'élève à 136% : « Tableau 9: Evolution de la densité carcérale pour 100 places selon le type d'établissement ou le quartier d'établissement au premier janvier de chaque année », in *Séries statistiques des personnes placées sous mains de justice. 1980-2020*, *op. cit.* À la même date, 18 826 personnes détenues étaient écrouées dans des maisons d'arrêt ou des quartiers maison d'arrêt ayant une densité de population supérieure à 150 : « Tableau 11 : Effectif et part de personnes détenues dans une maison d'arrêt ou un quartier de maison d'arrêt en fonction de la densité carcérale de l'établissement au premier janvier de chaque année », in *ibid.*

³²⁸³ Al. 2, art. 717 du CPP.

ou la mise en place de suivi. À elles seules, les circulations des personnes condamnées et des intervenants nécessaires à la mise en œuvre d'une politique de « réinsertion active³²⁸⁴ », identique à celle dont l'institution à l'ambition pour les établissements pour peine, seraient un problème quasi-inextricable dans les prisons des grandes agglomérations, atteignant parfois un taux d'occupation de deux cent pour cent³²⁸⁵. Lorsqu'elles sont mises en œuvre, ces modalités sont le plus souvent à destination d'un petit nombre de détenus, dans des unités spécifiques préservées des conditions matérielles du reste de la détention³²⁸⁶. Sur ce modèle ont été développés des quartiers pour peines aménagées, retirant les personnes condamnées des maisons d'arrêt et permettant dès lors d'organiser une détention de nature à revaloriser l'autonomie de ces personnes, à développer des pratiques correctionnelles et des modalités de suivi en vue d'une incitation à la subjectivation en référence à la figure de la personne responsable³²⁸⁷. Outre la neutralisation des difficultés inhérentes au surpeuplement carcéral, ces espaces carcéraux spécifiques sont structurés par une plus faible densité de dispositifs de sécurité, facilitant l'organisation d'une détention propice à l'autonomie de la population accueillie. La multiplication des mesures de sécurité produit en effet des conditions d'exécution rendant plus difficile une politique de responsabilisation, problème que l'on retrouve tant en maison d'arrêt qu'en maison centrale³²⁸⁸.

En outre, la durée des peines exécutées en maisons d'arrêt rend également complexe la mise en œuvre d'un parcours d'exécution de la peine, limitant *de facto* l'assujettissement à des prescriptions matérielles et la mise en œuvre d'un accompagnement de la part des services pénitentiaires. Les conditions de détention sont tout de même individualisées, notamment grâce à la généralisation du parcours arrivant³²⁸⁹. Toutefois, la détention répond beaucoup

³²⁸⁴ Nous désignons l'expression « réinsertion active » les discours et pratiques sous-tendant une prise en charge institutionnelle recherchant à « favoriser la construction d'un projet de vie, l'autonomisation et la responsabilisation de la personne » : APIJ, *Nouveau programme immobilier pénitentiaire. Guide de programmation 2012*, *op. cit.*, p. 23.

³²⁸⁵ Au 1^{er} janvier 2020, trois établissements pénitentiaires connaissaient d'une densité de population supérieure à 200 % : « Tableau 10 : Nombre de maisons d'arrêt ou de quartiers de maison d'arrêt en fonction de leur densité carcérale au premier janvier de chaque année », in *Séries statistiques des personnes placées sous mains de justice. 1980-2020*, *op. cit.*

³²⁸⁶ C'est notamment le cas des unités pour détenus sortants, destinées à « la prise en charge sociale et sanitaire des personnes libérables rencontrant une dépendance aux produits psychoactifs licites ou illicites » : BRILLET Emmanuel, « La prise en charge des conduites addictives en milieu carcéral : politiques et éthique », *op. cit.*, p. 119. « Les [unités pour détenus sortants] ont pour objectif général de responsabiliser les détenu(e)s toxicomanes et/ou alcooliques en fin d'exécution de peine, et de favoriser l'acquisition d'une certaine autonomie face à l'ensemble des difficultés qu'ils ou elles devront affronter à leur sortie de prison. » : *ibid.*

³²⁸⁷ Art. D. 70 du CPP. Sur ces structures spécialisées v. : *supra* n° 254.

³²⁸⁸ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 365.

³²⁸⁹ Circ. du 14 janvier 2009 relative à la poursuite de l'implantation progressive des RPE dans les établissements pénitentiaires selon 5 priorités définies pour leur capacité à faire évoluer le système pénitentiaire,

plus d'une rationalité actuarielle que réhabilitative ; l'équilibre du modèle pénologique évolue ainsi pour ne laisser qu'une faible place aux modalités de la politique de responsabilisation. En *sus*, est aussi présente la difficulté à rétribuer la bonne et mauvaise conduite *lato sensu*, en raison de la moins grande diversité des régimes de détention en maison d'arrêt. Ces espaces carcéraux recentrent effectivement la prise en charge autour des fonctions primaires de l'institution, insusceptible de sous-tendre à une politique de responsabilisation développée, mais indispensable à la continuité du service public pénitentiaire, au côté du développement des mesures de probation. Au demeurant, cette politique de développement du milieu ouvert déplace en partie le problème de l'hypertrophie des flux de population pénale.

595 Les impératifs gestionnaires du milieu ouvert. Depuis la forte diversification de leur mission durant les années 2000³²⁹⁰, les services pénitentiaires d'insertion et de probation voient leur activité marquée par une « saturation endémique³²⁹¹ », alimentée par le développement de la probation, notamment en vue « de gérer les flux carcéraux, lié à la surpopulation pénitentiaire croissante³²⁹² ». Elle a alors déterminé le développement d'une politique de « gestion des flux³²⁹³ » et de « réformes gestionnaires³²⁹⁴ », à l'origine notamment de « l'individualisation des suivis³²⁹⁵ » des personnes placées sous main de justice. Derrière la rationalisation pénologique et le « rôle de légitimation³²⁹⁶ » de l'individualisation³²⁹⁷, venant justifier la différenciation des suivis, c'est bien une

op. cit. ; Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de prise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, *op. cit.*

³²⁹⁰ MILBURN Philip, JAMET Ludovic, « Les services de probation et d'insertion français dans la tourmente », *op. cit.*, p. 4.

³²⁹¹ LARMINAT DE Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, *op. cit.*, p. 37. Cette « situation tendue et précaire » se caractérisait en 2009 par un *ratio* de dossiers par conseiller d'insertion et de probation de 84, avec une variation des portefeuilles pouvant aller de 60 à 180 personnes à charge par agent : COUR DES COMPTES, *Le service public pénitentiaire : « Prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, Paris, 2010, p. 99.

³²⁹² MILBURN Philip, JAMET Ludovic, « Les services de probation et d'insertion français dans la tourmente », *op. cit.*, p. 4.

³²⁹³ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*, p. 4.

³²⁹⁴ LARMINAT DE Xavier, « Entre sentiment et comportement. L'adaptation des agents de probation aux réformes gestionnaires », *op. cit.*

³²⁹⁵ Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*, p. 3.

³²⁹⁶ LARMINAT DE Xavier, « L'exécution des peines en milieu ouvert. Entre diagnostic criminologique et gestion des flux », *op. cit.*, p. 4.

³²⁹⁷ « Dans une perspective dynamique de prise en charge des PPSMJ et d'individualisation des peines, les SPIP doivent différencier les suivis afin de donner du sens et du contenu à l'exécution des décisions de justice. » : Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *op. cit.*, p. 3.

« rationalisation bureaucratique³²⁹⁸ » que l'on trouve au fondement de la « segmentation³²⁹⁹ » des suivis. Marquant encore fortement l'exécution des peines en milieu ouvert, ce contexte s'est tout de même amélioré, grâce à de nombreuses créations de poste permettant de faire redescendre la moyenne du nombre de dossiers par agent à 67 au 1^{er} janvier 2019³³⁰⁰.

Du reste, la « nouvelle rationalité bureaucratique qui vise une gestion efficiente des flux de condamnés de manière à assurer la prise en charge d'un maximum de mesures avec un minimum de moyens³³⁰¹ » se perpétue. Les personnes les plus réceptives aux injonctions pénales sont ainsi destinées à des modalités de suivi allégées, laissant peu de place au second mode de subjectivation, considéré en quelque sorte superfétatoire par l'attitude positive de la personne condamnée vis-à-vis de la réglementation de sa vie³³⁰². Le référentiel des pratiques opérationnelles indique explicitement qu'il convient de « consacrer la majorité [du] temps à celles et ceux dont les besoins d'intervention et les risques de récidive sont les plus élevés³³⁰³ ». Plus le risque évalué est important, plus le suivi sera dense et permettra, par l'intermédiaire d'un « accompagnement intensif à la fois soutenant, guidant et structurant³³⁰⁴ », de supporter l'organisation de procédés de subjectivation. Dans le cas contraire, le suivi tendra à se limiter à des vérifications administratives. À la suite d'une longue enquête de terrain dans deux services pénitentiaires d'insertion et de probation, un politiste avançait que les principaux critères de la différenciation étaient statiques (durée de la peine, nature de la peine et antécédents)³³⁰⁵.

Aujourd'hui, l'administration pénitentiaire exclut expressément la gravité de l'infraction, le type ou la gravité de la peine prononcée, la réceptivité de la personne suivie et même le respect des obligations du régime probatoire des critères de différenciation des suivis³³⁰⁶. L'institution recentre les critères de différenciation des suivis sur le modèle

³²⁹⁸ LARMINAT DE Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, op. cit., p. 91.

³²⁹⁹ Circ. du 8 novembre 2011 relative au diagnostic à visée criminologique (DAVC), op. cit.

³³⁰⁰ MARC Alain, *Avis fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi de finances, adopté par l'Assemblée nationale, pour 2020. Tome VII Administration pénitentiaire*, N° 146, Paris, Sénat, 2019, p. 13.

³³⁰¹ LARMINAT DE Xavier, « L'exécution des peines en milieu ouvert. Entre diagnostic criminologique et gestion des flux », op. cit., p. 1. En dépit de l'amélioration du *ratio* du nombre de dossiers par agent, c'est toujours une « logique de fluidification du trafic pénal » qui s'impose, « afin de réduire les délais d'affectation et de permettre au SPIP de prendre en charge l'intégralité des dossiers dont il est saisi » : LARMINAT DE Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, op. cit., p. 11 ; LARMINAT DE Xavier, « L'exécution des peines en milieu ouvert. Entre diagnostic criminologique et gestion des flux », op. cit., p. 3.

³³⁰² *Ibid.*, p. 4.

³³⁰³ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 55.

³³⁰⁴ *Ibid.*, p. 57.

³³⁰⁵ LARMINAT DE Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, op. cit., p. 81.

³³⁰⁶ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 56.

pénologique, en consacrant comme facteur de l'intensité de ces derniers le niveau d'intervention nécessaire en fonction des facteurs de risques statiques, des facteurs de risques dynamiques et des facteurs de protection³³⁰⁷. C'est donc à nouveau le critère de l'objectivation du sujet qui s'impose, laissant peu de place à la prise en compte de son adhésion à la prise en charge, qui doit être recherchée, sans pour autant avoir une portée significative dans l'évolution des conditions du suivi au terme de la lettre du référentiel. La responsabilisation est finalement avant tout prise en compte par les juridictions de l'application des peines dans le cadre de leur office et par les conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation, au travers de ses conséquences sur les facteurs de risque. Au demeurant, la prise en compte de l'adhésion du sujet n'est possible qu'à partir du moment où le suivi est suffisamment intense pour impliquer une direction des conduites inhérente à une prise en charge subjectivante, ce qui est résolument impossible dans l'hypothèse d'un suivi restreint à une « vérification formelle des obligations³³⁰⁸ ». C'est donc le modèle hybride construit autour des risques et des besoins du sujet qui s'impose dans les textes encadrant l'activité des services pénitentiaires. La gestion des flux ne voit toutefois pas son influence limitée à la perpétuation d'une différenciation standardisée des suivis, car il est précisé que ces prescriptions sont émises sous réserve des « capacités suffisantes du service sur le plan des ressources humaines³³⁰⁹ ». Ainsi, si la responsabilisation de la personne condamnée est toujours recherchée, sa rétribution elle paraît des plus précaires et imprévisibles face à la certitude du poids des impératifs gestionnaires pesant sur le service public pénitentiaire.

*

596 La place de l'adhésion à la prise en charge dans l'élaboration de l'acte de punir.

La politique de responsabilisation est toujours présente dans le champ pénitentiaire, ne serait-ce qu'en tant que dispositif de légitimation de l'exercice du pouvoir de punir, impliquant parfois une intensification de l'assujettissement en l'absence d'une portée substantielle sur l'évolution des conditions d'exécution de la peine. La différenciation de l'acte de punir est gouvernée par un modèle hybride s'appuyant sur l'objectivation et la subjectivation des personnes condamnées pour rechercher l'efficacité de l'acte de punir. L'équilibre entre ces deux types de critères peut toutefois varier, en fonction notamment de la disqualification de certaines catégories de personnes condamnées ou des conditions matérielles d'exécution,

³³⁰⁷ *Ibid.*, p. 55.

³³⁰⁸ *Ibid.*, p. 60.

³³⁰⁹ *Ibid.*, p. 57.

impliquant une politique de gestion des flux indispensable au bon fonctionnement du service public pénitentiaire. Pour autant, la fluctuation de la portée de la prise en compte de l'adhésion n'implique pas la circonscription juridique de la différenciation de l'acte de punir indexée sur la subjectivation de la population pénale, laissant ainsi proliférer une injonction incontrôlée d'agir en personne responsable (§2).

§2. L'INJONCTION INCONTRÔLÉE D'AGIR EN PERSONNE RESPONSABLE

597 Une direction pénitentiaire des conduites insusceptible de contrôle. Plutôt qu'une invitation à la réformation morale, prenant la forme d'une « thérapeutique de la liberté³³¹⁰ », pour des sujets libres et autonomes dans la direction de leur conscience, le dispositif d'exécution intime au sujet de l'acte de punir une « injonction à la responsabilisation³³¹¹ ». Au travers des prescriptions induites par les usages des modalités d'exécution, permettant d'appréhender la substance de la notion de bonne et de mauvaise conduite *lato sensu*, le dispositif d'exécution entend diriger la conduite des personnes condamnées, au-delà des limites du régime d'exécution. Destinées à guider la conduite de la population pénale, ces prescriptions ne relèvent d'aucune disposition du droit de l'exécution des peines. Dès lors, si elles ont le mérite d'informer la substance de l'injonction à agir en tant que « personne responsable³³¹² », elles demeurent des prescriptions informelles (A) et insaisissables (B).

A. Des prescriptions informelles

598 Le problème d'une direction pénitentiaire des conduites. Nouveau mode de subjectivation destiné à perfectionner la « normalisation des conduites³³¹³ », la direction pénitentiaire des personnes condamnées pose problème, en ce qu'elle assujettit la population pénale à des prescriptions édictées en dehors de tout formalisme juridique. L'exigence d'adhésion à l'ordre pénitentiaire met ainsi à mal la sécurité juridique comme la légitimité de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. En dépit de l'existence d'un fondement juridique à la responsabilisation, nous ne pouvons en effet que relever un fondement pénologique aux prescriptions pénitentiaires matérielles.

³³¹⁰ ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 255.

³³¹¹ CARTUYVELS Yves, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », op. cit., p. 100.

³³¹² Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³³¹³ MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, op. cit., p. 97.

599 Un fondement juridique à la responsabilisation. À l'article 707 du code de procédure pénale, le législateur prescrit que le régime d'exécution « vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de de lui permettre d'agir en personne responsable³³¹⁴ ». L'« injonction à la responsabilisation³³¹⁵ » siège ainsi dans l'article liminaire du livre V, sous les traits de la notion de réinsertion, qui ne s'entend plus simplement de la recherche d'une insertion économique et sociale, mais avant tout d'une réformation du gouvernement de soi, notamment par l'inculcation du calcul rationnel à l'origine des choix d'une personne « respectueuse des règles et des intérêts de la société³³¹⁶ ». Cette « transformation relative de son économie générale³³¹⁷ » correspond à son inféodation aux finalités de l'acte de punir³³¹⁸. D'une fin en soi, la réinsertion ne constitue plus dans la rationalité punitive contemporaine que le moyen de la réformation des personnes condamnées et de la prévention de « la commission de nouvelles infractions³³¹⁹ ». Poursuivant les finalités de l'acte de punir, la responsabilisation de la population pénale est, pour le législateur, synonyme d'efficacité de la peine. Or, la recherche d'efficacité de l'acte de punir, correspondant à la poursuite de l'état de sécurité, équivalant à l'absence de risque, ne peut être autre chose qu'une abîme. Ce caractère finaliste tend alors à faire de la sommation à agir en tant que personne responsable une injonction illimitée.

Dans le droit de l'exécution des peines, la définition de la personne responsable est introuvable, bien que nombre de dispositions puissent informer les contours de cet individu prototypique. Les différentes dimensions de l'ordre pénitentiaire, identifiées à partir des interdictions et des obligations des régimes d'exécution, contribuent sans aucun doute à informer la substance de cette figure de référence pour la réformation des personnes condamnées³³²⁰. Au demeurant, les normes composant cette police de l'existence ne participent pas de la direction pénitentiaire des conduites, permettant de structurer et

³³¹⁴ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³³¹⁵ CARTUYVELS Yves, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », *op. cit.*, p. 100.

³³¹⁶ Al. 1, II, art. 707 du CPP. « La réinsertion se traduit également par un appel à la responsabilisation qui n'est pas dénuée de connotations morales (ex. : favoriser l'empathie vis-à-vis de la victime). La réinsertion devient un projet personnel plutôt que social. » : SLINGENEYER Thibaut, « La surveillance électronique selon le Conseil de l'Europe : entre un contrôle de la réinsertion et une réinsertion par le contrôle », in *Le bracelet électronique : action publique, pénalité et connectivité*, LÉVY René, DUMOULIN Laurence, KENSEY Annie, LICOPPE Christian (dir.), Genève, Médecine & Hygiène, « Déviance et Société », 2019, p. 85.

³³¹⁷ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 365.

³³¹⁸ Sur la modification de la conception de la réinsertion et de sa place dans les principes directeurs de l'exécution des peines v. : *supra* n° 10 ; 76.

³³¹⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³³²⁰ Sur les intérêts et les dimensions de l'ordre pénitentiaire v. : *supra* n° 370 et s.

d'évaluer l'emploi par la personne de l'autonomie qui lui est concédée dans le champ pénitentiaire, pour déterminer l'évolution de ses conditions d'exécution. L'article 707 du code de procédure pénale indexe en effet l'adaptation du régime d'exécution sur « l'évolution de la personnalité et de la situation » du sujet. De manière générale, le droit de l'exécution des peines fonde la différenciation de l'acte de punir sur la rationalité pénitentiaire. Par un rattachement de savoirs hétérogènes au droit à l'ordonnancement juridique, au travers de l'interface des notions a-juridiques dans les dispositions du régime pénitentiaire³³²¹, le dispositif d'exécution permet de différencier l'acte de punir à partir d'autre chose que le respect ou la violation du régime d'exécution de la peine. Impossible dès lors de connaître de l'attitude caractérisant la personne responsable au regard des seules dispositions juridiques, d'où il convient de déduire le fondement pénologique des prescriptions participant de la direction pénitentiaire des conduites des personnes condamnées.

600 Un fondement pénologique aux prescriptions. La source de ces prescriptions matérielles est le savoir pénologique, que l'on retrouve au fondement de la rationalité pénitentiaire. En particulier, c'est en grande partie le modèle de prise en charge adopté par l'administration, qui structure la direction pénitentiaire des conduites, et ce alors qu'il est susceptible d'évoluer en dehors de tout formalisme juridique et qu'il demeure à ce jour confidentiel³³²². Au demeurant, le *Référentiel des pratiques opérationnelles* ne comporte nullement une description générale de ce que constitue un comportement responsable, ni une codification exhaustive des attitudes à susciter chez les personnes condamnées³³²³. Il s'agit avant tout d'un manuel à destination des personnels pénitentiaires, cherchant à structurer et harmoniser les pratiques correctionnelles responsabilisantes, en développant les liens entre les facteurs de risque, les modalités de prise en charge et la conduite attendue du sujet.

La plus sûre manière de connaître substantiellement l'attitude intimée aux personnes condamnées est encore de parcourir les motifs des décisions d'individualisation et les objectifs individualisés du « parcours d'exécution de la peine³³²⁴ » et du « plan d'accompagnement de la personne et d'exécution de la peine³³²⁵ ». Ce sont ces prescriptions,

³³²¹ V. par exemple : al. 2, II, art. 707 ; 717 ; 717-1 du CPP ; art. 22 ; 27 ; 57, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

³³²² Sur ce modèle de prise en charge hybride v. : *supra* n° 525.

³³²³ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*

³³²⁴ Al. 1, art. 717-1 du CPP. Sur le parcours d'exécution de la peine v. : *supra* n° 285 et s. En particulier v. : *supra* n° 300.

³³²⁵ DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, *op. cit.*, p. 55. Sur le plan d'accompagnement et d'exécution de la peine v. : *supra* n° 453 ; 525.

induites par les usages des modalités d'exécution, qui entreprennent la direction pénitentiaire des conduites. Pour autant, il n'existe aucune obligation pour les acteurs institutionnels de l'exécution des peines de sanctionner l'adoption d'un comportement valorisé ou disqualifié, car ce ne sont pas directement ces attitudes qui emportent la sanction, mais bien l'évaluation de la personnalité du sujet que ces comportements informent. La rétribution de la bonne et de la mauvaise conduite *lato sensu* n'intervient qu'au travers de l'évaluation, pouvant être dorénavant perçue comme un rituel de légitimation de la sanction de la personne, sur le fondement de la direction pénitentiaire des conduites³³²⁶. La différenciation de l'acte de punir se trouve en effet justifiée par la « production de savoirs individualisés³³²⁷ » sur les personnes condamnées, plutôt que sur la rétribution de l'adhésion à des prescriptions édictées en dehors de tout formalisme juridique.

De ce mode de subjectivation provient, non seulement une grande insécurité juridique quant aux conditions de l'adaptation du régime d'exécution, mais également un problème de légitimité de la teneur de l'assujettissement, puisque les prescriptions participant à la direction pénitentiaire des conduites sont informelles. Ces normes sont en effet seulement déterminées par les autorités de l'exécution de la peine, sur le fondement du savoir pénologique. Ces normes sanctionnées au titre de l'évaluation de la personne constituent dès lors des prescriptions insaisissables (B) pour le juge.

B. Des prescriptions insaisissables

601 Les conséquences d'une direction pénitentiaire des conduites. Alors que les prescriptions concourant à la direction pénitentiaire des conduites sont dénuées de la légitimité politique et juridique de la rationalité pénale, elles ont une portée substantielle sur la condition des personnes condamnées. Le caractère informel de ces normes a toutefois pour conséquence de rendre difficile la mesure et le contrôle de leur apport à la condition du justiciable. Le renforcement de la teneur de l'assujettissement par ces prescriptions semble en effet insaisissable, en dépit de leur rôle déterminant dans la définition de la bonne et de la mauvaise conduite *lato sensu*, sur le fondement desquelles sont sanctionnées les personnes dans le champ pénitentiaire. Il convient alors de relever une improbable protection du sujet dans le cadre de la rétribution de son adhésion à la prise en charge, en raison, d'une part,

³³²⁶ Sur l'évaluation en tant que procédé de véridiction v. : *supra* n° 513 et s.

³³²⁷ CHANTRAINE Gilles, VACHERET Marion, « Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens », *op. cit.*, p. 2.

d'une impossible appréhension des prescriptions de la direction pénitentiaire des conduites par les principes du droit pénal moderne, et, d'autre part, d'une hypothétique appréhension de celles-ci par les droits fondamentaux.

602 Une impossible appréhension par les principes du droit pénal moderne. Du caractère informel des prescriptions découle l'incertitude des comportements à adopter, ainsi que l'inexistence d'une réflexion juridique sur la portée de ces normes sur la teneur de l'acte de punir et, *a fortiori*, sur leurs conséquences pour la prévisibilité, la nécessité et la proportionnalité de ce dernier eu égard à la condamnation et à l'infraction commise. Ce nouveau procédé de subjectivation met effectivement en défaut la rationalité pénale, et ce alors que certaines prescriptions sont très éloignées de la protection des valeurs et intérêts sociaux protégés par le droit pénal. Pour confirmer ce constat, il sera nécessaire d'entreprendre l'appréhension par les principes du droit pénal moderne de ces prescriptions, au titre d'abord de leur apport général à l'acte de punir, puis de la sanction de la personne qu'elles peuvent motiver.

En premier lieu, le caractère informel de ces prescriptions fait obstacle à la prise en compte de leur apport à l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. Ne tenant aucune place dans l'ordonnancement juridique, les normes concourant à la direction des conduites ne participent ni à la définition de la peine privative de liberté, ni à celle du régime pénitentiaire. La notion de bonne et de mauvaise conduite *lato sensu* émerge et se développe dans les interstices du régime d'exécution, aménagés par le « processus d'individualisation³³²⁸ » et sa structuration sous la forme du « parcours d'exécution de la peine³³²⁹ ». Dans ces conditions, le droit de l'exécution des peines ne permet pas de savoir quels comportements peuvent entraîner une différenciation de l'acte de punir, ce qui aggrave la mutabilité des conditions d'exécution déterminée par l'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir. *A fortiori*, aucune réflexion juridique sur les comportements devant être ou non rétribués au titre de la modulation de la peine n'est possible, alors que les prescriptions informelles sont un vecteur d'accentuation de la distance entre les biens juridiques composant « l'ordre public pénal³³³⁰ » et les intérêts institutionnels poursuivis constituant l'ordre

³³²⁸ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 279 ; RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *op. cit.*, p. 397. Sur le processus d'individualisation v. : *infra* n° 50.

³³²⁹ Al. 1, art. 717-1 du CPP ; art. D. 88 à D. 92 du CPP. Sur le parcours d'exécution de la peine v. : *supra* n° 285 et s. En particulier v. : *supra* n° 300.

³³³⁰ PIN Xavier, « L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal », *op. cit.*, p. 112.

pénitentiaire³³³¹. Le caractère informel de la direction des conduites place ce mode de subjectivation en dehors de la portée du principe de légalité et, par voie de conséquence, hors de celle des autres limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État. Toute appréhension au titre de la rationalité pénale de l'apport de ces prescriptions, structurant l'évaluation des personnes condamnées, paraît à partir de là impossible. Dès lors, nous nous retrouvons confrontés à la conséquence du large abandon de l'élaboration de l'acte de punir à la réflexion pénologique : en l'absence d'une stricte circonscription juridique des usages des modalités d'exécution, la rationalité pénitentiaire prend le pas sur celle du droit de punir.

En second lieu, le caractère informel de ces prescriptions fait obstacle à l'application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen aux usages des modalités d'exécution qui sanctionnent la mauvaise conduite *lato sensu*. Alors que la répression des fautes disciplinaires est appréhendée par les principes fondés sur cette disposition³³³², la modulation *in pejus* de la peine ou le refus d'une mesure d'individualisation, rétribuant le faible degré d'adhésion à l'ordre pénitentiaire, ne peuvent être appréhendés au titre d'une sanction ayant le caractère d'une punition, en raison de l'écran de l'évaluation du sujet. Alors même que les usages des modalités d'exécution peuvent avoir des conséquences bien plus graves pour la condition de la personne qu'une infraction disciplinaire, la protection applicable au justiciable est moindre, en ce que la sanction du sujet, en vue de diriger sa conduite, se fait au nom de l'individualisation de sa peine³³³³. La personne n'est en effet pas directement réprimée pour l'adoption d'une mauvaise conduite *lato sensu*, mais sanctionnée au titre de l'adaptation de son régime d'exécution, quand bien même le rejet des prescriptions pénitentiaires serait explicitement mobilisé. Les prescriptions pénitentiaires informelles que nous avons identifiées ne sont alors pas appréhendées différemment des caractéristiques pénologiques, déterminant la mesure du risque que constitue la personne condamnée, au

³³³¹ Sur la conceptualisation de l'ordre pénitentiaire v. : *supra* n° 363 ; 381.

³³³² Les sanctions disciplinaires carcérales sont en effet des sanctions ayant le caractère d'une punition. Sur l'extension du champ d'application de l'article 8 aux « sanctions ayant le caractère d'une punition » v. : CC, Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988, consid. 15 ; CC, Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, consid. 36.

³³³³ Le régime disciplinaire carcéral ne peut emporter directement une modification pérenne des modalités d'exécution de la peine, à l'exception de la sanction de déclassification d'un emploi : art. R. 57-7-33 et s. du CPP. Si le régime de la cellule disciplinaire – sanction la plus grave – est sévère, cette punition demeure strictement limitée dans le temps et dans ses effets sur la condition de la personne dans le champ pénitentiaire : art. R. 57-7-43 et s. du CPP. Or, à lui seul, un changement d'affectation impliquant un transfert peut drastiquement et durablement modifier les conditions d'exécution de la peine, en durcissant les conditions de détention et en rendant plus difficile l'exercice des droits fondamentaux, et notamment le maintien des liens familiaux. Sur le régime de détention spécial de la cellule disciplinaire v. : *supra* n° 271. Sur le régime des changements d'affectation v. : *supra* n° 332 et s.

regard de son écart à la norme³³³⁴. Dès lors ne peut être envisagée, en vue de la protection du sujet, qu'une hypothétique appréhension de ces prescriptions par les droits fondamentaux.

603 Une hypothétique appréhension par les droits fondamentaux. Au regard de l'écran que constitue l'évaluation de la personne condamnée, seuls les moyens fondés sur une violation des libertés et droits fondamentaux sauraient être accueillis contre les usages des modalités d'exécution sanctionnant une mauvaise conduite *lato sensu*³³³⁵. En dépit du caractère informel des prescriptions, il est en effet impossible d'affirmer que la direction pénitentiaire des conduites serait une pratique *contra legem*, au regard du fondement juridique de l'injonction d'agir en personne responsable et de la mobilisation de notions a-juridiques dans le régime pénitentiaire. Il convient toutefois de modérer les attentes quant à la portée de cette protection, tant en raison de son périmètre que de sa teneur.

En l'absence d'accusation en matière pénale, et *a fortiori* de peine, impossible de rechercher une quelconque violation de l'article 6 ou de l'article 7 de la Convention dans les usages des modalités d'exécution, rétribuant le degré d'adhésion du sujet à la prise en charge³³³⁶. D'un côté, la nature des prescriptions matérielles ne correspond pas au champ de la matière pénale. Impossible en effet d'arguer d'une coloration pénale de ces prescriptions au regard de leur objet et de leur but. En dépit du fait qu'il soit possible de conclure au but répressif de l'évolution des conditions d'exécution de la peine, intervenant en réaction à une mauvaise conduite, le champ *rationae personae* et *rationae materiae* des prescriptions participant de la direction pénitentiaire des conduites démontre sa nature disciplinaire, au sens de la jurisprudence de la Cour. Ces prescriptions ne concernent effectivement que les personnes exécutant une peine privative de liberté et les intérêts poursuivis par ces normes ne sont pas ordinairement protégés par le droit pénal, qui n'a pas vocation à rechercher la responsabilisation des citoyens au-delà de la répression des troubles à l'ordre public. De

³³³⁴ Sur les caractéristiques pénologiques v. : *supra* n° 501-503.

³³³⁵ Visant notamment des notions a-juridiques, au premier titre desquelles la personnalité, l'opportunité de l'usage d'une modalité d'exécution relève d'une question d'appréciation des faits, et non de l'interprétation de conditions juridiques. La teneur du contrôle des motifs par les juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif est par conséquent faible, en raison du refus de se substituer respectivement au juge du fond, dont l'appréciation est souveraine sur les faits, et à l'administration, du fait de la prohibition de la figure du juge administrateur. Ainsi, en faisant obstacle à l'identification d'infractions dans le chef de la direction des conduites, la pratique de l'évaluation et du consensualisme restreint le contrôle du juge de cassation.

³³³⁶ Les trois critères, alternatifs mais qu'il est possible de combiner pour déterminer si une procédure statue sur une accusation en matière pénale, sont la qualification juridique en droit interne, la nature de l'infraction, ainsi que la nature et le degré de sévérité de la sanction : CEDH, 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72 ; CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*, n° 8544/79 ; CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c. France*, n° 12547/86, préc. Pour une explicitation des conditions d'application de l'article 6 de la Convention en matière pénale v. : *supra* n° 170.

l'autre, la modification des conditions d'exécution n'est pas susceptible de caractériser le degré de gravité suffisant pour emporter l'application de ces garanties³³³⁷. Seule la réincarcération de la personne condamnée, par le retrait ou la révocation d'une mesure d'individualisation judiciaire, emporte l'application de l'article 6 de la Convention³³³⁸. Toutefois, l'interruption des périodes probatoires est subordonnée à des causes prescrites par la loi, qui ne laissent pour l'heure aucune place pour la sanction de prescriptions matérielles, puisque l'inconduite notoire et la mauvaise conduite *strico sensu* n'apparaissent viser que des infractions pénales ou disciplinaires flagrantes³³³⁹. En revanche, il est envisageable de rechercher une éventuelle violation des droits et libertés fondamentaux quant à la substance des normes en cause, sur le fondement des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention. Nul doute que l'exigence de reniement des convictions ayant fondé le passage à l'acte ou d'expression de compassion envers la victime interroge la liberté d'opinion et d'expression³³⁴⁰. Néanmoins, ces prescriptions sont mobilisées en tant qu'arguments d'une évaluation de la personnalité ou à titre d'objectifs par les autorités de l'exécution de la peine dans la poursuite de la réinsertion, et non directement en tant que norme comportementale à laquelle la personne doit adhérer sous peine de sanction. Il est alors difficile d'arguer d'une ingérence susceptible de constituer la violation de ces libertés fondamentales. Nous retrouvons alors un problème analogue à celui relevé au titre du champ d'application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Les usages des modalités d'exécution pour diriger les conduites, au travers de la sanction de l'exercice de l'autonomie de la personne condamnée dans le champ pénitentiaire, peuvent difficilement être appréhendés par des dispositifs de protection élaborés pour des pratiques répressives, car le caractère informel des prescriptions fait obstacle à leur qualification en tant qu'infraction dont la punition constitue une ingérence dans une liberté ou un droit fondamental.

En outre, cette protection ne fonctionne pas à partir d'une économie punitive générale

³³³⁷ « Dans une société attachée à la prééminence du droit, ressortissent à la « matière pénale » les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important. » : CEDH, 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, §82. Le critère du degré de sévérité de la sanction s'entend essentiellement d'une sanction privative de liberté encourue, des amendes au montant élevé peuvent néanmoins également, par leur sévérité, caractériser la coloration pénale de l'infraction : CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10 et al., préc., §99.

³³³⁸ Seules les décisions portant sur le retrait ou la révocation d'une mesure d'individualisation judiciaire sont de nature à être considérées comme une accusation en matière pénale. Sur ce point v. : *supra* n° 170 ; 173.

³³³⁹ Sur les causes d'interruption des périodes probatoires v. : *supra* n° 160 et s. En particulier sur les notions d'inconduite notoire et de mauvaise conduite *strico sensu* v. respectivement : *supra* n° 166 ; 167.

³³⁴⁰ Sur ces prescriptions v. respectivement : *supra* n° 557-558 ; 567-569

et objective³³⁴¹, impliquant une modération de l'exercice du pouvoir de punir de l'État eu égard à l'infraction commise³³⁴², ni sur l'interdiction pure et simple de certaines pratiques punitives, à l'exception de celles constituant un traitement inhumain ou dégradant ou une discrimination. Les garanties européennes des droits de l'Homme reposent effectivement sur la légitimité des objectifs poursuivis et la proportionnalité des moyens mis en œuvre pour les poursuivre. Or, cette économie rend ardue une critique des pratiques punitives contemporaines, empreintes de consensualisme et poursuivant la prévention de la récidive autour d'une mise en corrélation des intérêts institutionnels et individuels³³⁴³. La valeur du contrôle des pratiques punitives, au regard des droits fondamentaux, est d'abord affectée par la prééminence de la dimension prospective de la peine, qui opère un déplacement d'un contrôle de nécessité et de proportionnalité de la peine aux actes commis à un contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des pratiques punitives aux finalités de l'acte de punir³³⁴⁴. Ensuite relevons que ce contrôle perd lui-même de sa valeur, au fur et à mesure de la mise en concordance des intérêts institutionnels et individuels, car l'ingérence dans les droits des personnes assujetties est de plus en plus appréhendée comme le fruit d'une politique favorable à la population pénale, en dehors de toute appréhension de l'assujettissement qu'elle représente. La Cour européenne des droits de l'Homme, à ce titre, réoriente parfois son contrôle des modalités d'exécution vers une évaluation de la teneur des pratiques au regard des orientations de politiques pénitentiaires du Conseil de l'Europe³³⁴⁵.

Effectivement, la jurisprudence de la Cour est influencée par les recommandations du

³³⁴¹ PARIZOT Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie*, *op. cit.*, n° 202 ; ROUSSEAU François, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *op. cit.*, p. 260.

³³⁴² À ce titre, la Cour européenne des droits de l'Homme ne connaît pas d'un principe général de proportionnalité des peines aux actes commis. L'unique principe applicable de la juridiction strasbourgeoise concerne la « nette disproportion » de la peine, à la date de son imposition, à la gravité de l'infraction, sur le fondement de l'article 3 de la Convention, et qui ne trouve à s'appliquer que dans des « cas rares et exceptionnels » correspondant à la peine de perpétuité ou de peines privatives de liberté de très longue durée : CEDH, 17 janvier 2012, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130-10 et 3896/10, §87-89 ; CEDH, [GC], 9 juill. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, préc., §102.

³³⁴³ Sur la correspondance des intérêts institutionnels et individuels, déterminée par la rationalité punitive néolibérale v. : *supra* n° 467.

³³⁴⁴ « La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme elle-même s'attache, depuis quelques années, à redéfinir le principe de proportionnalité entre peine et crime en termes d'une proportionnalité entre peine et risque (de récidive, etc.). C'est donc la *subjectivité* criminelle plus que l'acte qui oriente nos pénologies. » : VORUZ Véronique, « Comment les sociétés « se débarrassent de leurs vivants » : dangerosité et psychiatrie, la donne contemporaine », *Cultures & Conflits*, vol. 94-96, « Critique de la raison criminologique », 2014, p. 207.

³³⁴⁵ Cette évolution est parfaitement illustrée par l'arrêt *Murray*, dans lequel les juges ont préféré fonder le constat de violation de l'article 3 de la Convention sur l'évaluation de la teneur de la prise en charge, au regard de la finalité de l'acte de punir, plutôt que sur le non respect des exigences juridiques précisant les conditions auxquelles une peine doit être considérée incompressible : CEDH, [GC], 26 avril 2016, *Murray c. Pays-Bas*, n° 10511/10, préc. Sur le mouvement de précarisation des principes applicables en matière de peine perpétuelle réelle dans lequel s'inscrit l'arrêt *Murray* v. : *supra* n° 131.

Conseil de l'Europe³³⁴⁶, qui prônent le recours à une politique de responsabilisation des personnes détenues, en s'appuyant notamment sur le recueil de l'avis et la recherche de consentement de la personne condamnée³³⁴⁷, ainsi que sur sa « réceptivité³³⁴⁸ », afin que puisse lui être inculqué le « sens des responsabilités³³⁴⁹ » et lui « permettre de mener une vie responsable³³⁵⁰ ». La politique pénitentiaire française à l'origine de l'injonction à s'investir dans la réduction de son risque de passage à l'acte s'inscrit ainsi parfaitement dans les orientations européennes³³⁵¹. La protection européenne des droits de l'Homme ne semble dès lors pas être une alternative propice à l'appréhension des prescriptions concourant à la direction pénitentiaire des conduites.

*

604 Une injonction à la responsabilisation immodérée. En l'absence d'un strict encadrement juridique de la modulation de la peine, prolifèrent des usages des modalités d'exécution permettant d'assujettir les personnes condamnées à une direction pénitentiaire des conduites, fonctionnant à partir de prescriptions étrangères au régime d'exécution. Notre tentative de saisir par les principes du droit pénal moderne ces nouveaux usages démontre

³³⁴⁶ Les recommandations du Conseil de l'Europe sont en effet régulièrement mobilisées dans les instruments juridiques pertinents pour résoudre le litige, dans les principes applicables énoncés par la Cour, ainsi que parfois les opinions dissidentes ou concordantes des juges. Pour un exemple réunissant ces trois usages des recommandations du Conseil de l'Europe v. : CEDH, [GC], 26 avril 2016, *Murray c. Pays-Bas*, n° 10511/10, préc., § 73-76 ; 101 ; Opinion en partie concordante du juge Pinto De Albuquerque.

³³⁴⁷ Règle 103.3, Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes ; Règles 6, 73, 67 et 83, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation.

³³⁴⁸ Règle 66, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation.

³³⁴⁹ Règle 67, Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation ; Règle 27, Recommandation CM/Rec (2017) 3 relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté, p. 14. À cet égard, le commentaire officiel de la recommandation du Conseil de l'Europe précise qu'« un sens accru des responsabilités constitue également l'objectif du travail fourni par l'intéressé dans le cadre des sanctions et mesures pertinentes. Toutes les formes d'aide proposées aux prévenus et aux auteurs d'infractions doivent, par conséquent, viser essentiellement à renforcer cette capacité à opérer un choix responsable et à agir. Aider les prévenus et les auteurs d'infractions à s'ajuster à la société revient à les aider à exercer un sens accru des responsabilités à l'égard de la communauté en général. La position de la victime de l'infraction est, à juste titre, mieux reconnue depuis quelques années [et] des personnes auxquelles il a porté préjudice » : Recommandation CM/Rec (2017) 3 relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté.

³³⁵⁰ Règle 102.1, Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes.

³³⁵¹ « Le principe de l'adhésion du probationnaire aux interventions qui ponctuent le suivi est donc posé comme un des principes fondamentaux, principe qui semble bien intégré par les professionnels » et qui s'épanouit des deux côtés de la frontière carcérale : MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, op. cit., p. 148. « L'administration pénitentiaire a d'ailleurs fait de l'adhésion de la personne placée sous main de justice une question essentielle en l'incluant (au côté de l'évaluation et de la déontologie des personnels) comme les trois règles européennes prioritaires à mettre en œuvre. » : *ibid.*

toute l'hétérogénéité des pratiques punitives contemporaines par rapport aux conditions du droit de punir. Il en découle une injonction à la responsabilisation qui n'est pas modérée par les garanties du droit pénal moderne, sans que le recours à la protection européenne des droits de l'Homme n'apparaisse constituer une alternative satisfaisante. Comme en attestent les termes des principes directeurs de l'exécution des peines, la modulation de peine intervient en fonction de ce qui est nécessaire pour que l'acte de punir soit efficace dans la poursuite de ses finalités. Le contournement des garanties juridiques, par le caractère informel et insaisissable des prescriptions de la direction des conduites, est ainsi légitimé par la finalité agonistique du dispositif d'exécution et organisé en vue d'une différenciation de l'acte de punir au service de la subjectivation de la personne condamnée en tant que personne responsable.

**

605 Une différenciation de l'acte de punir au service de la subjectivation. La direction pénitentiaire des conduites contribue à déterminer et pérenniser la subjectivation des personnes condamnées en tant que « personne responsable³³⁵² ». Fondé sur la direction de l'autonomie accordée par le régime d'exécution, ce second mode de gouvernement de la population pénale pose problème en ce qu'il sanctionne les personnes pour leur degré d'adhésion à l'ordre pénitentiaire. Les usages des modalités d'exécution ne rétribuent plus seulement l'infraction commise et les violations du régime d'exécution, mais aussi l'attitude du sujet eu égard aux intérêts institutionnels poursuivis par le dispositif d'exécution. Il ressort de ce constat que la personne suivie ou détenue n'est plus seulement assujettie au respect de normes formelles, distinguant de manière binaire la bonne de la mauvaise conduite à adopter, mais se trouve soumise à une injonction à se subjectiver en tant que « personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société³³⁵³ ». L'exécution de la peine privative de liberté ne fait plus seulement de la personne condamnée le sujet d'une police dédiée à sa normalisation, mais également le sujet d'une direction des conduites destinée à sa subjectivation en tant que personne responsable. Il en résulte dès lors de ce second mode de gouvernement de la population pénale une nouvelle intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

³³⁵² Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³³⁵³ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

606 La direction du sujet par les usages des modalités d'exécution. L'analyse des effets et des conséquences de la politique de responsabilisation met en exergue une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. La direction pénitentiaire des conduites assujettit la personne condamnée à de nouvelles prescriptions, correspondant à une notion de bonne et de mauvaise conduite *lato sensu*, dont le respect est rétribué par la différenciation de l'acte de punir, afin de l'inciter à se subjectiver en tant que « personne responsable³³⁵⁴ ». Confronté au constat de son échec à prévenir la commission de nouvelles infractions, le dispositif d'exécution renouvelle les pratiques punitives, dans la poursuite d'un acte de punir capable de déterminer la réformation du sujet. Cette ambition séculaire de transformer l'Homme par l'exécution de la peine est, une nouvelle fois, à l'origine d'une intensification de l'individualisation des conditions de l'assujettissement³³⁵⁵. Ne pouvant conditionner librement le terme de la peine à la réformation du sujet³³⁵⁶, le dispositif d'exécution poursuit l'efficacité de l'acte de punir en indexant les conditions d'exécution sur la responsabilisation de la personne condamnée. Là où le principe de légalité demeure un obstacle insurmontable, le faible encadrement juridique du régime d'exécution et du parcours d'exécution de la peine laisse une large place à la rationalité pénitentiaire. Il en résulte une individualisation corrélative du sujet et de sa peine plus étroite, par la mise en relation de la réformation de la personne et de la différenciation de l'acte de punir. À partir de là, il est aisé de percevoir les usages des modalités d'exécution comme les procédés de la constitution corrélative du sujet et de sa peine, responsables de l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

³³⁵⁴ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³³⁵⁵ Sur la première entreprise d'individualisation de l'exécution de la peine au service des finalités de l'acte de punir v. : *supra* n° 229 et s.

³³⁵⁶ Sur le déplacement du terme de la peine v. : *supra* n° 178.

CONCLUSION DU TITRE 2

607 La subjectivation des personnes condamnées sous le mode de la direction de conduite. Dans le champ pénitentiaire, la direction est un mode de gouvernement de la population pénale, structurant le prononcé des sanctions inhérentes à l'acte de punir et recherchant la subjectivation des personnes condamnées. Les usages des modalités d'exécution sont à la fois le moyen d'expression des prescriptions matérielles contribuant à informer l'« injonction à la responsabilisation³³⁵⁷ » et le moyen de sanction de l'adhésion à la prise en charge. C'est en soumettant le sujet de l'acte de punir à des normes comportementales étrangères au régime d'exécution, dirigeant la subjectivation de la personne condamnée par rapport au « principe de responsabilité individuelle³³⁵⁸ », que le dispositif d'exécution recherche en second lieu la réformation des individus. En d'autres termes, ce mode de subjectivation des personnes condamnées entreprend l'inculcation des intérêts institutionnels composant l'ordre pénitentiaire, au travers de la sanction, par les usages des modalités d'exécution, des prescriptions de la direction pénitentiaire des conduites. Or, ce procédé de normalisation procède à la fois d'une appréhension du sujet néo-positiviste, accentuant l'« objectivation³³⁵⁹ » de la personne par l'intégration du paradigme du risque, que de la rétribution de la subjectivation de ce dernier eu égard à la figure de la « personne responsable³³⁶⁰ », marginalisant toujours plus dans l'élaboration de l'acte de punir la rationalité pénale. De cette imposition progressive d'un mode de gouvernement « sécuritaire³³⁶¹ » dans le champ de l'acte de punir résulte une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. La personne condamnée n'est plus seulement le sujet d'une police de l'existence, visant à la reconfiguration de sa vie, mais aussi celui d'une direction pénitentiaire des conduites, recherchant son adhésion à l'ordre pénitentiaire. Ainsi, la constitution corrélative du sujet et de sa peine est aujourd'hui le fruit d'un gouvernement hybride des personnes condamnées dans le champ pénitentiaire.

³³⁵⁷ CARTUYVELS Yves, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », *op. cit.*, p. 100.

³³⁵⁸ MARY Philippe, « (Dé)responsabilisation et pénalité », *op. cit.*, p. 334.

³³⁵⁹ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 187 ; 189 ; 193.

³³⁶⁰ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³³⁶¹ SLINGENEYER Thibaut, « Le triptyque foucauldien "souveraineté-discipline-sécurité" comme outil d'analyse de la peine privative de liberté et de la libération (conditionnelle) », *op. cit.*, p. 82 ; MAZABRAUD Bertrand, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *op. cit.*, p. 168.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

608 Le gouvernement hybride des personnes condamnées par le dispositif d'exécution. Commune à l'individualisation judiciaire et administrative, la pratique contemporaine de l'exercice du pouvoir de punir de l'État est structurée autour de deux modes de gouvernement des personnes condamnées, ayant en commun d'entreprendre la réformation du sujet eu égard à la figure de la « personne responsable³³⁶² ». Le dispositif d'exécution est en effet orienté en vue de la subjectivation de l'individu en référence à cette personnification de « l'ordre pénitentiaire³³⁶³ », redéfini à l'initiative de la rationalité punitive contemporaine³³⁶⁴. Par les usages des modalités d'exécution, les acteurs de l'exécution des peines cherchent à faire en sorte que le condamné se constitue en tant que personne « respectueuse des règles et des intérêts de la société³³⁶⁵ », c'est-à-dire qu'elle se gouverne en fonction des intérêts poursuivis par le dispositif d'exécution et composant l'ordre institutionnel. D'une part, le mode de gouvernement relevant de la police soumet les personnes condamnées à des prescriptions formelles, pour régir leur vie et sanctionner leur acceptation du fonctionnement de l'institution. D'autre part, le mode de gouvernement relevant de la direction des personnes condamnées assujettit les sujets de l'acte de punir à des prescriptions matérielles, pour diriger leur conduite et rétribuer leur adhésion à la prise en charge. La mise à exécution de la peine privative de liberté fait en effet de la personne condamnée non seulement le sujet d'une police dédiée à la reconfiguration de sa vie mais également le sujet d'une direction des conduites, destinée à lui inculquer les intérêts de l'ordre pénitentiaire. Ces « modes de subjectivation³³⁶⁶ » se rejoignent et se combinent pour sanctionner la personne par l'évolution de ses conditions d'exécution, de manière à mettre en corrélation la subjectivation du sujet avec la modulation de la peine. Que ce soit au moyen de la police ou de la direction des personnes condamnées, les modalités d'exécution interviennent pour déterminer l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, au travers d'une constitution corrélatrice du sujet et de sa peine de plus en plus

³³⁶² Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³³⁶³ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 363 ; GALEMBERT DE Claire, « Le « radical », une nouvelle figure de dangerosité carcérale aux contours flous », *op. cit.*, p. 58 ; SCHMITZ Julia, « Les contradictions de la loi pénitentiaire de 2009 », *op. cit.*, p. 17 ; CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, DEPUISSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, *op. cit.*, p. 190.

³³⁶⁴ Sur la rationalité punitive contemporaine v. : *supra* n° 9-11.

³³⁶⁵ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³³⁶⁶ FOUCAULT Michel, « Le sujet et le pouvoir », *op. cit.*, p. 1042 ; DELEUZE Gilles, « Qu'est-ce qu'un dispositif ? », *op. cit.*, p. 192.

étroite, indexée sur la figure de la « personne responsable³³⁶⁷ ».

609 L'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

Recherchant une meilleure efficacité de la peine, le dispositif d'exécution poursuit le perfectionnement de la normalisation et de la subjectivation de la personne condamnée par le gouvernement corrélatif de sa conduite et de ses conditions d'exécution. Le sujet de l'acte de punir et sa peine sont effectivement individualisés en fonction de la réformation de la personne condamnée, matérialisée par son acceptation et son adhésion à un ordre pénitentiaire redéfini pour rechercher la responsabilisation de la population pénale. Conçues au service de la modération de l'acte de punir, les modalités d'exécution se trouvent paradoxalement être aujourd'hui le principal biais de l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, en ce qu'il est toujours le résultat de la combinaison et de la succession des modalités d'exécution. C'est bien entendu d'abord la diversification des modalités d'exécution qui soumet la personne condamnée à des prescriptions formelles poursuivant des intérêts de plus en plus éloignés de « l'ordre public pénal³³⁶⁸ ». Mais, c'est ensuite la multiplication de leurs usages qui autorise l'émergence d'un second mode de subjectivation permettant de diriger et de rétribuer la conduite de la personne condamnée, pour exiger de celle-ci qu'elle fasse siens les intérêts de l'institution. *In fine*, le dispositif d'exécution détermine des pratiques punitives mettant la logique modale de la peine privative de liberté au service de la poursuite de l'efficacité de l'acte de punir, sans égard pour les conséquences de ce nouvel exercice du pouvoir de punir sur la teneur de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, alors même que ni les droits fondamentaux, ni les principes du droit pénal moderne ne sont en mesure de pleinement l'appréhender.

L'intensification de l'individualisation corrélatrice du sujet et de sa peine tend à faire disparaître le sujet de droit derrière les traits d'un individu-objet de la prise en charge à transformer. Ainsi, le dispositif d'exécution de la peine privative de liberté opère le renversement de la « requalification de l'individu comme sujet de droit³³⁶⁹ », opérée par les garanties du droit pénal moderne, pour mettre en exergue un individu à prendre en charge pour « éviter la commission de nouvelles infractions³³⁷⁰ » et justifier par là un nouvel exercice du pouvoir de punir de l'État, dans lequel les modalités d'exécution sont au service de l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

³³⁶⁷ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

³³⁶⁸ PIN Xavier, « L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal », *op. cit.*, p. 112.

³³⁶⁹ DUPRAT Catherine, « Punir et guérir. En 1819, la prison des philanthropes », *op. cit.*, p. 68.

³³⁷⁰ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

CONCLUSION GÉNÉRALE

610 La précarisation de la portée des principes du droit pénal moderne par l’affirmation de la rationalité punitive contemporaine. En raison de la diversification des modalités d’exécution, bouleversant l’exécution de la peine privative de liberté, il n’est plus possible de connaître de l’assujettissement auquel donne lieu la condamnation en considérant seulement la peine encourue et prononcée. Ce sont en effet essentiellement les usages des modalités d’exécution, sur le fondement de la rationalité pénitentiaire, qui définissent aujourd’hui la punition infligée au sujet de droit, sur le fondement de la rationalité pénale. Notre thèse propose alors, pour pérenniser la possibilité pour le juriste de connaître et de confronter l’assujettissement auquel donne lieu la condamnation aux principes du droit pénal moderne, de renouveler l’approche de la peine privative de liberté par une conception matérielle – l’acte de punir –, désignant la combinaison et la succession des modalités d’exécution, afin de pleinement connaître de la matérialité et de la temporalité de la peine.

Par l’étude de ces usages des modalités d’exécution, nous avons souhaité analyser les pratiques punitives au cœur de notre « art de sanctionner³³⁷¹ » contemporain, se caractérisant par un resserrement des liens entre les conditions de l’assujettissement et les caractéristiques des personnes condamnées. La rationalité punitive contemporaine, exprimée par les « principes directeurs³³⁷² » de l’exécution des peines, lie en effet plus que jamais les formes de la peine avec les transformations de l’individu. Il ressort de cette nouvelle manière de punir une intensification de la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine, au service de la prévention spéciale des infractions. C’est ainsi de plus en plus la rationalité pénitentiaire, et sa finalité de lutte contre la délinquance, qui préside à la détermination des conditions d’exécution de la peine, puisque l’élaboration de l’acte de punir repose avant tout sur des procédés d’objectivation et de subjectivation de la personne assujettie. Or, comme l’illustre la marginalisation de l’appréhension de la personne condamnée en tant que sujet de droit dans le

³³⁷¹ PONCELA Pierrette, « Dans les entrelacs du pourquoi et du comment punir, un nouvel art de sanctionner », *op. cit.*, p. 570.

³³⁷² Sur l’usage de l’expression « principes directeurs » de l’exécution des peines v. : COUV RAT Pierre, « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l’application des peines. Commentaire des articles 159 et 161 de la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II », *op. cit.*, p. 682 ; GIACOPELLI Muriel, « La promotion du milieu ouvert par l’aménagement des peines », *op. cit.*, p. 89 ; PONSEILLE Anne, « La peine et le temps », *op. cit.*, p. 93 ; GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine*, *op. cit.*, §587 et s.

« processus d'individualisation³³⁷³ » de la peine, l'hétérogénéité des rationalités présidant respectivement aux limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État et à la détermination des conditions d'exécution de la peine provoque une précarisation de la portée des principes du droit pénal moderne. Notre étude a d'ailleurs été sous-tendue par l'ambition de déterminer si ces derniers sont toujours, malgré le truchement des modalités d'exécution entre la condamnation et l'assujettissement auquel donne lieu la peine, en mesure de limiter l'exercice du pouvoir de punir de l'État. C'est la raison pour laquelle nous avons souhaité connaître des effets des pratiques punitives contemporaines sur la portée du « droit de punir³³⁷⁴ » et leurs conséquences sur la teneur de l'acte de punir. À cet égard, l'étude de la constitution corrélative du sujet et de sa peine par les usages des modalités d'exécution nous a permis de prendre la mesure, d'une part, de la libéralisation des conditions d'exécution de la peine et, d'autre part, de l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

611 La libéralisation des conditions d'exécution de la peine. Les usages des modalités d'exécution adaptent les conditions d'exécution de la peine au fur et à mesure de l'acte de punir, sur le fondement de la rationalité pénitentiaire. Cette modulation de la peine brouille la frontière entre l'acte de juger et l'acte de punir, sur laquelle repose les limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État, en poursuivant le calcul de la peine après la clôture du procès pénal. L'autonomisation de l'acte de punir des termes de la condamnation qui en découle, par l'entrelacement de deux modes d'individualisation des conditions d'exécution, détermine alors une atténuation de la portée des principes du droit pénal moderne.

Dans son volet judiciaire, le processus d'individualisation de la peine a été analysé au travers de la participation des juridictions de l'application des peines à l'acte de juger. Nous avons observé que, si le champ de l'octroi des mesures d'individualisation est circonscrit par des conditions juridiques en rapport avec la condamnation, l'opportunité de la modulation judiciaire est quant à elle essentiellement rationalisée par l'appréciation discrétionnaire de critères fondés sur des notions a-juridiques. Pourtant, la portée de ces mesures sur la matérialité et la temporalité de la peine est substantielle. Par l'instauration de périodes probatoires, elles permettent effectivement de diversifier les formes de l'assujettissement,

³³⁷³ DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 279 ; RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *op. cit.*, p. 397.

³³⁷⁴ BECCARIA Cesare, CHEVALIER Maurice (trad.), *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 63 ; BENTHAM Jeremy, DUMONT Étienne, *Théorie des peines et des récompenses : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, *op. cit.*, p. 7 ; MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, *op. cit.*, §61.

voire de libérer l'acte de punir des limites temporelles de la condamnation, en espérant ainsi par une plus grande individualisation de la peine prévenir la récidive. L'entrelacement de l'acte de juger et de l'acte de punir met de cette manière la logique modale de la peine au service de la prévention spéciale des infractions, et non plus de la modération de l'exercice du pouvoir de punir de l'État, sans que les principes du droit pénal moderne ne soient pleinement en mesure d'appréhender ces pratiques relevant des usages des modalités d'exécution.

Dans son volet carcéral, le processus d'individualisation de la peine a été étudié par la participation de l'autorité administrative à l'acte de juger. Nous avons alors relevé que la faible substance du régime pénitentiaire, déterminant les conditions d'exécution communes à l'ensemble des personnes condamnées, abandonne aux décisions de l'administration pénitentiaire un large pouvoir discrétionnaire sur les conditions d'exécution de la peine, et ce d'autant qu'il n'existe pas de régime d'exécution de droit commun et que la modulation de la peine n'est guère indexée sur des critères fondés sur des notions juridiques. Sous le mode de la détention, l'acte de punir est finalement défini par la combinaison et la succession des modalités d'exécution carcérales, définissant respectivement le régime et le parcours d'exécution de la peine en fonction des caractéristiques des individus, provoquant l'inadéquation des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État, qui ne connaissent que de la peine encourue et prononcée à l'encontre de sujets de droit.

In fine, l'indexation de plus en plus importante des conditions d'exécution sur « l'évolution de la personnalité et de la situation³³⁷⁵ » du sujet conduit à une libéralisation de l'exercice du pouvoir de punir de l'État, tendant à faire de la condamnation une autorisation de prise en charge. Or, cette intensification de la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine ne conduit pas à une meilleure modération de l'acte de punir, mais à l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, en ce que les pratiques punitives sont avant tout individualisées en vue « de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions³³⁷⁶ ». En ce sens, les deux modes d'individualisation de l'exécution de la peine ont en commun de rechercher à inculquer à la personne condamnée un mode de vie responsable, par le renouvellement des prescriptions pénitentiaires et la sanction du respect de ces dernières par la différenciation de l'acte de punir.

³³⁷⁵ Al. 2, II, art. 707 du CPP.

³³⁷⁶ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

612 L'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation. Les usages des modalités d'exécution rétribuent la conduite de la personne assujettie, positivement et négativement, eu égard à un « ordre pénitentiaire³³⁷⁷ » de plus en plus autonome des biens juridiques composant « l'ordre public pénal³³⁷⁸ ». La différenciation de l'acte de punir, tout au long de l'exécution de la peine, est en effet le moyen employé par le dispositif d'exécution pour permettre au sujet de l'acte de punir « d'agir en personne responsable³³⁷⁹ ». À cet égard, les modalités d'exécution et leurs usages participent de deux modes de gouvernement de la population pénale, par lesquels le dispositif entend conduire les individus à se subjectiver en référence à cette figure, marquant l'intégration du paradigme de la responsabilité sociale dans le droit de l'exécution de la peine.

Le premier mode de gouvernement repose sur la réglementation de la vie des personnes condamnées par les modalités composant le régime d'exécution. Il s'agit d'un ensemble de prescriptions formelles, destinées à assujettir la personne condamnée à une police, afin de reconfigurer sa vie en référence à la figure de la personne responsable. Les interdictions et les obligations contribuant à la définition du régime d'exécution soumettent le sujet à un ordre pénitentiaire, dont les éléments constitutifs sont de plus en plus autonomes des valeurs et intérêts sociaux protégés par le droit pénal. Nous assistons effectivement à l'extension du caractère réglementaire de l'acte de punir à de nouveaux domaines de l'existence du sujet et, corrélativement, à la multiplication des procédés de connaissance de son comportement permettant de sanctionner la violation de ces prescriptions. Les moyens de recherche des atteintes à l'ordre pénitentiaire s'adaptent en effet aux nouvelles prescriptions de la réglementation de la vie, ce qui provoque une recrudescence des procédés d'observation (surveillance, contrôle, investigation et recueil de renseignements). De cette amplification concomitante de la réglementation de la vie de la personne condamnée et de la production de connaissance sur sa conduite résulte en premier lieu l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

Le second mode de gouvernement repose sur la direction des personnes condamnées par la succession des régimes d'exécution. La différenciation de l'acte de punir sanctionne également le respect de prescriptions matérielles, étrangères au régime d'exécution et

³³⁷⁷ CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *op. cit.*, p. 363 ; GALEMBERT DE Claire, « Le « radical », une nouvelle figure de dangerosité carcérale aux contours flous », *op. cit.*, p. 58 ; CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, DEPUSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, *op. cit.*, p. 190.

³³⁷⁸ PIN Xavier, « L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal », *op. cit.*, p. 112.

³³⁷⁹ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

destinées à assurer la « responsabilisation³³⁸⁰ » de la personne condamnée. Cette direction pénitentiaire des conduites est rendue possible par une nouvelle appréhension de la personne en tant que « sujet à risque³³⁸¹ ». La rationalisation de l'évaluation, au travers des savoirs néo-positivistes et des doctrines pénologiques anglo-saxonnes, est à ce titre tant la condition de possibilité de l'injonction faite au sujet de se réformer en faisant siens les intérêts de l'ordre pénitentiaire que de la rétribution de sa conduite vis-à-vis à cette sommation. La personne est en effet dorénavant sanctionnée par les usages des modalités d'exécution selon l'emploi de sa liberté, façonnant ainsi une notion de bonne conduite *lato sensu* désignant l'adhésion à la prise en charge pénitentiaire. De cette mise en relation de la réformation du gouvernement de soi avec la différenciation de l'acte de punir découle en second lieu l'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation.

La sanction de la personne dans le champ pénitentiaire est ainsi structurée par deux modes de gouvernement, indexant respectivement l'évolution des conditions d'exécution sur l'acceptation et l'adhésion du sujet à l'ordre pénitentiaire. Les acteurs de l'exécution des peines cherchent ainsi, par les usages des modalités d'exécution, à faire en sorte que la personne condamnée se constitue elle-même en tant que « personne responsable³³⁸² ». Cette dernière se trouve dès lors aujourd'hui à la fois le sujet d'une police de l'existence et d'une direction des conduites normalisantes, intensifiant la constitution corrélative du sujet et de sa peine. Par ce gouvernement corrélatif de la conduite des personnes condamnées et de l'élaboration de l'acte de punir, les pratiques punitives contemporaines mettent la logique modale de la peine privative de liberté au service de la poursuite de l'efficacité de l'acte de punir, par l'injonction sanctionnée adressée au sujet de se transformer en référence à la figure de la « personne responsable³³⁸³ », dénuée de la légitimité de la rationalité pénale.

613 Le problème de l'hétérogénéité des rationalités structurant l'exercice du pouvoir de punir de l'État. La précarisation de la portée des principes du droit pénal moderne, laissant place à une intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation, correspond en définitive à un exercice du pouvoir de punir de l'État structuré par deux rationalités hétérogènes et antagonistes : la rationalité libéral du droit pénal et la rationalité

³³⁸⁰ Art. 4, Décr. n° 2019-50 du 30 janvier 2019 portant statut particulier du corps des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation ; DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, op. cit., p. 6.

³³⁸¹ HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », op. cit.

³³⁸² Al. I, II, art. 707 du CPP.

³³⁸³ Al. I, II, art. 707 du CPP.

néolibérale du droit de l'exécution des peines.

D'un côté, le droit pénal dispose de peines déterminées par la loi et prononcées à l'encontre de sujets de droit pour des actes troublant l'ordre public sur le fondement d'une responsabilité juridique. Dans ce paradigme du « droit pénal libéral³³⁸⁴ », la loi et la condamnation constituent des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État, permettant d'assurer la nécessité et la proportionnalité de la peine aux faits commis. Il s'agit d'un exercice du pouvoir de punir indexé sur une économie punitive structurée par un « ordre politique³³⁸⁵ », définissant pour la peine un objet avant tout rétributif, en réaction aux atteintes portées à l'encontre des valeurs et intérêts sociaux protégés par le droit pénal. La réformation de la personne condamnée est bien sûr recherchée, mais celle-ci est entendue en référence à ces biens juridiques composant l'ordre public dans sa dimension pénale et ne procède que d'une espérance dans la capacité de l'expérience pénitentiaire à susciter un changement autonome chez le sujet. En d'autres termes, la normalisation n'est qu'une finalité poursuivie par l'exécution de la peine prononcée.

De l'autre, le droit de l'exécution des peines organise un acte de punir indéterminé et prenant en charge des individus en fonction de leurs caractéristiques pénologiques pour développer une responsabilité sociale. Dans ce paradigme pénitentiaire néolibéral, la loi et la condamnation tendent à ne plus constituer que des autorisations pour l'exercice du pouvoir de punir de l'État, permettant de rechercher la nécessité et la proportionnalité de l'acte de punir au risque que représente l'individu pour les fonctions du dispositif d'exécution. Il s'agit d'un exercice du pouvoir de punir indexé sur une économie punitive du risque structurée par un ordre institutionnel, définissant pour l'acte de punir un objet essentiellement prospectif. La réformation de la personne est aujourd'hui recherchée en référence la figure de la « personne responsable³³⁸⁶ », incarnant les intérêts poursuivis par le dispositif d'exécution, et constitue désormais un objectif à atteindre. Autrement dit, la normalisation est dorénavant l'objet des pratiques punitives et, à ce titre, le principal critère de la différenciation de l'acte de punir.

Toutefois, il demeure possible de circonscrire et tempérer la précarisation de la portée des principes du droit pénal moderne qui résulte de l'hétérogénéité des rationalités structurant l'exercice du pouvoir de punir de l'État. Il ne s'agit pas ici de proposer un retour en arrière, par des peines fixes et l'exclusion de la rationalité pénitentiaire de la détermination des

³³⁸⁴ MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, op. cit., §59 ; BEAUVAIS Pascal, « La surveillance pénale », op. cit., p. 261 ; BEAUVAIS Pascal, « Le régime constitutionnel des mesures de sureté », *RSC*, n° 3, 2020, p. 624 ; ALIX Julie, « Radicalisation et droit pénal », op. cit., p. 770.

³³⁸⁵ MISRETTA Patrick, « Valeur sociale protégée et santé », op. cit., p. 96.

³³⁸⁶ Al. 1, II, art. 707 du CPP.

conditions d'exécution. *A contrario*, nous proposons d'accepter l'intégration de la rationalité pénitentiaire dans le dispositif d'exécution pour élaborer une rationalisation juridique du processus d'individualisation de la peine, de nature à préserver l'effectivité des limites à l'exercice du pouvoir de punir de l'État et donc remettre la logique modale de la peine au service de sa modération.

614 Une voie pour le renouvellement des réflexions juridiques sur les pratiques punitives contemporaines. Si la conception matérielle de la peine a été la condition de possibilité de l'appréhension générale des pratiques punitives, et dès lors de l'identification du problème de la rationalité punitive néolibérale, elle constitue également pour nous le point de départ indispensable à une réflexion sur la modération de l'exercice contemporain du pouvoir de punir de l'État. C'est en effet en considérant l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation comme le résultat de la combinaison et de la succession des modalités d'exécution qu'il est possible d'identifier une voie pour rationaliser juridiquement les pratiques punitives contemporaines.

La préservation de la portée des principes du droit pénal moderne et la restauration d'une logique modale au service de la modération de l'acte de punir s'inscrivent en effet nécessairement dans une entreprise de rationalisation juridique du processus d'individualisation de la peine. Il s'agit de proposer de régir plus strictement les usages des modalités d'exécution par le droit de l'exécution des peines afin de limiter la libéralisation des conditions d'exécution et, par là, l'autonomisation de l'ordre pénitentiaire des biens juridiques protégés par le droit pénal. Si la rationalité pénitentiaire est indispensable, elle doit être mieux encadrée et circonscrite par le régime pénitentiaire, pour s'assurer que sa place dans le dispositif d'exécution relève d'un espace d'attribution régi par le droit de l'exécution des peines, et non d'un espace résiduel abandonné à l'arbitraire des acteurs de l'exécution des peines. En d'autres termes, nous affirmons la nécessité de mettre en cohérence le droit de l'exécution des peines avec le droit pénal libéral par la revalorisation du régime pénitentiaire de la peine privative de liberté. C'est en effet en plaçant de nouveau au centre du dispositif d'exécution le sujet de droit, la loi et la condamnation qu'il sera possible de modérer l'exercice contemporain du pouvoir de punir de l'État.

Au demeurant, la modération de l'exercice du pouvoir de punir de l'État nécessite plus largement une réflexion sur l'ordre pénitentiaire, c'est-à-dire sur les intérêts poursuivis par le dispositif d'exécution de la peine, afin de prévenir la substitution d'un idéal sécuritaire normalisant à l'ordre politique émanant des valeurs et intérêts sociaux protégés par le droit

pénal, comme référence pour la réformation des personnes condamnées. L'intensification de l'assujettissement auquel donne lieu la condamnation découle en effet du délitement du lien entre la responsabilité pénale, pour des actes portant atteinte à des biens juridiques protégés par des incriminations, et l'acte de punir, recherchant dorénavant par les usages des modalités d'exécution le développement d'une responsabilité sociale chez la personne condamnée pour prévenir la commission de nouvelles infractions. En définitive, la modération de l'exercice du pouvoir de punir de l'État passe par l'abandon de cette rationalité punitive néolibérale. Ce n'est effectivement qu'en mettant un terme à la constitution corrélatrice du sujet et de sa peine, dédiée à la responsabilisation de la personne condamnée au-delà du respect de l'ordre public, qu'il sera possible de restaurer la modernité des principes du droit pénal et de remettre la logique modale de la peine au service d'un exercice retenu du pouvoir de punir de l'État.

BIBLIOGRAPHIE

I. Manuels et traités

- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, BOYER Patrice, CROCQ Marc-Antoine, GUELFY Julien-Daniel, PULL Charles, PULL-ERPELDING Marie-Claire (trad.), *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 5^e éd., Issy-Les-Moulineaux, Masson, 2015, 1114 p.
- BEZIZ-AYACHE Annie, BOESEL Delphine, *Droit de l'exécution de la sanction pénale*, 2^e éd., Rueil-Malmaison, Lamy, « Collection Lamy Axe Droit », 2012, 349 p.
- BONFIS Philippe, GIACOPELLI Muriel, *Droit pénal général*, 2^e éd., Paris, Éditions Cujas, « Synthèse », 2019, 437 p.
- BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, « Manuels », 2019, 866 p.
- BOULOC Bernard, *Pénologie : exécution des sanctions, adultes et mineurs*, 3^e éd., Paris, Dalloz, « Précis Dalloz », 2005, 508 p.
- BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 24^e éd., Paris, Dalloz, « Précis Dalloz », 2015, 748 p.
- BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, 5^e éd., Paris, Dalloz, « Précis Dalloz. Série Droit Privée », 2017, 565 p.
- CADIET Loïc, NORMAND Jacques, AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, Paris, Presses universitaires de France, « Thémis Droit », 2010, 993 p.
- CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire. Cours enseigné au centre d'étude de Fresnes*, 1949, 285 p.
- CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, « Droit fondamental. Classiques », 2014, 542 p.
- CÉRÉ Jean-Paul, *Droit disciplinaire pénitentiaire*, Paris, L'Harmattan, « BibliothèqueS de droit », 2011, 185 p.
- CUCHE Paul, *Traité de science et de législation pénitentiaire*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1905, 510 p.
- DÉCIMA Olivier, DETRAZ Stéphane, VERNY Édouard, *Droit pénal général*, 4^e éd., Paris, L. G. D. J., « Collection cours », 2020, 481 p.
- DESPORTES François, LAZERGES-COUSQUER Laurence, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Paris, Economica, « Corpus. Droit privé », 2015, 2461 p.
- DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, Lexis Nexis, « Manuel », 1323 p.
- DUROCHÉ Jean-Philippe, PÉDRON Pierre, *Droit pénitentiaire*, 4^e éd., Paris, Vuibert, « Vuibert droit », 2019, 557 p.
- FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, 13^e éd., Paris, L. G. D. J., « Précis Domat droit public », 2020, 762 p.
- GASSIN Raymond, CIMAMONTI Sylvie, BONFILS Philippe, *Criminologie*, 7^e éd., Paris, Dalloz, « Précis », 2011, 926 p.
- GIACOPELLI Muriel, PONSEILLE Anne, *Droit de la peine*, Paris, L. G. D. J., « Collection cours », 2019, 469 p.

- GUÉRY Christian, CHAMBONT Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire. 2018-2019*, Paris, Dalloz, « Dalloz Action », 2017, 1336 p.
- GUYOMAR Mattias, SEILLER Bertrand, *Contentieux administratif*, 5^e éd., Paris, Dalloz, « HyperCours », 2019, 614 p.
- HERZOG-EVANS Martine, *Droit de l'exécution des peines*, 5^e éd., Paris, Dalloz, « Dalloz action », 2016, 1522 p.
- HERZOG-EVANS Martine, *Droit pénitentiaire. 2020/2021*, 3^e éd., Paris, Dalloz, « Dalloz action », 2019, 1450 p.
- KAPSAMBELIS Vassilis (dir.), *Manuel de psychiatrie clinique et psychopathologique de l'adulte*, Paris, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2012, 1168 p.
- KELLENS Georges, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales : la mesure de la peine*, Liège, Faculté de droit de Liège, « Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège », 1991, 311 p.
- LAZERGES Christine, *Introduction à la politique criminelle*, Paris, l'Harmattan, « Traité de sciences criminelles », 2000, 141 p.
- LÉAUTÉ Jacques, *Criminologie et science pénitentiaire*, Paris, Presses Universitaires de France, « Thémis. Droit », 1972, 832 p.
- MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, 6^e éd., Paris, PUF, « Collection droit fondamental », 2018, p. 784.
- MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel, Tome 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Paris, 7^e éd., Cujas, 1997, 1068 p.
- PINATEL Jean, *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale : législation pénitentiaire, administration pénitentiaire, régime pénitentiaire, problèmes de défense sociale*, Paris, Sirey, 1950, 566 p.
- PIN Xavier, *Droit pénal général. 2021*, 12^e éd., Paris, Dalloz, « Cours », 2020, 619 p.
- PLAWSKI Stanislaw, *Droit pénitentiaire*, Villeneuve d'Ascq, PUL, « Publications de l'Université de Lille III », 1970, 278 p.
- PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, « Thémis. Droit privé », 2001, 478 p.
- PRADEL Jean, *Histoire des doctrines pénales*, 2^e éd., Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1991, 127 p.
- PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 22^e éd., Paris, Cujas, 2019, 828 p.
- STAECHELE François, *La pratique de l'application des peines*, Paris, Litec, 1995, 419 p.
- TRUCHET Didier, *Droit administratif*, 4^e éd. (2008), Paris, Puf, « Thémis droit », 2011, 470 p.

II. Ouvrages, mélanges et thèses publiées

- AGAMBEN Giorgio, RUEFF Martin (trad.), *Qu'est-ce qu'un dispositif?*, Paris, Rivages, « Petite Bibliothèque », 2014, 50 p.
- ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. (1956), Paris, Cujas, 1981, 381 p.
- ARTIÈRES Philippe, QUÉRO Laurent, ZANCARINI-FOURNEL Michelle, *Le Groupe d'information sur les prisons : archives d'une lutte : 1970-1972*, Paris, France, Editions de l'IMEC, 2003, 349 p.

Bibliographie

- ARTIÈRES Philippe, LASCOUMES Pierre (dir.), *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2004, 368 p.
- ARTIÈRES Philippe (dir.), *La révolte de la prison de Nancy : 15 janvier 1972*, Cherbourg-Octeville, Le Point du jour, 2013, 155 p.
- ASTIER Isabelle, *Les nouvelles règles du social*, Paris, Presses universitaires de France, « Le lien social », 2007, 200 p.
- AUDEGEAN Philippe, DELIA Luigi (dir.), *Le moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, Oxford, Oxford University, « Studies in the enlightenment », 2018, 263 p.
- BEAUMONT Gustave, TOCQUEVILLE Alexis De, *Système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France*, 3^e éd., Paris, Librairie de Charles Gosselin, 1845, 445 p.
- BECCARIA Cesare, CHEVALIER Maurice (trad.), *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, « GF », 2006 (1764), 187 p.
- BECKER Gary, *Human Capital, A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Référence to Education*, 3^e éd., New York, Columbia University Press, 1993, 412 p.
- BENEDETTO Pierre, *Psychologie de la personnalité*, Bruxelles, De Boeck, « Ouvertures psychologiques », 2008, 145 p.
- BENTHAM Jeremy, DUMONT Étienne, *Théorie des peines et des récompenses : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, t. 1, 3^e éd., Paris, Bossange, 1825, 514 p.
- BENTHAM Jeremy, *Le panoptique*, Paris, Belfond, 1977 (1791), 221 p.
- BENTHAM Jeremy, *Traité de législation civile et pénale*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2010, 477 p.
- BENTHAM Jeremy, *Introduction aux principes de morale et de législation*, Paris, Vrin, « Analyse et philosophie », 2011, 368 p.
- BÉRENGER René, *Des moyens propres à généraliser en France le système pénitentiaire en l'appliquant à tous les lieux de répression du Royaume, à tous les individus qui, à quelque titre que ce soit, sont mis sous la protection organisée de la bienfaisance publique*, Paris, Imprimerie royale, 1837, 152 p.
- BLATIER Catherine, *Les personnalités criminelles. Évaluation et prévention*, Malakoff, Dunod, 2^e éd. (2011), 2018, 199 p.
- BLATIER Catherine, *Introduction à la psychocriminologie*, 2^e éd., Malakoff, Dunod, « Topos + », 2019, 154 p.
- BONNET Agnès, BRÉJARD Vincent, *Les troubles de la personnalité*, Paris, Armand Colin, « 128. Tout le savoir », 2015, 127 p.
- BOUQUET Alexandre, « Droit disciplinaire et loi pénitentiaire : le rendez-vous manqué », *APC*, vol. 34, « Les violences sexuelles », 2012, p. 303-330.
- BOURDIEU Pierre, *Questions de sociologie*, 2^e éd. (1984), Les Éditions de Minuit, « Reprise », 2002, 277 p.
- CANGUILHEM Georges, *Le normal et le pathologique*, 12^e éd. (1966), Paris, Presses universitaires de France, « Quadrige », 2013, 290 p.
- CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, VAN DROOGHENBROECK Sébastien (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, 634 p.

- CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004, 279 p.
- CASTEL Robert, *La gestion des risques : de l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, 2^e éd. (1981) Paris, Éditions de Minuit, « Reprise », 2011, 224 p.
- CLIQUENNOIS Gaëtan, *Le management des prisons : vers une gestion des risques et une responsabilisation des détenus ?*, Bruxelles, Larcier, 2013, 349 p.
- COCHE Arnaud, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal. Étude de droit français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 489 p.
- CONSTANT Jean, « L'évolution du régime pénitentiaire », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1951, p. 1-35.
- DARDOT Pierre, LAVAL Christian, *Dominer. Enquête sur la souveraineté de l'État en occident*, La Découverte, Paris, « Sciences humaines », 2020, 736 p.
- DEGUIRAL René, *L'hygiène sociale. Principes, méthodes, organisation*, Toulouse, Privat, Médopé : questions et techniques médicales, sociales et pédagogiques, 1953, 128 p.
- DELEUZE Gilles, *Pourparlers. 1972-1990*, 2^e (1990), Paris, Les Éditions de Minuit, « Reprise », 2003, 249 p.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, Presses Universitaires de France, « Thémis. Droit privé », 1992, 462 p.
- DELMAS-MARTY Mireille, TEITGEN-COLLY Catherine, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, 191 p.
- DEMONT Élisabeth, *La psychologie*, Auxerre, Sciences Humaines Éditions, « La Petite Bibliothèque de Sciences Humaines », 2009, 255 p.
- DINDO Sarah, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France. Synthèse de l'étude réalisée par Sarah Dindo pour la Direction de l'administration pénitentiaire*, Paris, DAP, Ministère de la Justice, « Collection Travaux & Documents », 2013, vol. 80, 83 p.
- DUFOUR Alfred, WINIGER Bénédicte (dir.), *Pacte, convention, contrat : mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Genève, Helbing et Lichtenhanh, 1998, 500 p.
- DURKHEIM Émile, *De la division du travail social*, 8^e éd., Paris, PUF, « Quadrige », 2013 (1893), 416 p.
- FAGET Christophe, FAGET Jacques, *Les modules de respect, un nouvel ordre carcéral ?*, Paris, Ministère de la Justice, « Collection Travaux & Documents », vol. 87, 2018, 69 p.
- FALXA Joana, *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne*, Paris, Mare & Martin, « Bibliothèque des thèses Droit privé et sciences criminelles », 2016, 855 p.
- FAVARD Jean, *Le labyrinthe pénitentiaire*, Paris, Le Centurion, « Justice humaine », 1981, 250 p.
- FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des histoires », 1975, 318 p.
- FOUCAULT Michel, *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des histoires », 1976, 211 p.
- FOUCAULT Michel, *Le pouvoir psychiatrique: cours au Collège de France, 1973-1974*, Paris, Seuil Gallimard, « Hautes études », 2003, 399 p.

- FOUCAULT Michel, *Les anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975)*, Paris, Le Seuil Gallimard, « Hautes études », 1999, 351 p.
- FOUCAULT Michel, *Dits et écrits I. 1954-1975*, 2^e éd. (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2001, vol. 1/2, 1707 p.
- FOUCAULT Michel, *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e éd. (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2001, vol. 2/2, 1735 p.
- FOUCAULT Michel, *Sécurité, Territoire, Population. Cours au collège de France. 1977-1978*, Paris, EHESS Gallimard Seuil, « Hautes études », 2004, 435 p.
- FOUCAULT Michel, *Naissance de la Biopolitique. Cours au collège de France. 1978-1979*, Paris, EHESS Gallimard Seuil, « Hautes études », 2004, 355 p.
- FOUCAULT Michel, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au collège de France. 1982-1983*, Paris, EHESS Gallimard Seuil, « Hautes études », 2008, 382 p.
- FOUCAULT Michel, *Le Corps utopique, Les hétérotopies*, Paris, Lignes, 2009, 61 p.
- FOUCAULT Michel, *La société punitive. Cours au collège de France. 1972-1973*, Paris, EHESS Gallimard Seuil, « Hautes études », 2013, 349 p.
- FOUCAULT Michel, *Subjectivité et vérité. Cours au Collège de France. 1980-1981*, Paris, EHESS Gallimard Seuil, « Hautes études », 2014, 335 p.
- FOUCAULT Michel, *Œuvres. I*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 2015, 1640 p.
- GAÏA Alice, BENAZETH Valerian, LARMINAT DE Xavier (dir.), *Comment sort-on de la délinquance ? Comprendre les processus de désistance*, Genève, RMS Editions, « Collection Déviance et société », 2019, 208 p.
- GARAPON Antoine, *La raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Paris, Odile Jacob, 2010, 286 p.
- GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, PUF, IRJS Éditions, « Les voies du droit », 2011, 317 p.
- GOFFMAN Erving, *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, New York, Anchor, 1961, 386 p.
- GOFFMAN Erving, KIHM Alain (trad.), *Stigmaté: les usages sociaux des handicaps*, Paris, Éditions de Minuit, « Le Sens commun », 1975, 175 p.
- GRAMATICA Filippo, *Principes de défense sociale*, Paris, Éditions Cujas, 1964, 312 p.
- GROS Frédéric, *Le principe de sécurité*, Paris, Gallimard, « NRF essais », 2012, 404 p.
- GUELFY Julien-Daniel, HARDY Patrick (dir.), *Les personnalités pathologiques*, Paris, Lavoisier, 2013, « Psychiatrie », 331 p.
- HABOUZIT Francis, *Construire la peine dans les murs. Architecture et spatialité des nouvelles prisons*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Nanterre, « Sciences juridiques et politiques », 2018, 137 p.
- HARCOURT Bernard, *The illusion of free markets. Punishment and the myth of natural order*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, 328 p.
- HART Herbert, *Punishment and responsabilité. Essays in the Philosophie of Law*, 2^e éd. (1968), Oxford, Oxford university press, 1970, 273 p.
- HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *La positivité de la religion chrétienne*, Paris, PUF, « Épiméthée », 1983, 138 p.

- HERZOG-EVANS Martine, *La Gestion du comportement du détenu. Essai de droit pénitentiaire*, Paris, L'Harmattan, 1998, 632 p.
- HOWARD John, *L'état des prisons, des hôpitaux et des maisons de force en Europe au XVIII^e siècle*, Paris, Les éditions de l'atelier, « Champs pénitentiaires », 1994, 599 p.
- HYPPOLITE Jean, *Introduction à la philosophie de l'histoire de Hegel*, Paris, Le seuil, « Points », 1983 (1948), 130 p.
- KHOSROKHAVAR Farhad, *L'islam dans les prisons*, Paris, Balland, « Voix et regards », 2004, 284 p.
- KNOBELSPIESS Roger, *Q.H.S. : Quartier de Haute Sécurité*, Paris, Stock, 239 p.
- LACAZE Marion, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Paris, L. G. D. J., « Fondation Varenne », n° 39, 2011, 562 p.
- LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, LENOËL Pierre, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989, 404 p.
- LARMINAT DE Xavier, *Hors les murs : l'exécution des peines en milieu ouvert*, Paris, Presses universitaires de France, « Partage du savoir », 2014, 216 p.
- LAVAL Christian, *L'homme économique: essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris, Gallimard, « Les Essais », 2007, 396 p.
- LEMAIRE Jean-Baptiste-Charles, *La Police de Paris en 1770 : mémoire inédit composé par ordre de G. de Sartine sur la demande de Marie-Thérèse*, Édition Augustin Gazier, Daupelay, Paris, 1879, 136 p.
- LOMBROSO César, *L'homme criminel. Criminel-né – Fou moral – Épileptique. Étude anthropologique et médico-légale*, Paris, Félix Alcan, 1887, 682 p.
- LOPEZ Gérard, CÉDILE Geneviève (dir.), *L'expertise pénale psychologique et psychiatrique en 32 notions*, Paris, Dunod, 2014, 419 p.
- LUCAS Charles, *Conclusion générale de l'ouvrage sur le système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis, suivie de la deuxième pétition aux chambres sur la nécessité de l'adoption du système pénitentiaire*, Paris, Timothée Dehay, 1830, 115 p.
- LUCAS Charles, *De la réforme des prisons, ou de la théorie de l'emprisonnement, de ses principes, de ses moyens, et de ses conditions pratiques, Tome 1*, Paris, É. Legrand et L. Bergounioux, 1836, 390 p.
- LUCAS Charles, *De la réforme des prisons, ou de la théorie de l'emprisonnement, de ses principes, de ses moyens, et de ses conditions pratiques, Tome 2*, Paris, É. Legrand et J. Bergounioux, 1836, 463 p.
- LUSSAULT Michel, *L'homme spatial : la construction sociale de l'espace humain*, Paris, Seuil, « La couleur des idées », 2007, 363 p.
- LUSSAULT Michel, *De la lutte des classes à la lutte des places*, Paris, Grasset, « Mondes vécus », 2009, 220 p.
- MABILLON Jean, *Réflexions sur les prisons des ordres religieux*, Caen, G. Woinez, 1845 (1690), 55 p.
- MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, « Droit et justice », 2009, 400 p.

Bibliographie

- MBANZOULOU Paul, *La réinsertion sociale des détenus : de l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, Paris, l'Harmattan, « Sciences criminelles », 2000, 320 p.
- MEYER Catherine (dir.), *Le livre noir de la psychanalyse. Vivre, penser et aller mieux sans Freud*, Paris, Les Arènes, 2005, 830 p.
- MILHAUD Olivier, *Séparer et punir: une géographie des prisons françaises*, Paris, CNRS éditions, « Espaces et milieux », 2017, 320 p.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois I*, Paris, Flammarion, « GF », 1979, 507 p.
- MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, *De l'État actuel des prisons en France considéré dans ses rapports avec la théorie pénale du code*, Paris, Auguste Desrez, 1837, 456 p.
- NAPOLI Paolo, *La naissance de police moderne. Pouvoir, normes, société*, La Découverte, Paris, « Armillaire », 2003, 312 p.
- NEVEU Suliane, *Le transfert de l'exécution des peines privatives et restrictives de liberté en droit européen. À la recherche d'un équilibre entre intérêts individuels et collectifs*, Limal, Belgique, Anthémis, « Criminalis », 2017, 505 p.
- OTTENHOFF Reynald (dir.), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Toulouse, Éres, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001, 286 p.
- PARIZOT Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée: le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque des sciences criminelles », 2010, 441 p.
- PERRIER Yves, *La probation de 1885 à 2005. Sanctions et mesures dans la communauté*, Paris, Dalloz, 2013, 1310 p.
- PERROT Michelle (dir.), *L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIX^e siècle réunies par Michelle Perrot*, Paris, France, Seuil, 1980, 317 p.
- PETIT Jacques-Guy, *Ces peines obscures: la prison pénale en France (1780-1875)*, Paris, Fayard, 1990, 749 p.
- PIN Xavier, *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque des sciences criminelles », vol. 36, 2002, 724 p.
- PONCELA Pierrette, LASCOUMES Pierre, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte?*, Paris, Presses universitaires de France, « Les voix du droit », 1998, 309 p.
- PONCELA Pierrette, ROTH Robert, *La fabrique du droit des sanctions pénales au Conseil de l'Europe*, Paris, La documentation française, « Perspective et Justice », 2006, 319 p.
- PRINS Adolphe, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, Leipzig, Mich, Thron, 1910, 170 p.
- SAAS Claire, *L'ajournement du prononcé de la peine : césure et recomposition du procès pénal*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2004, vol. 39, 367 p.
- SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris, Félix Alcan, 1898 [Fac-Similé, Elibron Classics, 2006], 281 p.
- SCALIA Damien, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, « Collection de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève », 2011, 434 p.
- SENON Jean-Louis, LOPEZ Gérard, CARIO Robert, *Psycho-criminologie. Clinique, prise en charge, expertise*, 2e éd., Malakoff, Dunod, « Psychothérapies », 2012, 544 p.

- SEYLER Monique, *L'isolement en prison. L'un et le multiple*, CESDIP, « Études et données pénales », n° 60, 1990, 163 p.
- ROLLAND Jean-Pierre, *L'évaluation de la personnalité. Le modèle en cinq facteurs*, Sprimont (Belgique), Mardaga, « Pratiques psychologiques. Évaluation et diagnostic », 2004, 248 p.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, « GF. Philosophie », 2012 (1762), 256 p.
- SIMON Anne, *Les atteintes à l'intégrité des personnes détenues imputables à l'État. contribution à la théorie des obligations conventionnelles européennes : l'exemple de la France*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque de la justice », 2015, 593 p.
- TULKENS Françoise, CARTUYELS Yves, GUILLAIN Christine (dir.), *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerckhove*, Bruxelles, Larcier, 2011, 371 p.
- VAN DE KERCKHOVE Michel, *Quand dire, c'est punir : essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 330 p.
- VAN DE KERCKHOVE Michel, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, « Droit », 2009, 613 p.
- VIDAL Jérôme-Léon, *Coup d'oeil sur la science pénitentiaire, ses œuvres et ses résultats principaux à notre époque*, Paris, A. Chaix, 1868, 94 p.
- VIENNOT Camille, *Le procès pénal accéléré: étude des transformations du jugement pénal*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2012, vol. 120, 605 p.
- VIMONT Jean-Claude, *La prison politique en France. Genèse d'un mode d'incarcération spécifique. XVIII^e-XX^e siècle*, Paris, Anthropos, « Historiques », 1993, 503 p.
- WACQUANT Loïc, *Punishing the poor : the neoliberal government of social insecurity*, Durham (Etats-Unis), Duke University Press, « Politics, history, and culture », 2009, 384 p.

III. Articles, chapitres d'ouvrage et contributions à des actes de colloque

- ADAM Christophe, « Responsabilité et irresponsabilité dans le champ pénal : disjonction historique et ressort nosologique sous-jacent », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), Bruxelles, De Boeck & Larcier, « Perspectives criminologiques », 2006, p. 97-102.
- AGAMBEN Giorgio, RUEFF Martin (trad.), « Théorie des dispositifs », *Po&sie*, n° 1, vol. 115, 2006, p. 25-33.
- ALIX Julie, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, GUIDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine (dir.), Paris, PUF, IRJS Éditions, « Les voies du droit », 2011, p. 49-78.
- ALIX Julie, « Le dispositif français de protection des victimes de violences conjugales », *AJ Pénal*, n° 5, 2014, p. 208-211.
- ALIX Julie, « Radicalisation et droit pénal », *RSC*, n° 3, 2020, p. 769-786.
- ALLARIA Camille, « Le placement sous surveillance électronique : espace et visibilité du châtiment virtuel », *Champ pénal*, vol. XI, « Parentalités enfermées/Objets et enfermement/ Probation française », 2014, 25 p.
- ANCEL Marc, « Examen de conscience de défense sociale : le problème du traitement des délinquants », *RSC*, n° 4, 1978, p. 945-955.

- AMOR Paul, « La réforme pénitentiaire en France », *RSC*, n° 1, 1947, p. 1-30.
- ANTIER Maxime, « Exécution des peines – Le crédit de réduction de peine : un anachronisme juridique », *Dr. pén.*, n° 12, 2015.
- ARTIÈRES Philippe, LASCOUMES Pierre, SALLE Grégory, « Gouverner et enfermer. La prison, un modèle indépassable ? », in *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, ARTIÈRES Philippe, LASCOUMES Pierre (dir.), Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2004, p. 23-54.
- AUDEGEAN Philippe, DELIA Luigi, « Introduction : les deux sources de la modernité pénale », in *Le moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, AUDEGEAN Philippe, DELIA Luigi (dir.), Oxford, Oxford University, « Studies in the enlightenment », 2018, p. 1-14.
- AUDEGEAN Philippe, « Droit pénal et douceur des peines au XVIII^e siècle. Considérations sur quelques études récentes », *Rue Descartes*, n° 1, N° 93, 13 avril 2018, p. 148-160.
- AUDÉOUD Catherine, « Les réflexions sur les prisons des ordres religieux de Mabillon : contribution à l'étude des origines de la science pénitentiaire », *RPDP*, n° 1, 2013, p. 73-81.
- AYMARD Pierre, « Différenciation des régimes et des institutions par rapport aux détenus dangereux », *RSC*, n° 3, 1977, p. 625-633.
- BADINTER Robert, BEAUVAIS Pascal, « À propos de la nouvelle réforme pénale », *D.*, n° 32, 2014, p. 1829-1830.
- BAILLEAU Francis, GOURMELON Nathalie, MILBURN Philip, « Les établissements pénitentiaires pour les mineurs. Entre logiques institutionnelles et pratiques professionnelles », in *Mineurs : l'éducation à l'épreuve de la détention*, Paris, Ministère de la Justice, n° 82, « Collection Travaux et Documents », 2014, p. 85-92.
- BANCAL Jean, « L'oeuvre pénitentiaire de la Restauration et de la Monarchie de Juillet », *RSC*, n° 1, 1941, p. 219-253.
- BARBIER Gilas, Laurent BENOÎT, GUÉHO Géraldine, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation. Chambre criminelle », *D.*, n° 24, 2015, p. 1395.
- BARON Sophie, CASANOVA Arianne, « L'expertise psychiatrique et l'évaluation de la dangerosité pour la JRRS rétention de sûreté », *AJ Pénal*, n° 3, 2014, p. 111-114.
- BARRATTA Alessandro, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Dév. & Soc.*, n° 1, vol. 15, 1991, p. 1-25.
- BEAUSSONIE Guillaume, « Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *RSC*, n° 4, 2014, p. 809-827.
- BEAUSSONIE Guillaume, « La notion de valeur sociale protégée », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, MISTRETTA Patrick, PAPILLON Salomé, KUREK Camille (dir.), Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2020, p. 5-16.
- BEAUVAIS Pascal, « La surveillance pénale », in *Mélanges en l'honneur de Geneviève Guidicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, p. 259-274.
- BEAUVAIS Pascal, « Le régime constitutionnel des mesures de sûreté », *RSC*, n° 3, 2020, p. 619-630.
- BECHLIVANOU Georgia, « Rendre plus effectif le droit au maintien des liens familiaux », *RSC*, n° 1, 2013, p. 137-148.
- BEDDIAR Nadia, « La césure du procès pénal des mineurs », *AJ Pénal*, n° 10, 2019, p. 483-485.

- BELLEY Jean-Guy, « Une philosophie de l'aspiration juridique : l'art de bien se contraindre », *APD*, vol. 44, « L'obligation », 2000, p. 317-330.
- BÉRARD Jean, « Genèse et structure des conflits politiques sur les droits des détenus dans la France contemporaine », *Dév. & Soc.*, n° 4, Vol. 38, 2014, p. 449-468.
- BERTEN André, « Dispositif, médiation, créativité : petite généalogie », *Hermès, La Revue*, n° 3, vol. 25, 1999, p. 31-47.
- BIANCHI Virginie, « La loi du 23 janvier 2006 ou l'extension à l'application des peines de la compétence nationale en matière de terrorisme », *Gaz. Pal.*, n° 138, 18 mai 2006, p. 4.
- BIANCHI Virginie, « L'avocat, la peine et l'application des peines: de nouvelles pratiques professionnelles », *AJ Pénal*, n° 10, 2008, p. 411-414.
- BIANCHI Virginie, « La défense des personnes condamnées à de longues peines », *AJ Pénal*, n° 6, 2015, p. 299-302.
- BIANCHI, Virginie, « La prison à l'épreuve de la crise sanitaire. Situation des établissements pénitentiaires et rôle des juges de l'application des peines », *AJ Pénal*, n° 4, 2020, p. 202-204.
- BIGO Didier, BONELLI Laurent, « Critique de la raison criminologique », *Cultures & Conflits*, vol. 94-96, « Critique de la raison criminologique », 2014, p. 7-26.
- BIRMAN Joël, « L'éclipse du sujet et de la singularité dans le discours de l'évaluation », *Cahiers internationaux de sociologie*, n° 1, n° 128-129, 2011, p. 217-244.
- BLONDIEAU Francis, « Les régimes de détention », *RPDP*, n° 2, 1995, p. 192-196.
- BOESEL Delphine, ESCUILLÉ Camille, « Étrangers en détention. Exécution et aménagement des peines », *AJ Pénal*, n° 1, 2016, p. 22-24.
- BONIS-GARÇON Évelyne, « Les incohérences de la juridictionnalisation au stade de l'exécution des sanctions pénales », in *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale: Opinio doctorum*, Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2009, p. 313-323.
- BONIS-GARÇON Évelyne, « Motifs de révocation de la libération conditionnelle », *Dr. pén.*, n° 11, 2014, comm. 143.
- BONIS-GARÇON Évelyne, « Règles procédurales applicables en matière de crédits de réduction de peine », *Dr. pén.*, n° 7-8, 2015, comm. 104.
- BONIS-GARÇON Évelyne, PELTIER Virginie, « À la recherche de la peine perdue dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.*, n° 9, 2015, p. 29-32.
- BONIS-GARÇON Évelyne, « De l'instrumentalisation de la libération conditionnelle », *Dr. pén.*, n° 12, 2015, comm. 172.
- BONIS-GARÇON Évelyne, « À propos de l'article 8 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 : vers la création d'un droit spécial des aménagements de peine pour les condamnés pour terrorisme », *Dr. pén.*, n° 12, 2016, étude 26.
- BONIS Évelyne, PELTIER Virginie, « Le droit de la peine et la lutte contre le Covid-19 en milieu carcéral », *Dr. pén.*, n° 5, 2020, étude 4.
- BONIS Évelyne, « Réflexions sur la place et le rôle du juge de l'application des peines », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXI^e siècle ?*, PELLÉ Sébastien, BEAUSSONIE Guillaume, BOTTON Antoine, BERGEAUD Aurélie, BONIS Évelyne (dir.), Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2020, p. 245-261.

Bibliographie

- BONIS Évelyne, PELTIER Virginie, « Commentaire de la loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention », *Dr. pén.*, n° 6, 2021, étude 11.
- BONIS Évelyne, DERASSE Nicolas, « Pour une révision des aménagements des longues peines », *AJ Pénal*, n° 5, 2021, p. 250-253.
- BONIS Évelyne, DERASSE Nicolas, PELTIER Virginie, MARGAINE Clément, « Comment redonner du sens à l'exécution des longues peines privatives de liberté ? », *Dr. pén.*, n° 3, 2021, p. 9-12.
- BONY Lucie, « Interdictions de séjour. Une analyse de géographie pénale », *Champ pénal*, vol. 16, 2019, 33 p.
- BOURGOIN Nicolas, GALINDO Carole, « La règle et son application : la punition en prison », *RSC*, n° 2, 2004, p. 323-338.
- BOUVIER Jean-Claude, « Une application des peines très spéciale ou le parachèvement de l'exception antiterroriste », *Délibérée*, n° 2, 2017, p. 21-25.
- BOUVIER Jean-Claude, « Détecter et prévenir », *Délibérée*, n° 3, vol. 5, 2018, p. 44-48.
- BRIE GUILLAUME, RAMBOURG Cécile, « Le traitement de la radicalisation par la prison », in *RPDP*, n° 1, 2018, p. 45-51.
- BRILLET Emmanuel, « La prise en charge des conduites addictives en milieu carcéral : politiques et éthique », *APC*, vol. 31, 2009, p. 107-143.
- BRILLET Emmanuel, « Une nouvelle méthode d'intervention auprès des personnes placées sous main de justice : les programmes de prévention de la récidive (PPR) », *Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques*, n° 31, 2009, 6 p.
- BROWN Wendy, « Néolibéralisme et fin de la démocratie », *Vacarme*, n° 4, vol. 29, 2004, p. 86-93.
- CALVÈS Gwénaële, « Mieux connaître les contentieux de masse, l'apport des travaux sociologiques », *RFDA*, n° 3, 2011, p. 477.
- CANNAT Pierre, « Esquisse d'une juridiction pénitentiaire », *RPDP*, n° 1, 1947, p. 153-159.
- CANNAT Pierre, « C. Chronique pénitentiaire », *RSC*, n° 1, 1954, p. 146-154.
- CANNAT Pierre, « Le service social des prisons dans le système pénitentiaire français », in *Revue internationale de politique criminelle* [reproduction autorisée par l'imprimerie administrative de Melun], 1954, 19 p.
- CARPENTIER Yan, « Le clair-obscur de l'application des peines. Réflexions à propos de la décision QPC du 10 novembre 2017 du Conseil constitutionnel », *Dr. pén.*, n° 1, 2018, étude 1.
- CARPENTIER Yan, « Les actions exercées devant le juge de l'application des peines. Action à objet non identifié », *RPDP*, n° 2, 2018, p. 325-341.
- CARPENTIER Yan, « Loi n° 2019-222, du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : aspects de droit de la peine », *Lexbase Pénal* [en ligne], 2019, n° N8910BXB.
- CARTUYVELS Yves, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », in *Action publique et subjectivité*, CANTELLI Fabrizio, GENARD Jean-Louis (dir.), Paris, L. G. D. J., « Droit et société », 2007, p. 87-101.
- CARTIER Marie Elisabeth, « La judiciarisation de l'exécution des peines », *RSC*, n° 1, 2001, p. 87-106.

- CASANOVA Arianne, BARON-LAFORÊT Sophie, « L'expertise post-sentencielle », in *L'expertise pénale psychologique et psychiatrique en 32 notions*, Lopez Gérard, Cédile Geneviève (dir.), Paris, Dunod, 2014, p. 396-408.
- CASTEL Robert, « De la dangerosité au risque », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 47-48, « Éducation et philosophie », 1983, p. 119-127.
- CAUCHIE Jean-François, CHANTRAINE Gilles, « De l'usage du risque dans le gouvernement du crime. Nouveau prudentialisme et nouvelle pénologie », *Champ pénal*, vol. 2, 2005, 14 p.
- CÉNAT Roxane, « L'administration pénitentiaire française face au défi de la prévention et de la lutte contre le terrorisme », *Cahiers de la sécurité et de justice*, n° 35-36, « Terrorisme en France. Faire face ! », 2015, p. 142-148.
- CÉRÉ Jean-Paul, « Prospective sur la répartition juridictionnelle des compétences en droit de l'exécution des peines », *RSC*, n° 4, 1999, p. 874-890.
- CÉRÉ Jean-Paul, « Virage ou mirage pénitentiaire ? À propos de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *JCP G*, n° 50, 2009, p. 552.
- CÉRÉ Jean-Paul, « Feu le nouveau droit disciplinaire pénitentiaire », *AJ Pénal*, n° 4, 2011, p. 172-175.
- CÉRÉ Jean-Paul, HERZOG-EVANS Martine, PÉCHILLON Éric, « Exécution des peines. Mai 2013 - avril 2014 », *D.*, n° 21, 2014, p. 1235.
- CÉRÉ Jean-Paul, FALXA Joana, HERZOG-EVANS Martine, « Exécution des peines », *D.*, n° 20, 2021, p. 1106-1114.
- CHANTRAINE Gilles, « Les temps des prisons. Inertie, réforme et reproduction d'un dispositif institutionnel », in *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, ARTIÈRES Philippe, LASCOUMES Pierre (dir.), Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2004, p. 57-82.
- CHANTRAINE Gilles, VACHERET Marion, « Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens », *Questions pénales*, n° 4, vol. 18, 2005, 4 p.
- CHANTRAINE Gilles, « Les prisons sont-elles civilisées ? », in *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerkhove*, TULKENS Françoise, CARTUYELS Yves, GUILLAIN Christine (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 219-235.
- CHANTRAINE Gilles, « La prison post-disciplinaire », *Dév. & Soc*, n° 3, vol. 30, 2006, p. 273-288.
- CHANTRAINE Gilles, CAUCHIE Jean-François, « Entre réalisme et constructivisme. Les états épistémologiques du risque », in *Les ambivalences du risque : regards croisés en science sociale*, CARTUYVES Yves (dir.), Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2008, p. 65-93.
- CHANTRAINE Gilles, SALLÉE Nicolas, « Éduquer et punir. Travail éducatif, sécurité et discipline en établissement pénitentiaire pour mineurs », *Revue française de sociologie*, n° 3, vol. 54, 2013, p. 437-464.
- CHANTRAINE Gilles, SALLÉE Nicolas, SALLE Grégory, SCHEER David, « Les prisons pour mineurs. Controverses sociales, pratiques professionnelles, expériences de réclusion. Synthèse d'une recherche », in *Mineurs : l'éducation à l'épreuve de la détention*, Paris, Ministère de la Justice, « Collection Travaux et Documents », 2014, p. 93-102.

- CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, « “Risques” et “Radicalisation”. Critiques savantes et professionnelles d’un outil d’évaluation criminologique », in *Sociologies pratiques*, n° 1, vol. 40, 2020, p. 73-83.
- CHASSANG Céline, « Violences conjugales », in « Droit et genre. Janvier 2016 - décembre 2016 », RÉGINE, D., 2017, n° 17, p. 941.
- CHASSIGNOLLES Pierre, « Contre la radicalisation », *APC*, vol. 38, 2016, p. 137-148.
- CHAUVENET Antoinette, ORLIC Françoise, « Sens de la peine et contraintes en milieu ouvert et en prison », *Dév. & Soc.*, n° 4, Vol. 26, 2002, p. 443-461.
- CHEBILI Saïd, « La personnalité : un abord philosophique », *L’information psychiatrique*, n° 3, vol. 84, 2008, p. 213-218.
- CLÉMENT Bruno, LAZERGES Christine, PONCELA Pierrette, « Les théories de la peine aujourd’hui », in *Sens de la peine et droits de l’homme*, Agen, ENAP, 2001, p. 61-92.
- CLIQUENNOIS Gaëtan, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises ? », *Dév. & Soc.*, n° 3, Vol. 30, 2006, p. 355-371.
- CLIQUENNOIS Gaëtan, « Régimes différenciés en centres de détention, une prophétie auto-réalisatrice », *Dedans-Dehors*, n° 63, 2007, p. 24-26.
- CLIQUENNOIS Gaëtan, « Des significations, du statut, des fonctions et des effets du risque dans le champ pénitentiaire », in *Les ambivalences du risque. Regards croisés en science sociale*, CARTUYVELS Yves (dir.), Bruxelles, Presses de l’Université de Saint-Louis, 2008, p. 187-219.
- CLIQUENNOIS Gaëtan, « Tri et affectation des détenus en régime différencié », in *Sociologie du travail*, n° 1, vol. 51, 2009, p. 78-96.
- CLIQUENNOIS Gaëtan, « L’écriture des gradés en maison pour peine sous le regard de l’évaluation », in *Les paradoxes de l’écriture. Sociologie des écrits professionnels dans les institutions d’encadrement*, COTON Cristel, PROTEAU Laurence (dir.), Rennes, Presses universitaires de Rennes, « Le sens social », 2012, p. 129-147.
- COCHE Arnaud, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC*, n° 1, 2011, p. 21-36.
- CODACCIONI Vanessa, « La pathologisation de l’activisme radical. De l’OAS à Action directe, les examens psychiatriques à la Cour de sûreté de l’État », *Genèses*, n° 2, vol. 107, 2017, p. 10-31.
- CONSTANT Jean, « L’évolution du régime pénitentiaire », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1951, p. 1-35.
- CONTE Philippe, « La question prioritaire de constitutionnalité et le petit bricoleur (ou l’apport de la clef de 12 à la clarification de la loi pénale) », *Dr. pén.*, n° 4, 2013, étude 8.
- CORTONI Franca, LAFORTUNE Denis, « Le traitement correctionnel fondé sur des données probantes : une recension », *Criminologie*, n° 1, vol. 42, 2009, p. 61-89.
- COURT Chloé, « L’usage du numérique en milieu carcéral », *RSC*, n° 3, 2015, p. 693-703.
- COUTURIER Mathias, « Santé mentale et droit pénal », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, vol. 12, « Droit et psychiatrie », 2014, p. 87-102.
- COUV RAT Pierre, « La politique criminelle pénitentiaire à l’image de l’expérience française depuis 1945 », *RSC*, n° 2, 1985, p. 231-239.
- COUV RAT Pierre, « Chronique pénitentiaire et de l’exécution des peines », *RSC*, n° 1, 1987, p. 263-268.

- COUVRAT Pierre, « De la période de sûreté à la peine incompressible. À propos de la loi du 1^{er} février 1994 », *RSC*, n° 2, 1994, p. 356.
- COUVRAT Pierre, « Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996 », *RSC*, n° 3, 1996, p. 709-716.
- COUVRAT Pierre, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC*, n° 2, 1999, p. 376-383.
- COUVRAT Pierre, « Quelques propos sur les nouveaux services pénitentiaires d'insertion et de probation », *RSC*, n° 3, 1999, p. 626.
- COUVRAT Pierre, « Le difficile passage du gué. De la décision d'administration judiciaire à la décision juridictionnelle. », *RSC*, n° 2, 2001, p. 425-428.
- COUVRAT Pierre, « L'application de la peine. Introduction », in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, OTTENHOFF Reynald (dir.), Toulouse, Éres, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001, p. 261-262.
- COUVRAT Pierre, « La libération conditionnelle entre son passé et son avenir », *RSC*, n° 4, 2002, p. 872-876.
- COUVRAT Pierre, « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines Commentaire des articles 159 et 161 de la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II », *RSC*, n° 3, 2004, p. 682.
- COTON Cristel, PROTEAU Laurence, « La division sociale du travail d'écriture », in *Les paradoxes de l'écriture. Sociologie des écrits professionnels dans les institutions d'encadrement*, (dir.), Rennes, Presses universitaires de Rennes, « Le sens social », 2012, p. 9-15.
- D'AMBROSIO Luca, « De l'incapacitation à l'exclusion ? Dangerosité et droit pénal en Italie », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, GUIDICELLI-DELAGE Geneviève, Lazerges Christine (dir.), Paris, PUF, IRJS Éditions, « Les voies du droit », 2011, p. 167-194.
- LAVIELLE Bruno, « La juste peine », *Gaz. Pal.*, n° 146, 2000, p. 2.
- DANET Jean, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal*, Vol. V, 2008, 30 p.
- DANET Jean, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *RSC*, n° 1, 2010, p. 49-68.
- DANET Jean, « La peine entre logique de la gravité et du risque dans la politique criminelle française et contemporaine », in *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerkhove*, TULKENS Françoise, CARTUYELS Yves, GUILLAIN Christine (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 79-92.
- DANGLES Cécile, « Évaluation du risque de récidive, le point de vue d'un JAP », *AJ Pénal*, n° 1, 2018, p. 19-21.
- DANTI-JUAN Michel, « Le consentement et la sanction », in *Mélanges offert à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 367-381.
- DANTI-JUAN Michel, « Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal : entre paradoxes et émancipation - Rapport introductif », in *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, Paris, Cujas, « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », vol. XXV, 2006, p. 17-26.
- DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », in *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 275-285.

- DANTI-JUAN Michel, « Un îlot de modernité ? La prison intra-muros », in *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), Paris, Presses universitaires de France, « Droit et justice », 2009, p. 191-206.
- DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur l'individualisation de l'exécution des peines », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 145-154.
- DANTI-JUAN Michel, « Droit pénitentiaire 1 », *RPDP*, n° 1, 2018, p. 105-110.
- DARBÉDA Pierre, « L'expertise de prélibération de l'article 722 du code de procédure pénale et le processus d'évaluation et de soins des auteurs d'infractions à caractère sexuel », *RSC*, n° 4, 1996, p. 919-929.
- DARBÉDA Pierre, « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », *RSC*, n° 3, 2001, p. 625-638.
- DARBÉDA Pierre, « Des réductions de peine au crédit de réduction de peine : la nouvelle architecture des réductions de peine instituée par la loi du 9 mars 2004 », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 187-198.
- DARBÉDA Pierre, « La prison en mutation : projet de loi pénitentiaire, parcours d'exécution de peine et autres innovations », *RPDP*, n° 3, 2008, p. 633-644.
- DARBÉDA Pierre, « L'autonomie du détenu est-elle possible dans le cadre carcéral actuel ? », *RPDP*, n° 3, 2015, p. 617-629.
- DARBÉDA Pierre, « Méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation : professionnalisation et recherche de l'efficacité dans la réintégration des personnes placées sous mains de justice », *RPDP*, n° 3, 2018, p. 613-627.
- DARSONVILLE Audrey, « La pertinence des valeurs sociales protégées », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, MISTRETTA Patrick, PAPILLON Salomé, KUREK Camille (dir.), Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2020, p. 35-46.
- DAVID-MÉNARD Monique, « Agencements deleuziens, dispositifs foucauldien », *Rue Descartes*, n° 1, vol. 59, 2008, p. 43-55.
- DEBUYST Christian, « Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité (criminelle) », *Dév. & Soc.*, n° 4, vol. 1, 1977, p. 363-387.
- DEBUYST Christian, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *Criminologie*, n° 2, vol. 17, 1984, p. 7-24.
- DÉCIMA Olivier, « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ Pénal*, n° 7-8, 2012, p. 380-383.
- DELARUE Jean-Marie, « Continuité et discontinuité de la condition pénitentiaire », *Revue du MAUSS*, n° 2, vol. 40, 2012, p. 73-102.
- DELARUE Jean-Marie, « Le renseignement pénitentiaire », *Après-demain*, n° 1, vol. 45, 2018, p. 7-9.
- DELEUZE Gilles, « Qu'est-ce qu'un dispositif ? », in *Michel Foucault philosophe. Rencontre internationale. Paris 9, 10, 11 janvier 1988*, Association pour le centre Michel Foucault (dir.), Paris, Seuil, « Des travaux », 1989, p. 185-195.
- DE SUREMAIN Hugues, BÉRARD Jean, « La gestion des longues peines au révélateur des luttes juridiques », *Champ pénal*, VI, 2009, p. 3.

- DE SUREMAIN Hugues, DIJAN Stéphanie, « Régime (de droits) différenciés », *Dedans/Dehors* 2009, n° 67, p. 51-55.
- DERASSE Nicolas, VIMONT Jean-Claude, « Observer pour orienter et évaluer. Le CNO-CNE de Fresnes de 1950 à 2010 », *Criminocorpus. Revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines*, Savoirs, politiques et pratiques de l'exécution des peines en France au XX^e siècle, 26 septembre 2014, consulté le 9 avril 2015, 48 p.
- DERASSE Nicolas, « De l'ombre à la lumière : les révoltes pénitentiaires dans la France des années 1970 », in *L'administration pénitentiaire, 1945, 1975, 2015. Naissance des réformes, problématiques, actualité*, DAP, Paris, Ministère de la Justice, « Collection Travaux et Documents », 2017, vol. 84, p. 73-91.
- DESCAMPS Louise, « Dix ans de jurisprudence européenne sur l'emprisonnement à perpétuité : un bilan en demi-teinte », *RSC*, n° 1, 2021, p. 53-68.
- DEVRESSE Marie-Sophie, « Réflexivité, responsabilité et position du justiciable dans le processus pénal consenti », *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), Bruxelles, De Boeck & Larcier, « Perspectives criminologiques », 2006, p. 367-374.
- DEVRESSE Marie-Sophie, « Innovation pénale et surveillance électronique : quelques réflexions sur une base empirique », *Champ pénal* [en ligne], « Séminaire Innovations pénales », 2007, p. 17.
- DEVRESSE Marie-Sophie, « Surveillance électronique et justice pénale : quelques éléments de pérennité et de changement », *Droit & cultures*, n° 1, vol. 61, « Technologies, Droit et Justice », 2011, p. 195-2014.
- DEVRESSE Marie-Sophie, « Vers de nouvelles frontières de la pénalité: Le cas de la surveillance électronique des condamnés », *Politix*, n° 1, vol. 97, 2012, p. 47-74.
- DEVRESSE Marie-Sophie, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 36, 2012, p. 311-323.
- DEVRESSE Marie-Sophie, « Être placé sous surveillance électronique. Une forme originale de "peine situationnelle" ? », *Dév. & Soc.*, n° 3, Vol. 37, 2013, p. 375-388.
- DIEU Erwan, SOREL Olivier, « Présentation du dispositif Césure d'accompagnement de personnes radicalisées », *Le Genre humain*, n° 2, vol. 61, 2019, p. 325-328.
- DISSEZ Nicolas, « Qu'est-ce que la santé mentale ? », *Journal français de psychiatrie*, n° 4, vol. 27, 2006, p. 19-21.
- DOMINO Xavier, BRETONNEAU Aurélie, « Custodire ipsos custodes : le juge administratif face à la prison », *AJDA*, n° 24, 2011, p. 1364-1368.
- DORON Claude-Olivier, « La rétention de sûreté : vers un nouveau positivisme juridique ? », *L'information psychiatrique*, n°6, 2008, vol. 84, p. 533-541.
- DORON Claude-Olivier, « La maladie mentale en question », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, n° 1, vol. 2, 2008, p. 9-45.
- DORON Claude-Olivier, « Soigner par la souffrance. La prise en charge des auteurs de violences sexuelles », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, n° 1, vol. 4, 2010, p. 87-113.

Bibliographie

- DORON Claude-Olivier, « Ce que “soin” veut dire. Quelques réflexions à propos d’une substitution de mots dans la loi du 5 juillet 2011 », *Journal français de psychiatrie*, n° 3, vol. 38, 2010, p. 19-21.
- DORON Claude-Olivier, « L’émergence du concept de “santé mentale” dans les années 1940-1960 : genèse d’une psycho-politique », *Pratiques en santé mentale*, n° 1, vol. 61, 2015, p. 3-16.
- DOURNEAU-JOSETTE Pascal, TULKENS Françoise, « La défense sociale au regard de la Convention européenne des droits de l’Homme », *Dév. & Soc.*, n° 4, Vol. 34, 2010, p. 691-706.
- DUBOURG Émilie, « Les instruments d’évaluation des risques de récidive, du jugement professionnel non structuré aux outils actuariels » in *La prévention des récidives : évaluations, suivis, partenariats. Actes des Journées d’études internationales organisées par la Direction de l’administration pénitentiaire (DAP). Les 20 et 21 octobre 2014 à Sciences Po Paris*, Paris, Ministère de la justice, n° 84, « Collection Travaux & Documents », 2014, p. 53-85.
- DUBOURG Emilie, « Une analyse de la responsabilité des acteurs de l’exécution des peines du fait du probationnaire », *RSC*, n° 1, 2017, p. 101-122.
- DUMOULLIN Laurence, « Le bracelet électronique : nouvelles économies pénales de la présence », in *Le bracelet électronique : action publique, pénalité et connectivité*, LÉVY René, DUMOULLIN Laurence, KENSEY Annie, LICOPPE Christian (dir.), Médecine & Hygiène, « Déviance et Société », 2019, p. 9-28.
- DUPRAT Catherine, « Punir et guérir. En 1819, la prison des philanthropes », in *L’impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIX^e siècle réunies par Michelle Perrot*, PERROT Michelle (dir.), Paris, Seuil, « L’univers historique », 1980, p. 64-122.
- DURAND Bernard, « Psychiatrie et santé mentale », *Perspectives Psy*, n° 1, vol. 58, 2019, p. 7-10.
- DUTHEILLET-LAMONTHÉZIE Bernard, « Les modifications récentes du régime d’exécution des peines privatives de liberté », *RSC*, n° 3, 1973, p. 567-589.
- DUTHEILLET-LAMONTHÉZIE Bernard, « Adieu au régime progressif », *RPDP*, 1976, n° 2, p. 279.
- FALXA Joana, « Retrait de crédits de réduction de peine et procès équitable : L’art de l’esquive », *AJ Pénal*, n° 9, 2015 p. 444.
- FALXA Joana, « Clairs-obscur d’une oeuvre jurisprudentielle pointilliste. De l’applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l’homme au droit de l’exécution des peines », *AJ Pénal*, n° 3, 2016, p. 126-128.
- FAUCHER Pascal, « La procédure simplifiée d’aménagement des peines applicable aux condamnés libres, dite du « 723-15 » : contribution à l’artisanat judiciaire », *Gaz. Pal.*, n° 204, 2013.
- FAUGERON Claude, LE BOULAIRE Jean-Michel, « La création du service social des prisons et l’évolution de la réforme pénitentiaire en France de 1945 à 1958 », *Dév. & Soc.*, n° 4, vol. 12, 1988, p. 317-359.
- FAVRE Pierre, *Naissance de la science politique en France. 1870-1914*, Paris, Fayard, « Sciences humaines », 1989, 331 p.
- FEELEY Malcom, SIMON Jonathan, « The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications », *Criminology*, n° 4, vol. 30, 1992, p. 449-474.

- FEHER Michel, « S'apprécier, ou les appréciations du capital humain », *Raisons politiques*, n° 4, vol. 28, 2007, p. 11-31.
- FICARA Julien, « De nouveaux dispositifs de lutte contre la surpopulation carcérale ? », *AJ Pénal*, n° 7-8, 2018, p. 347-348.
- FIZE Michel, « Il y a 100 ans... la libération conditionnelle », *RSC*, n° 4, 1985, p. 755-769.
- FOOT Robin, DONIOL-SHAW Ghislaine, « La dérive d'un dispositif de sécurité : de l'homme mort à l'homme incertain (enquête) », *Terrains & travaux*, n° 2, vol. 11, 2006, p. 16-35.
- FOUCAULT Michel, BAROU Jean-Pierre, PERROT Michelle, « L'œil du pouvoir. Entretien avec Michel Foucault », in *Le panoptique*, BENTHAM Jeremy, Paris, Belfond, 1977 (1791), p. 7-31.
- FOUCAULT Michel, « Table ronde du 20 mai 1978 », in *L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIX^e siècle réunies par Michelle Perrot*, PERROT Michelle (dir.), Paris, Seuil, « L'univers historique », 1980, p. 40-56.
- FOUCAULT Michel, « L'évolution de la notion d'« individu dangereux » dans la psychiatrie légale », *Dév. & Soc.*, n° 4, vol. 5, 1981, p. 403-422.
- FOUCAULT Michel, « “Alternatives” à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social : une entrevue avec Michel Foucault », *Criminologie*, n° 1, vol. 26, 1993, p. 13-34.
- FOUCAULT Michel, « Questions à Michel Foucault sur la géographie », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e éd. (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2001, vol. 2/2, p. 28-40.
- FOUCAULT Michel, « Le jeu de Michel Foucault », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e éd. (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2001, vol. 2/2, p. 298-329.
- FOUCAULT Michel, « Pouvoir et savoir », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e éd. (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2004, vol. 2/2, p. 399-414.
- FOUCAULT Michel, « La philosophie analytique de la politique », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e éd. (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2001, vol. 2/2, p. 534-551.
- FOUCAULT Michel, « Contre les peines de substitution », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e éd. (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2001, vol. 2/2, p. 1024-1026.
- FOUCAULT Michel, « Punir est la chose la plus difficile qui soit », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e éd. (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2001, vol. 2/2, p. 1027-1029.
- FOUCAULT Michel, « Le sujet et le pouvoir », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e éd. (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2004, vol. 2/2, p. 1041-1062.
- FOUCAULT Michel, « Espace, pouvoir et savoir », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e éd. (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2004, vol. 2/2, p. 1089-1104.
- FOUCAULT Michel, « Qu'est-ce que les lumières ? », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2001, vol. 2/2, p. 1380-1397.
- FOUCAULT Michel, « Polémique, politique et problématisations », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2004, vol. 2/2, p. 1410-1417.
- FOUCAULT Michel, « Foucault », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2004, vol. 2/2, p. 1450-1455.
- FOUCAULT Michel, « Le souci de la vérité », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2004, vol. 2/2, p. 1487-1497.
- FOUCAULT Michel, « La technologie politique des individus », in *Dits et écrits II. 1976-1988*, 2^e éd. (1994), Paris, Gallimard, « Quarto », 2004, vol. 2/2, p. 1632-1647.

- FROMENT Jean-Charles, « Le pouvoir souverain, la peine et le corps. Éléments pour une philosophie pénale de la surveillance électronique », *RIEJ*, n° 2, vol. 37, 1996, p. 1-44.
- FROMENT Jean-Charles, « Vers une “prison de droit” ? », *RSC*, n° 3, 1997, p. 537-560.
- FROMENT Jean-Charles, « La surveillance électronique à domicile : une nouvelle économie du pouvoir de punir ? », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 34, 1998, p. 149-168.
- FROMENT Jean-Claude, « Le développement du placement sous surveillance électronique en France : mobilisation du politique et neutralisation idéologique », in *Justice et technologies. Surveillance électronique en Europe*, FROMENT Jean-Charles, KALUSZINSKY Martine (dir.), Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2006, 29-47.
- FROMENT Jean-Charles, « Sécurité, justice et technologies. De quelques enseignements du développement des technologies de contrôle à partir des exemples du placement sous surveillance électronique et de la vidéosurveillance », *Droit et cultures*, n° 1, vol. 61, "Technologies, Droit et Justice", 2011, p. 215-231.
- GALEMBERT DE Claire, « Le « radical », une nouvelle figure de dangerosité carcérale aux contours flous », *Critique internationale*, n° 72, 2016, p. 53-71.
- GALLOIS Alexandre, « Retour sur la perpétuité « réelle » », in *Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, p. 543-548.
- GARLAND David, « “Governmentality” and the problem of crime : Foucault, criminology, sociology », *Theoretical Criminology*, n° 2, vol. 1, 1997, p. 173-214.
- GARRO Carrera Enara, « Absurdités de la politique criminelle espagnole antiterroriste. Réflexions critiques sur la stratégie pénale et pénitentiaire pour lutter contre l'“ancien” et le “nouveau” terrorisme », *APC*, vol. 38, 2016, p. 149-167.
- GAUDEMET Yves, « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », *RFDA*, n° 3, 2011, p. 464.
- GAUTRON Virginie, RAPHALEN Pauline, « Les stages : une nouvelle forme de pénalité ? », *Dév. & Soc.*, n° 1, Vol. 37, 2013, p. 27-50.
- GAUTRON Virginie, DUBOURG Émilie, « La rationalisation des méthodes d'évaluation des risques de récidive. Entre promotion institutionnelle, réticences professionnelles et prudence interprétative », *Champ pénal*, vol. XI, « Parentalités enfermées / Objets et enfermement / Probation française », 2014, 34 p.
- GEFFRAY Edouard, LIÈBER Sophie-Justine, « Le droit pénitentiaire, un droit en construction », *AJDA*, n° 43, 2008, p. 2389-2396.
- GIACOPELLI Muriel, « La promotion du milieu ouvert par l'aménagement des peines », *AJ Pénal*, n° 3, 2005, p. 89.
- GIACOPELLI Muriel, « De l'individualisation de la peine à l'indétermination de la peine », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin. Sciences pénales & Sciences criminologiques*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 233-244.
- GIACOPELLI Muriel, « Quelle place de la victime dans l'exécution des peines ? », in *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale : Opinio doctorum*, MALABAT Valérie, DE LAMY Bertrand, GIACOPELLI Muriel (dir.), Paris, Dalloz, 2009, p. 325-338.
- GIACOPELLI Muriel, « La pénétration des règles du procès pénal devant les juridictions de l'application des peines : état des lieux », *RSC*, n° 4, 2015, p. 799-812.
- GIACOPELLI Muriel, « La motivation des aménagements de peine », in *La motivation de la peine*, LETOUZEY Élise (dir.), Amiens, CEPRISCA, « Collection colloques », 2019, p. 109-125.

- GIACOPELLI Muriel, « La garantie du droit au respect de la dignité en détention: vers un recours effectif ? », *La semaine du droit*, n° 17, 2021, p. 799-802.
- GIRAUD Alfred, « De la surveillance de la haute police et de la réhabilitation », in *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 7, 1861, p. 524-546.
- GOLDZLAGIER Julien, « La révolution des peines n'aura pas eu lieu », *AJ Pénal*, n° 5, 2018, p. 234-239.
- GOURLAND Joana, « Évaluation du risque de récidive et de la dangerosité criminologique », in *Troubles de la personnalité. ni psychotiques, ni névrotiques, ni pervers, ni normaux...*, COUTANCEAU Roland, SMITH Joanna (dir.), Malakoff, Dunod, « Psychothérapies », 2013, p. 266-281.
- GOURMELON Nathalie, « La prise en charge pénitentiaire des délinquants sexuels sous le sceau de la gestion des risques et de la lutte contre la récidive », *Dév. & Soc*, n° 4, vol. 36, 2012, p. 363-387.
- GRAMMATICI Filippo, « La notion de responsabilité dans le système de défense sociale, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, A. Pédone, 1975, t. 2, « Études de science pénale et de politique criminelle », p. 109-123.
- GRÉGOIRE Ludivine, « Application automatique de la période de sûreté : la censure attendue n'a pas eu lieu », *AJ Pénal*, n° 12, 2018, p. 589-590.
- GRIFFON-YARZA Laurent, « La contrainte pénale : premiers éléments d'analyse pratique », *Dr. pén.*, n° 10, 2014, étude 18.
- GRIFFON-YARZA Laurent, « La libération sous contrainte, nouvel oxymore juridique », *AJ Pénal*, n° 2, 2015, p. 80-82.
- GRILLE Nadège, « La perspective des établissements spécialisés pour mineurs, le pari d'une prison éducative ? », *AJ Pénal*, n° 2, 2005, p. 62-66.
- GRILLE Nadège, « Le droit pénitentiaire des mineurs à l'épreuve des nouveaux EPM : Pratiques professionnelles et usages du droit en prison », *AJ Pénal*, n° 1, 2010, p. 23-26.
- GROS Frédéric, « Foucault et "La société punitive" », *Pouvoirs*, n° 4, vol. 13, 2010, p. 5-14.
- GUELFY Julien-Daniel, « Axe I, axe II ou Troubles mentaux et Troubles de la personnalité », *L'évolution psychiatrique*, n° 79, 2014, p. 55-67.
- GUELFY Julien-Daniel, KOVÉSS-MASFÉTY Viviane, « La psychiatrie à l'heure de la santé mentale: quels enjeux pour la France ? », in *Traité de santé publique*, BOURDILLON François, BRÜCKER Gilles, TABUTEAU Didier (dir.), 3^e éd., Cachan, Lavoisier, « Traités », 2016, p. 507-514.
- GUÉRY Christian, « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », *JCP G*, n° 24, 1998, doctr. 140.
- GUIDICELLI André, « Modernité, postmodernité et doctrines pénales : une grille de lecture », in *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), Paris, Presses universitaires de France, « Droit et justice », 2009, p. 51-58.
- GUIDICELLI-DELAGE Geneviève, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, n° 1, 2010, p. 69-90.
- GUYOMAR Mattias, « Limites des mesures d'ordre intérieur en matière pénitentiaire : déclassements d'emploi et changements d'affectation des détenus. Conclusions sur Conseil

- d'État, Assemblée, 14 décembre 2007, *M. Planchenault* (1^{ère} espèce), et *Garde des sceaux, ministre de la Justice c/ M. Boussouar* (2^e espèce) », *RFDA*, n° 1, 2008, p. 87-103.
- GUYOMAR Mattias, « Le Conseil d'État précise le régime contentieux des décisions relatives aux changements d'affectation des détenus », *Gaz. Pal.*, n° 353, 19 décembre 2013.
- HABOUZIT Francis, GIANNOULIS Vissarion, SIDHOUM-RAHAL Djohar, BEAUVAIS Pascal (dir.), « Droit européen des droits de l'homme (CEDH) (chron.) », *RPDP*, n° 1, 2016, p. 129-139.
- HABOUZIT Francis, FABRIZI Andrea, MIGNOT-MAHDAVI Rebecca, LASSALLE Maxime, BEAUVAIS Pascal (dir.), « Droit européen des droits de l'homme (CEDH) (chron.) », *RPDP*, n° 4, 2016, p. 953-965.
- HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire », *RSC*, n° 3, 2017, p. 587-606.
- HABOUZIT Francis, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire (suite) : Existe-t-il un statut *sui generis* des personnes « radicalisées » ? », *RSC*, 2018, n° 2, p. 541-555.
- HACHE Émilie, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *Raisons politiques*, n° 4, vol. 28, 2007, p. 49-65.
- HANNAH-MOFFAT Kelly, SHAW Margaret, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *Criminologie*, n° 1, vol. 34, 2001, p. 47-72.
- HANNAH-MOFFAT Kelly, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penality », *Punishment & Society*, n° 1, vol. 7, 2005, p. 29-51.
- HARCOURT Bernard, « Critique du champ pénal à l'âge actuariel », *Cahiers parisiens*, n° 3, 2007, p. 785-808.
- HARCOURT Bernard, KREEGER Julius, « Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIX^e et XX^e siècle », *RSC*, n° 1, 2010, p. 31-48.
- HARCOURT Bernard, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique », *Dév. & Soc.*, n° 1, vol. 35, 2011, p. 5-33.
- HARCOURT Bernard, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique (Partie II) », *Dév. & Soc.*, n° 2, vol. 35, 2011, p. 163-194.
- HAZAN Adeline, « Les droits fondamentaux des personnes détenues à l'épreuve de la crise sanitaire », *AJ Pénal*, n° 4, 2020, p. 200-201.
- HEDHILI-AZÉMA Hinda, « La réforme "Amor" de l'administration pénitentiaire - mai 1945 », in *L'administration pénitentiaire, 1945, 1975, 2015. Naissance des réformes, problématiques, actualité*, DAP, Paris, Ministère de la Justice, « Collection Travaux et Documents », 2017, p. 35-47.
- HEILMANN Éric, « La vidéosurveillance, un mirage technologique et politique », in *La frénésie sécuritaire. Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, MUCCHIELLI Laurent (dir.), Paris, La Découverte, « Sur le vif », 2008, p. 113-124.
- HERRAN Thomas, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *AJ Pénal*, n° 11, 2017, p. 472-474.
- HERZOG-EVANS Martine, « La libération conditionnelle et la judiciarisation. L'émergence de critères jurisprudentiels *contra legem* », *D.*, 2002, p. 837-842.
- HERZOG-EVANS Martine, « Le huis clos est-il obligatoire ou contraire à la Conv. EDH ? Ni l'un ni l'autre... », *AJ Pénal*, n° 5, 2005, p. 205.

- HERZOG-EVANS Martine, « La révocation d'un SME ne peut se fonder que sur le non-respect d'une obligation prévue par la condamnation », *AJ Pénal*, n° 6, 2005, p. 247.
- HERZOG-EVANS Martine, « Le règlement ne saurait suppléer à la loi s'agissant de retirer un aménagement de peine », *AJ Pénal*, n° 5, 2007, p. 235.
- HERZOG-EVANS Martine, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit », *AJ Pénal*, n° 4, 2008, p. 161-170.
- HERZOG-EVANS Martine, « Les articles 474 et 723-15 ou le sens retrouvé des courtes peines d'emprisonnement. Plaidoyer pour un artisanat judiciaire », *AJ Pénal*, n° 6, 2008, p. 274-276.
- HERZOG-EVANS Martine, « À propos de l'interdiction de s'exprimer quant à l'infraction Jugement rendu par Tribunal de l'application des peines de Paris », *AJ Pénal*, n° 12, 2008, p. 517.
- HERZOG-EVANS Martine, « La marginalisation des juridictions de droit commun de l'application des peines », *Gaz. Pal.*, n° 10, 10 janvier 2009, p. 8.
- HERZOG-EVANS Martine, « Application des peines : la prétendue « bonne partie » de la loi pénitentiaire », *AJ Pénal*, n° 12, 2009, p. 483-490.
- HERZOG-EVANS Martine, « Une interview qui coûte cher à un ancien terroriste », *D.*, n° 20, 2009, p. 1388-1392.
- HERZOG-EVANS Martine, « Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative », *D.*, n° 1, 2010, p. 31-38.
- HERZOG-EVANS Martine, « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *D.*, n° 23, 2010, p. 1428-1435.
- HERZOG-EVANS Martine, « Semi-liberté : consentement du condamné requis », *AJ Pénal*, n° 3, 2015, p. 104-105.
- HERZOG-EVANS Martine, « Les terroristes doivent avoir de la compassion pour les victimes et renoncer à leurs idées politiques », *AJ Pénal*, n° 3, 2015, p. 107-108.
- HERZOG-EVANS Martine, « Lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 et exécution des peines : communication, (im)précisions, et répression », *AJ Pénal*, n° 10, 2016, p. 470-474.
- HERZOG-EVANS Martine, « Permissions de sortir et autorisation de sortir sous escorte. Écran de fumée illisible et à droit quasiment constant », *AJ Pénal*, n° 12, 2016, p. 556.
- HERZOG-EVANS Martine, « Mesures quasi-juridictionnelles et absence de contradictoire : le sacrifice de l'efficacité criminologique. », *AJ Pénal*, 2017, n° 10, p. 458-460.
- HERZOG-EVANS Martine, « Quel avenir pour les procédures quasi juridictionnelles ? Conseil constitutionnel, 10-11-2017 n° 2017-671 QPC », *AJ Pénal*, n° 12, 2017, p. 538-540.
- HERZOG-EVANS Martine, BONTA James, KEULEN DE VOS Marije, VANDERSTUKKEN Olivier, BENBOURICHE Massil, « Structurer le jugement professionnel : les véritables enjeux », *AJ Pénal*, n° 1, 2018, p. 8-12.
- HERZOG-EVANS Martine, « L'évaluation des extrémistes violents. Une comparaison de deux outils dans le contexte français », *AJ Pénal*, n° 3, 2018, p. 126-129.
- HERZOG-EVANS Martine, « Décret du 13 février 2019 sur la discipline pénitentiaire : un raidissement institutionnel et une occasion manquée », *AJ Pénal*, n° 3, 2019, p. 139-143.
- HIRSCHELMANN-AMBROSI Astrid, « Risques et dangers », *Bulletin de psychologie*, n° 1, vol. 59, 2006, p. 47-55.

Bibliographie

- KALUSZINSKY Martine, « L'incontournable alliance. Savoirs et politiques sur le crime, en France, sous la Troisième République », *Société & représentations*, n° 2, vol. 3, 1996, p. 187-197.
- KALUSZINSKY Martine, « Réformer la société. Les hommes de la société générale des prisons, 1877-1900 », *Genèses*, vol. 28, 1997, p. 76-94.
- KALUSZYNSKI Martine, « Le développement du placement sous surveillance électronique en Europe, genèses, circulation des modèles et diversité des problématiques », in *Justice et technologies. Surveillance électronique en Europe*, FROMENT Jean-Charles, KALUSZINSKY Martine (dir.), Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2006, p. 14-28.
- KALUSZYNSKI Martine, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal* [En ligne], Vol. V, 2008, consulté en ligne le 27 août 2018, 19 p.
- KALUSZINSKY Martine, « La science pénitentiaire comme science de gouvernement. Espaces juridiques, réseaux réformateurs et savoirs experts en France à la fin du XIX^e siècle », *Revue d'Anthropologie des Connaissances*, n° 1, vol. 7, 2013, p. 87-111.
- KAMINSKI Dan, « Troubles de la pénalité et ordre managérial », *Recherches sociologiques*, n° 1, 2002, p. 87-107.
- KAMINSKI Dan, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), Bruxelles, De Boeck & Larcier, « Perspectives criminologiques », 2006, p. 323-342.
- KAPSAMBELIS Vassilis, « Chapitre 1. Spécificité de la psychiatrie », in *Manuel de psychiatrie clinique et psychopathologique de l'adulte*, KAPSAMBELIS Vassilis (dir.), Paris, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2012, p. 1-20.
- KAPSAMBELIS Vassilis, « Chapitre 34. Introduction à la notion de personnalité pathologique », in *Manuel de psychiatrie clinique et psychopathologique de l'adulte*, KAPSAMBELIS Vassilis (dir.), Paris, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2012, p. 615-628.
- KECSKEMÉTI Sophie, « Chapitre 35. Les troubles de la personnalité dans les classifications contemporaines », in *Manuel de psychiatrie clinique et psychopathologique de l'adulte*, KAPSAMBELIS Vassilis, Paris, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2012, p. 629-640.
- KENSEY Annie, TOURNIER Pierre-Victor, « Aménagements des peines privatives de liberté, des mesures d'exception », *Questions pénales*, n° 3, vol. XIII, 2000, 4 p.
- KENSEY-BOUDADI Annie, « Réalité des aménagements de peines », *AJ Pénal*, n°3, 2005, p. 107-110.
- JANAS Michaël, « Le JAP et l'aménagement des peines vers le milieu ouvert », *AJ Pénal*, N° 3, 2005, p. 101-105.
- JANAS Michaël, « Les dispositions relatives au prononcé et à l'application des peines », *Gaz. Pal.*, n° 28, vol. 27, 2009, p. 30-32.
- JANAS Michaël, « Les dispositions relatives au prononcé et à l'application des peines dans la loi n°2009-1436 du 24 octobre 2009 dite loi pénitentiaire. - Entre aménagement de peine et libérations anticipées, de l'individualisation à l'industrialisation des aménagements de peines », *Dr. pén.*, n° 1, 2010, étude 1.

- JENDLY Manon, « Performance, transparence et accountability : une équation (dé) responsabilisante des professionnels exerçant en prison ? », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 36, 2012, p. 399-423.
- JENNEQUIN Anne, « La dignité de la personne détenue », *RFDA*, n° 6, 2015, p. 1082-1087.
- JIMÉNEZ DE ASÚA Louis, « La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) », *RSC*, n° 1, 1954, p. 21-38.
- JOSEPH-RATINEAU Yannick, « L'avenir de la commission de l'application des peines », *Dr. pén.*, n° 4, 2016, étude 8.
- JURMAND Jean-Pierre, « Individualisation et subjectivation à l'oeuvre dans la justice pénale des mineurs en France au XX^e siècle », *Criminocorpus, revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines* [en ligne], 2014, consulté le 26 février 2020, 22 p.
- LANCELEVÉE Camille, CLIQUENNOIS Gaëtan, DUGUÉ Frédéric, CARTUYELS Yves, BESSIN Marc, « La croisée des savoirs - Ce que la dangerosité fait aux pratiques : entre soin et peine, une comparaison Belgique-France », *Les cahiers de la justice*, n° 1, 2013, p. 101-11.
- LARMINAT DE Xavier, « L'exécution des peines en milieu ouvert. Entre diagnostic criminologique et gestion des flux », *Questions pénales*, n° 2, mai 2011, p. 1-4.
- LARMINAT DE Xavier, « La technologie de mise à distance des condamnés en France. La centralisation informatique des données socio-judiciaires », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 37, « Justice pénale et technologie. Vers une transformation de la régulation et des stratégies pénales ? », 2013, p. 359-373.
- LARMINAT DE Xavier, « La probation en quête d'approbation : du consensus politique à l'aveuglement positiviste », *APC*, n° 1, vol. 35, 2013, p. 45-60.
- LARMINAT DE Xavier, « Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation », *Champ pénal*, vol. 11, 2014, 23 p.
- LARMINAT DE Xavier, « L'informatisation des services de probation. Une mise en abyme des réformes de modernisation », in *L'instrumentation de l'action publique. Controverses, résistance, effets*, HALPERN Charlotte, LASCOUMES Pierre, LE GALÈS Patrick (dir.), Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2014, 350 p.
- LARMINAT DE Xavier, « Entre sentiment et comportement. L'adaptation des agents de probation aux réformes gestionnaires », *Droit et société*, n° 90, 2015, p. 303-316.
- LATOUR Xavier, « La loi relative au renseignement : un État de surveillance ? », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, n° 40, 2015, étude 2286.
- LAUFÉRON Frédéric, « Un outil au service du désengagement : présentation du dispositif RIVE », *AJ Pénal*, n° 3, 2018, p. 135-136.
- LAZERGES Christine, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes histoire d'une navette parlementaire », *RSC*, n° 1, 2001, p. 7-24.
- LAZERGES Christine, « La dérive de la procédure pénale », *RSC*, n° 4, 2003, p. 644.
- LAZERGES Christine, « La défense sociale nouvelle a 50 ans. L'actualité de la pensée de Marc Ancel », *RSC*, n° 1, 2005, p. 165-170.
- LAZERGES Christine, « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *RSC*, n° 1, 2006, p. 183-198.
- LAZERGES Christine, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC*, n° 3, 2008, p. 731-746.

- LAZERGES Christine, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, GUIDICELLI-DELAGÉ Geneviève, LAZERGES Christine (dir.), Paris, PUF, IRJS Éditions, « Les voies du droit », 2011, p. 79-96.
- LAZERGES Christine, « 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*, n° 1, 2012, p. 274-282.
- LAZERGES Christine, « Avant propos », *APC*, n° 35, « Punir dehors », 2013, p. 3-5.
- LEBLAY Louis, « Le projet d'exécution des peines », in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, OTTENHOFF Reynald, Toulouse, Éres, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001, p. 263-265.
- LEBLOIS-HAPPE Jocelyne, « La redéfinition des finalités et des fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine? », *Gaz. Pal.*, n° 143, 23 mai 2015, p. 10.
- LEGRAND Stéphane, « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », *Raisons politiques*, n° 4, vol. 28, 2007, p. 33-47.
- LEFEVRE Hans, GARCIA Anthony, « La pratique de l'évaluation au sein des SPIP », *AJ Pénal*, n° 1, 2018, p. 23.
- LEMKE Thomas, « The birth of Biopolitics : Michel Foucault's lecture at the collège de France on Neo-liberal Governmentality », *Economy and Society*, n° 2, vol. 30, 2001, p. 190-207.
- LE MONNIER DE GOUVILLE Pauline, « De la répression à la prévention. Réflexion sur la politique criminelle antiterroriste », *Les Cahiers de la Justice*, n° 2, 2017, p. 209-226.
- LETENEUR Henri, « La politique pénitentiaire française. Son évolution au cours des quarante dernières années », *Études*, n° 2, vol. 360, 1984, p. 183-198.
- LETTO Nora, « La place des psys dans un dispositif de désengagement de la violence extrémiste », *Le Genre humain*, n° 2, vol. 61, 2019, p. 339-342.
- LETURMY Laurence, « De l'enquête de police à la phase exécutoire du procès : quelques remarques générales sur l'expertise pénale », *AJ Pénal*, n° 2, 2006, p. 58-65.
- LETURMY Laurence, « La répression de la délinquance sexuelle », in *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), Paris, Presses universitaires de France, « Droit et justice », 2009, p. 125-147.
- LETURMY Laurence, « La (prétendue) réforme pénitentiaire », in *Quelles mutations pour la justice pénale du XXI^e siècle ?*, PELLÉ Sébastien, BEAUSSONIE Guillaume, BOTTON Antoine, BERGEAUD Aurélie, BONIS Évelyne (dir.), Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2020, p. 263-276.
- LEVASSEUR George, « Aperçu sur la judiciarisation de l'exécution des sanctions répressives », *RPDP*, 1983, p. 331.
- LIÈGE-DIRAY, « La science pénitentiaire », *Revue pénitentiaire*, n° 1, 1881, p. 67-92.
- LOSCHAK Danièle, « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », in *L'institution*, Paris, PUF, 1981, p. 125-184.
- MACMILLAN Alexandre, « La biopolitique et le dressage des populations », *Cultures & Conflits*, vol. 78, « Biopolitique et gouvernement des populations », 2010, p. 39-53.
- MAIL-FOUILLEUL Stéphane, « Les droits de la défense et le juge de l'application des peines », *Dr. pén.*, n° 2, 2001, chron. 7.

- MALFROY Pierre, « Les programmes de prévention de la récidive. Genèse, actualité et perspectives pour l'institution pénitentiaire en France » in *Penser les agressions sexuelles : actualités des modèles, actualité des pratiques*, GRAVIER Bruno, ROMAN Pascal, AUBUT Justice (dir.), Toulouse, Éres, « Collection Études, recherches, actions en santé mentale en Europe », 2016, p. 205-236.
- MARGAINE Clément, « La loi du 15 août 2014 et le milieu ouvert : vers un accroissement du contrôle des personnes condamnées », *AJ Pénal*, n° 10, 2014, p. 453-455.
- MARGAINE Clément, « Peines perpétuelles et réinsertion des détenus dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme », in *Le Droit à la réinsertion des personnes détenues. Actes de colloque du 28 et 29 janvier 2016*, SCHMITZ Julia (dir.), Toulouse I Capitole, p. 60-70.
- MARGAINE Clément, « Le régime d'application de la peine pour les djihadistes », *RPDP*, n° 1, 2018, p. 31-43.
- MARGAINE Clément, « Droit pénitentiaire 2 », *RPDP*, n° 1, 2018, p. 111-122.
- MARGAINE Clément, « Articulation des règles spéciales en matière de libération conditionnelle ou la consécration du principe *specialia specialibus cumulant* », *AJ Pénal*, n° 6, 2021, p. 331-332.
- MARTINSON Robert, « What works ? Questions and answers about prison reform », *The Public Interest*, vol. 35, 1974, p. 22-54.
- MARTUCELLI Danilo, « Figures de la domination », *Revue française de sociologie*, n° 3, Vol. 45, 2004, p. 469-497.
- MARTUCELLI Danilo, « Critique de la philosophie de l'évaluation », *Cahiers internationaux de sociologie*, n° 1, n° 128-129, 2011, p. 27-52.
- MARY Philippe, « (Dé)responsabilisation et pénalité », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), Bruxelles, De Boeck & Larcier, « Perspectives criminologiques », 2006, p. 343-366.
- MARY Philippe, « La politique pénitentiaire », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 12, n° 2137, 2012, p. 5-47.
- MASSAT Eric, « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration », *RSC*, n° 4, 2003, p. 743-762.
- MASSÉ Michel, JEAN Jean-paul, GIUDICELLI André, « Le droit pénal au prisme de la postmodernité : évolutions et ruptures », in *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), Paris, Presses universitaires de France, « Droit et justice », 2009, p. 17-40.
- MATHIS Dominique, « Chapitre 49. Situations cliniques difficiles et dangerosité », in *Manuel de psychiatrie clinique et psychopathologique de l'adulte*, KAPSEMBELIS Vassilis (dir.), Paris, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2012, p. 895-908.
- MATSOPOULOU Haritini, « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.*, n° 23, 2007, p. 1607-1614.
- MATSOPOULOU Haritini, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi

- n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Dr. pén.*, n° 4, 2008, p. étude 5.
- MAYAUD Yves, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.*, n° 20, 2008, p. 1359-1366.
- MAZABRAUD Bertrand, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, n° 2, vol. 42, 2010, p. 127-189.
- MBANZOULOU Paul, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJ Pénal*, n° 4, 2008, p. 171-176.
- MBANZOULOU Paul, « Quelles approches pénitentiaires de la dangerosité des détenus ? », in *Les nouvelles figures de la dangerosité*, ALVAREZ Joséfina, BASEX Hélène, MBANZOULOU Paul, RAZAC Olivier (dir.), Paris, L'Harmattan, « Sciences criminelles », 2008, p. 129-142.
- MEDJKANE Missiva, « Le partage des informations à caractère secret », *AJ Pénal*, n° 9, 2017, p. 371-373.
- MERRY Sally Engle, « Spatial Governmentality and the New Urban Social Order : Controlling Gender Violence through law », *American Anthropologist*, n°1, 2001, vol. 103, p. 16-29.
- MILBURN Philip, JAMET Ludovic, « Les services de probation et d'insertion français dans la tourmente », *Champ pénal*, vol. XI, "Parentalités enfermées/Objets et enfermement/ Probation française", 2014, 25 p.
- MISTRETTA Patrick, « Valeur sociale protégée et santé », *L'empreinte des valeurs sociales en droit pénal*, MISTRETTA Patrick, PAPILLON Salomé, KUREK Camille (dir.), Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2020, p. 95-107.
- MOLINER-DUBOST Marianne, « La condition des détenus particulièrement signalés sous les feux de l'actualité », *AJDA*, n° 18, 2010, p. 994-996.
- MOTTE Jean, « Connaissance du dossier et compréhension du sujet en expertise psychologique : de l'utilité d'un savoir au risque d'un interdit », *AJ Pénal*, n° 11, 2014, p. 509-512.
- MOULIN Valérie, PALARIC Ronan, « Les groupes de parole de prévention de la récidive au sein des SPIP. Une évolution centrée sur la gestion du risque, entre théorie et adaptation pratique », *Champ pénal*, vol. 11, "Parentalités enfermées/Objets et enfermement/ Probation française", 2014, 24 p.
- MOSSÉ Armand, « Chronique pénitentiaire », *RSC*, n° 2, 1939, p. 315-318.
- MUCCHIELLI Laurent, « Article 41-BIS et prisons italiennes », in *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, ARTIÈRES Philippe, LASCOURMES Pierre (dir.), Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2004, p. 245-254.
- NADJAR Élodie, « Le parcours d'exécution de peine : un vecteur de réinsertion », *Cahiers de la sécurité et de la justice*, n° 12, « À quoi sert la prison ? En quête de prison républicaine, enquête sur la prison contemporaine », 2010.
- NIQUÈGE Sylvain, « Droit pénitentiaire II », *RPDP*, n° 3, 2018, p. 629-637.
- NORMANDEAU André, « Bilan criminologique de quatre politiques et pratiques pénales américaines contemporaines », *RSC*, n° 2, 1996, p. 333-346.
- O'MALLEY Pat, « « Mondialisation » et justice criminelle : du défaitisme à l'optimisme », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 30, 2006, p. 323-338.
- OTTENHOFF Reynald, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *RSC*, n° 3, 1987, p. 607-619.

- PALTRINIERI Luca, « Quantifier la qualité. Le « capital » entre économie, démographie et éducation », *Raisons politiques*, n° 4, vol. 52, 2013, p. 89-107.
- PAPATHÉODOROU Théodore, « La personnalisation des peines dans le nouveau code pénal français », *RSC*, n° 1, 1997, p. 15-28.
- PARIZOT Raphaële, « CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'Homme », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, GUIDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine (dir.), Paris, PUF, IRJS Éditions, 2011, « Les voies du droit », p. 97-116.
- PARIZOT Raphaële, « Surveiller et prévenir... à quel prix ? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *JCP G*, n° 41, 2015, doct. 1077.
- PARIZOT Raphaële, « Motivation des décisions relatives aux aménagements de peine et place de la victime dans l'exécution des peines », *RSC*, n° 1, 2019, p. 149-154.
- PARIZOT Raphaële, « L'autonomie personnelle, nouvelle valeur sociale protégée par le droit pénal ? », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, MISTRETTA Patrick, PAPILLON Salomé, KUREK Camille (dir.), Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2020, p. 71-81.
- PASTRE-BALDA Béatrice, « Les régimes de détention et la question de l'individualisation du parcours de détention », in *Les droits de la personne détenue : après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, BOUSSARD Sabine (dir.), Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires Actes », 2013, p. 161-180.
- PÉCHILLON Éric, HERZOG-EVANS Martine, « Droit pénitentiaire : la réécriture de la loi par voie de circulaires (1^{ère} partie) », *LPA*, n° 56, 2001, p. 8.
- PÉCHILLON Éric, HERZOG-EVANS Martine, « Droit pénitentiaire : la réécriture de la loi par voie de circulaires (suite et fin) », *LPA*, n° 57, 2001, p. 8.
- PÉCHILLON Éric, « Règlement intérieur type des établissements pénitentiaires : une réforme décrétable anachronique ? », *AJ Pénal*, n° 6, 2013, p. 304-307.
- PÉLISSIER Pierre, « Techniques judiciaires de réduction de la peine privative de liberté », in *Prison, sortir avant terme : techniques judiciaires de réduction de la peine privative de liberté. Comparaison des droits et pratiques d'Amérique du Nord, du Japon et de la France. Journée d'études organisée par l'Institut de sciences criminelles de Poitiers*, PRADEL Jean (dir.), Paris, Éd. Cujas, 1996, p. 89-98.
- PELTIER Virginie, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Dr. pén.*, n° 3, 2011, étude 4.
- PELTIER Virginie, « Expertise et dangerosité : le nouveau statut juridique de l'expertise en matière de lutte contre la récidive », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 563-583.
- PELTIER Virginie, « Les “boîtes à outils” de Madame Taubira. À propos de la loi du 15 août 2014 », *JCP G*, n° 36, 2014, p. 883.
- PELTIER Virginie, « L'avocat et la peine », *Dr. pén.*, n° 5, 2021, p. 33-36.
- PELTIER Virginie, « Sens et efficacité des peines », *Dr. pén.*, n° 5, 2019, étude 13.
- PERRIER Jean-Baptiste, « La réforme du droit de la peine : tout changer pour que rien ne change », *RSC*, n° 2, 2019, p. 449-460.
- PERRIER Yves, « Le milieu ouvert, prémices d'une construction », in *L'administration pénitentiaire, 1945, 1975, 2015. Naissance des réformes, problématiques, actualité.*, DAP,

- Paris, Ministère de la Justice, « Collection Travaux et Documents », 2017, vol. 84, p. 153-165.
- PEETERS Hugues, CHARLIER Philippe, « Contributions à une théorie du dispositif », *Hermès, La Revue*, n° 3, vol. 25, 1999, p. 15-23.
- PETIT Jacques-Guy, « L'amendement ou l'entreprise de réforme morale des prisonniers en France au XIXe siècle », *Dév. et Soc.*, n° 4, vol. 6, 1982, p. 331-351.
- PIN Xavier, « La privatisation du procès pénal », *RSC*, n° 2, 2002, p. 245-262.
- PIN Xavier, « La participation consensuelle », in *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, Paris, Cujas, « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 2006, p. 27-60.
- PIN Xavier, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », in *La cohérence des châtiments*, Paris, Dalloz, « Essais de philosophie pénale et de criminologie », 2012, p. 81-103.
- PIN Xavier, « L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2020, p. 111-127.
- PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *RSC*, n° 1, 1946, p. 132-143.
- PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *RSC*, n° 2, 1949, p. 364-367.
- PINATEL Jean, « Les diverses conceptions de la science pénitentiaire », *RSC*, n° 4, 1949, p. 705-724.
- PINATEL Jean, « Chronique pénitentiaire », *RSC*, n° 1, 1952, p. 113-118.
- POINSIGNON Frédéric, « Exécution des peines et détention provisoire, la question de la computation du « temps pénitentiaire » », *AJ Pénal*, n° 6, 1 juin 2012, p. 329-336.
- POINSIGNON Frédéric, « Retrait de crédit de réduction de peines par le JAP : mode(s) d'emploi ? », *AJ Pénal*, n° 1, 2013, p. 28-34.
- PONCELA Pierrette, « Le droit pénal : au nom de la loi ou malgré la loi », *APD*, n° 25, « La loi », 1980, p. 29-46.
- PONCELA Pierrette, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *APD*, vol. 26, « L'utile et le juste », 1981, p. 59-71.
- PONCELA Pierrette, « Droit de punir et pouvoir de punir : une problématique de l'État », *APD*, vol. 28, « Philosophie pénale », 1983, p. 123-135.
- PONCELA Pierrette, « Éclipses et réapparition de la rétribution », in *Rétribution et justice pénale*, BLONDIEAU Francis, VILLEY Michel (dir.), Paris, Presses Universitaires de France, « Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. Série philosophie du droit », 1983, vol. 1, p. 11-26.
- PONCELA Pierrette, « Regard sur la vérité judiciaire », *APD*, n° 29, « Dialogue, dialectique en philosophie et en droit », 1984, p. 176-183.
- PONCELA Pierrette, « La vérité est de ce monde », *Actes. Les cahiers d'action juridique*, n° 54, Foucault hors les murs, 1986, p. 69-72.
- PONCELA Pierrette, « L'archéologie du savoir juridique », *APD*, n° 33, « La philosophie du droit aujourd'hui », 1988, p. 169-175.
- PONCELA Pierrette, « Le premier code : la codification pénale révolutionnaire », in *Diritto e Stato nella filosofia della rivoluzione francese. Atti del colloquio internazionale Milano*, CATTANEO Mario (dir.), Milano, Guiffré editore, 1992, p. 57-92.

- PONCELA Pierrette, « Adrien Duport, fondateur du droit pénal moderne », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 17, 1993, p. 139-147.
- PONCELA Pierrette, « La mise à l'isolement constitue une mesure d'ordre intérieur », *RSC*, n° 2, 1997, p. 447-451.
- PONCELA Pierrette, « Le fait du prince : la libération conditionnelle accordée par le ministère de la Justice », *RSC*, n° 1, 1999, p. 139-144.
- PONCELA Pierrette, « Le chantier de l'exécution des peines est ouvert. Quelques remarques sur la loi du 15 juin 2000 », *RSC*, n° 4, 2000, p. 887-891.
- PONCELA Pierrette, « Les droits de la défense durant l'exécution des peines privative de liberté », in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, OTTENHOFF Reynald (dir.), Toulouse, Éres, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001, p. 267-272.
- PONCELA Pierrette, « Dans les entrelacs du pourquoi et du comment punir, un nouvel art de sanctionner », in *Qu'est-ce que la culture ?*, MICHAUX Yves (dir.), Odile Jacob, Paris, « Universités de tous les savoirs », 2001, p. 561-572.
- PONCELA Pierrette, « Peine et crédit. Aménagement de la peine. Loi du 9 mars 2004 (suite) : réductions de peine, fins de peine et autres aménagements », *RSC*, n° 4, 2004, p. 955.
- PONCELA Pierrette, « Le combat des gladiateurs. La procédure pénale au prisme de la loi Perben II », *Dr. et soc.*, vol. 60, 2005, n°2, p. 473-493.
- PONCELA Pierrette, « Les grâces collectives à la recherche d'une identité », *RSC*, n° 4, 2005, p. 926-933.
- PONCELA Pierrette, « La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, OST François, Van de Kerchove Michel, VAN DROOGHENBROECK Sébastien (dir.), Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 363-375.
- PONCELA Pierrette, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *RSC*, n° 3, 2007, p. 883-894.
- PONCELA Pierrette, « Chronique de l'exécution des peines. Choix de jurisprudence - Juridictions administratives, européennes et judiciaires - Année 2007 », *RSC*, n° 2, 2008, p. 404-415.
- PONCELA Pierrette, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in *Les nouvelles figures de la dangerosité*, ALVAREZ Joséfina, BASEX Hélène, MBANZOULOU Paul, RAZAC Olivier (dir.), Paris, L'Harmattan, « Sciences criminelles », 2008, p. 93-113.
- PONCELA Pierrette, « Le déploiement des aménagements de peine », *RPDP*, n° 1, 2009, p. 95.
- PONCELA Pierrette, « Chronique de l'exécution des peines. Choix de jurisprudence - Juridictions administratives, européennes et judiciaires - Janvier 2008 à mars 2009 », *RSC*, n° 2, 2009, p. 431-441.
- PONCELA Pierrette, « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *RSC*, n° 1, 2010, p. 190-200.
- PONCELA Pierrette, « La surveillance électronique de fin de peine. Un symbole des évolutions du droit de l'exécution des peines », *RSC*, n° 3, 2011, p. 681-689.
- PONCELA Pierrette, « De la diversité des sanctions juridiques. Variation sur le traitement différentiel des illégalismes », in *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de*

- Kerchove, TULKENS Françoise, CARTUYVELS Yves, GUILLAIN Christine (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 67-78.
- PONCELA Pierrette, « Dehors... La prison dans la tête. Quelques réflexions à partir des peines de milieu ouvert », *APC*, n° 1, vol. 35 « Punir dehors », 2013, p. 7-23.
- PONCELA Pierrette, « Longues, trop longues peines », *RSC*, n° 3, 2013, p. 625-634.
- PONCELA Pierrette, « Le droit des aménagements de peine, essor et désordres », in *L'aménagement des peines privatives de liberté : l'exécution de la peine autrement*, KENSEY Annie (dir.), Paris, Ministère de la Justice, n° 79, « Collection Travaux et Documents », 2013, p. 21-29.
- PONCELA Pierrette, « Le détail et l'évènement. Réformes législatives, comités d'études et parlementaires », in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2014, p. 273-281.
- PONCELA Pierrette, « Demandés ou imposés, les transfèvements sur la sellette », *RSC*, n° 1, 2014, p. 153-162.
- PONCELA Pierrette, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », *RSC*, n° 3, 2014, p. 611-621.
- PONCELA Pierrette, « Religion et prison, je t'aime moi non plus », *RSC*, n° 1, 2015, p. 143-156.
- PONCELA Pierrette, « Les naufragés du droit pénal », *APC*, n° 38, 2016, p. 9-26.
- PONCELA Pierrette, « Peine et prisons : la régression. À propos des lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 », *RSC*, n° 3, 2016, p. 565-576.
- PONCELA Pierrette, « Le récit du crime dans le procès », in *Le récit du crime. Retour sur un séminaire universitaire en milieu carcéral*, RAOULT Sacha, GIACOPELLI Muriel, CHARBONNIER Gil (dir.), Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, « Laboratoire de droit privée et de sciences criminelles », 2017, p. 27-37.
- PONCELA Pierrette, « Problématiser les pratiques pénales avec et après Foucault », *Délibérée*, n° 1, vol. 6, 2019, p. 6-12.
- PONCELA Pierrette, « Errements et sauts dans le vide - Sur la loi du 23 mars 2019 », *RSC*, n° 1, 2020, p. 137-142.
- PONSEILLE Anne, « La peine et le temps », *APC*, n° 29, 2007, p. 69-93.
- PONSEILLE Anne, « La double motivation de l'article 132-24 du Code pénal, outil de limitation du recours judiciaire à la peine d'emprisonnement ferme : de l'illusion à la désillusion... », *APC*, vol. 35, « Punir dehors », 2013, p. 61-89.
- PONSEILLE Anne, « Aménagement de peine et de surpopulation carcérale. Cour d'appel de Montpellier, CHAP, 18 juin 2014, n° 14/00566 », *AJ Pénal*, 2014, p. 494.
- PONSEILLE Anne, « La saisine d'office du juge de l'application des peines devant le Conseil constitutionnel. Conseil constitutionnel, 10 novembre 2017, n° 2017-671-QPC, M. Antoine L. et Conseil constitutionnel, 15 décembre 2017, n° 2017- 682-QPC, M. David P. », *Constitutions*, n° 1, 2018, p. 94-98.
- PONSEILLE Anne, « Le conseil constitutionnel et l'impossible libération conditionnelle des condamné étrangers pour des faits de terrorisme soumis à une mesure d'éloignement du territoire français », *Constitutions*, n° 4, 2019, p. 517-524.
- PONSEILLE Anne, « La proposition de loi tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention : une avancée en trompe-l'oeil ? », *AJ Pénal*, n° 13, 2021, p. 736-624.

- POUTHIER Tristan, « L'épuisement des mesures d'ordre intérieur en prison. Essai d'interprétation historique », in *L'injusticiabilité : émergence d'une notion ? Études publiées en hommage au Professeur Jacques Leroy*, SERRAND Pierre, SZWEDO Piotr, Cracovie (Pologne), Biblioteka Jagiellonska, 2018, p. 95-125.
- PRADEL Jean, « L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal », *RSC*, n° 4, 1977, p. 723-753.
- PRADEL Jean, « Vers un retour à une plus grande certitude de la peine avec les lois du 9 septembre 1986 », *Dalloz-Sirey*, 1987, p. 5-10.
- PRADEL Jean, « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire. », *D.*, n° 37, 1996, p. 319-327.
- PRADEL Jean, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.*, n° 15, 2008, p. 1000-1012.
- PRADEL Jean, « Des dispositions de la loi du 23 mars 2019 sur le renforcement de l'efficacité et du sens de la peine : texte fondateur ou texte d'ajustement ? », *D.*, n° 18, 2019, p. 1002-1011.
- PRADES Pierre, « L'efficacité des thérapies "psychodynamiques" : une validation empirique de la psychanalyse ? », *Revue du MAUSS*, n° 2, vol. 38, 2011, p. 51-63.
- PROTAIS Caroline, MOREAU Delphine, « L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé », *Champ pénal*, Séminaire du GERN « Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité » (2008-2009), 2009, consulté le 4 octobre 2018.
- PROTAIS, Caroline, « Prendre soin des détenus quand on est surveillant de prison ? Pratiques professionnelles dans un espace de collaboration institutionnalisée avec des professionnels psycho-socio-sanitaires », *Champ pénal* [en ligne], vol. 18, "Justice et santé mentale : impossibles frontières", 2019, 30 p.
- PULL Charles, « Approches critériologiques des troubles de la personnalité », in *Les personnalités pathologiques*, GUELFY Jean-Daniel, HARDY Patrick (dir.), Paris, Lavoisier, 2013, « Psychiatrie », p. 58-64.
- QUIRION Bastien, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *Criminologie*, n° 2, vol. 39, 2006, p. 137-164.
- QUIRION Bastien, « Les transformations de l'intervention thérapeutique en milieu correctionnel : pérennité de la logique dominante ou innovations pénales ? », *Champ pénal*, « Séminaire innovations pénales », 2007, 19 p.
- QUIRION Bastien, « Le détenu autonome et responsable : la nouvelle cible de l'intervention correctionnelle au Canada », *Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 7-8, 2009, p. 818-835.
- QUIRION Bastien, JENDLY Manon, VACHERET Marion, « Le système pénal et la (dé) responsabilisation des acteurs », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 36, 2012, p. 235-241.
- QUIRION Bastien, « Réformer, réadapter ou responsabiliser le détenu. Analyse des enjeux normatifs rattachés à l'intervention correctionnelle au Canada », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 36, 2012, p. 339-355.
- QUIRION Bastien, « Des réformes pénitentiaires au Canada : uniformisation des pratiques et des programmes », in *L'administration pénitentiaire, 1945, 1975, 2015. Naissance des*

- réformes, problématiques, actualité*, Paris, Ministère de la Justice, « Collection Travaux et Documents », 2017, p. 237-252.
- RANAIVO Anne-Sophie, « Permissions de sortir et autorisations de sortir sous escorte : des aménagements de peine négligés », in *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la prison*, CAVALIERE Antonio, HELLMANN Uwe, LUCARELLI Alberto, PARIZOT Raphaële (dir.), CEDAM, Padoue (Italie), « Guistizia penale europea », 2018, p.144-153.
- RAOULT Sacha, « L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et la production du "chiffre" », *RSC*, n° 3, 2014, p. 655-668.
- RAOULT Sacha, « Récidive : trois ans après la conférence, pourquoi il n'y a toujours pas de consensus », *AJ Pénal*, n° 1, 2016, p. 25-28.
- RAOULT Sacha, « Efficacité des politiques pénales : usages et mésusages de la recherche internationale », *RPDP*, n° 3, 2018, p. 729-742.
- RAZAC Olivier, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », *AJ Pénal*, n° 10, 2008, p. 397-400.
- RAZAC Olivier, GOURIOU Fabien, FERRAND Jérôme, « L'épreuve de la probation », *Les Cahiers de la Justice*, n° 1, 2020, p. 21-31.
- REBOUL Marcel, « Grandeur et misère de l'expérience toulousaine de la "Probation" », *RSC*, n° 3, 1954, p. 497-518.
- RENAUT Marie-Hélène, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *RSC*, n° 2, 2000, p. 319.
- RENAUT Marie-Hélène, « Les avatars de l'interdiction de séjour (XIX^{ème}, XX^{ème} et XXI^{ème} siècle) », *RSC*, n° 2, 2001, p. 307-324.
- RENNEVILLE Marc, « Que tout change pour que rien ne change ? Aux origines de la judiciarisation de l'exécution des peines en France (1789-1958) », *Criminocorpus*, mis en ligne le 6 novembre 2013, consulté le 9 janvier 2019, 24 p.
- RENNEVILLE Marc, « Aux origines de la judiciarisation de l'exécution des peines en France », in *L'aménagement des peines privatives de liberté : l'exécution de la peine autrement*, KENSEY Annie (dir.), Paris, Ministère de la Justice, n° 79, « Collection Travaux et Documents », 2013, p. 31-40.
- ROBERT Anne-Gaëlle, « La peine de détention à domicile sous surveillance électronique : une fausse bonne idée ? », *RSC*, n° 3, 2020, p. 577-588.
- ROBERT Jacques-Henri, « Réforme pénale. Punir dehors. Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *Dr. pén.*, n° 9, 2014, étude 16.
- ROBERT Jacques-Henri, CLAVERIE-ROUSSET Charlotte, DETRAZ Stéphane, LEROY Jacques, « Droit pénal et procédure pénale », *JCP G*, n° 19-20, 2021, p. 941-948.
- ROETS Damien, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *D.*, n° 27, 2008, p. 1840-1847.
- ROETS Damien, « Double extension du champ d'application de l'article 7 § 1 : la Cour européenne des droits de l'Homme, en Grande Chambre, persiste et signe », *RSC*, n° 1, 2014, p. 174-178.
- ROSTAING Corinne, « Interroger les changements de la prison. Des processus de déprise et de reprise institutionnelle », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 17, "Que faire des institutions ?", 2009, p. 89-108.

- ROTH Robert, « La participation du condamné à l'exécution de sa sanction, nouveau contrat social ou mercantilisation du droit ? » in *Pacte, convention, contrat : mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, DUFOUR Alfred, WINIGER Bénédict (dir.), Bâle, Helbing et Lichtenhanh, 1998, p. 358-378.
- ROTH Robert, « Le consensualisme dans l'exécution de la sanction : la dernière chance de réhabilitation », in *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerkhove*, TULKENS Françoise, CARTUYELS Yves, GUILLAIN Christine (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 115-124.
- ROTMAN Edgardo, « Le sens de l'individualisation judiciaire », *RSC*, n° 2, 1977, p. 437-444.
- ROUBAUD Julie, « Sanctions disciplinaires et rôle des autorités judiciaires », *AJ Pénal*, n° 11, 2005, p. 404-406.
- ROUSSEAU François, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir. 11-12 décembre 2014 – Colloque international – Université de Naples Frederico II, « Des délits et des peines. 250 ans après la publication » », *RSC*, n° 2, 2015, p. 257-271.
- ROUSSEL Gildas, « Le régime des techniques de renseignement », *AJ Pénal*, n° 11, 2015, p. 520-522.
- ROUX-DEMARE François-Xavier, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *Les cahiers de la justice*, n° 4, 2019, p. 619-630.
- ROYER Guillaume, « La victime et la peine. Contribution à la théorie du procès pénal post sententiam », *D.*, 2007, p. 1745-1750.
- RUELLE Charles, « Population, milieu et normes (Note sur l'enracinement biologique de la biopolitique de Foucault), *Labyrinthe*, n° 3, vol. 22, « La Biopolitique (d')après Michel Foucault », 2005, p. 27-34.
- SAAS Claire, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur de la République », *RSC*, n° 4, 2004, p. 827-842.
- SAAS Claire, « Radicalisation : répression et « sécurisation » », *AJ Pénal*, n° 3, p. 116.
- SACOTTE Jean-Charles, « Le décret du 6 août 1985. Une nouvelle réforme pénitentiaire ? », *RSC*, 1985, n°4, p. 859-861.
- SALAS Denis, « La responsabilisation des fous criminels à l'ère néolibérale », *L'information psychiatrique*, n° 6, vol. 88, 2012, p. 423-429.
- SALLE Grégory, CHANTRAINE Gilles, « Le droit emprisonné ? Sociologie des usages sociaux du droit en prison », *Politix*, n° 3, vol. 87, 2009, p. 93-117.
- SALLÉE Nicolas, CHANTRAINE Gilles, « Observer, consigner, tracer. Les usages d'un cahier électronique controversé en établissement pénitentiaire pour mineurs », *Sociologie du travail*, vol. 56, n° 1, 2014, p. 64-82.
- SALVAGE Philippe, « Le consentement en droit pénal », *RSC*, n° 4, 1991, p. 699-716.
- SANCHEZ Jean-Lucien, « Les lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) », *Criminocorpus*, mis en ligne le 01 janvier 2005, consulté le 12 janvier 2018. URL : <http://journals.openedition.org/criminocorpus/132>.
- SANCHEZ Jean-Lucien, « La relégation (loi du 27 mai 1885) », *Criminocorpus*, mis en ligne le 01 janvier 2005, consulté le 04 octobre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/criminocorpus/130>.
- SCHMITZ Julia, « Le juge administratif et les régimes de détention différenciés : entre ouverture du prétoire et limites du contrôle », *RFDA*, n° 4, 2013, p. 817-822.

Bibliographie

- SCHMITZ Julia, « Les contradictions de la loi pénitentiaire de 2009 », in *Le droit à la réinsertion des personnes détenues. Actes du colloque du 28 et 29 janvier 2016*, SCHMITZ Julia (dir.), Toulouse I Capitole, 2016, p. 7-18.
- SCOTTO Stéphane, JAUNIAUX Nicolas, « Le renseignement pénitentiaire », *Cahiers de la sécurité*, n° 13, 2010, p. 51-54.
- SENNA Éric, « Le projet de loi pénitentiaire : réforme ou mise en conformité ? », *Gaz. Pal.*, n° 292, 2008, 4 p.
- SENNA Éric, « La surveillance électronique de fin de peine », *AJ Pénal*, n° 4, 2011, p. 169-171.
- SENNA Éric, « Le volet procédural de l'indignité des conditions de détention », *D.*, n° 18, 2021, p. 977-978.
- SENON Jean-Louis, MANZANERA Cyril, « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », *AJ Pénal*, n° 9, 2007, p. 367-372.
- SENON Jean-Louis, MANZANERA Cyril, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ Pénal*, n° 4, 2008, p. 176-180.
- SENON Jean Louis, « Dangerosités psychiatriques et criminologiques : des peurs sociales au questionnement sur l'évaluation actuarielle et les mesures de sûreté », in *Un droit pénal postmoderne ? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul, GUIDICELLI André (dir.), Paris, Presses universitaires de France, « Droit et justice », 2009, p. 173-189.
- SENON Jean-Louis, VOYER Mélanie, PAILLARD Christelle, JAAFARI Nemat, « Dangerosité criminologique : données contextuelles, enjeux cliniques et experts », *L'information psychiatrique*, n° 8, vol. 85, 2009, p. 719-725.
- SENON Jean-Louis, JONAS Carol, VOYER Mélanie, « Outils d'évaluation de la dangerosité des personnes condamnées ou plutôt outils d'évaluation des risques, besoins, réceptivité et facteurs pro-criminogènes et de désistance de la personne condamnée », *AJ Pénal*, n° 6, 2015, p. 289-293.
- SIMON Anne, « La vulnérabilité de la personne détenue », in Tournier Pierre-Victor (dir.), *Dialectique carcérale. Quand la prison s'ouvre et résiste au changement*, Paris, l'Harmattan, 2012, p. 35-47.
- SIMON Anne, « De l'intérêt de l'Union européenne à l'élaboration d'une politique pénitentiaire », *APC*, vol. 35, « Punir dehors », 2019, p. 33-46.
- SHEA Evelyn, « Les paradoxes de la normalisation du travail pénitentiaire en France et en Allemagne », *Dév. & Soc.*, n° 3, vol. 29, p. 349-365.
- SLINGENEYER Thibaut, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ pénal* [en ligne], vol. 4, 2007, 25 p.
- SLINGENEYER Thibaut, « Des techniques actuarielles dans la boîte à outils foucauldienne ? un usage « décalé » des statistiques en justice pénale pour susciter les contre-conduites », *Médecine & Hygiène*, n° 4, vol. 41, 2017, p. 541-565.
- SLINGENEYER Thibaut, « Le triptyque foucauldien "souveraineté-discipline-sécurité" comme outil d'analyse de la peine privative de liberté et de la libération (conditionnelle) », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 1, vol. 80, 2018, p. 71-81.
- SLINGENEYER Thibaut, « La surveillance électronique selon le Conseil de l'Europe : entre un contrôle de la réinsertion et une réinsertion par le contrôle », *Le bracelet électronique* :

- action publique, pénalité et connectivité*, LÉVY René, DUMOULIN Laurence, KENSEY Annie, LICOPPE Christian (dir.), Genève, Médecine & Hygiène, « Déviance et Société », 2019, p. 63-85.
- STEINER Pierre, « Introduction cognitivisme et sciences cognitives », *Labyrinthe*, n° 1, vol. 20, « La cognition », 2005, p. 13-39.
- SORDINO Marie-Christine, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 711-735.
- SOULA Mathieu, « Récidive et illusion rétrospective », *Criminocorpus. Revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines*, 2016, consulté le 6 août 2018.
- SYR Jean Hervé, « Les avatars de l'individualisation », *RSC*, n° 2, 1994, p. 217-236.
- SZTULMAN Marc, « La vidéosurveillance permanente des détenus n'implique aucune atteinte manifestement illégale aux libertés », *AJDA*, n° 36, 2016, p. 2052-2057.
- TOURNIER Pierre-Victor, « Les systèmes de libération sous condition dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Entre principe d'égalité et individualisation, le pragmatisme », *Champ pénal*, vol. 1, 2004, mis en ligne le 11 février 2015, consulté le 05 juillet 2018.
- TRAVAGLIA CICIRELLO Teresa, « L'affaire Provenzano c/ Italie ou la délicate décision de la Cour européenne sur les droits d'un homme parmi les plus dangereux de la mafia », *RSC*, n° 1, 2019, p. 75-84.
- TREMOLIERE Alexandre, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *RFDA*, n° 4, 2017, p. 731-740.
- TULKENS Françoise, « Conclusions. L'individualisation de la peine cent ans après Saleilles », in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, OTTENHOFF Reynald (dir.), Toulouse, Éres, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001, p. 275-282.
- VACHERET Marion, COUSINEAU Marie-Marthe, « L'évaluation du risque de récidive au sein du système correctionnel canadien : regards sur les limites d'un système », *Dév. & Soc.*, n° 4, vol. 29, 2005, p. 379-397.
- VAN DE KERCHOVE Michel, « Le consentement dans le champ de la sanction pénale : portée et enjeux », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), Bruxelles, De Boeck & Larcier, « Perspectives criminologiques », 2006, p. 397-406.
- VANDERSTUKKEN Olivier, BENBOURICHE Massil, « Interventions cognitivo-comportementales et prise en charge des Auteurs d'Aggression Sexuelle en France : Entre Santé et Justice », in *Psychocriminologie. Clinique, prise en charge, expertise*, CARIO Robert, LOPEZ Gérard, SENON Jean-Louis (dir.), Paris, Dunod, « Psychothérapies », 2012, p. 123-132.
- VANDERSTUKKEN Olivier, BENBOURICHE Massil, « Principes de prévention de la récidive et principe de réalité en France : les programmes de prévention de la récidive à la lumière du modèle « Risque-Besoins-Réceptivité » », *AJ Pénal*, 2014, n° 11, p. 522-527.
- VANDERSTUKKEN Olivier, GARAY Delphine, LETTO Nora, BENBOURICHE Massil, « L'introduction du *Good Lives Model* en France : un risque de confusion avec le soin ? », *AJ Pénal*, n° 1, 2018, p. 13-18.
- VERGÈS Étienne, RIBEYRE Cédric, ROBERT Anne-Gaëlle, « Chronique législative », *RSC*, n° 4, 2007, p. 853-874.

- VERGÈS Étienne, « Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position (Loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants) », *RSC*, n° 1, 2012, p. 201.
- VICENTINI Jean-Philippe, « Les aménagements de peines dans la loi pénitentiaire », *Gaz. Pal.*, n° 28, 2010, p. 25.
- VIENNE Roger, « De l'individualisation de la peine à la personnalisation de la mesure. À propos du soixante-quatrième anniversaire de la parution de l'ouvrage de Saleilles (1898-1973) », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, Pedone, 1975, t. 2, p. 177-200.
- VORUZ Véronique, « Comment les sociétés « se débarrassent de leurs vivants » : dangerosité et psychiatrie, la donne contemporaine », *Cultures & Conflits*, vol. 94-96, « Critique de la raison criminologique », 2014, p. 204-223.
- VOYER Mélanie, SENON Jean-Louis, « Présentation comparative des outils d'évaluation du risque de violence », *L'information psychiatrique*, n° 6, vol. 88, 2012, p. 445-453.
- WACQUANT Loïc, « La fabrique de l'État néolibéral. "Workfare", "prisonfare" et insécurité sociale », *Civilisations. Revue internationale d'anthropologie et de sciences humaines*, n° 1, vol. 59, « Sexualités : apprentissage et performance », 2010, p. 151-173.
- WALTHER Julien, « L'illicéité et les valeurs sociales protégées. Perspectives comparées », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, MISTRETTA Patrick, PAPILLON Salomé, KUREK Camille (dir.), Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2020, p. 17-34.
- WARUSFELD Bertrand, « Justice et renseignement dans la lutte contre la radicalisation violente », *AJ Pénal*, n° 3, 2018, p. 119-122.
- WYVEKENS Anne, « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe-l'œil (ou les habits neufs de l'empereur) », *Dév. & Soc.*, n° 4, Vol. 34, 2010, p. 503-525.

IV. Thèses et mémoires non publiés

- CARPENTIER Yan, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, Thèse, Droit, Université de Bordeaux, 2016, 499 p.
- CHOQUET Jean-Pierre, *Psychiatrie en quartiers de sécurité renforcée. Bilan de cinq années d'exercice*, Mémoire en vue de l'obtention du certificat d'études spéciales en psychiatrie, Faculté de médecine de l'Université de Caen, 1981, 213 p.
- DAUMAS Anne-Camille, *Le parcours d'exécution de peine en milieu ouvert. De quelques adaptations de la pluridisciplinarité au suivi du condamné libre*, Mémoire de recherche et d'application professionnelle, Agen, ENAP, 5^e promotion des directeurs pénitentiaires d'insertion et de probation, 2013, 71 p.
- DE LARMINAT Xavier, *La probation en quête d'approbation. L'exécution des peines en milieu ouvert : entre gestion des risques et gestion des flux*, Thèse, Science politique, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, Université de Cergy-Pontoise, 2012, 500 p.
- DUBOURG Émilie, *Les services pénitentiaires d'insertion et de probation à l'aune de la prévention de la récidive. Fondements juridiques, évolution, évaluation et avenir*, Thèse, Droit privé, Université de Nantes, 2015, 804 p.
- FONTAINE Victor, *Réguler et conduire. De la critique de la prison à la pénalité néolibérale*, thèse en philosophie, IEP de Paris, 2017, 409 p.

- HELLOIN Céline, *L'itinéraire carcéral des détenus. Obstacle ou atout pour la réinsertion*, Thèse, Droit, Université de Poitiers, 1999, 639 p.
- LE MOINE Cathy, *L'individualisation du traitement pénitentiaire dans le cadre du PEP en milieu fermé*, Mémoire de recherche et d'application professionnelle, Agen, ENAP, 5^e promotion des directeurs pénitentiaires d'insertion et de probation, 2013, 68 p.
- MARGAINE Clément, *La capacité pénale*, Thèse, Droit, Université de Bordeaux, 2011, 539 p.
- MILHAUD olivier, *Séparer et punir. Les prisons françaises : mise à distance et punition par l'espace*, Thèse, Géographie, Université Michel de Montaigne – Bordeaux III, 2009, 362 p.
- VINEY François, *Le bon père de famille et le pleurumque fit. Contribution à l'étude de la distinction des standards normatifs et descriptifs*, thèse en droit, Paris 1, 2013.

V. Actes de colloque

- Sens de la peine et droits de l'homme*, Agen, ENAP, 2001, 269 p.
- FROMENT Jean-Charles, KALUSZINSKY Martine, « Justice et technologies. Surveillance électronique en Europe », Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2006, 214 p.
- DIGNEFFE Françoise, MOREAU Thierry (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Actes du Colloque international organisé pour le 75^e anniversaire de l'École de criminologie de Louvain*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, « Perspectives criminologiques », 2006, 600 p.
- MBANZOULOU Paul, BASEX Hélène, RAZAC Olivier, ALVAREZ Joséfina (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, Paris, L'Harmattan, « Sciences criminelles », 2008, 402 p.
- BOUSSARD Sabine (dir.), *Les droits de la personne détenue : après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires Actes », 2013, 341 p.
- MBANZOULOU Paul, HERZOG-EVANS Martine, COURTINE Sylvie (dir.), *Insertion et désistance des personnes placées sous main de justice: savoirs et pratiques*, Paris, France, l'Harmattan, 2012, 253 p.
- MBANZOULOU Paul (dir.), *Les métiers pénitentiaires : enjeux et évolutions*, Agen, France, Les Presses de l'ÉNAP, 2014, 274 p.
- MISTRETTA Patrick, PAPILLON Salomé, KUREK Camille (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Paris, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2020, 129 p.
- KENSEY Annie (dir.), *L'aménagement des peines privatives de liberté: l'exécution de la peine autrement*, Paris, Ministère de la Justice, n° 79, « Collection Travaux et Documents », 2013, 216 p.
- Mineurs : l'éducation à l'épreuve de la détention*, Paris, Ministère de la Justice, n° 82, « Collection Travaux et Documents », 2014, 102 p.
- La prévention des récidives : évaluations, suivis, partenariats. Actes des Journées d'études internationales organisées par la Direction de l'administration pénitentiaire (DAP). Les 20 et 21 octobre 2014 à Sciences Po Paris*, Paris, Ministère de la justice, n° 84, « Collection Travaux & Documents », 2014, 211 p.
- SCHMITZ Julia (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues. Actes du colloque du 28 et 29 janvier 2016*, Toulouse I Capitole, 2016, 164 p.

DAP, *L'administration pénitentiaire, 1945, 1975, 2015. Naissance des réformes, problématiques, actualité*, Paris, Ministère de la Justice, « Collection Travaux et Documents », 2017, 269 p.

RAOULT Sacha, GIACOPELLI Muriel, CHARBONNIER Gil (dir.), *Le récit du crime. Retour sur un séminaire universitaire en milieu carcéral*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, « Laboratoire de droit privée et de sciences criminelles », 2017, 115 p.

CAVALIERE Antonio, HELLMANN Uwe, LUCARELLI Alberto, PARIZOT Raphaële (dir.), *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la prison*, CEDAM, Padoue (Italie), « Guistizia penale europea », 2018, 245 p.

VI. Encyclopédies juridiques

BONFILS Philippe, GALLARDO Eudoxie, « Secret des correspondances – Levée du secret des correspondances », Rép. pén. Dalloz, 2018.

BONIS Évelyne, PELTIER Virginie, « Fascicule 30 : Régime pénitentiaire dérogatoire applicable pour faire face à l'épidémie de Covid 19 », JurisClasseur Procédure pénale, 2020.

CÉRÉ Jean-Paul, « Prison – Organisation générale », Rép. pén. Dalloz, 2015 (actualisé en 2019).

CÉRÉ Jean-Paul, « Prison : sanctions disciplinaires », Rép. pén. Dalloz, 2018 (actualisé en 2019).

DE GRAËVE Loïc, « Interdiction de séjour », Rép. pén. Dalloz, 2015.

DE GRAËVE Loïc, « Juridictions de l'application des peines », Rép. pén. Dalloz, 2017.

GIACOPELLI Muriel, « Sursis avec mise à l'épreuve », Rép. pén. Dalloz, 2018 (actualisé en 2020).

LEBLOIS-HAPPE Jocelyne, « Fascicule 20 : individualisation des peines », JurisClasseur Pénal code, 2019 (actualisé en 2020).

MAYAUD Yves, « Terrorisme – Poursuites et indemnisation – Procédure interne », Rép. pén. Dalloz, 2020.

MAYAUD Yves, « Terrorisme – Prévention – Renseignement », Rép. pén. Dalloz, 2020.

SEILLER Bertrand, « Acte administratif : régime – Élaboration de l'acte », Rép. contentieux administratif, 2015 (actualisé en 2018).

TILLET Édouard, « Histoires des doctrines pénales », Rép. pén., 2000.

VII. Dictionnaires

A. Dictionnaires spécialisés

ARNEAUD Jacques (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd. (1987), Paris, LGDJ, 1993, 758 p.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris, Presses universitaires de France, « Quadrige », 2018, 1103 p.

B. Usuels

CNRS (1976-1994), *Trésor de la langue française informatisé, Dictionnaire de la langue du xix^e et xx^e siècle*, Centre national de ressources textuelles et lexicales, CNRS, ATILF, consulté en ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/>.

REY Alain, REY-DEBOVE Josette, ROBERT Paul, *Le Petit Robert de la langue française 2011 : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, « Nouv. Petit Robert », 2011, 2837 p.

VIII. Rapports, avis et conclusions

(Les références de la présente section sont classées par ordre chronologique)

LEPELETIER DE SAINT-FARGEAU Michel, « Rapport sur le projet de code pénal », in *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, LENOËL Pierre, Paris, Hachette, 1989, p. 327-353.

GERMAIN Charles, *Rapport annuel sur l'exercice 1952*, Paris, DAP, 1953, 210 p.

LE CORNO Henri, *Rapport général sur l'exercice 1970*, Paris, DAP, 1971, p. 423.

GIRAULT Jean-Marie, *Rapport au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté*, Sénat, n° 45, 1978, 15 p.

FIZE Michel, *L'isolement cellulaire dans les établissements pénitentiaires français. TOME II - Exclusion, isolement ou quasi-isolement déguisé ? Le cas très particulier des « quartiers de haute sécurité »*, Paris, DAP. Services des Études, de la documentation et des statistiques, « Travaux et Documents », n° 29, 1984, 140 p.

CARTIER Marie-Elisabeth, *Favoriser la réinsertion et limiter les risques de récidives : rapport de Madame Marie-Elisabeth Cartier sur la Prévention de la récidive des criminels*, Paris, Rapport à Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 1994.

CABANEL Guy-Pierre, *Pour une meilleure prévention de la récidive, rapport au Premier ministre*, Paris, Rapport à Monsieur le Garde des sceaux, Ministère de la Justice, 1995, 133 p.

COUV RAT Pierre, LAZERGES Christine, PONCELA Pierrette (dir.), *La notion de réinsertion dans l'exécution des peines privatives de liberté. Le cas particulier des établissements pénitentiaires à gestion déléguée*, Paris, Centre de recherche sur la politique criminelle, 1999, 248 p.

COMMISSION SUR LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE, *La libération conditionnelle. Rapport à Madame le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, Paris, Ministère de la Justice, 2000, 117 p.

WARSMANN Jean-Luc, *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie de prison*, Paris, Ministère de la Justice, 2003, 76 p.

CLÉMENT Pascal, LÉONARD Gérard, *Rapport d'information sur le traitement de la récidive des infractions pénales*, Paris, Assemblée nationale, 2004, 87 p.

INSERM, *Psychothérapie. Trois approches évaluées*, Paris, 2004, 553 p.

Bibliographie

- FENECH Georges, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, Paris, Ministère de la Justice, 2005, 79 p.
- BURGELIN Jean-François, *Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive*, Paris, Ministère de la Justice, Ministère de la santé et des solidarités, 2005, 87 p.
- COURTOIS Jean-Patrick, *Rapport fait au nom de la commission des Lois sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Paris, Commission des lois du Sénat, n° 117, 2005, 222 p.
- La libération conditionnelle*, Document de travail du Sénat, Série de législation comparée, n° LC 152, Paris, Sénat, 2005, 43 p.
- GARRAUD Jean-Paul, *Réponses à la dangerosité*, Paris, Premier ministre, 2006, 187 p.
- COUR DES COMPTES, *Garde et réinsertion. La gestion des prisons*, Paris, 2006, 193 p.
- LAMANDA Vincent, *Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux. Rapport à M. le Président de la République*, 2008, 70 p.
- LECERF Jean-rené, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi pénitentiaire*, n° 143, Paris, Sénat, 2008, 439 p.
- ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes*, 10^e version, 2008 : [https://icd.who.int/browse10/2008/fr#/.](https://icd.who.int/browse10/2008/fr#/)
- CGLPL, *Rapport d'activité 2008*, Paris, 2009, 183 p.
- CGLPL, *Centre pénitentiaire de Château-Thierry (Aisne). Du 13 au 15 janvier 2009*, Rapport de visite, Paris, 2009, 35 p.
- SÉNAT, *La castration chimique*, Paris, Sénat, 2009, p. 5.
- CGLPL, *Rapport d'activité 2009*, Paris, 2010, 327 p.
- CGLPL, *Centre de détention de Mauzac (Dordogne). Du 9 au 13 août 2010 et du 13 au 14 septembre 2010*, Rapport de visite, Paris, 2010, 88 p.
- RAZAC Olivier, *Le placement sous surveillance électronique : un nouveau modèle pénal ?*, ENAP, Agen, 2010, 224 p.
- COUR DES COMPTES, *Le service public pénitentiaire : « Prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, Paris, 2010, 227 p.
- COMMISSIONS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert. Améliorer la santé mentale de la population. Vers une stratégie sur la santé mentale pour l'Union européenne*, COM(2005) 484 final, 2010, 26 p.
- Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre*, Paris, 2013, 38 p.
- BERAUD Céline, GALEMBERT DE Claire, ROSTAING Corinne, *Des hommes et des dieux en prison*, recherche subventionnée par la DAP-Ministère de la Justice et le GIP Mission de recherche Droit et Justice, Paris, CNRS-ISP, 2013, 486 p.
- CGLPL, *Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Rapport d'activité 2012*, Paris, 2013, 390 p.
- CGLPL, *Centre de détention de Casabianda (Haute-Corse). 18-21 mars 2014*, Rapport de visite, Paris, 2014, 83 p.

- CGLPL, *Centre de détention de Neuviac (Dordogne). Du 12 au 16 mai 2014*, Rapport de visite, Paris, 2014, p. 125.
- CGLPL, *Rapport d'activité 2014*, Paris, 2015, 291 p.
- COTTE Bruno, *Pour une refonte du droit des peines. Rapport à Madame La Garde des Sceaux Ministre de la Justice*, Paris, 2015, 97 p.
- MATIGNON Émilie, *Les outils d'évaluation et les méthodes de prise en charge des personnes placées sous main de justice. Rapport de synthèse*, Agen, CIRAP, « Dossiers thématiques », 2015, 174 p.
- BRIE Guillaume, RAMBOURG Cécile, *Radicalisation. Analyses scientifiques versus Usage politique. Synthèse analytique*, Agen, ENAP-CIRAP, « Dossiers thématiques », 2015, p. 66.
- CGLPL, *Recommandations en urgence du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 13 avril 2015 relatives à la maison d'arrêt de Strasbourg*, CPLX1511173X, JORF du 15 mai 2015, texte 58.
- CGLPL, *Radicalisation en milieu carcéral. 2016 : l'ouverture des unités dédiées*, Paris, 2016, 57 p.
- MARGAINE Clément, *Étude des obligations applicables en milieu ouvert. Une analyse de la dimension coercitive de la probation*, Agen, ENAP, 2016, 170 p.
- MERCIER Michel, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, Paris, Sénat, n° 491, enregistré à la Présidence du Sénat le 23 mars 2016, 392 p.
- FENECH Georges, PIETRASANTA Sébastien, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015. Tome 1*, Paris, AN, n° 3922, enregistré à la Présidence de l'AN le 5 juillet 2016, p. 434.
- FENECH Georges, PIETRASANTA Sébastien, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015. Tome 2 : Comptes rendus des auditions*, Paris, AN, n° 3922, enregistré à la Présidence de l'AN le 5 juillet 2016, p. 983.
- HIRSCHELMANN Astrid, LAFORTUNE Denis, GUAY Jean-Pierre (dir.), *Un programme d'évaluation des personnes placées sous main de justice (PPSMJ) fondé sur les principes du risque, des besoins et de la réceptivité [PREVA]*, Centre International de Criminologie Comparée (Université de Montréal), Centre Interdisciplinaire d'Analyse des Processus Humains et Sociaux (Université Rennes 2), 2016, 224 p.
- MERCIER Michel, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, Paris, Sénat, enregistré à la Présidence du Sénat le 20 juillet 2016, 99 p.
- URVOAS Jean-Jacques, *Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, Ministère de la Justice, 2016, 67 p.
- CNCTR, *2^e rapport d'activité*, Paris, 2017, 143 p.

Bibliographie

- FROMENT Jean-Charles, *Sécuriser la société française en repensant la peine*, Aristoclès, 2017, 225 p.
- Rapport annuel de l'observatoire de la récidive et de la désistance. 2017*, Paris, Observatoire de la récidive et de la désistance, 2017, 46 p.
- COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *Rapport au gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France du 15 au 27 novembre 2015*, CPT/Inf (2017) 7-8, 2017, 82 p.
- GAUTRON Virginie (dir.), *(Se) soigner sous la contrainte : une étude du dispositif de l'injonction de soin*, Rapport final, Recherche réalisée avec le concours de la Mission de recherche Droit et Justice, 2017, 422 p.
- BRETON Xavier, HOUBRON Dimitri, *Rapport d'information, par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée nationale, relatif au régime des fouilles en détention*, n° 1295, Assemblée nationale, 2018, 54 p.
- BRIE Guillaume, *Nouvelles problématiques de prise en charge des auteurs d'infractions à caractère sexuel. Construction et accompagnement de programmes au sein de trois établissements pénitentiaires spécialisés de la Direction interrégionale de Bordeaux. Rapport recherche-action*, Agen, ENAP-CIRAP, « Dossiers thématiques », 2018, 106 p.
- PROTAIS Caroline, *L'unité de réhabilitation pour usagers de drogues du Centre de détention de Neuvic. Bilan de fonctionnement. Septembre 2017-Juin 2018*, Observatoire français des drogues et des toxicomanies, 2018, 140 p.
- PREMIER MINISTRE, *Plan d'action contre le terrorisme*, Paris, 2018, 35 p.
- CGLPL, *Avis du 12 décembre 2017 relatif aux modules de respect dans les établissements pénitentiaires*, CPLX1806771V, JORF du 14 mars 2018, texte 114.
- DELARUE Jean-Marie, ALEZRAH Charles (dir.), *Auteurs de violences sexuelles : prévention, évaluation, prise en charge*, Rapport de la Commission de l'audition publique du 17 juin 2018, Paris, Fédération Française des Centres Ressources pour les Intervenants auprès des Auteurs de Violences Sexuelles, 2018, 100 p.
- VANDERSTUKKEN Olivier, « Soins aux AVS en France : L'avènement des Thérapies Cognitivo-Comportementales, des Interventions Cognitivo-Comportementales et des Accompagnements Cognitivo-Comportementaux », in *Audition publique. Auteurs de Violences Sexuelles : Prévention, évaluation, prise en charge*, Fédération Française des Centres Ressources pour les Intervenants auprès des Auteurs de Violences Sexuelles (dir.), Paris, 14-15 juin 2018, 33 p.
- CHANTRAINE Gilles, SCHEER David, DEPUSET Marie-Aude, *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*, Lille, Centre Lillois d'Études et de Recherches Sociologiques et Économiques, 2018, 197 p.
- CNCTR, *4^e Rapport d'activité*, Paris, 2019, 121 p.
- RAZAC Olivier, GOURIOU Fabien, FERRAN Nicolas, *Éprouver le sens de la peine. Les probationnaires face à l'éclectisme pénal*, Grenoble, Université Grenoble Alpes, Mission de recherche Droit et Justice, 2019, 192 p.
- DIARD Éric, POUILLAT Éric, *Rapport d'information par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la république sur les services publics face à la radicalisation*, n° 2082, Paris, Assemblée nationale, 2019, p. 116.

MARC Alain, *Avis fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi de finances, adopté par l'Assemblée nationale, pour 2020. Tome VII Administration pénitentiaire*, N° 146, Paris, Sénat, 2019, 38 p.

CGLPL, *Prise en charge pénitentiaire des personnes « radicalisées » et respect des droits fondamentaux*, Paris, 2020, p. 120.

COUR DES COMPTES, *Les moyens de la lutte contre le terrorisme. Exercices 2015-2019*, Paris, 2020, p. 179.

BRIE Guillaume, RAMBOURG Cécile, *Dire et prédire la radicalisation. Le cas de la prison*, Agen, ENAP-CIRAP, « Dossiers thématiques », 2020, 102 p.

HERNANDEZ Lucie, MBANZOULOU Paul, *Les modules respect : une métamorphose de la prison ? Rapport de recherche*, Agen, ENAP-CIRAP, « Dossiers thématiques », 2020, 122 p.

BONIS-GARÇON Évelyne, DERASSE Nicolas (dir.), *Les longues peines*, Rapport final. Mission de recherche. Droit et Justice, Université de Bordeaux, Université de Lille, ENAP, 2020, 690 p.

SOL Jean, ROUX Jean-Yves, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'expertise psychiatrique et psychologique en matière pénale : mieux organiser pour mieux juger*, n° 432, Paris, Sénat, 2021, 89 p.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 4 au 18 décembre 2019*, CPT/Inf(2021)14, 2021, 96 p.

IX. Débats parlementaires et projet de loi

Débat de 1791 à l'Assemblée nationale constituante. Séance du 30 mai 1791, consulté le 15 juin 2018, URL : http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/30_05_1791.asp.

Débat de 1791 à l'Assemblée nationale constituante. Séance du 31 mai 1791, consulté le 15 juin 2018, URL : http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/31_05_1791.asp.

Débat de 1791 à l'Assemblée nationale constituante. Séance du 1^{er} juin 1791, consulté le 15 juin 2018, URL : http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/01_06_1791.asp.

Ministre de la Justice, *Réponse à une question écrite de M. Éric Ciotti*, Question n° 84396, publiée au JO le 10 mai 2016, p. 4060.

Ministre de la Justice, *Réponse à une question écrite de M. Édouard Courtial*, Question n° 6245, publiée au JO le 31 janvier 2019, p. 582.

Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, 25 mai 2021, n° 612.

X. Presses institutionnelles, associatives et syndicales

MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, *code des prisons. Ou recueil complet des lois, ordonnances, arrêtés, règlements, circulaires et instructions ministériels, concernant le*

régime intérieur, économique et disciplinaire des Maisons d'Arrêt, Maisons de Justice, Maisons de Correction, Maisons de Force et autres Prisons préventives ou pour Peines, placées sous l'autorité de l'Intérieur, De 1670 à 1845, imprimerie administrative de Paul Dupont, 1845, 507 p.

DÉLÉGATION POUR LA RÉALISATION D'ÉTABLISSEMENTS PÉNITENTIAIRES, « Dossier : nouvelles prisons. Le programme 13 000 » [tiré à part extrait de la revue *L'Empreinte*, 13 (juin 1991)], Paris, Ministère de la Justice, 1991.

SYNDICAT NATIONAL DES DIRECTEURS PÉNITENTIAIRES, *Permission de sortir... d'un débat faussé*, Communiqué de presse, 13 octobre 2005, 4 p.

DAP, *Programme de prévention de la récidive. Référentiel*, Paris, Ministère de la Justice, 2010, 64 p.

DAP, *Référentiel d'application des règles pénitentiaires européennes dans le système pénitentiaire français 2008-2012*, Version n° 3, 2011, 15 p.

APIJ, *Nouveau programme immobilier pénitentiaire. Guide de programmation 2012*, Ministère de la Justice, 2012, 600 p.

ANJAP, *Proposition de réforme pénale. Mai 2013*, 2013, p. 11.

APIJ, *Quartier pour peines aménagées du centre pénitentiaire de Longuenesse. Pas-de-Calais*, Ministère de la Justice, 2014, 11 p.

DANGLES Cécile, *Propositions de l'ANJAP sur la réforme de l'exécution et de l'application des peines novembre 2017. Sortir de l'ambiguïté : la césure du procès pénal*, 2017, 17 p.

CIPDR, *Prévenir pour protéger. Plan national de prévention de la radicalisation*, Dossier de presse, Paris, 2018, 31 p.

MISSION DE LUTTE CONTRE LA RADICALISATION VIOLENTE, *Stratégie d'évaluation et de prise en charge de la radicalisation violente. Séminaire juillet 2020*, Direction de l'administration pénitentiaire, Ministère de la Justice, 18 p.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, APIJ, « Programme 15 000 places. Concrétisation du programme présidentiel », Dossier de presse, 2021.

XI. Émission radiophonique

« Quartier de haute sécurité », *Vécu* (émission radiophonique), 30 juin 1978, INA : www.ina.fr/audio/PHD97016376.

XII. Colloques

HARCOURT Bernard, PONCELA Pierrette (dir.), *Conférence de dissensus sur la récidive. Exercices critiques sur une production de vérité*, Conférence, Paris, Université Paris Nanterre, Université de Chicago, 14 février 2013.

SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE (dir.), *La justice fait de la peine. Défendre face à l'engouement répressif*, Colloque, Marseille, 13-14 mai 2017.

CITOYENS & JUSTICE, COMITÉ NATIONAL DE LIAISON DES ACTEURS DE LA PRÉVENTION SPÉCIALISÉE (dir.), *Journée européenne concernant la lutte contre la radicalisation. 4^e édition*, Colloque, Paris, 1 avril 2019.

XIII. Statistiques

(Les références de la présente section sont classées par ordre chronologique)

Séries statistiques des personnes placées sous main de justice. 1980-2014, Bureau des études et de la prospective, DAP, Ministère de la justice, 2014, 73 p.

Statistique trimestrielle du milieu ouvert. Situation au 1^{er} janvier 2018. Mouvements au cours du 4^{ème} trimestre 2017, Bureau des statistiques et des études, DAP, Ministère de la justice, 39 p.

Statistiques mensuelles des personnes écrouées et détenues en France. Situation au 1^{er} janvier 2018, Bureau des statistiques et des études, DAP, Ministère de la justice, 56 p.

CHAMBAZ Christine (dir.), *Les chiffres-clés de la Justice 2020*, Ministère de la Justice, 2021, 36 p.

Séries statistiques des personnes placées sous mains de justice. 1980-2020, Bureau de la donnée, DAP, Ministère de la Justice, 2021.

Statistiques trimestrielles des personnes écrouées en France. Mouvements au cours du 1^{er} trimestre 2021 Situation au 1^{er} avril 2021, Bureau de la donnée, DAP, Ministère de la justice, 2021, 29 p.

Statistiques des établissements des personnes écrouées en France, Bureau de la donnée, DAP, Ministère de la Justice, 2021.

XIV. Textes normatifs

A. Ordonnances

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

Ord. n° 58-1296 du 23 décembre 1958 modifiant et complétant le code de procédure pénale.

Ord. n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration.

B. Lois

Loi du 23 floréal an X (13 mai 1801) relative aux délits emportant peine de flétrissure, et aux tribunaux spéciaux qui en auront la connaissance.

Loi du 28 avril 1832 contenant des modifications au code pénal et au code d'instruction criminelle.

Loi du 5 juin 1875 sur le régime des prisons départementales, JORF du 16 juin 1875, p. 4321.

Loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes, JORF du 28 mai 1885, p. 2721-2722.

Loi du 14 août 1885 sur les moyens de prévenir la récidive (libération conditionnelle, patronage, réhabilitation), JORF du 15 août 1885, p. 4562-4563.

Loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines, JORF du 27 mars 1891, p. 1433-1434.

Loi n° 78-788 du 28 juillet 1978 portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises.

Bibliographie

- Loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale.
- Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.
- Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire.
- Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur.
- Loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale.
- Loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté.
- Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs instituant le suivi socio-judiciaire.
- Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.
- Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.
- Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.
- Loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière.
- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
- Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.
- Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.
- Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.
- Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.
- Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.
- Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.
- Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.
- Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.
- Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.
- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.
- Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.
- Loi n° 2018-697 du 3 août 2018 relative à l'harmonisation de l'utilisation des caméras mobiles par les autorités de sécurité publique.

Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille.

Loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention.

Loi n° 2021-646 du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés.

C. Décrets

Décr. du 19 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle.

Décr. du 21 octobre 1791 en forme d'instruction, in *code des prisons*, MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, imprimerie administrative de Paul Dupont, 1845, p. 7.

Décr. du 16 juin 1808, in *code des prisons*, MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, imprimerie administrative de Paul Dupont, 1845, p. 55.

Décr. 13 mars 1911, JORF du 14 mars 1911, p. 2034.

Décr. du 17 juin 1938 relatif au bagne, JORF du 29 juin 1938, p. 7497.

Décr. du 28 avril 1939 relatif au règlement d'administration publique sur l'exécution de la peine des travaux forcés, JORF du 3 mai 1939, p. 5606-5608.

Décr. n° 72-852 du 12 septembre 1972 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (3^e partie : Décrets).

Décr. n° 75-402 du 23 mai 1975 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (3^e partie : Décrets), JORF du 27 mai 1975, p. 5268-5272.

Décr. n° 82-191 du 26 février 1982 supprimant le second alinéa D.70-1 du code de procédure pénale relatif aux établissements ou quartiers de sécurité renforcée, JORF du 27 février 1982 p. 689.

Décr. n° 85-836 du 6 août 1985 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale.

Décr. n° 95-886 du 4 août portant application de l'article 7 de la loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale.

Décr. n° 96-287 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (troisième partie : Décrets).

Décr. n° 98-1099 du 8 décembre 1998 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie. Décrets) et relatif à l'organisation et au fonctionnement des établissements pénitentiaires.

Décr. n° 2000-1213 du 13 décembre 2000 portant modification du code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'application des peines.

Décr. n° 2002-663 du 30 avril 2002 modifiant le code de procédure pénale et portant création des centres pour peines aménagées.

Décr. n° 2004-1364 du 13 décembre 2004 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'application des peines.

Décr. n° 2006-385 du 30 mars 2006 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif au traitement de la récidive des infractions pénales.

Décr. n° 2007-748 du 9 mai 2007 relatif à la détention des mineurs et modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie / Décrets en Conseil d'Etat).

Bibliographie

- Décr. n° 2007-749 du 9 mai 2007 relatif au régime de détention des mineurs et modifiant le code de procédure pénale (troisième partie / Décrets).
- Décr. n° 2007-814 du 11 mai 2007 relatif au régime disciplinaire des mineurs détenus.
- Décr. n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 instituant le juge délégué aux victimes.
- Décret n° 2008-546 du 10 juin 2008 relatif au régime de détention et modifiant le code de procédure pénale.
- Décr. n° 2010-350 du 31 mars 2010 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif au Centre national d'évaluation.
- Décr. n° 2010-1278 du 27 octobre 2010 relatifs aux modalités d'exécution des fins de peines d'emprisonnement en l'absence de tout aménagement de peine.
- Décr. n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat).
- Décr. n° 2010-1635 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets).
- Décr. n° 2011-1447 du 7 novembre 2011 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « application des peines, probation et insertion » (APPI).
- Décr. n° 2013-368 du 30 avril 2013 relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires.
- Décr. n° 2014-558 du 30 mai 2014 portant création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la gestion nationale des personnes détenues en établissement pénitentiaire dénommé GENESIS.
- Décr. n° 2014-883 du 1^{er} août 2014 relatif à l'observatoire de la récidive et de la désistance.
- Décr. n° 2015-1486 du 16 novembre 2015 relatif aux dispositions du règlement intérieur type spécifiques aux établissements pénitentiaires accueillant des personnes détenues mineures.
- Décr. n° 2016-1222 du 14 septembre 2016 relatif aux permissions de sortir et aux autorisations de sortie sous escorte.
- Décr. n° 2019-50 du 30 janvier 2019 portant statut particulier du corps des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation.
- Décr. n° 2019-98 du 13 février 2019 modifiant les dispositions réglementaires du code de procédure pénale relatives au régime disciplinaire des personnes détenues.
- Décr. n° 2019-1427 du 23 décembre 2019 relatif aux conditions de l'expérimentation de l'usage des caméras individuelles par les personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire dans le cadre de leurs missions.
- Décr. n° 2019-1504 du 30 décembre 2019 modifiant le code de procédure pénale (Partie réglementaire – Décrets en Conseil d'État) et relatif aux unités pour détenus violents.
- Décr. n° 2019-1579 du 31 décembre 2019 modifiant le code de procédure pénale (Partie réglementaire - décrets en Conseil d'État) et relatif aux quartiers de prise en charge de la radicalisation.

D. Arrêtés ministériels

Arrêté ministériel du 20 octobre 1810 sur les Prisons départementales, in *code des prisons*, MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, imprimerie administrative de Paul Dupont, 1845, p. 56-58.

Arrêté ministériel du 25 décembre 1819 sur la police des Prisons départementales, in *code des prisons*, MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, imprimerie administrative de Paul Dupont, 1845, p. 79-85.

Arrêté du 10 mai 1839 sur la Discipline nouvelle à introduire dans les Maisons centrales, in *code des prisons*, MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, imprimerie administrative de Paul Dupont, 1845, p. 250-252.

Arrêté du 9 décembre 1944 relative à la Commission de réforme, JORF du 23 décembre 1944, p. 2040.

Arrêté du 4 février 1991 portant création d'un système de gestion informatisée de la prise en charge des détenus des établissements pénitentiaires, Garde des sceaux, JUSE91400091, JORF n° 38 du 13 février 1991, p. 2195.

Arrêté du 24 février 2003 portant création d'un système de gestion informatisé des détenus dans les établissements pénitentiaires, Garde des sceaux, JUSE03400271, JORF n° 59 du 11 mars 2003, p. 4199.

Arrêté du 23 décembre 2014 portant création de traitements de donnée à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection des cellules de protection d'urgence, Garde des sceaux, JUST1429817A, JORF n° 0300 du 28 décembre 2014, texte n° 19.

Arrêté du 13 mai 2013 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection au sein des locaux et des établissements de l'administration pénitentiaire, Garde des sceaux, JUST1303890A, JORF n° 0116 du 22 mai 2013, texte n° 1.

Arrêté du 9 juin 2016 portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection de cellules de détention, Garde des sceaux, JUSK1615877A, JORF n°0136 du 12 juin 2016, texte n° 22.

Arrêté du 29 mai 2019 portant création et organisation d'un service à compétence nationale dénommé « Service national du renseignement pénitentiaire », Garde des sceaux, JUST1911857A, JORF n° 0125 du 30 mai 2019, texte n° 25.

E. Instructions ministérielles et circulaires

Instruction du 10 mai 1839 sur le nouveau Régime disciplinaire des Maisons centrales, in *code des prisons*, MOREAU-CHRISTOPHE Louis-Mathurin, imprimerie administrative de Paul Dupont, 1845, p. 242-250.

Circ. du 8 juillet 1970 portant constitution d'un fichier des détenus particulièrement signalés, Ministre de l'intérieur, n° 70-346.

Circ. du 26 mai 1975 relative aux aménagements généraux aux régimes de détention et à la diversification des régimes d'exécution des peines, Garde des sceaux, B25, 41 p.

Circ. du 11 juin 1982 relative aux mesures concernant la sécurité dans les établissements pénitentiaires, Garde des sceaux, BOMJ n° 6 du 30 juin 1982, 5 p.

Circ. du 30 avril 1985 relative à la modification de la désignation de certains établissements pénitentiaires, Garde des sceaux, n° B 402, 3 p.

Bibliographie

- Circ. du 14 mars 1990 relative aux orientations de la politique de la santé mentale, SPSP9000552C, JORF n° 79 du 3 avril 1990, p. 4060.
- Circ. du 22 octobre 1990, DAP, JUSE90401078C.
- Circ. du 12 juillet 1991 relative au placement à l'isolement, DAP, JUSE9140047C, BOMJ n° 43 du 30 septembre 1991, 5 p.
- Circ. du 4 février 1994 relative au nouveau régime de détention des mineurs, JUSE9340147C, BOMJ n° 53 du 31 mars 1994, 10 p.
- Circ. du 14 décembre 1998 relative au placement à l'isolement, DAP, JUSE9840065C.
- Circ. du 21 juillet 2000 relative à la généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peines, DAP, JUSE0040058C, BOMJ n° 83 (1^{er} juillet – 30 septembre 2001).
- Circ. du 21 novembre 2000 relative aux méthodes d'intervention des travailleurs sociaux des services pénitentiaires d'insertion et de probation, DAP, JUSE0040086C, BOMJ n° 81 (1^{er} janvier – 31 mars 2001).
- Circ. interministérielle du 26 avril 2002 relative à la prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires, Garde des sceaux, Ministre délégué à la santé, JUSE0240075C.
- Circ. relative à l'application des dispositions des articles 706-56, 721 à 721-3, 723-18, D.115 à D.117-3 et D. 147-6 à D.147-9 du code de procédure pénale relatifs aux réductions de peines, 7 avril 2005, DAP-2005-01 PMJ4/07-04-2005, JUSK0540037C, BOMJ n° 98, 30 p.
- Circ. de présentation des dispositions résultant de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives au prononcé, à l'exécution et à l'application des peines, 11 avril 2005, DACG 2005-09 E8/11-04-2005, JUSD0530064C, BOMJ n° 98.
- Circ. du 27 avril 2006 relative aux aménagements de peine et aux alternatives à l'incarcération, Garde des sceaux, JUSD06300051C, BOMJ n° 102 du 1^{er} avril au 30 juin 2006.
- Circ. relative à la centralisation de l'application des peines en matière de terrorisme, 27 avril 2006, CRIM 2006-11 E3/27-04-2006, JUSD0630055C, BOMJ n° 102, 5 p.
- Circ. du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, DAP, JUSK0840001C, BOMJ n° 2008/2 du 30 avril 2008, 8 p.
- Circ. du 14 janvier 2009 relative à la poursuite de l'implantation progressive des RPE dans les établissements pénitentiaires selon 5 priorités définies pour leur capacité à faire évoluer le système pénitentiaire, DAP, JUSK0840015C, BOMJ n° 2009/1, 13 p.
- Circ. du SG en date du 29 septembre 2009 relative à l'exécution et à l'aménagement des peines, JUSA0922540C, BOMJ n° 2009/6 du 30 décembre 2009, p. 23.
- Circ. du 16 octobre 2009 relative aux dispositions pénales relatives au suivi judiciaire des délinquants sexuels, DACG, JUSD0924323C, BOMJ n° 2009/6, 8p.
- Circ. du 10 novembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 relatives au prononcé des peines et aux aménagements de peines, JUSD1028753C, BOMJ n° 2010-09 du 30 novembre 2010, 37 p.
- Circ. du 10 décembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et du décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010 relatives à

- la procédure simplifiée d'aménagement des peines, JUSK1040026C, BOMJ n° 2010-10 du 31 décembre 2010.
- Circ. interministérielle du 18 mars 2011 relative à l'ouverture et au fonctionnement des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA), ETSH1107932C, BO Santé – Protection sociale – Solidarité n° 2011-105, p. 120-141.
- Circ. du 14 avril 2011 relative au placement à l'isolement des personnes détenues, Garde des sceaux, JUSK1140023C, BOMJ n° 2011-04 du 29 avril 2011.
- Circ. du 12 mai 2011 relative à l'aménagement de peine des condamnés libres et au développement des aménagements de peine prononcés à l'audience de jugement, JUSD1113051C, BOMJ n° 2011-05 du 31 mai 2011, 15 p.
- Circ. du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures, JUSK1140024C, BOMJ n° 2011-06 du 30 juin 2011.
- Circ. du 2 août 2011 relative à l'échange d'informations entre les services relevant du ministère de la justice et des libertés visant à la prévention du suicide en milieu carcéral, JUSK1140021C, BOMJ n° 2011-08 du 31 août 2011.
- Circ. du 8 novembre 2011 relative au diagnostic à visée criminologique (DAVC), Garde des sceaux, JUSK1140051C, BOMJ n° 2011-11 du 30 novembre 2011.
- Circ. du 16 décembre 2011 relative aux attributions respectives du juge de l'application des peines, des autres magistrats mandants et du service pénitentiaire d'insertion et de probation et à leurs relations, Garde des sceaux, JUSK1140065C, BOMJ n° 2011-12 du 30 décembre 2011.
- Circ. du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, JUSK1240006C, BOMJ complémentaire du 15 mars 2012, 73 p.
- Circ. du 19 septembre 2012 de politique pénale de M^{me} la Garde des sceaux, JUSD1235192C, BOMJ n° 2012-10 du 31 octobre 2012, 7 p.
- Circ. du 15 octobre 2012 relative à l'instruction ministérielle relative au répertoire des détenus particulièrement signalés (DPS), JUSD1236970C, BOMJ n° 2012-10 du 31 octobre 2012, 18 p.
- Circ. du 24 mai 2013 relative au régime de détention des mineurs, JUSK1340024C, BOMJ 2013-06 du 28 juin 2013, 75 p.
- Circ. du 15 juillet 2013 relative aux modalités de mise en œuvre de traitements de données à caractère personnel de vidéoprotection installés au sein et aux abords des locaux et des établissements de l'administration pénitentiaire, Garde des sceaux, JUSK1340026C, BOMJ n° 2013-07 du 31 juillet 2013, 11 p.
- Circ. du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions applicables le 1^{er} octobre 2014 de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, JUSD1422849C, BOMJ n° 2014-10 du 31 octobre 2014, 25 p.
- Circ. du 26 septembre 2014 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales instituant la contrainte pénale, Garde des sceaux, JUSD1422852C, 21 p.
- Circ. du 26 décembre 2014 de présentation des dispositions du décret n° 2014-1582 du 23 décembre 2014 relatif à l'exécution des peines précisant certaines dispositions de la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions

pénales entrées en vigueur le 1er octobre 2014, JUSD1431147C, BOMJ complémentaire du 15 janvier 2015, 12 p.

Circ. du 26 décembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales applicables au 1^{er} janvier 2015 et portant sur la libération sous contrainte, l'examen obligatoire des peines d'emprisonnement supérieures à 5 ans en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle, la suppression de la procédure simplifiée d'aménagement de peine et de la surveillance électronique de fin de peine ainsi que sur la suppression de certains régimes spécifiques applicables aux récidivistes, JUSD1431153C, BOMJ complémentaire du 15 janvier 2015, 21 p.

Circ. du 19 janvier 2017 de présentation du décret n° 2016-1222 du 14 septembre 2016 relatif aux permissions de sortir et autorisations de sortir sous escorte, JUSD1701840C, BOMJ n° 2017-02 du 28 février 2017, 12 p.

Instruction ministérielle n° 201810028142 relative à la publication du guide méthodologique relatif aux aménagements de peine et à la mise en liberté pour raison médicale, Ministère de la Justice, Ministère des solidarités et de la santé, 17 juillet 2018, JUSK1821900J, 151 p.

Circ. du 3 août 2018 relative aux modalités de transmission d'informations et de renseignements pénitentiaires entre l'administration pénitentiaire, le service du renseignement pénitentiaire et l'autorité judiciaire, Garde des sceaux, JUSD1822014C, 13 p.

Circ. du 27 mai 2019 relative à la présentation des dispositions relatives à la libération sous contrainte de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et du décret n° 2019-508 du 24 mai 2019, Garde des sceaux, JUSD1915420C, 10 p.

F. Notes de service

Note aux détenus sur les réformes apportées aux régimes de détention, DAP, Ministère de la Justice, Imprimerie administrative de Melun, 1975, 15 p.

Note du 15 mai 1975 portant instructions pour le fonctionnement des prisons ou quartiers de sécurité renforcée, Garde des sceaux, 7 p.

Note du 26 mai 1975, DAP, 7 p.

Note du 22 octobre 1990 relative au régime des établissements du programme 13 000, DAP, JUSE9040078C, BOMJ n° 40 du 31 décembre 1990.

Note du 2 mai 1996 relative à la mise en place du projet d'exécution de peine dans les établissements pour peines, Garde des Sceaux, JUSE9640024N.

Note du 18 avril 2003 relative au renforcement des mesures de sécurité lors du placement de détenus dangereux sous le régime de l'isolement, Garde des sceaux.

Note du 2 mai 2003 relative aux centres de détention - régimes de détention différenciés, Garde des sceaux, n° 000077, 3 p.

Note du 29 octobre 2003 relative à la gestion des détenus les plus dangereux incarcérés dans les maisons d'arrêt, Garde des sceaux, n° 000131.

Note du 17 mai 2006 relative à la mise en oeuvre des dispositions relatives à la centralisation à Paris de l'application des peines concernant les personnes condamnées pour actes de terrorismes, DAP, n° 000436.

- Note du 14 mai 2007 relative à la mise en œuvre du programme de prévention du suicide des personnes détenues, DAP.
- Note du 13 juillet 2007 relative à l'exercice du culte musulman en milieu pénitentiaire, DAP, n° 399, 4 p.
- Note du 16 juillet 2007 relative au développement des programmes de prévention de la récidive, DAP, n° 000074.
- Note du 17 octobre 2007 relative à la mise en place de programmes et de groupes de parole de prévention de la récidive, DAP.
- Note du 8 juillet 2008 relative aux missions et fonctionnement des centres pour peines aménagées, DAP, 08-280/PMJ1/PMJ4, JUSK0840011N, BOMJ n° 2008/4, 18 p.
- Note du 21 octobre 2008 relative aux programmes courtes peines, DAP, n° 00425.
- Note du 23 octobre 2008 relative à l'utilisation de la nouvelle grille d'évaluation du potentiel suicidaire adaptée aux mineurs détenus, DAP-DPJJ.
- Note du 7 novembre 2008 relative à l'évaluation de la dangerosité et de la vulnérabilité des personnes détenues, DAP, n° 000165.
- Note du 20 juillet 2009 relative aux modalités de mise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires, DAP, n° 000121.
- Note du 3 mai 2013 relative aux règlements intérieurs type des établissements pénitentiaires, DAP, 6 p.
- Note du 20 décembre 2013 relative aux règles intérieurs des établissements pénitentiaires, DAP, JUSK1340044N, BOMJ n° 2014-01 du 31 janvier 2014, 6 p.
- Note de cadrage du 26 septembre 2014 relative à la mise en œuvre de la nouvelle peine de contrainte pénale, instaurée par l'article 19 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, DAP, JUSK1540004N, BOMJ n° 2015-01 du 30 janvier 2015, 6 p.
- Note du 27 janvier 2015 de vigilance relative à la suite des attentats des 7,8 et 9 janvier 2015, Garde des sceaux.
- Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, BOMJ n° 2015-07 du 31 juillet 2015, JUSK1540038N, 18 p.
- Note de service relative à la prise en charge des personnes détenues en unité dédiée, DAP, 10 février 2016, 12 p.
- Note de service relative à la gestion et prise en charge des personnes détenues repérées comme radicalisées ou en voie de radicalisation dans les établissements pénitentiaires, DAP, 2 août 2016, 11 p.
- Note du 5 août 2016 relative à la prise en charge des personnes poursuivies ou condamnées pour des faits de terrorisme par les SPIP en milieu ouvert, DAP, DPJJ, 5 p.
- Note relative au guide d'utilisation des outils d'aide au repérage pluridisciplinaire d'un risque de radicalisation violente en établissement pénitentiaire, DAP, version du 8 nov. 2016, 40 p.
- Note du 2 août 2017 relative à l'application de l'alinéa 2 de l'article 57 de la loi pénitentiaire, DAP, JUSK1814436N, 14 p.
- Note du 1 août 2018 relative à la prise en charge éducative des mineurs radicalisés ou en danger de radicalisation violente, DPJJ, JUSF1821611N, 8 p.

G. Référentiel

DAP, *Référentiel de la méthodologie de l'intervention des SPIP. Référentiel des Pratiques Opérationnelles*, Ministère de la Justice, RPO1. Version finale, 1^{er} septembre 2017, 202 p.

H. Règlements intérieurs d'établissement pénitentiaire

Règlement intérieur du Centre pénitentiaire d'Alençon-Condé-sur-Sarthe, DISP de Rennes, 8 avril 2013, 105 p.

Règlement intérieur du Centre pénitentiaire de Fresnes, DISP de Paris, 17 mai 2016, 273 p.

Règlement intérieur du Centre pénitentiaire de Gradignan, DISP de Bordeaux, 1^{er} mai 2015, 154 p.

Règlement intérieur du Centre pénitentiaire de Mont-de-Marsan, DISP de Bordeaux, avril 2016, 136 p.

Règlement intérieur du Centre pénitentiaire Sud Francilien, DISP de Paris, 5 juin 2019, 158 p.

Règlement intérieur de la Maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, DISP de Paris, 15 mars 2019, 173 p.

Règlement intérieur de la Maison d'arrêt du Val d'Oise, DISP de Paris, 5 juin 2018, 78 p.

Règlement intérieur du Quartier d'évaluation de la radicalisation de la Maison d'arrêt du Val d'Oise, DISP de Paris, 5 juin 2019, 22 p.

Règlement intérieur de la Maison centrale de Saint-Martin-de-Ré, DISP de Bordeaux, 24 avril 2014, 176 p.

I. Résolution et recommandations du Conseil de l'Europe

Résolution (73) 5 du Comité des ministres relatives à l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus.

Recommandation R (86) du Comité des ministres relative aux règles pénitentiaires européennes.

Recommandation R (92) 16 du Comité des ministres aux États membres relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté.

Recommandation Rec(99) 22 du Conseil de l'Europe du 30 sept. 1999 concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale.

Recommandation Rec(2000) 22 du Comité des ministres aux États membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et les mesures applicables dans la Communauté.

Recommandation Rec(2003)23 du Comité des Ministres aux États membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée.

Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes.

Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation.

Recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres des États membres relative aux délinquants dangereux.

Lignes directrices du Comité des ministres à l'intention des services pénitentiaires et de probation concernant la radicalisation et l'extrémisme violent, adoptées le 2 mars 2016.

Recommandation CM/Rec(2017) 3 relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté.

J. Convention internationale

Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, adoptée par la Conférence internationale de la Santé à New York le 22 juillet 1946.

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

I. Conseil constitutionnel

- CC, Décision n° 78-97 DC du 27 juillet 1978, Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises.
- CC, Décision n° 78-98 DC du 22 novembre 1978, Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté.
- CC, Décision n° 82-141 du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle.
- CC, Décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance.
- CC, Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988.
- CC, Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.
- CC, Décision 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.
- CC, Décision n° 96-377 DC, 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.
- CC, Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, Gaz. Pal. 2005. n° 216. 6, note Schoettl ; RSC 2006. 124, chron. Bück ; AJ Pénal 2006. 826, chron. Ogier-Bernaud, Severino.
- CC, Décision n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, Gaz. Pal. 2005. n° 354, note Schoettl ; RSC 2006. 124, chron. Bück ; AJ Pénal 2006. 826, chron. Ogier-Bernaud, Severino ; D. 2006. 966, note Rouvillois ; AJDA 2006. 457, obs. Rouvillois.
- CC, Décision n° 2007-553 DC du 3 mars 2007, Loi relative à la prévention de la délinquance.
- CC, Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, RSC 2008. 133, note De Lamy ; *ibid.* 136, note De Lamy ; D. 2008. 2025, chron. Bernaud, Gay ; AJDA 2008. 594, note Jennequin.
- CC, Décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire, RSC 2010. 217, note De Lamy ; D. 2009. 2797, note Lavric ; D. 2010. 1508, chron. Bernaud ; AJDA 2009. 2425, obs. Wachsmann.
- CC, Décision n° 2010-40 QPC du 29 septembre 2010, M. Thierry B, RSC 2011. 193, note Lazerges ; *ibid.* 182, note De Lamy ; Constitutions 2011. 531, note Darsonville ; D. 2011. 1713, chron. Gay ; D. 2010. 2732, chron. Roujou de Boubée ; Dr. pén. 2010. n° 11. comm. 122, note Robert ; JCP G 2010. n° 47. 1149, note Lepage, Matsopoulou.
- CC, Décision n° 2010-66 QPC du 26 novembre 2010, M. Thibaut G. [Confiscation de véhicule], D. 2011. 2823, chron. Roujou de Boubée ; AJ Pénal 2011. 31, obs. Perrier.

- CC, Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Constitutions 2011. 223, Note Darsonville ; D. 2011. 1162, note Bonfils ; D. 2012. 1638, chron. Bernaud, Jacquinot ; RSC 2011. 728, note Lazerges ; RSC 2011. 789, note Granger ; RSC 2012. 227, note De Lamy ; AJDA 2011. 1097, note Ginocchi.
- CC, Décision n° 2010-103 QPC du 17 mars 2011, Société SERAS II, Constitutions 2011. 377, note Barilari ; Droit fiscal 2011. n° 27-28. comm. 416, note Subra, Le Tacon.
- CC, Décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants], RSC 2011. 728, note Lazerges ; RSC 2012. 227, note De Lamy ; AJ Famille 2011. 391, note Gebler ; AJ Pénal 2011. 596, note Perrier ; Gaz. Pal. 2011. n° 214. 10, note Borzeix.
- CC, Décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.
- CC, Décision n° 2013/320-321 QPC, 14 juin 2013, M. Yacine T. et autre [Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées], Constitutions 2013. 408, Note Ghevontian ; Revue de droit du travail 2013. 565, note Wolmark ; D. 2014. 1115, chron. Porta.
- CC, Décision n° 2014-408 QPC du 11 juillet 2014, M. Dominique S. [Retrait de crédit de réduction de peine en cas de mauvaise conduite du condamné en détention], Dr. pén. 2014. n° 10. comm. 134, note Bonis-Garçon ; Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2015. n° 46. 195, chron. Surret ; Gaz. Pal. 2014. n° 352. 20, note Roussel ; D. 2014. 2423, chron. Ginestet ; RPDP 2014. 927, chron. Peltier ; RPDP 2015. 641, chron. Renoux, Magnon.
- CC, Décision n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC du 18 mars 2015, EADS [M. John L. et autres], RSC 2015. 374, note Stasiak ; RSC 2015. 705, note De Lamy ; Revue des sociétés 2015. 380, note Matsopoulou ; RTD Com. 2015. 317, note Rontchevsky ; D. 2015. 894, note Le fur, Schmidt ; D. 2015. 1506, chron. Mascalini ; D. 2015. 1738, chron. Pradel ; D. 2015. 2465, chron. Ginestet ; Bulletin Joly Bourse 2005. n° 5. 204, note Bonneau ; Gaz. Pal. 2015. n° 132. 7, note Moulin ; Droit Administratif 2015. n° 6. comm. 39, note Perroud ; Dr. pén. 2015. n° 5. comm. 79, note Peltier ; Droit des sociétés 2015. n° 5 comm. 94, note Torck ; Droit des sociétés 2015. n° 5. comm. 99, note Salomon ; JCP G 2015. n° 13. 368, note Sudre ; JCP G 2015. n° 13. 369, note Robert.
- CC, Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, Loi relative au renseignement.
- CC, Décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, M. Johnny M. [Acte d'engagement des personnes détenues participant aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires], D. 2015. 2083, note Céré ; ibid. 2016. 1461, chron. Jacquinot, Mangiavillano ; Constitutions 2015. 564, obs. Ghevontian ; ibid. 579, note Wolmark ; AJ Pénal 2016. 98, obs. Falxa ; LPA 2016. n° 149. 4, chron. Tellier-Cayrol.
- CC, Décision n° 2017-671 QPC du 10 novembre 2017, M. Antoine L. [Saisine d'office du juge de l'application des peines], Constitutions 2018. 94, note Ponseille ; Dr. pén. 2018. n° 1. étude 1, note Carpentier ; D. 2017. 2523, note Tzutzuiano ; D. 2018. 1344, chron. Debaets, Jacquinot ; AJ Pénal 2017. 538, note Herzog-Evans.
- CC, Décision n° 2015-501 QPC du 27 novembre 2015, M. Anis T, AJ Pénal 2016. 142, note Saas ; Dr. pén. 2016. comm. 18, note Peltier.
- CC, Décision n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, M. Husamettin M. [Période de sûreté de plein droit], Dr. pén. 2018. n° 12. comm. 219, note Peltier ; AJ Pénal 2018. 589, obs. Grégoire ; Gaz. Pal. 2019. n° 5. 48, obs. Detraz ; RPDP 2018. 863, chron. Peltier.

- CC, Décision n° 2019-799/800 du 6 septembre 2019, M^{me} Alaitz A. et autre, AJ Pénal 2019. 620, note Chetard ; Constitutions 2019. 517, note Ponselle ; ibid. 541, note Chassang ; Dr. pén. 2019, n° 10. comm. 178, note Bonis ; ibid. 2020. n° 9, chron. Brenaut ; JCP G 2019. n° 41. 1016, note Peltier.
- CC, Décision n° 2019-778 du 21 mars 2019, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice.
- CC, Décision n° 2020-805 DC du 7 août 2020, Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, RSC 2020. 619, note Beauvais ; ibid. 986, note Botton ; D. 2020. ibid. 1853, note Pradel ; 1869, note Beaussonie ; ibid. 2407, note Duvert ; AJDA 2020. 2319, note M. Verpeaux ; ibid. 1817, obs. Goesel-Le Bihan ; Dr. pén. 2020. n° 10, note Peltier ; ibid. note Brenaut ; JCP G. 2020. n° 38. 1008, note Grégoire.
- CC, Décision n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020, M. Geoffrey F. et autre, AJDA 2020. 2158, note Bonnet, Gahdoun ; D. 2021. 57, note Roux ; ibid. 2367, chron. Ginestet ; AJ fam. 2020. 498, obs. Mary ; AJ pénal 2020. 580, note Frinchaboy ; JCP G 2020. 1348, note Peltier ; ibid. 2021. doct. 66, obs. Mathieu, Cassard-Valembos ; Dr. pénal 2020. comm. 193, note Maron, Haas ; ibid. 2021. 13, chron. Peltier.
- CC, Décision n° 2021-898 QPC du 16 avril 2021, Section française de l'Observatoire international des prisons, AJ Pénal. 2021. 1106, chron. Falxa.
- CC, Décision n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, Loi pour une sécurité globale préservant les libertés.

II. Cour et Commission européennes des droits de l'Homme

- CEDH, 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72.
- Commission européenne des droits de l'Homme, 8 juillet 1978, *Ensslin, baader et Raspe c. République fédérale d'Allemagne*, n° 7572/76, 7586/76, 7587/76.
- CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*, n° 8544/79.
- CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, n° 7819/77 et 7878/77.
- CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, n° 12244/86, 12245/86 et 12383/86.
- CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c. France*, n° 12547/86, RFDA 1995. 1172, chron. Labayle, Sudre ; AJDA 1994. 511, chron. Flauss ; LPA 1994. n° 46, note Flauss.
- CEDH, 9 février 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, n° 17440/90, RSC 1996. 470, obs. Koering-Joulin ; AJDA 1995. 719, chron. Flauss.
- CEDH, 8 juin 1995, *Jamil c. France*, n° 15917/89, RSC 1995. 855, obs. Pettiti ; RSC 1996. 471, obs. Koering-Joulin ; D. 1996. 197, note Renucci ; AJDA 1995. 719, chron. Flauss.
- CEDH, [GC], 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96, RSC 2001. 881, chron. Tulkens ; RTD Civ. 2001. 442, note Marguénaud ; RFDA 2001. 1250, note Sudre ; AJDA 2000. 1006, chron. Flauss.
- CEDH, 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, RSC 2001. 881, chron. Tulkens ; AJDA 2000. 1006, chron. Flauss.
- CEDH, [GC], 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, n° 46295/99, RSC 2004. 166, note Massias ; D. 2003. 919, chron. Céré ; AJDA 2003. 1490, note Rollin.

- CEDH, [GC], 9 octobre 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, n° 39665/98 et 40086/98, Dr. pén. 2004. n° 6. étude 7, note Vergès ; RSC 2004. 173, note Massias ; D. 2003. 919, chron. Céré ; AJ Pénal 2004. 36, obs. Céré.
- CEDH, 1 juin 2004, *Van Der Graaf c. Pays-Bas*, n° 8704/03.
- CEDH, [GC], 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, AJDA 2006. 1709, chron. Flauss.
- CEDH, 11 juillet 2006, *Rivière c. France*, n° 33384.
- CEDH, 24 octobre 2006, *Vincent c. France*, n° 6253/03, RSC 2007. 350, chron. Poncela ; RDSS 2007. 351, note Boujeka ; D. 2007. 1229, chron. Céré ; AJ Pénal 2006. 500, note Céré ; JCP G. 2007. n° 3. II 10007, note Thierry.
- CEDH, [GC], 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, n° 73053/01, AJDA 2007. 902, chron. Flauss.
- CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*, n° 70204/01, RSC 2008. 140, chron. Roets ; *ibid.* 404, chron. Poncela ; D. 2007. 2632, chron. Garé ; *ibid.* 2008. 1015, chron. Céré ; AJ Pénal 2007. 336, obs. Herzog-Evans ; JCP G 2007. I. 106, chron. Sudre ; Dr. pén. 2010. n° 4, chron. 3, chron. Dreyer.
- CEDH, [GC], 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, n° 44362/04, RSC 2007. 350, chron. Poncela ; RSC 2008. 140, chron. Marguénaud ; RTD civ. 2008. 272, note Hauser ; D. 2008. 1435, chron. Galloux, Gaumont-Prat.
- CEDH, [GC], 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, n° 21906/04, RSC 2008. 692, chron. Roets ; RSC 2009. 431, chron. Poncela ; D. 2009. 1453, obs. Renucci.
- CEDH, 4 mars 2008, *Cavallo c. Italie*, n° 9786/03.
- CEDH, [GC], 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03, RSC 2009. 675, obs. Roets ; D. 2009. 2014, note Pradel.
- CEDH, 9 juillet 2009, *Khider c. France*, n° 39364/05, RSC 2010. 225, note Margénaud ; *ibid.* 645, chron. Poncela ; D. 2009. 2462, note Herzog-Evans ; D. 2010. 1376, chron. Céré ; AJDA 2010. 994, note Moliner-Dubost ; Gaz. Pal. 2009. n° 302. 20, note Renucci.
- CEDH, 22 octobre 2009, *Norbert Sikorski c. Pologne*, n° 17599/05, RSC 2010. 645, chron. Poncela.
- CEDH, 15 décembre 2009, *Gurguchiani c. Espagne*, n° 16012/06, AJDA 2010. 997, chron. Flauss ; Dr. pén. 2020. n° 4. chron. 3, chron. Dreyer.
- CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, n° 54729/00, RSC 2010. 687, note Roets ; D. 2010. 1324, note Bonfils ; LEFP 2010. n° 5. 7, obs. Bonfils.
- CEDH, [CG], 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03, RSC 2010. 685, note Margénaud ; D. 2010. 970, obs. Rebut ; D. 2010. 1386, note Renucci ; D. 2010. 1386, note Hennion-Jacquet ; Gaz. Pal. 2010. n° 117. 15, note Matsopoulou ; Dr. Pén. 2010. n° 6. étude 12, note Thierry.
- CEDH, 20 janvier 2011, *Payet c. France*, n° 19606/08, RSC 2011. 718, note Marguénaud ; *ibid.* 2012. 208, chron. Poncela ; D. 2011. 643, note Céré ; D. 2011. 1306, chron. Céré ; AJ Pénal 2011. 88, note Herzog-Evans ; AJDA 2011. 1993, chron. Burgorgue-Larsen ; Gaz. Pal. 2011. n° 111. 11, note Senna.
- CEDH, 17 janvier 2012, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130-10 et 3896/10, D. 2012. 1294, chron. Céré ; Dr. pénal 2013. n° 4, chron. 4, obs. Dreyer.
- CEDH, [GC], 23 février 2012, *Creangă c. Roumanie*, n° 29226/03.

CEDH, [GC] 3 avril 2012, *Boulois c. Luxembourg*, n° 37575/04.

CEDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, n° 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10, D. 2013. 1304, chron. Céré ; AJ Pénal 2013. 361, obs. Péchillon ; AJDA 2013. 1794, chron. Burgogue-Larsen ; Gaz. Pal. 2013. n° 71, note Senna ; JCP G 2013. n° 11-12. 319, note Laffaille.

CEDH, [GC], 9 juill. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, RSC 2013. 625, chron. Poncela ; RSC 2013. 649, note Roets ; D. 2013. 2081, obs. Léna ; D. 2013. 2081, note Renucci ; D. 2014. 1235, chron. Céré ; AJDA 2013. 494, obs. Van Zyl Smit ; Dr. pén. 2013. n° 11. comm. 165.

CEDH, [GC], 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, n° 42750/09, RSC 2014. 174, note Roets ; D. 2013. 2775, obs. Falxa ; AJDA 2014. 147, chron. Burgogue-Larsen ; Dr. pén. 2013. n° 12. comm. 179, obs. Peltier ; Dr. pén. 2014. n° 1. étude 2, note Peltier ; Dr. pén. 2014. n° 4. chron. 4, chron. Dreyer.

CEDH, 10 décembre 2013, *Murray c. Pays-Bas*, n° 10511/10.

CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10 et al, RSC 2014. 110, note Stasiak ; RSC 2015. 159, note Marguénaud ; Rev. sociétés 2014. 675, note Matsopoulou ; RPDP 2014. 927, chron. Peltier.

CEDH, 18 mars 2014, *Öcalan c. Turquie (n° 2)*, n° 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07.

CEDH, [GC], 13 novembre 2014, *Bodein c. France*, n° 40014/10, Dr. pén. 2015. n° 1. comm. 15, note Bonis-Garçon ; RSC 2015. 148, note Roets ; AJ Pénal 2015. 105, obs. Céré ; AJDA 2015. 150, chron. Borgogue-Larsen ; RPDP 2014. 907, note Hoffschir ; *ibid.* 927, chron. Peltier ; RPDP. 2015. 631, obs. Renucci.

CEDH, 3 février 2015, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, n° 57592/08, Dr. pén. 2015. n° 4. comm. 61, note Bonis-Garçon ; JCP G 2015. n° 7. 195, obs. Gonzalez ; RPDP 2016. 129, chron. Habouzit.

CEDH, 12 novembre 2015, *Bidart c. France*, n° 52363/11, Dr. pén. 2016. n° 4, chron. 4, chron. Dreyer ; AJDA 2016. 143, chron. Burgogue-Larsen.

CEDH, [GC], 26 avril 2016, *Murray c. Pays-Bas*, n° 10511/10, Dr. pén. 2016. n° 7-8. comm. 120, note Peltier ; RSC 2016. 582, note Roets ; D. 2016. 1542, note Renucci ; RPDP 2016. 421, chron. Céré ; *ibid.*, chron. Peltier ; AJ Pénal 2016. 322, note Vouleli, Van Zyl Smit ; RPDP 2016. 953, chron. Habouzit.

CEDH, [GC], 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège*, n° 24130/11 et 29758/11, RSC 2017. 134, note Roets ; D. 2017. 128, chron. Renucci ; Gaz. Pal. 2016. n° 42. 18, note Sauron ; Gaz. Pal. 2017. n° 10. 31, note Andriantsimbazovina ; Dr. Pén. 2017. n° 4. chron. 4, chron. Dreyer ; JCP G 2017. n° 1-2, doct. 32, chron. Sudre ; AJ Pénal 2017. 45, note Robert.

CEDH, [GC] 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres c. Italie*, n° 16483/12, JCP G 2017. n° 1-2, doct. 32, chron. Sudre ; RFDA 2017. 753, chron. Labayle, Sudre ; AJDA 2017. 157, chron. Burgogue-Larsen.

CEDH, [GC], 17 janvier 2017, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, n° 57592/08, D. 2017. 1274, chron. Céré ; Dr. pén. 2017. n° 3. comm. 51, note Bonis-Garçon ; Gaz. Pal. 2017. n° 10. 32, note Andriantsimbazovina.

CEDH, 23 octobre 2018, *Arrozpide Sarasola et autres c. Espagne*, n° 65101/16, AJ Pénal 2019. 35, obs. Lacaze.

CEDH, 25 octobre 2018, *Provenzano c. Italie*, n° 55080/13, RSC 2019. 75, note Cicirello.

CEDH, 13 juin 2019, *Viola c. Italie (n° 2)*, n° 77633/16, Dr. pén. 2020. n° 4. chron. 4, Dreyer.

CEDH, 2 juillet 2019, *Gorlov et autres c. Russie*, n° 27057/06, 56443/09 et 25147/14, AJ Pénal 2020. 38, note Herzog-Evans ; D. 2020. 1195, chron. Céré.

CEDH, 27 août 2019, *Izmestyev c. Russie*, n° 74141/10 AJ Pénal 2020. 38, note Herzog-Evans ; D. 2020. 1195, chron. Céré.

CEDH, 30 janvier 2020, J.M.B. et autres c. France, n° 9671/15 et 31 autres, JCP G 2020. 154, note Pastre-Belda ; D. 2020. 753, note Renucci ; ibid. 1195, obs. Céré ; ibid. 1643, obs. Pradel ; RPDP 2020. 179, obs. Margaine ; Dr. pén. 2021. 13, chron. Peltier.

III. Tribunal des conflits

Tribunal des conflits, 14 octobre 2013, n° C3918, recueil Lebon, Droit social 2014. 11, chron. Tournaux ; AJ Pénal 2014. 47, obs. Péchillon ; AJDA 2013. 2321, note Schmitz.

IV. Cour de cassation

Crim., 10 décembre 1980, n° 80-92.358, Bull. Crim. n° 344.

Crim., du 16 janvier 1985, n° 84-93.553, Bull. Crim. n° 29.

Crim., 2 octobre 1987, n° 87-81.705, Bull. Crim. n° 331.

Crim., 24 janv. 1989, n° 88-83.169, Bull. Crim. n° 28.

Crim., 3 février 1992, n° 91-82.098, inédit.

Crim., 9 mars 1993, n° 92-84.480, Bull. Crim. n° 104, RSC 1994. 324, obs. Bouloc.

Crim., 5 juillet 1993, n° 92-86.681, Bull. Crim. n° 237.

Crim., 27 mars 1997, n° 96-82.669, Bull. Crim. n° 128, RSC 1997. 830, obs. Bouloc ; D. 1998. 172, note Pradel ; RPDP 1998. 71, note Herzog-Evans.

Crim., 11 juin 1998, n° 97-83.017, inédit, Rev. soc. 1998. 814, obs. Bouloc.

Crim., 27 mai 1999, n° 98-85.068, inédit.

Crim., 23 juin 1999, n° 98-87.147, Bull. Crim. n° 155.

Crim., 27 septembre 2000, n° 99-87.435, inédit.

Crim., 28 mars 2001, n° 00-82.284, inédit.

Crim., 6 mars 2002, n° 01-85.914, Bull. Crim. n° 59, RSC 2002. 812, obs. Bouloc.

Crim., 15 mars 2002, n° 01-99.073, Bull. Crim. JNLC n° 1, RSC 2002. 812, obs. Bouloc.

Crim., 4 avril 2002, n° 01-87.416, inédit.

Crim., 21 mai 2003, n° 02-81.861, Bull. Crim. n° 106.

Crim., 4 février 2004, n° 03.84.556, Bull. Crim. n° 33.

Crim., 28 avril 2004, n° 03.83.126, inédit, AJ Pénal 2004. 331, obs. Herzog-Evans

Crim., 9 novembre 2004, n° 04-82.980, Bull. Crim. n° 277.

Crim., 2 février 2005, n° 04-83.652, inédit, AJ Pénal 2005. 205, obs. Herzog-Evans.

Crim., 15 février 2005, n° 04-81.775, Bull. Crim. n° 58, AJ Pénal 2005. 205, obs. Herzog-Evans.

Crim., 31 mars 2005, n° 04-84.455, Bull. Crim. n° 116, D. 2005. 2986, chron. Roujou de Boubée ; AJ Pénal 2005. 247, obs. Herzog-Evans.

- Crim., 1 mars 2006, n° 05-85.230, Bull. Crim. n° 63, AJ Pénal 2006. 224, obs. Herzog-Evans ; Gaz. Pal. 2006. n° 299. 16, obs. Monnet.
- Crim., 15 mars 2006, n° 05-83.684, Bull. Crim. n° 81, RSC 2007. 350, chron. Poncela ; Gaz. Pal. 2006. n° 304. 21, obs. Monnet.
- Crim., 4 octobre 2006, n° 06-80.361, inédit.
- Crim., 18 octobre 2006, n° 06-84212, inédit.
- Crim., 31 octobre 2006, n° 06-81.156, inédit, RSC 2007. 350, chron. Poncela.
- Crim., 24 janvier 2007, n° 06-84.818, inédit.
- Crim., 26 septembre 2007, n° 07-81.644, Bull. Crim. n° 227, RSC 2008. 404, chron. Poncela.
- Crim., 4 juin 2008, n° 08-81.603, Bull. Crim. n° 142.
- Crim., 4 mars 2009, n° 08-85.311, inédit.
- Crim., 18 mars 2009, n° 08-83.325, inédit.
- Crim., 29 avril 2009, n° 09-80.044, inédit, Dr. pén. 2010. n° 3. 2, chron. Garçon.
- Crim., 10 juin 2009, n° 08-86.641, inédit.
- Crim., 24 juin 2009, n° 08-88.337, inédit, RSC 2009. 645, chron. Poncela.
- Crim., 25 novembre 2009, n° 09-82.971, Bull. Crim. n° 197, RSC 2009. 645, chron. Poncela.
- Crim., 20 janvier 2010, n° 08-88.301, Bull. Crim. n° 14, RSC 2009. 645, chron. Poncela ; AJ Pénal 2010. 252, Obs. Royer ; Procédures 2010. n° 4. Comm. 129, note Chavent-Leclere ; Gaz. Pal. 2010. n° 84. 16, chron. Dreyer, Detraz.
- Crim., 3 février 2010, n° 09-84.850, inédit, AJ Pénal 2010. 334, note Herzog-Evans ; Procédures 2010. n° 5. comm. 196, note Chavent-Leclere.
- Crim., 23 juin 2010, n° 09-83.770, inédit.
- Crim., 5 janvier 2011, n° 10-84.136, inédit, AJ Pénal 2011. 536, obs. Herzog-Evans.
- Crim., 19 janvier 2011, n° 10-84.929, inédit, AJ Pénal 2011. 313, obs. Herzog-Evans.
- Crim., 15 mars 2011, n° 11-90.005, inédit.
- Crim., 28 avril 2011, n° 10-87.799, Bull. Crim. n° 79, D. 2011. 2823, chron. Potaszkin ; AJ Pénal 2012. 107, obs. Herzog-Evans.
- Crim., 28 avril 2011, n° 10-88.890, Bull. crim. n° 81, D. 2011. 2823, chron. Potaszkin.
- Crim., 30 mars 2011, n° 10-86.999, inédit, AJ Pénal. 2011. 477, obs. Herzog-Evans.
- Crim., 1 septembre 2011, n° 11-90.070, inédit, Dr. pén. 2012. n° 3. chron. 2, chron. Garçon ; AJ Pénal 2013. 484, obs. Herzog-Evans.
- Crim., 31 octobre 2012, n° 12-85.591, inédit.
- Crim., 12 décembre 2012, n° 12-90.060, inédit, Dr. pén. 2013. n° 3. comm. 51, note Bonis-Garçon ; Dr. pén. 2013. n° 3. chron. 3, chron. Boni-Garçon.
- Crim., 9 janvier 2013, n° 12-86.832, inédit, Dr. pén. 2013. n° 4. comm. 68, note Bonis-Garçon.
- Crim., 6 février 2013, n° 12-83.588, inédit.
- Crim., 15 mai 2013, n° 13-82.623, Bull. Crim. n° 109, Dr. pén. 2013. n° 7-8. comm. 119, obs. Peltier ; Gaz. Pal. 2013. n° 176, note Mésa ; D. 2013. 2713, chron. Potaszkin.
- Crim., 7 août 2013, n° 13-84.500, inédit.

- Crim., 9 octobre 2013, n° 13-85.760, inédit.
- Crim., 18 décembre 2013, n° 13-80.554, Bull. Crim. n° 267, D. 2014. 1235, chron. Herzog-Evans ; Dr. pén. 2014. n° 3. Chron. 3, chron. Bonis-Garçon.
- Crim., 15 janvier 2014, n° 13-83.542, inédit.
- Crim., 26 février 2014, n° 12-86.227, inédit.
- Crim., Avis du 7 avril 2014, n° 14-70.001, Bull. Crim. n° 1, AJ Pénal 2014. 280, obs. Herzog-Evans ; Dr. pén. 2014. n° 7-8. comm. 115, note Bonis-Garçon.
- Crim., 9 avril 2014, n° 13-84.290, Bull. Crim. n° 111, AJ Pénal 2015. 107, obs. Herzog-Evans.
- Crim., 21 mai 2014, n° 13-87.317, inédit.
- Crim., 18 juin 2014, n° 14-82.820, inédit.
- Crim., 3 septembre 2014, n° 13-80.951, inédit.
- Crim., 3 septembre 2014, n° 13-83.542, inédit, Dr. pén. 2014. n° 11. comm. 143, note Bonis-Garçon.
- Crim., 18 mars 2015, n° 14-84.689, Bull. Crim. n° 61, Dr. pén. 2015. n° 5. comm. 80, note Bonis-Garçon.
- Crim., 15 avril 2015, n° 14-80.417, Bull. Crim. n° 94, Dr. pén. 2015. n° 7-8. comm. 104, note Bonis-Garçon ; RPD 2015. 375, note Céré ; AJ Pénal 2015. 444, obs. Falxa ; D. 2015. 1395, chron. Laurent ; D. 2015. 2465, chron. Gozzi.
- Crim., 15 avril 2015, n° 14-82.622, Bull. Crim. n° 92, Dr. pén. 2015. n° 6, comm. 91, note Bonis-Garçon.
- Crim., 23 sept. 2015, n° 14-85.708, Bull. Crim. n° 236, Dr. pén. 2015. n° 12, comm. 172, note Bonis-Garçon.
- Crim., 27 janvier 2016, n° 15-84.075, Bull. Crim. n° 24, D. 2016. 1220, chron. Herzog-Evans.
- Crim., 10 février 2016, n° 15-82.431, Bull. Crim. n° 46, Dr. Pén. 2016. n°4. comm. 71, note Bonis-Garçon.
- Crim., 25 mai 2016, n° 15-80.839, inédit.
- Crim., 8 juin 2016, n° 15-84.205, Bull. Crim. n° 76, Dr. pén. 2016. n°10. comm. 149, note Bonis-Garçon ; D. 2017. 1274, chron. Herzog-Evans.
- Crim., 22 Juin 2016, n° 15-82.638, inédit.
- Crim., 22 juin 2016, n° 15-87.418, Bull. Crim. n° 198, AJ Pénal 2016. 500, obs. Herzog-Evans.
- Crim., 21 septembre 2016, n° 15-83.954, inédit, AJ Pénal 2017. 49, obs. Herzog-Evans.
- Crim., 16 novembre 2016, n° 15-87.121, inédit.
- Crim., 10 janvier 2017, n° 15-85.519, Bull. crim. n° 12, D. 2017. 1274, chron. Céré ; *ibid.* 1676, chron. Pradel ; *ibid.* 2520, chron. Ginestet ; Dr. pén. 2017. comm. 68, note Peltier ; AJ Pénal 2017. 145, note Falxa.
- Crim., 8 février 2017, n° 15-87.413, inédit.
- Crim., 20 avril 2017, n° 16-80.091, Bull. Crim. n° 110, Dr. pén. 2017. n° 6. comm. 100, note Bonis-Garçon.
- Crim., 28 juin 2017, n° 16-84.087, Bull. Crim. n° 24, Dr. pén. 2017. n° 9. comm. 137, note Bonis-Garçon.

- Crim., 9 août 2017, n° 17-90.014, inédit, Dr. pén. 2017. n° 11. comm. 172, note Bonis-Garçon.
- Crim., 13 décembre 2017, n° 16-86.130, inédit.
- Crim., 7 mars 2018, n° 17-80.449, inédit.
- Crim., 3 mai 2018, n° 17-83.225, Bull. crim. n° 81, D. 2018. 2259, chron. Ginestet ; Dr. pén. 2018. comm. 115, note Maron, Haas.
- Crim., 9 mai 2018, n° 17-80.355, inédit.
- Crim., 9 mai 2018, n° 17-83.089, inédit.
- Crim., 5 septembre 2018, n° 17-87.303, Bull. Crim. n° 151, Dr. pén. 2018. n° 10. comm. 189, obs. Bonis ; AJ Pénal 2018. 479, obs. Herzog-Evans.
- Crim., 31 octobre 2018, n° 17-86.660, Bull. Crim. n° 183, D. 2019. 149, note Parizot ; AJ Pénal 2019. 48, note Carpentier.
- Crim., 9 avril 2019, n° 18-83.874, Bull. crim. n° 70, D. 2019. 1626, chron. Pradel ; AJ Pénal 2019. 403, note Herzog-Evans.
- Crim., 10 avril 2019, n° 18-83.709, Bull. Crim. n° 75, RPD. 2019. 435, note Bonis-Garçon ; D. 2019. 2320, chron. Roujou de Boubée ; Dr. pén. 2019. n° 6, comm. 119, note Bonis-Garçon ; Gaz. Pal. 2019. n° 29. 41, note Dreyer ; AJ Pénal 2019. 443, obs. Grégoire.
- Crim., 18 septembre 2019, n° 19-83.950, publié au bull. crim., RSC 2019. 808, note Mayaud ; AJ Pénal 2019. 560, note Frinchaboy ; Gaz. Pal. 2019. n° 36. 18, obs. Mésa.
- Crim., 16 octobre 2019, n° 18-83.619, Bull. Crim. n° 224, AJ Pénal 2019. 622, note Herzog-Evans ; Dr. pén. 2019. comm. 113, note Bonis.
- Crim., 16 octobre 2019, n° 18-84.374, Bull. crim. n° 225, Dr. pén. 2019. n° 12. comm. 214, note Peltier ; AJ Pénal 2019. 609, obs. Thierry ; Gaz. pal. 2020. n° 5. 69, obs. Fourment.
- Crim., 22 janvier 2020, n° 19-84.084, publié au Bull. Crim., D. 2020. 2367, chron. Roujou De Boubée ; Dr. pén. 2020. n° 3. comm. 66, obs. Peltier ; Gaz. Pal. 2020. n° 18. 48, obs. Detraz.
- Crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.739, publié au Bull. crim., D. 2020. 1643, chron. Pradel ; *ibid.* 1774, note Falxa ; Dr. pén. 2020. n° 10. comm. 177, note Maron, Haas ; JCP G 2020. n° 40. 1075, note Peltier ; Gaz. Pal. 2020. n° 33. 12, note Céré ; *ibid.* n° 40. 60, obs. Fourment ; Dr. pén. 2021. 13, chron. Peltier.
- Crim., 11 mai 2021, n° 20-83.507, publié au Bull. Crim.
- Crim., 11 mai 2021, n° 20-84.412, publié au Bull. Crim.
- Crim., 11 mai 2021, n° 20-85.576, publié au Bull. Crim.
- Crim., 27 mai 2021, n° 20-82.727, publié au Bull. Crim.

V. Conseil d'État

- CE, Sect., 4 mai 1979, n° 00096, 00218, recueil Lebon.
- CE, Ass., 27 janvier 1984, *Caillol*, n° 31985, recueil Lebon, RSC 1984. 555, obs. Couvrat ; AJDA 1984. 72, chron. Lasserre, Delarue ; Gaz. Pal. 1984. 284, note Pretot.
- CE, Section, 4 novembre 1994, *Korber*, n° 157435, recueil Lebon, RFDA 1995. 817, note Pradel ; JCP G. 1995. N° 18. II. 22422, note Lemaire ; LPA 1995. n° 44. 18, note Pacteau.

- CE, 4^e-1^{ère} SSR, 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, n° 188715, 189102, 189106, 189287, 189336, 189662, 189931, 189932, 192004, recueil Lebon.
- CE, 23 février 2000, n° 155607, inédit.
- CE, 6^e-4^e SSR, 9 février 2001, *Malbeau*, n° 215405, recueil Lebon, RFDA 2002. 598, note Céré, Péchillon ; LPA 2001. n° 154. 23, concl. Seban.
- CE, 23 mars 2004, *Chapron*, n° 265735, inédit.
- CE, 6^e-1^{ère} SSR, 23 novembre 2005, *Monné*, n° 284912, recueil Lebon, RFDA 2006. 389, concl. Aguila.
- CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault*, n° 290420, recueil Lebon, RFDA 2008. 87, concl. Guyomar ; RSC 2008. 404, chron. Poncela ; D. 2008. 820, note Herzog-Evans ; D. 2008. 1015, chron. Céré ; AJDA 2008. 128, note Boucher, Bourgeois-Machureau ; Dr. pén. 2008. n° 2. comm. 25, note Maron ; Dr. ad. 2008. n° 2. comm. 24, note Melleray ; Gaz. Pal. 2008. n° 222. 24, note Minot, Missaloux ; Procédures 2008. n° 2. comm. 61, obs. Deygas.
- CE, Ass., 14 décembre 2007, *Boussouar*, n° 290730, recueil Lebon, RFDA 2008. 87, concl. Guyomar ; RSC 2008. 404, chron. Poncela ; D. 2008. 820, note Herzog-Evans ; D. 2008. 1015, chron. Céré ; AJDA 2008. 128, note Boucher, Bourgeois-Machureau ; Dr. pén. 2008. n° 2. comm. 25, note Maron ; Dr. ad. 2008. n° 2. comm. 24, note Melleray ; Gaz. Pal. 2008. n° 222. 24, note Minot, Missaloux ; Procédures 2008. n° 2. comm. 61, obs. Deygas.
- CE, Ass., 14 décembre 2007, *Payet*, n° 306432, recueil Lebon, RFDA 2008. 104, concl. Landais ; RSC 2008. 404, chron. Poncela ; D. 2008. 820, note Herzog-Evans ; D. 2008. 1015, chron. Céré ; AJDA 2008. 128, note Boucher, Bourgeois-Machureau ; Dr. pén. 2008. n° 2. comm. 25, note Maron ; Dr. ad. 2008. n° 2. comm. 24, note Melleray ; JCP G. 2008. n° 8. II 10036, note Ngampio-Obélé-Bélé ; Gaz. Pal. 2008. n° 222. 24, note Minot, Missaloux ; Procédures 2008. n° 2. comm. 61, obs. Deygas.
- CE, 10^e SS, 29 février 2008, n° 308145, inédit.
- CE, 10^e-9^e SSR, 9 avril 2008, *Rogier*, n° 308221, recueil Lebon, RSC 2009. 431, obs. Poncela ; AJDA 2008. 1827, note Costa.
- CE, 6^e-1^{ère} SSR, 27 mai 2009, *Miloudi*, n° 322148, recueil Lebon, Gaz. Pal. 2009. n° 174. 12, obs. Guyomar.
- CE, 6^e-1^{ère} SSR, 3 juin 2009, n° 310100, 323871, recueil Lebon.
- CE, 10^e-9^e SSR, 30 novembre 2009, *Kehli*, n° 318589, recueil Lebon, D. 2009. 1188, note Giacopeli ; D. 2010. 1376, chron. Céré ; AJDA 2010. 994, note Moliner-Dubost ; Gaz. Pal. 2009. n° 356. 20, obs. Guyomar.
- CE, 6^e-1^{ère} SSR, 28 décembre 2009, n° 312314, recueil Lebon.
- CE, 10^e-9^e SSR, 28 mars 2011, *Bennay*, n° 316977, recueil Lebon, D. 2012. 1294, chron. Péchillon ; AJ pénal 2011. 408, note Cliquennois, Herzog-Evans ; JCP G. 2011. n° 15. 430, obs. Dubreuil ; Revdh. Actualités Droits-Libertés. 2011, note Slama.
- CE, 6^e-1^{ère} SSR, 20 mai 2011, *Letona Biteri*, n° 326084, recueil Lebon, AJ pénal 2012. 177, obs. Herzog-Evans.
- CE, 10^e -9^e SSR, 26 juillet 2011, n° 317547, recueil Lebon.
- CE, 10^e SS, 24 août 2011, n° 324242, recueil Lebon.
- CE, 6^e-1^{ère} SSR, 11 juillet 2012, n° 347247, recueil Lebon.
- CE, 6^e-1^{ère} SSR, 6 décembre 2012, n° 344995, recueil Lebon, Gaz. Pal. 2012. n° 355. 13, chron. Guyomar.

- CE, 10^e-9^e SSR, 4 février 2013, n° 344266, recueil Lebon, D. 2013. 1304, chron. Herzog-Evans ; Droit administratif 2013. n° 5. comm. 37, note Éveillard ; Gaz. Pal. 2013. n° 115, obs. Guyomard.
- CE, Juge des référés, 6 juin 2013, n° 368875, recueil Lebon, AJ pénal 2013. 497, obs. E. Péchillon.
- CE, 2e-7e SSR, 21 octobre 2013, *M. Occansey*, n° 367107, recueil Lebon, D. 2014. 396, chron. Lachaume ; Dr. ad. 2014. n° 3. comm. 19, note Zacharie ; Jurisport 2016. N° 169. 34, note Dudognon.
- CE, 10^e-9^e SSR, 13 novembre 2013, n° 338720, *Agamemnon*, recueil Lebon, RFDA 2014. 965, note Pollet-Panoussis ; AJDA 2013. 2287, obs. Poupeau ; Gaz. Pal. 2013. n° 353, note Guyomar.
- CE, 10^e-9^e SSR, 13 novembre 2013, *Puci*, n° 355742, recueil Lebon, RFDA 2014. 965, note Pollet-Panoussis ; Gaz. Pal. 2013. n° 353, note Guyomar.
- CE, 6^e-1^{ère} SSR, 13 février 2013, n° 356852, recueil Lebon.
- CE, 10^e-9^e SSR, 11 avril 2014, n° 352473, inédit.
- CE, 10^e-9^e SSR, 11 avril 2014, n° 355624, inédit.
- CE, 6^e-1^{ère} SSR, 14 mai 2014, n° 375765, inédit.
- CE, 10^e SS, 23 juillet 2014, n° 379602, inédit.
- CE, 6^e-1^{ère} SSR, 24 octobre 2014, n° 368580, Gaz. Pal. 2014. n° 352. 20, note Roussel ; AJDA 2014. 1374, note Falxa ; AJ Pénal 2014. 39, note Céré.
- CE, 6^e-1^{ère} SSR, 18 février 2015, n° 375765, inédit, D. 2015. 1122, chron. Céré ; D. 2015. 2465, chron. Garé ; AJ Pénal 2015. 195, note Herzog-Evans, Péchillon.
- CE, 6^e-1^{ère} SSR, 25 mars 2015, n° 374401, recueil Lebon.
- CE, 6^e SSJS, 17 avril 2015, n° 373442, inédit.
- CE, 10^e-9^e SSR, 7 décembre 2015, n° 393668, recueil lebon, D. 2016. 1220, chron. Péchillon ; AJDA 2015. 1477, note Revert.
- CE, 10^e-9^e SSR, 30 décembre 2015, n° 383294, inédit.
- CE, 2^e-7^e SSR, 11 mai 2016, *M. Touré - SASP Football club de Nantes*, n° 388322, recueil Lebon.
- CE, ord. réf., 28 juill. 2016, n° 401800, *Abdeslam*, AJDA 2016. 2052, note M. Sztulman ; D. 2016. 1808, entretien Péchillon ; AJ pénal 2016. 502, obs. Aubert.
- CE, 6^e-5^e SSR, 29 janvier 2018, n° 402506, inédit, RPDP 2018. 629, chron. Niquège.
- CE, 10^e-9^e SSR, 6 juin 2018, n° 410985, RPDP 2018. 629, chron. Niquège ; AJDA 2018. 2023, note Sédat ; Dr. ad. 2018. comm. 55, note Eveillard ; Gaz. Pal. 2018. n° 26. 29, note Roussel.
- CE, 10^e-9^e SSR, 12 décembre 2018, n° 417244, recueil Lebon, AJDA 2019. 825, note Schmitz.
- CE, 10^e-9^e SSR, 12 décembre 2018, n° 421294, recueil Lebon, RSC 2019. 163, note Poncela.
- CE, 27 décembre 2018, n° 426329, inédit.
- CE, 6^e-5^e SSR, 29 janvier 2018, n° 402506, inédit.

VI. CAA

CAA de Nancy, 1^{ère} ch., 2 février 2006, n° 03NC00152, inédit, RSC 2007. 350, chron. Poncela.

CAA de Bordeaux, 2^e ch., 25 avril 2006, n° 03BX01518, inédit, RSC 2007. 350, chron. Poncela ; D. 2007. 1229, chron. Péchillon.

CAA de Bordeaux, 2^e ch., 27 juin 2006, n° 05BX02302, RSC 2007. 350, chron. 350.

CAA de Paris, 1^{ère} ch., 7 décembre 2006, n° 05PA02246, inédit, RSC 2007. 350, chron. Poncela.

CAA de Nancy, 3^e ch., 14 décembre 2006, n° 06NC00705, inédit.

CAA de Bordeaux, 2^e ch., 18 novembre 2008, n° 07BX01485, inédit, D. 2009. 1376, chron. Péchillon.

CAA de Douai, 2^e ch., 7 décembre 2017, n° 16DA00715, inédit, AJDA 2018. 1041, note Costa.

VII. CHAP

CHAP de Paris, 22 mars 2007, n° 06/10055.

CHAP de Toulouse, 10 octobre 2007, n° 2007/964, D. 2008. 674, note Giacomelli.

CHAP de Douai, 29 févr. 2008, n° 08/00776, D. 2009. 1376, chron. Herzog-Evans.

CHAP de Paris, 4 décembre 2008, n° 08/09749, D. 2009. 1388, note Herzog-Evans.

CHAP de Montpellier, 12 février 2014, n° 13/02098.

CHAP de Montpellier, 18 juin 2014, n° 14/00566, AJ Pénal 2014. 494, note Ponseille.

VIII. Autres juridictions

JRLC de Caen, 26 avril 2001, D. 2002. 837, note Herzog-Evans.

JNLC, 23 novembre 2001, D. 2002. 837, note Herzog-Evans.

TA de Rennes, 10 septembre 2014, n° 1205245, AJ Pénal 2014. 547, obs. Péchillon.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvois aux numéros de paragraphe)

A

Action civile : 145, 414.
Action publique : 31, 56, 172, 414.
Actuariat : 515, 517-519, 534, 574, 576, 594.
Addiction : 166, 258, 421-422, 494, 505, 509, 537, 562.
Amor : 231-232, 238.
Ancel : 36, 431, 547.
Ancien Régime : 218 et s.
Anthropologie : 8, 35, 37, 49, 129, 507, 427, 495, 499.
 Anthropologie criminelle : 499, 507.
Arbitraire : 46, 85, 109, 125, 166-167, 204, 219, 224, 232, 246, 265, 355, 398, 401, 562, 614.
Architecture carcérale : 224, 256, 392, 441.
Assujettissement (définition) : 4, 147.
Autorisation de sortie sous escorte : 80, 91, 95, 152, 167, 584.
Avocat : 175, 271, 319, 469.

B

Beccaria : 8, 365.
Bentham : 8, 69, 195, 441, 583.
Bonne conduite : 90, 92, 278, 330, 343, 345-346, 349, 352, 363, 368, 551, 566-579, 583-585, 597, 600, 601, 606.
 Stricto sensu : 90, 92, 294, 330, 345, 352, 368.
 Lato sensu : 278, 330, 343, 346, 349, 354, 363, 551, 566-579, 583-585, 597, 600, 601, 606.

C

Capital de liberté : 193-197, 254, 276-281, 349, 395, 408, 411, 475, 542.
 Sociabilité (de) : 194, 277, 394-396, 494.
 Spatial : 59, 194, 277, 280, 391-394, 416, 455-457.
Capital d'individualisation : 20, 23, 211, 250.
Capital économique et social : 502, 509, 537, 540, 543.
Capital humain : 406-407, 410, 416, 422, 425, 428, 431-432, 434, 502, 509, 536-537, 540, 543-544, 569, 572, 575.
Chaîne délictuelle : 428, 430, 500, 514, 521, 537.
Chef d'établissement : 91, 169, 240, 243, 254, 270, 280, 300, 303, 317-318, 325, 328, 335, 398.
 Pouvoir de police : 270, 398, 446.
Classification de la population pénale : 37, 214, 230-231, 233-236, 246, 250, 259, 265, 309,

341-343, 350, 379, 381, 482 et s., 516-518, 531, 534, 536, 590-592.
Code pénal de 1791 : 7, 23, 216-224, 228, 290.
Code pénal de 1810 : 63, 227, 420.
Commission d'application des peines : 89-92, 95, 99, 115, 121, 169-170, 353.
Commission pluridisciplinaire unique : 278, 303, 316, 319, 328, 331, 353, 442, 506, 517, 521.
Conditions matérielles de détention : 77, 255, 593-595.
Consensualisme : 195, 198, 302, 603.
 Consentement : 94, 99, 195, 265, 319, 416, 421-424, 428, 430, 555, 585, 603.
 Contractualisation : 195, 287, 585.
Conseiller d'insertion et de probation : v. service d'insertion et de probation.
Contentieux de masse : 88, 91, 99.
Contradictoire : 89, 91-92, 95, 99, 102, 121, 173-175, 271, 319, 445.
Contrainte pénale : 144, 146, 148, 499.
Conversion de peine : 98.
Conviction : v. idéologie.
Core correctional practices : 525.
Courtes peines d'emprisonnement : 63, 70, 81, 97-99, 254, 312-313.
Crédit de réduction de peine : 92, 128, 145, 153, 167, 169-171, 573.
Criminologie : 236, 370, 428, 478, 496, 502.
 Psycho-criminologie : 426-427, 499.

D

Dangerosité : 35, 38, 73, 95, 109, 116, 117, 121, 123-125, 202, 210, 240, 270, 280, 309, 327, 331, 477, 482, 492, 496, 505-507, 508, 511, 514, 517, 532.
 Dangerosité criminologique : 506.
 Dangerosité pénale : 111, 113-118, 123, 507.
 Dangerosité pénitentiaire : 261, 277, 279, 281, 505-506.
 Dangerosité psychiatrique : 112, 509.
 Présomption de dangerosité : 64, 112, 118, 121-122, 128, 132, 134, 281, 507.
Défense sociale : 35, 508.
 Défense sociale nouvelle : 36, 193, 412, 431, 494, 508.
Désistance : 76, 85, 412-414, 431, 499, 509, 525, 533, 543, 552, 571.
Détention à domicile sous surveillance électronique : 5, 70, 98-99, 148, 166, 186, 271, 455.
Détenu mineur : 237, 254, 308, 309, 312, 319, 395.

Détenu particulièrement signalé : 260-262, 319, 450, 591.

Détenu particulièrement dangereux : 262, 337, 470, 591.

Déviance : 410, 426-428, 491.

Discernement : 124, 420.

Discipline carcérale : v. fautes disciplinaires.

Données personnelles : 444, 450.

Droits fondamentaux : 42, 52, 170, 174, 244, 246, 248, 255, 318-320, 335, 382, 421, 445, 506, 603.

Droit au procès équitable : 91, 104, 170-171, 173-175, 271.

Liberté d'expression : 399, 401, 603.

Liberté d'opinion : 167, 265, 338, 398, 555, 558, 603.

Liberté de religion : 265, 338, 398, 555.

Traitement inhumain ou dégradant : 77, 131, 337, 450, 470, 506, 603.

Vie privée et familiale : 335, 337.

E

Encellulement individuel : 18, 22, 228, 237, 319.

Établissement pénitentiaire : 253-255.

Centre pénitentiaire d'Alençon-Condé sur Sarthe : 255, 258, 587.

Centre pénitentiaire de Vendin-le-Vieil : 255, 258, 587.

Centre pour peines aménagées : 254.

Établissement pénitentiaire pour mineurs : 254, 308.

Établissement à réinsertion active : 594.

Maison d'arrêt : 240, 244, 247, 308, 312, 313, 594.

Nouvelles prisons : 256, 392, 441.

Évaluation : 35-37, 77, 316, 327, 478-547.

Centre nationale d'évaluation : 316, 320, 527.

Outil d'évaluation : 316, 327, 331, 514-521.

Quartier arrivant et évaluation : 327.

Quartier d'évaluation de la radicalisation : 316, 338.

Évasion : 240, 255, 258, 261-262, 377, 379, 445, 468-469, 496.

Expertise : 113, 124-125, 145, 165, 478, 517, 522.

F

Faute disciplinaire : 92, 167, 280, 332, 363, 377-379, 384-386, 400-401, 604.

Fongibilité : 69, 98-99.

Foucault : 29, 441, 482, 508.

Fouilles pénitentiaires : 240, 261-262, 280, 436.

Fractionnement de peine : 70, 91, 98, 138, 156, 163, 179.

G

Gestion des flux : 77, 104, 313, 317, 416, 523, 593-596.

Good lives model : 264, 525.

I

Idéologie : 37, 83, 121, 309-310, 331, 342, 398-399, 429-431, 498, 506, 542, 555, 558, 587, 603.

Illégalisme : 4, 174, 202, 378, 382, 386, 388, 389, 399.

Impartialité : 174.

Inconduite notoire : 166, 197, 378, 562, 587, 603.

Individualisation légale : 110, 122, 128-129, 133.

Injonction de soins : 59, 145, 421.

Injonction thérapeutique : 421.

Institution d'humanité : 224, 228.

Institution totale : 194, 365.

Interdiction de séjour : 393, 461, 557.

Intérêts institutionnels poursuivis : v. ordre pénitentiaire.

Irresponsabilité sociale : 535-536, 570.

Isolement : 231, 240, 243, 255, 258, 261-262, 265, 271, 280, 337-338, 351, 476, 556, 587.

J

Judiciarisation : 232, 236, 247.

Juridictionnalisation : 87, 90, 91, 247, 353.

L

Libération conditionnelle : 18, 63, 69, 82, 91, 94, 102, 113, 116, 121, 128, 138, 145, 154-155, 165-166, 173, 181, 562.

Libération sous contrainte : 69-70, 81, 102, 146.

Logique modale : 6-8, 13, 61, 73, 88, 106, 121-122, 126-132, 572.

Longues peines privatives de liberté : 130-132, 239, 293, 299.

M

Mauvaise conduite : 167, 170-171, 197, 334, 363, 378, 551, 553-564, 579, 586-588, 597, 600-603.

Stricto sensu : 167, 170-171, 378.

Lato sensu : 197, 334, 363, 551, 553-564, 579, 586-588, 597, 600-603.

Mesure de sûreté : 14, 35, 63, 73, 113, 132, 145, 148, 202, 205, 508.

Placement sous surveillance électronique mobile : 145, 393, 455-457.

Surveillance judiciaire : 145, 153, 162.

Surveillance de sûreté : 113, 455.

Rétention de sûreté : 113, 202.

Mesure d'ordre intérieur : 243, 320.

Méthodes cognitivo-comportementales : 265, 422, 428, 430-431, 514.

Modèle Risque-Besoin-Réceptivité : 264, 480, 499, 509, 525.

Module respect : 258.

Motif légitime d'ordre pénologique : 69, 83, 125, 131-132.

Mutabilité des conditions d'exécution : 23, 26, 127, 158, 214, 284, 287, 290-291, 295, 304, 306, 315, 324, 325, 332, 340, 351-352, 356, 604.

N

***Ne bis in idem* : 171.**

Neutralisation : 73, 126-132, 279-281, 591.

Néolibéralisme : 40, 194, 198-198, 406-411, 423-424, 535-537, 565, 570, 613.

Nouvelle pénologie : 576.

O

Obligation de soins : 406, 421, 430.

Ordalie : 200, 202, 585.

P

Parcours d'aménagement de peine : 80, 94, 300, 303, 351-353.

Parcours de détention : 286, 296, 300, 303, 310, 324-338, 348-350, 389.

Partie civile : v. victime.

Pathologique : 422-423, 426-428, 488, 491, 536, 544.

Pathologisation : 124, 198, 308, 424, 425.

Peine alternative : 4, 97, 148, 155.

Peine complémentaire : 4, 112, 145, 393, 429.

Peine restant à subir (définition) : 69.

Période de sûreté : 14, 71-73, 116, 117, 125, 130, 132, 205.

Relèvement : 91, 116, 125, 131-132.

Permission de sortir : 70, 73, 80, 91, 138, 152, 167.

Personnalisation : 36, 309, 485, 502.

Personnalité : 309, 484-491.

Personnalité criminelle : 490, 499.

Troubles de la personnalité : 198, 423, 427, 488, 491, 509, 576.

Placement à l'extérieur : 18, 70, 81, 91, 138, 152, 167, 236, 271.

Pluridisciplinarité : 303, 328, 526-527.

Politique criminelle : 3, 20.

Politique d'aménagement des peines : 115.

Politique pénale : 20, 63, 75, 108, 111-112, 122, 129, 231, 507.

Positivisme : 35, 482, 487, 491, 492.

Néo-positivisme : 48, 507, 514.

Cognitivism : 499, 507, 514.

Programme de prévention de la récidive : 265, 430, 536, 537, 587.

Programme de prévention de la radicalisation violente : 265, 431.

Psychiatrie : 420, 423, 490, 517, 518.

Psychologie : 422, 485-487, 499-500.

Psychologue : 265, 299, 303, 316, 431, 527.

Psychopathologie : 485-487, 499-500.

Q

Quartiers d'établissement pénitentiaire : 256-258.

Quartier arrivant et évaluation : 327.

Quartiers de haute sécurité : 240, 243, 255, 258, 280.

Quartier de prise en charge de la radicalisation : 258, 271, 316, 338, 431, 533, 555-556, 591.

Quartier d'évaluation de la radicalisation : 316, 338.

Quartier maison d'arrêt : v. établissement pénitentiaire - maison d'arrêt.

Unités de réhabilitation pour usagers de drogue : 258.

Unités pour détenus violents : 258, 271, 395, 587.

R

Radicalisation : 144, 258, 265, 271, 280, 313, 316, 331, 338, 398, 431, 442, 504, 506, 518, 533, 555-556, 591-592.

Définition : 342.

Imprégnation idéologique : 503, 509, 555-556.

Médiateur du fait religieux : 431, 442, 457.

Programme de prévention de la radicalisation violente : 265, 431.

Réaffiliation : 555, 592.

Réclusion criminelle à perpétuité : 73, 113, 128, 130-132.

Réductions de peine supplémentaires : 91, 121, 128, 145, 153, 169, 584.

Réforme pénitentiaire : 42, 225-231, 246, 309.

Réforme de 1945 : 231, 236, 291, 309, 482.

Réinsertion : 10, 76, 80-81, 134, 144, 254, 264, 292, 295, 299, 335, 352, 380, 382, 387, 565, 599.

Régimes différenciés de détention : 244, 247, 257-258, 270, 273-274, 280, 296, 330, 537, 587.

Régimes ordinaires de détention : 270, 273, 282.

Régimes spéciaux de détention : 271, 273, 280, 431.

Régime pénitentiaire : 17, 210, 213-215, 216, 220, 230-231, 234, 237, 248, 251, 257, 260, 263, 273-274, 305, 307, 355, 397, 603.

Régime progressif : 231, 236, 239, 291-293, 296, 482.

Règlement intérieur type : 254, 270.

Renseignement pénitentiaire : 467-471.

Repentir : 401, 542, 567-569.

Risque : 35, 39, 82, 95, 113, 117, 121, 124, 166, 204, 264, 469, 480, 499, 508-510, 517, 532-534, 535-537, 603.

Facteur de risque : 264, 450, 489-490, 509, 518, 524-525, 533.

Gestion des risques : 144, 264-265, 408, 411, 422, 424, 475, 482, 518, 524-525, 533, 535, 537, 543, 576, 589, 591, 595.

S

Saillies : 7, 128-129.

Semi-liberté : 18, 70, 81, 91, 128, 152, 167, 236, 254, 271, 293, 393.

Service pénitentiaire d'insertion et de probation : 95, 99, 101, 144, 328, 451-454, 518, 523-528, 595.

Service public pénitentiaire : 241, 295, 320, 355, 382, 467, 593.

Stage : 429.

Suicide : 445, 506, 517.

Suivi socio-judiciaire : 112-113, 121, 124, 128, 145, 308, 421, 560.

Surpopulation carcérale : 77, 96, 99-100, 103, 148, 255, 313, 594-595.

Sursis : 4, 143-145, 148, 155, 174, 184, 186.

Surveillance électronique : 393, 455-457.

Suspension de peine : 70, 91, 138, 156, 163, 165, 179, 187.

T

Technologies cognitivo-comportementales : v. méthodes cognitivo-comportementales.

Transfèrement : 262, 317, 332-338.

Rotations de sécurité : 261, 262, 337.

Travail pénitentiaire : 220, 226-227, 293, 331, 408.

Trouble mentaux : 423-424, 427, 484, 489-490, 506.

U

Utilitarisme : 2, 8, 69, 193, 195, 441, 499.

V

Valeurs pécuniaires des détenus : 237, 413-414, 493.

Victime : 76, 83, 92, 95, 125, 145, 265, 380, 382, 393, 396, 398, 400, 401, 414, 509, 567-569, 576, 587, 603.

Indemnisation : 83, 145, 414.

Intérêts des : 76, 83, 95, 125, 145, 396, 398, 401, 567.

Vidéosurveillance : 436, 443, 445.

Vulnérabilité : 327, 399, 506, 517.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	3
RÉSUMÉ DE LA THÈSE.....	5
ABRÉVIATIONS	6
REMERCIEMENTS.....	7
INTRODUCTION	11
A. La logique modale de la peine privative de liberté.....	16
B. La rationalité punitive de la peine privative de liberté	18
§1. Les modalités d'exécution de la peine privative de liberté	22
A. La définition des modalités d'exécution.....	23
B. La diversification des modalités d'exécution	27
§2. L'étude des pratiques punitives contemporaines	30
A. De la peine aux modalités d'exécution.....	30
B. De l'exécution de la peine aux usages des modalités d'exécution	34
§3. Le dispositif d'exécution de la peine privative de liberté	36
A. La notion de dispositif	36
B. L'emploi de la notion.....	39
§4. L'appréhension de la personne dans le dispositif d'exécution.....	41
A. La volonté d'individualisation.....	42
B. La volonté de subjectivation.....	48
§5. La précarisation des limites à l'exercice du pouvoir de punir	53
A. Les principes du droit pénal moderne au service de la limitation du pouvoir de punir.....	54
B. Les modalités d'exécution au service de la libéralisation du pouvoir de punir.....	57
§6. L'objet des usages des modalités d'exécution	63
PARTIE 1. LA MODULATION DE LA PEINE PAR LES USAGES DES MODALITÉS D'EXÉCUTION.....	67
TITRE 1. LA LIBÉRALISATION DES CONDITIONS D'EXÉCUTION PAR L'INDIVIDUALISATION JUDICIAIRE.....	71
<i>Chapitre 1. L'octroi des mesures d'individualisation</i>	<i>75</i>
Section 1. Du droit commun.....	79
§ 1. Les conditions de la participation à l'acte de juger.....	79
A. Une participation circonscrite.....	80
1. Les seuils d'éligibilité	80
2. La période de sûreté	84
B. Une participation rationalisée.....	89
1. Les principes directeurs de l'exécution des peines	90
2. Les critères d'octroi des mesures d'individualisation.....	97
a. La marginalisation des critères spéciaux	97
b. L'affirmation des critères généraux.....	102
§2. Les modalités de la participation à l'acte de juger.....	108
A. La procédure ordinaire.....	109
1. Des modes d'octroi hétérogènes	110
2. Un processus décisionnel unique	117
B. Les procédures simplifiées.....	121
1. De la procédure destinée aux personnes libres	122
2. Des procédures destinées aux personnes incarcérées.....	128
Section 2. Du droit dérogatoire	135
§1. Des statuts spéciaux	135
A. Les personnes condamnées en état de récidive légale.....	136
B. Les personnes dangereuses condamnées pour crimes ou délits.....	140
C. Les personnes ayant commis des actes de terrorisme.....	145
§2. Des catégories disqualifiées	150
A. Une moindre éligibilité.....	151
1. Des conditions de fond spéciales	152
2. Des conditions de forme spéciales.....	156
B. Une meilleure neutralisation.....	160
1. Une logique modale entravée.....	160

2. Une logique modale empêchée	165
<i>Conclusion du Chapitre 1</i>	172
<i>Chapitre 2. L'exécution des mesures d'individualisation</i>	173
Section 1. L'établissement de périodes probatoires	176
§1. L'instauration des périodes probatoires	176
A. La teneur de la probation	177
1. Le régime probatoire	177
2. La nature la probation	184
B. La durée de la probation	190
1. La durée de la probation indexée sur le temps de la peine	190
2. La durée de la probation dissociée du temps de la peine	192
§2. L'interruption des périodes probatoires	197
A. Les causes d'interruption	197
1. Une infraction	198
2. Une disconvenance	201
B. Les modalités d'interruption	208
1. L'ordonnance de retrait	209
2. Le jugement de retrait ou de révocation	217
Section 2. Le déplacement du terme de la peine	226
§1. La mobilité du terme de la peine	226
A. L'avancée du terme de la peine	227
1. La réduction du <i>quantum</i> de la peine	228
2. L'effet rétroactif de l'expiration du délai probatoire	229
B. Le report du terme de la peine	231
1. L'effet immédiat de l'interruption du délai probatoire	231
2. La préservation du <i>quantum</i> de la peine	233
§2. L'imprévisibilité du terme de la peine	235
A. Une libération à crédit	236
1. L'octroi d'un capital de liberté	236
2. Le remboursement d'une dette	239
B. Une fin de peine incertaine	242
1. Un nouvel exercice du pouvoir de punir de l'État	242
2. Un contournement des principes du droit pénal moderne	245
<i>Conclusion du Chapitre 2</i>	252
CONCLUSION DU TITRE 1	253
TITRE 2. LA LIBÉRALISATION DES CONDITIONS D'EXÉCUTION PAR L'INDIVIDUALISATION ADMINISTRATIVE	255
<i>Chapitre 1. La différenciation du régime de détention</i>	259
Section 1. L'individualisation des conditions d'exécution	263
§1. L'apport de la science pénitentiaire	263
A. Le projet pénitentiaire	264
1. Des peines distinctes	265
2. Un acte de punir indifférencié	267
B. La réforme pénitentiaire	269
1. La constitution de la prison pénale	269
2. La fondation de l'institution pénitentiaire	272
§2. L'apport du droit pénitentiaire	277
A. La diversification des conditions de détention	278
1. L'institution du paradigme pénitentiaire	278
2. L'institution de conditions de détention individualisées	281
B. L'appréhension des conditions de détention	286
1. L'usage de la notion de régime de détention par le juge administratif	287
2. L'usage de la notion de régime de détention par le code	290
Section 2. L'individualisation des régimes de détention	294
§1. La diversification des modalités d'exécution	295
A. La multiplication des modalités <i>rationae loci</i>	295
1. Les infrastructures pénitentiaires	296
2. Les espaces carcéraux	300
B. La multiplication des modalités <i>rationae personae</i>	307
1. Le renforcement des pratiques sécuritaires	307
2. Le renouvellement des pratiques de prise en charge	313
§2. La combinaison des modalités d'exécution	318
A. Un produit de l'individualisation pénitentiaire	319
1. L'absence de régime unique	319
2. L'omniprésence de régimes spécifiques	323
B. Un produit de la politique pénitentiaire	326

1. La normalisation des personnes condamnées	326
2. La neutralisation des personnes condamnées	329
<i>Conclusion du Chapitre 1</i>	334
<i>Chapitre 2. La différenciation du parcours d'exécution</i>	335
Section 1. La planification de l'acte de punir	338
§1. L'instrumentation du processus d'individualisation	338
A. La progressivité de l'exécution de la peine	339
1. Un <i>continuum</i> progressif	339
2. Un <i>continuum</i> évolutif	343
B. La programmation de l'exécution de la peine	346
1. Les formes successives de la structuration du processus d'individualisation	347
2. Les fonctions cumulatives de la structuration du processus d'individualisation	351
§2. La réglementation de la poursuite de l'acte de juger	356
A. Les conditions de la poursuite de l'acte de juger	357
1. Les termes de l'affectation	357
2. Les termes de l'orientation	363
B. Les modalités de la poursuite de l'acte de juger	366
1. Les instances de répartition	367
2. La procédure de répartition	372
Section 2. L'administration de l'acte de punir	379
§1. La constitution du parcours	379
A. La segmentation de l'acte de punir au sein de l'établissement	380
1. La définition du régime de détention	380
2. La modification du régime de détention	383
B. La segmentation de l'acte de punir au-delà de l'établissement	387
1. Les mesures de transfèrement contingentes	387
2. Les mesures de transfèrement systémiques	391
§2. La différenciation du parcours	394
A. L'individualisation de la prise en charge	395
1. La classification des personnes condamnées	395
2. L'observation des personnes condamnées	398
B. L'imprévisibilité de la prise en charge	400
1. Un encadrement insuffisant du parcours de détention	400
2. Une articulation insatisfaisante avec le parcours d'aménagement	402
<i>Conclusion du Chapitre 2</i>	406
CONCLUSION DU TITRE 2	407
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	408
PARTIE 2. LA SANCTION DE LA PERSONNE PAR LES USAGES DES MODALITÉS D'EXÉCUTION	411
TITRE 1. L'INTENSIFICATION DE L'ASSUJETTISSEMENT PAR LA POLICE DES PERSONNES CONDAMNÉES	419
<i>Chapitre 1. L'amplification de la réglementation de la vie</i>	423
Section 1. Les interdictions des régimes d'exécution	427
§1. Des interdictions corrélatives à l'ordre public	427
A. Les valeurs sociales protégées au travers des régimes d'exécution	428
1. Les valeurs sociales protégées au travers des fautes disciplinaires	428
2. Les biens juridiques protégés au travers des causes d'interruption des périodes probatoires	433
B. Les intérêts institutionnels poursuivis par les régimes d'exécution	436
1. Les intérêts institutionnels de l'ordre pénitentiaire <i>intra-muros</i>	437
2. Les intérêts institutionnels de l'ordre pénitentiaire <i>extra-muros</i>	440
§2. Des interdictions indépendantes de l'ordre public	443
A. La circonscription du champ de la sociabilité	444
1. Un capital spatial délimité	444
2. Un capital de sociabilité déterminé	448
B. Les autres restrictions de la liberté	452
1. Les comportements troublant l'ordre <i>intra-muros</i>	452
2. Les comportements troublant l'ordre <i>extra-muros</i>	457
Section 2. Les obligations des régimes d'exécution	463
§1. Les obligations économiques et sociales	463
A. Les prescriptions relatives à l'activité économique	464
1. Un ordre pénitentiaire modelé par la gouvernamentalité néolibérale	465
2. Une rationalité punitive modelée par la gouvernamentalité néolibérale	469
B. Les prescriptions relatives aux interactions sociales	471
1. Les obligations interpersonnelles	472

2. Les obligations personnelles	477
§2. Les obligations sanitaires	479
A. Les mesures de soins pénitentiaires	480
1. Les pratiques pénitentiaires de la thérapie mentale	480
2. La prise en charge pénitentiaire de la santé mentale	485
B. Les mesures d'hygiène pénitentiaires	490
1. Les conditions de l'élargissement du champ de la normalisation sanitaire	490
2. Les modalités de l'élargissement du champ de la normalisation sanitaire	495
<i>Conclusion du Chapitre 1</i>	502
<i>Chapitre 2. L'amplification de la production de connaissance</i>	503
Section 1. L'exacerbation des procédés inhérents à la protection de l'ordre pénitentiaire	507
§1. Le mode de la surveillance	507
A. Les axes de la surveillance	508
B. Les outils de surveillance	513
§2. Le mode du contrôle	518
A. Le suivi	518
1. L'écriture continue	519
2. Les entretiens ponctuels	523
B. La localisation	528
Section 2. L'importation des procédés inhérents à la protection de l'ordre public	533
§1. Les mesures relatives à la constatation des atteintes	533
A. La nécessité des actes d'investigation judiciaire dans le champ de l'acte de punir	534
B. La proportionnalité des actes d'investigation judiciaires dans le champ de l'acte de punir	538
§2. Les techniques relatives à la prévention des troubles	542
A. La participation du renseignement pénitentiaire à la police administrative	543
B. La participation du renseignement pénitentiaire à la différenciation de l'acte de punir	547
<i>Conclusion du chapitre 2</i>	552
CONCLUSION DU TITRE 1	553
TITRE 2. L'INTENSIFICATION DE L'ASSUJETTISSEMENT PAR LA DIRECTION DES PERSONNES CONDAMNÉES	555
<i>Chapitre 1. La rationalisation de l'évaluation des personnes</i>	561
Section 1. Un procédé de classification	568
§1. L'analyse du sujet de l'acte de punir	569
A. La personnalité du sujet	570
1. L'apport général de la psychologie	571
2. L'apport spécifique de la psychopathologie	573
B. La situation du sujet	578
1. La condition pénitentiaire	578
2. La condition <i>extra</i> -pénitentiaire	580
§2. La qualification du sujet de l'acte de punir	582
A. L'individualisation du sujet	582
1. La codification de la connaissance du sujet	583
2. L'identification des caractéristiques du sujet	586
B. La classification du sujet	589
1. Le repérage de la dangerosité par des critères	590
2. La mesure du risque par des facteurs	596
Section 2. Un procédé de véridiction	603
§1. Une pratique instrumentée	604
A. La structuration des méthodes d'évaluation	605
1. La systématisation du recours aux outils	607
2. La rationalisation de la place des outils	612
B. La structuration du procédé d'évaluation	615
1. Une rationalisation pénologique	616
2. Une rationalisation bureaucratique	621
§2. Une pratique instrumentale	625
A. L'identification du cas à prendre en charge	625
1. Une combinaison de facteurs	626
2. Un écart à la norme	632
B. La légitimation de l'attribution d'un statut	638
1. Des prescriptions formelles individualisées	638
2. Des prescriptions matérielles individualisées	640
<i>Conclusion du Chapitre 1</i>	646
<i>Chapitre 2. La rétribution de l'adhésion à la prise en charge</i>	647
Section 1. Des prescriptions pénitentiaires induites	651
§1. Des attitudes disqualifiées	652

Table des matières

A.	Des proscriptions spécifiques de comportements disconvenant avec la prise en charge	653
1.	L'absence d'adhésion à la prise en charge contre la radicalisation violente.....	653
2.	L'absence de reniement des convictions ayant fondé le passage à l'acte	656
B.	La proscription générale des comportements disconvenant avec la prise en charge	658
1.	L'indexation de la différenciation sur l'attitude du sujet eu égard à son objectivation	658
2.	L'extension de la notion de mauvaise conduite dans le champ pénitentiaire	660
§2.	Des attitudes intimées	664
A.	Des prescriptions spécifiques d'un comportement responsable	665
1.	L'exigence d'un repentir durant l'exécution de la peine	666
2.	L'exigence d'une réflexion sur la conduite délinquante	668
B.	La prescription générale d'un comportement responsable	674
1.	L'indexation de la différenciation sur l'attitude du sujet eu égard à sa subjectivation.....	674
2.	L'extension de la notion de bonne conduite dans le champ pénitentiaire.....	677
Section 2.	Des prescriptions pénitentiaires sanctionnées	681
§1.	L'injonction sanctionnée d'agir en personne responsable	681
A.	La polarisation de la prise en compte de l'adhésion du sujet	682
1.	La modulation <i>in favorem</i> de la peine.....	682
2.	La modulation <i>in pejus</i> de la peine	687
B.	La variation de la prise en compte de l'adhésion du sujet	690
1.	L'obstacle de la disqualification du sujet.....	691
2.	L'obstacle des conditions matérielles d'exécution	694
§2.	L'injonction incontrôlée d'agir en personne responsable	700
A.	Des prescriptions informelles.....	700
B.	Des prescriptions insaisissables	703
	<i>Conclusion du Chapitre 2</i>	711
	CONCLUSION DU TITRE 2	712
	CONCLUSION DE LA PARTIE 2	713
	CONCLUSION GÉNÉRALE	715
	BIBLIOGRAPHIE	723
	TABLE DE LA JURISPRUDENCE	779
	INDEX ALPHABÉTIQUE	791
	TABLE DES MATIÈRES	795