

Le juge et la peine privative de liberté

J. CAPITAINE

« Un des plus ardents désirs de l'homme, c'est d'être libre : la perte de sa liberté sera le premier caractère de sa peine » (Louis-Michel Lepeletier de Saint-Fargeau). Rapporteur du comité de jurisprudence criminelle, Louis-Michel LePeletier de Saint-Fargeau, le 30 mai 1791, présente devant l'Assemblée constituante un projet de Code pénal dans lequel il propose d'abolir la peine de mort et de la remplacer par la peine privative de liberté. La peine privative de liberté est, au lendemain de la Révolution française, perçue comme la peine idéale. Ainsi, « la privation de liberté est la peine par excellence dans les sociétés civilisées » (Rossi, *Traité de droit pénal*, 1829).

Tiré du grec *poîné* et du latin *poena*, le mot « peine » signifie « compensation ». Le criminel doit payer, non pas tant pour se racheter, mais pour s'acquitter de sa dette à l'égard de la société. Aussi n'est-il pas surprenant que le Nouveau code pénal consacre un titre entier à cette matière (titre III du Livre 1^{er} intitulé « Des peines »). Mais qu'est-ce qu'une peine ? Plusieurs définitions peuvent en être données. La peine est d'abord la réponse apportée par le droit criminel à l'effet de prévenir, et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifié d'infraction. Mais la peine est également la sanction infligée par le juge répressif à la personne jugée responsable d'une infraction pénale. La peine exprime enfin la dimension de souffrance effectivement subie par le délinquant à la suite de sa condamnation pénale. A dire vrai, ces trois définitions correspondent à une même réalité appréciée à des moments différents. Les peines encourues sont celles que le législateur met à la disposition du juge répressif. Les peines prononcées sont celles que le juge répressif inflige au délinquant. Les peines exécutées sont celles que le condamné subit concrètement. Juridiquement, la peine se reconnaît à un critère formel, c'est le châtement prévu par la loi et infligé par le juge répressif à la personne reconnue coupable d'une infraction pénale. La peine est donc une privation de liberté, la sanction infligée à l'auteur, reconnu coupable, d'un délit ou d'un crime. Cependant, au cours de l'instruction préparatoire en matière criminelle principalement et délictuelle exceptionnellement, il peut apparaître nécessaire que la personne mise en examen soit tenue plus ou moins étroitement à la disposition de la justice. En effet, après mise en examen, le juge d'instruction a le choix entre l'une des trois solutions suivantes : laisser l'intéressé en liberté pure et simple, le soumettre au contrôle judiciaire, ou souhaiter son placement en détention provisoire, quand les conditions de fond prévues par le Code de procédure pénale sont réunies et en respectant les conditions de forme précisées par le même code, la durée de la détention provisoire étant limitée par les dispositions du Code de procédure pénale. Parce que ces mesures sont coercitives, l'article 137 du Code de procédure pénale énonce le principe que « la personne mise en examen reste libre », en soumettant le contrôle judiciaire aux « nécessités de l'instruction » ou au besoin d'une « mesure de sûreté » et la détention provisoire, qu'il veut exceptionnelle, à l'insuffisance du contrôle judiciaire. Le juge peut donc, avant la reconnaissance de la culpabilité et le prononcé de la condamnation, prendre des mesures restrictives à la liberté d'aller et venir.

En 1764, Cesare Beccaria écrivait que « l'un des moyens les plus sûrs de réprimer les délits, ce n'est pas la rigueur des châtements, mais leur caractère infaillible... la certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si à cette crainte se mêle l'espoir de l'impunité » (*Des délits et des peines*, § XXVII, Ed. Flammarion, 1991). Plus de deux siècles

après le *Traité des délits et des peines*, cette réflexion conserve une criante actualité. Or ce que la peine a perdu en rigueur, elle ne l'a nullement regagné en certitude. Dans la pratique, la peine prononcée par le juge, ne représente qu'une fraction seulement de la peine encourue. Cette indétermination de la peine s'explique principalement par la personnalisation, c'est-à-dire l'adaptation de la sanction légalement encourue au cas concret dont le juge est saisi. En rejetant le droit de grâce et en instaurant le système des peines fixes, les hommes de la Révolution avaient souhaité rompre avec l'absolue liberté des Parlements de l'Ancien Régime. La détermination légale de la peine comme le rôle réduit accordé au juge étaient alors synonymes de rempart contre l'arbitraire.

Cependant, aujourd'hui, l'esprit des lois est emporté par l'esprit du temps. L'individualisation judiciaire, qu'il fut de mode de redouter, est à l'époque moderne réhabilitée, et règne en maîtresse dans les réformes les plus récentes. Ainsi, l'individualisation de la peine, chère à Saleilles, a reçu une consécration officielle dans le Nouveau Code pénal qui lui dédie une section entière intitulée « Des modes de personnalisation des peines » (art. 132-24 et s.). Depuis le siècle dernier et plus encore depuis 1945, l'habitude s'est prise de juger, moins le crime, que le criminel. Partant, la sanction s'est détachée peu à peu de l'acte commis pour appréhender le délinquant, une personne complexe, avec son histoire et son devenir. Cette irruption de la personnalité du criminel dans le procès pénal a naturellement rejailli sur les pouvoirs et le rôle du juge pénal. Jusqu'alors considéré comme un distributeur de peines, celui-ci s'est progressivement émancipé. La recherche de l'individualisation le rend tout puissant et lui confère une attitude extrême dans le choix de la sanction pénale. Seul le juge peut en effet doser la sanction en fonction des circonstances de l'acte, des antécédents du délinquant mais également de ses mobiles, de son histoire personnelle, de son environnement social. Longtemps diffus, le pouvoir reconnu aux juges de personnaliser les peines s'appuie aujourd'hui sur un texte fondamental, à savoir l'article 132-24 du Code pénal issu de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009. Pour reprendre l'expression imagée de Vermelle, le juge dispose aujourd'hui des armes du droit pénal comme un pianiste des touches de son clavier (G. Vermelle, *Le nouveau droit pénal*, Ed. Dalloz, 1994, « Connaissance du droit », p. 134). Dès lors, si le législateur laisse une grande liberté au juge, celle-ci est-elle pour autant synonyme d'arbitraire ?

Conformément au souhait du juge constitutionnel (Cons. Const., déc. n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, JO du 22 janvier 1981, p. 308, D. 1982, 441, note A. Dekeuwer), la personnalisation des peines doit en effet s'effectuer dans les limites et selon les conditions fixées par la loi (art. 132-24 C. pén.). Et même, si les pouvoirs que le juge tient de la loi sont importants, la peine encourue est déterminée par son seuil maximum. Une fois prononcée de manière définitive, la peine s'exécute normalement dans les meilleurs délais à la requête des magistrats du parquet, dans les conditions déterminées par les juridictions de jugement et d'application des peines (art. 707 et s., CPP). Mais de même que les peines prononcées sont parfois très éloignées des peines encourues, les peines exécutées ne coïncident pas toujours avec les premières. Il y a là une explication : le triomphe de l'individualisation et l'irruption du juge dans la phase d'exécution de la sanction. La personnalisation des peines a donc accru le rôle du juge tant au stade de la prononciation de la peine privative de liberté (I), qu'au stade de l'exécution de cette dernière (II), en lui permettant de prendre en considération non plus seulement le passé mais également l'avenir, et de prononcer une peine privative de liberté ayant vocation à prévenir la récidive en aidant l'auteur de l'infraction, le condamné à retrouver une place normale dans la société.

I – La personnalisation de la peine privative de liberté par le juge

Bien qu'elle soit très souvent un moyen d'institutionnaliser l'indulgence **(A)**, la personnalisation des peines n'est pas pour autant un obstacle à la sévérité du juge **(B)**. En certaines circonstances, celui-ci peut être conduit –dans les limites fixées par la loi – à aggraver la répression.

A - Le choix de l'indulgence

- 1) Les effets de l'indulgence sur la nature et le quantum de la peine
 - le choix d'une peine d'une autre nature que celle encourue
 - le choix d'une peine d'un autre quantum que celui encouru
- 2) Les effets de l'indulgence sur les modalités d'exécution de la peine
 - l'exécution conditionnelle
 - l'exécution aménagée

B - Le choix de la sévérité

- 1) La sévérité prohibée
 - la réitération d'infractions
 - le concours réel d'infractions
- 2) La sévérité encouragée
 - les éléments de la récidive
 - la preuve de la récidive

II – L'exécution individualisée de la peine privative de liberté par le juge

Dans la pratique, les progrès de l'individualisation des traitements pénitentiaires se traduisent souvent par une certaine érosion des peines. Celles-ci deviennent fondantes avec leur mise en exécution ou en cours d'exécution (art. 707, CPP). La métaphore est assez juste puisque la peine – même assortie d'une période de sûreté – peut se trouver altérée autant dans sa rigueur que dans sa durée afin de permettre le retour progressif du condamné à la liberté. Très souvent adoucie, abrégée ou échelonnée, le cas échéant en application de procédures simplifiées (art. 723-14 et s. CPP) **(A)**, l'exécution des peines peut toutefois être aggravée singulièrement à l'endroit des condamnés dangereux **(B)**.

A – L'exécution adoucie et abrégée de la peine privative de liberté

- 1) L'exécution adoucie
 - le relèvement de la période de sûreté
 - l'exécution hors la prison d'une peine privative de liberté
 - l'exécution en liberté d'une peine privative de sûreté
- 2) L'exécution abrégée

- les réductions de peine
- la libération conditionnelle

B – L'exécution aggravée : la prévention de la récidive

- 1) Le placement sous surveillance judiciaire et la surveillance de sûreté
- 2) La rétention de sûreté