

Révolutionner la pratique judiciaire. S'inspirer de l'inventivité américaine

par Martine Herzog-Evans, Professeur à l'Université de Reims, faculté de droit, laboratoire CEJESCO, membre de la European Society of Criminology

L'essentiel > Les Etats-Unis sont le siège de révolutions juridiques et processuelles, à la fois dans le domaine pénal et civil, en réaction à certains de leurs excès bien connus (incarcération de masse, traitement judiciaire à la chaîne, procédures « de combat »). Sur le plan pratique, ils ont inventé les « juridictions résolutive de problèmes », dont les résultats en termes de réduction de la récidive, de coût et d'impact sur l'environnement du tribunal sont remarquables. Sur le plan académique, ils nous proposent un modèle de « jurisprudence thérapeutique », apte à prévenir les effets « anti-thérapeutiques » du fonctionnement de la machine judiciaire et ouvrant ainsi l'avenue aussi bien à de nouveaux champs de recherche qu'à des applications concrètes innovantes. Ces modèles, qui passionnent une partie du monde occidental au point d'en effectuer l'importation, permettent aussi de revisiter notre juge de l'application des peines, lequel apparaît à leur lumière avoir constitué une remarquable intuition voici environ soixante ans.

Pourquoi les personnes obéissent-elles à la loi ? Pourquoi collaborent-elles avec la police ? Comme le montre le champ de recherche consacré à la « légitimité de la justice »¹, la dimension instrumentale, soit la peur d'être sanctionné, n'a qu'un très faible impact sur les personnes qui sont précisément tentées de violer la loi². L'adhésion au contenu même de la loi, soit la dimension morale, est fluctuante et liée à la culture. Ainsi, si les automobilistes ont mis leur ceinture et moins bu avant de prendre le volant, c'était au départ pour des raisons instrumentales, mais, par la suite, une adhésion aux buts poursuivis s'est progressivement dégagée au sein de la population. Une partie de celle-ci demeure certes peu convaincue, mais peut néanmoins se soumettre parce qu'elle estime tout de même que les lois qui ont été édictées sur ce point l'ont été par des autorités légitimes et qu'en conséquence il convient de leur obéir ; c'est la dimension dite de légitimité³. Pour une adhésion maximale de la population aux lois, il est donc crucial que les institutions qui l'incarnent et notamment, dans le domaine pénal, la police et la justice,

soient légitimes aux yeux de la population. Cette légitimité ne se décrète toutefois pas⁴ : elle se gagne par un comportement exemplaire, incluant politesse et respect, le fait d'être effectivement au service de la population en vue de sa protection et enfin par le respect des formes procédurales⁵. Il est particulièrement intéressant, pour les juristes et notamment les pénalistes, que leur attachement aux règles dites du procès équitable trouve un écho criminologique et psychologique⁶. Le procès équitable, soit le contradictoire, l'oralité, les droits de la défense, la séparation des fonctions, la publicité, la motivation soignée des décisions de justice⁷ et même le décorum et la théâtralité des audiences⁸ favorisent fortement la soumission à des décisions de justice, y compris et surtout lorsqu'elles sont défavorables. Ils doivent toutefois être confortés par un comportement exemplaire des praticiens, par un réel intérêt pour les justiciables et leurs difficultés, par une évidente compréhension des problèmes posés ainsi que par un accueil optimal, ce, dès l'entrée du tribunal⁹. C'est à ce prix que s'obtiennent la soumission aux décisions

(1) V. l'un des leaders de cette discipline : T. R. Tyler (dir.), *Legitimacy and Criminal Justice. International Perspectives*, Russell Sage Foundation, New York, 2007 ; T. R. Tyler et Y. T. Huo, *Trust in the Law: Encouraging Public Co-operation with the Police and Courts*, New York, Russell Sage Foundation, 2002 ; T. R. Tyler, *Why People Obey the Law*, 2006, Princeton Univ. Press. (2) P.-O. H. Wikström, A. Tseloni, D. Karlis, *Do people comply with the law because they fear getting caught ?*, *European Journal of Criminology* 2011, vol. 8(5), p. 401. (3) A. Bottoms et J. Tankebe, *Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice*, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 2011, vol. 102(1), p. 101. (4) En ce sens, V. M. A. Loth, *Courts in Quest for Legitimacy*, in M. Malsh et N. van Manen (dir.), *De begrijpelijkheid van rechtspraak*, Bju Den Haag, 2007, p. 15. (5) J. Tankebe, *Public cooperation with the police in Ghana : does procedural fairness matter ?*, *Criminology* 2009, vol. 47(4), p. 1265. (6) J. Thibaut et L. Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, 1975, Hillsdale, N.J., Erlbaum ; T. R. Tyler, *Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation*, *Ann. Rev. Psycho.* 2006, vol. 57, p. 375 ; M. Zelditch, *Processes of Legitimation: Recent Developments and New Directions*, *Soc. Psychology Quarterly* 2001, vol. 64, Q. 4. (7) S'agissant des plus hautes juridictions, V. Mitchel de S. O.-l'E. Lasser, *Judicial Deliberations : a Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford University Press, 2004 ; N. Huls, M. Adams et J. Bomhoff (dir.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings. Judicial Deliberations and Beyond*, T.M.C. Asser Press, 2009. (8) D. Tait, *Sentencing as Performance: Restoring the Drama to the Courtroom*, in C. Tata et N. Hutton, *Sentencing and Society. International perspectives*, Ashgate, 2002, p. 469 ; A. Garapon, *Bien juger: Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2010. (9) Judge K. Burke et Judge S. Leben, *Procedural Fairness: A key Ingredient in Public Satisfaction. A White Paper of the American Judges Association. The Voice of the Judiciary*, sept. 2007.

de justice et, par exemple, aux obligations imposées dans le cadre de peines et mesures exécutées en milieu ouvert¹⁰. En d'autres termes, l'école dite de la légitimité de la justice remet en cause le traitement de masse des affaires pénales – mais aussi civiles – avec pour corollaire que le respect des principes fondamentaux de procédures n'y constitue le plus souvent que le lointain souvenir d'études universitaires déconnectées des réalités.

Les Etats-Unis, pays de contraste capable du pire (peine de mort, incarcération de masse, chaîne pénale en mode « McJustice »¹¹ et en milieu ouvert, une probation trop souvent agressive) comme du meilleur, peuvent nous suggérer quelques pistes. Précisément en réaction à ses propres errements et avec le bouillonnement et la capacité à innover qu'on lui connaît, ce pays sait aussi inventer, remettre tout en cause en de magistrales tables rases.

Naguère, La Rochefoucault Liancourt avait ramené dans ses malles des idées révolutionnaires qui avaient pu influencer profondément le système pénitentiaire français. Aujourd'hui, loin de l'incarcération coûteuse et irresponsable – suivie de libérations non préparées, sans suivi, en catimini, une fois que l'électeur et les journalistes ont détourné les yeux¹² –, nous pouvons aller chercher aux USA des théories et pratiques prometteuses, qui nous obligeraient à revoir nos certitudes. Elles mettent en scène un modèle judiciaire tourné vers la résolution des problèmes concrets causés par la délinquance (I), tout en étant à l'écoute, aussi bien en droit privé que pénal, des justiciables et de leur souffrance et difficultés (II). Ce qu'elle donne ainsi à voir est un système judiciaire à la légitimité retrouvée, à la fois plus proche et plus respecté des justiciables, lesquels, délinquants comme citoyens honnêtes, seront plus prompts à se soumettre à ses décisions.

I - Des juridictions « résolutive de problèmes »

L'approche « résolutive de problèmes » existe dans de nombreux domaines, à commencer – mais point dans notre pays – dans la justice civile et pénale, par le travail social¹³ et la probation¹⁴. Elle invite à se saisir des problèmes concrets qui se posent dans des dossiers donnés et à leur rechercher, élément par élément, une solution, en y associant étroitement l'intéressé. Depuis la fin des années 1980, elle a conquis le monde judiciaire, d'abord aux Etats-Unis, puis dans une partie du monde occidental. Ces juridictions résolutive de problèmes (*problem solving courts* : ci-après PSC) sont des juridictions pénales, non collégiales. A leur origine est un constat extrêmement dépressogène fait par des juges opérant dans un

ghetto de Floride particulièrement dégradé et qui pourrait être résumé en quelques propositions.

En premier lieu, les décisions rendues par la justice pénale n'ont quasiment aucun impact sur la récidive, dès lors que la justice revoit les mêmes auteurs, drogués, prostitués, petits voleurs, conducteurs alcoolisés, violents domestiques encore et encore dans ses salles d'audience. Une fois punis, ceux-ci ne respectent guère leurs obligations. D'abord, parce qu'à aucun moment les problèmes à l'origine de leur délinquance n'ont été véritablement résolus par la chaîne pénale – même si, pour la France, des efforts héroïques sont encore accomplis par les juges de l'application des peines (JAP), les services de probation et le milieu associatif, sans coordination aucune toutefois. Ensuite, et comme nous le verrons *infra* (III), les personnes ayant subi la « chaîne » – littéralement – pénale n'ont pas eu le sentiment d'être écoutées, respectées, prises en compte en tant qu'individus, ce qui n'augure concrètement guère de leur respect des décisions de justice.

En deuxième lieu, la justice ainsi rendue n'a strictement aucun impact sur son environnement (quartier, ville...), les nuisances liées à la délinquance continuant à s'y manifester à l'identique.

En troisième lieu, à l'opposé de ce que l'on apprend lors d'un cours de procédure pénale à l'Université – si du moins l'enseignant a le temps de traiter de la phase sentencielle –, les principes fondamentaux de procédure ne sont plus, sur le terrain, qu'un lointain souvenir. Les réformes processuelles successives jointes à une mauvaise logique managériale ont eu raison de ces principes. En outre, en pratique, les magistrats, trop souvent fatigués et blasés par le flux continu d'histoires individuelles pathétiques, d'addictions et de troubles mentaux, ne parviennent plus à y prêter attention et se protègent émotionnellement de toute cette misère humaine et sociale en adoptant trop fréquemment des postures et « tarifs » quasiment automatisés. L'impact sur l'environnement du tribunal, dans le contexte français où la justice est une institution lointaine, ne fait pas partie de leur priorité, si ce n'est – mais que peut-il et a-t-il seulement les bons paramètres ? – côté parquet.

Face à ce constat que, nous le voyons, la France partage hélas pour une bonne part, des magistrats américains se mirent autour d'une table avec tous leurs partenaires : probation, police, associations, équivalent des caisses d'allocations familiales, acteurs des secteurs de l'enseignement, de la psychiatrie et de la ville, mais aussi représentants des habitants du quartier, etc. Après un travail sur ce qui n'allait pas, ils devaient élaborer ensemble un modèle de justice radicalement différent,

(10) G. Robinson et F. McNeill, *The dynamics of compliance with offender supervision*, in F. McNeill, P. Raynor et C. Trotter, *Offender Supervision. New Directions in theory, research and practice*, Cullompton, Willan Publishing, 2010, p. 3637; A. Liebling, *Why fairness matters in criminal justice*, in N. Padfield, *Who to Release? Parole, fairness and criminal justice*, Cullompton, Willan Publishing, 2007, p. 63 ; L. Digard, *When legitimacy is denied: Offender perceptions of the prison recall system*, *Probation Journal*, 2010, vol. 57(1): 43. (11) Formule que nous empruntons à G. Berman et J. Feinblatt, *Good Courts. The Case for Problem-Solving Justice*, The New Press, New York, 2005, spéc. p. 25. (12) J. Travis et C. Visher (dir.), *Prisoner Reentry and Crime in America*, Cambridge University Press, 2005. (13) V., parmi les pionniers, H. H. Perlman, *Social Casework: A Problem Solving Process*, Chicago, Chicago Press, 1957, et W. Reid et L. Epstein, *Task-Centred Casework*, New York, Columbia University Press, 1972. (14) C. Trotter, *Working with involuntary clients. A guide to practice*, 2^e éd., Sage, 2006.

d'abord mis en œuvre en 1989, en Floride, puis rapidement transplanté dans les quartiers les plus difficiles de New York. Ces PSC reposent sur une série de principes dits centraux¹⁵.

Le principe essentiel est que le juge répressif est également celui qui suit l'exécution de la peine, comme si, pour la France, le juge correctionnel était également le JAP des personnes qu'il aurait condamnées. Le magistrat voit en audience de suivi chaque condamné une fois par semaine et, outre son écoute, propose des solutions concrètes en accord avec les autres partenaires du tribunal. Il encourage ou sermonne et, par exemple, s'inquiète d'une rechute dont il cherche à comprendre le mécanisme précis en dialoguant avec le toxicomane. Il sait alors proposer des sanctions mesurées et même sur-mesure. L'esprit des PSC étant à la fois pragmatique, restauratif et « solutionneur de problèmes », il doit s'agir d'un juge humain et chaleureux, respectueux des personnes et des principes du procès équitable. Ce juge a été spécialement formé au type de délinquance qu'il doit traiter.

Car, c'est un deuxième principe des PSC, afin de mieux prendre en charge les problèmes complexes à résoudre, les juridictions sont spécialisées. Après les fondatrices « *community courts* » et « *drug courts* » – toujours les plus nombreuses – se sont notamment créées des « juridictions violences domestiques », des juridictions « maladie mentale », des juridictions « jeunes délinquants », des juridictions « conduite en état d'ivresse », des juridictions « sortie de prison » et même, plus récemment, des juridictions « vétérans de la guerre », traitant des infractions souvent commises par les soldats revenant des zones de combat et affectés par le syndrome post-traumatique.

Si la participation du juge judiciaire est l'un des éléments clefs de la réussite des PSC, pour autant, il ne saurait travailler seul. Car, et c'est la troisième dimension fondamentale des PSC, tous les partenaires associatifs, institutionnels et locaux doivent travailler ensemble de manière étroite pour traiter des problèmes qui sont à l'origine du passage à l'acte. Pour faciliter cette collaboration, mais aussi pour éviter la classique déperdition qui s'observe trop souvent entre le prononcé de la peine et son exécution – la probation, notamment en France, étant bien trop lointaine et trop peu résolutive de problèmes pour compenser ce phénomène –, l'ensemble des partenaires se trouve au sein du tribunal et y tient permanence. Ainsi, par exemple, le condamné sommé de suivre un traitement contre les addictions pourra-t-il y rencontrer un addictologue, un

psychologue, les alcooliques ou narcotiques anonymes, etc. ; le sans-logis y trouvera diverses agences permettant de lui trouver un logement temporaire, puis permanent ; le délinquant ayant un important déficit scolaire pourra y trouver des cours du soir, lesquels pourront également profiter à la population environnante, etc.

Car, ceci est un quatrième élément central des PSC, le tribunal, implanté au cœur du « quartier » a été approprié par celui-ci – souvent parce que toute la communauté locale a participé à sa rénovation, voire à sa construction. Les services offerts aux justiciables leur sont également accessibles. De la sorte, la communauté vient régulièrement assister aux audiences de « son » tribunal. Sa présence, cohérente avec le modèle de la justice pénale publique, peut certes constituer un challenge pour la spécialiste d'exécution des peines que nous sommes, habituée au contraire au principe de la « chambre du conseil »¹⁶, passée la phase sentencielle. Toutefois, conformément aux travaux sur l'importance des rituels réintégrateurs dans les sociétés humaines¹⁷, cette publicité, y compris au stade de l'exécution des peines, est bel et bien profitable lorsqu'elle s'accompagne, comme dans les PSC, d'encouragements et d'une forme de validation publique des progrès réalisés (applaudissements, etc.)¹⁸. La publicité est surtout importante dans le modèle d'origine, celui des *community* ou *Drug courts* : les PSC ne peuvent traiter des formes criminelles et les plus graves de délinquance¹⁹. Il y a toutefois bien assez à faire avec la délinquance contraventionnelle et correctionnelle.

Au demeurant, il existe aujourd'hui plus de trois mille PSC aux Etats-Unis. Elles continuent leur expansion au sein de ce pays²⁰, mais se sont également implantées dans d'autres, tels le Canada et l'Australie. L'Ecosse dispose elle aussi de *Drug Courts*. De son côté, l'Angleterre a expérimenté sa propre PSC au sein d'un quartier difficile de Liverpool et, en dépit de la crise économique, cherche actuellement à développer ce modèle, en prenant notamment appui sur les *magistrates courts* – sorte de juridictions de proximité²¹. Chaque « transplantation » dans un nouveau système juridique a naturellement dû prendre en compte les particularités institutionnelles, judiciaires et culturelles locales²². Pour l'heure, l'Allemagne et les Pays-Bas réfléchissent aussi à une éventuelle importation des PSC.

Il est donc incontestable que ces juridictions ont le vent en poupe. Ceci s'explique par leurs remarquables résultats. Il en

(15) J. Ashcroft, D. J. Daniels, D. S. Herraiz, *Defining Drug Courts: the Key Components*, The National Association of Drug Court Professionals, published by Office of Justice Programs, Bureau of Justice Assistance, U.S. Department of Justice, 1997; S. M. Carey, M. W. Finigan, K. Pukstas, *Exploring the Key Components of Drug Courts: A Comparative Study of 18 Adult Drug Courts on Practices, Outcomes and Costs*, U.S. Department of Justice, 2005; G. Berman et J. Feinblatt, *Good Courts. The Case for Problem-Solving Justice*, préc. (16) M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2011, spéc. n° 01.211 s. (17) J. Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, 1989. (18) S. Maruna, *Reentry as a rite of passage*, *Punishment and Society*, 2011, vol. 13(1), p. 3. (19) V. toutefois : Office of Justice Programs, 2002, *Serious and Violent Offender Reentry Initiative - Going Home*, Washington D.C.: U.S. Department of Justice. (20) A. Fox et G. Berman, (2002), *Going to Scale: A Conversation about the Future of Drug Courts*, *Court Review*, Fall: 4-14 ; A. Fox et R. W. Wolf, *The future of Drug Courts. How States are Mainstreaming the Drug Court Model*, Center for court innovation, 2004. (21) G. Berman et A. Fox, *Lasting Change or Passing Fad: Problem-solving Justice in England and Wales*, éd. par B. Ullmann, Policing Exchange, 2009. (22) J. L. Jr Nolan, *Legal Accents, Legal Borrowing. The International Problem-Solving Court Movement*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2009.

va notamment ainsi, de manière cruciale, en matière pénale, de l'impact sur la récidive et sur la soumission aux obligations, nettement meilleur dans les PSC que dans les juridictions classiques²³. Les toxicomanes et alcooliques, public qui invite pourtant à la modestie en termes d'impact, se soumettent eux aussi infiniment plus à leurs obligations de soins, consomment moins de produits et commettent donc moins d'infractions. Ces bons résultats permettent aux PSC de revendiquer un résultat visible sur les quartiers où elles s'implantent en termes de nuisances liées à la délinquance (prostitution et gangs opérant en pleine rue, trafic de drogue visible par tous, seringues et autres déchets sur les trottoirs, disparition des services et des commerces, valeur immobilière diminuée, etc.). L'impact propre des PSC sur le crime dans un quartier comme Harlem, évalué à 19 % par une étude récente²⁴, est manifeste et plébiscité par les populations locales²⁵. L'implication des partenaires locaux et de la communauté environnante est un élément essentiel de la réussite locale des PSC²⁶. Chacun des éléments clés susmentionnés doit être bien présent pour qu'elles soient efficaces. S'ils viennent à faire défaut, l'expérience est d'une moindre efficacité, comme l'a montré l'exemple un peu moins heureux de Liverpool²⁷.

Ces résultats positifs ont également une dimension économique. Certes, ainsi qu'en atteste une étude, le coût immédiat d'une PSC est supérieur à celui d'une juridiction pénale classique couplée à un distant service de probation. Pour autant, si l'on prend en compte le coût global du crime, elle est au contraire d'un bien meilleur rendement. Il faut en effet tenir compte du moindre coût des soins médicaux liés aux effets de l'addiction, du nombre d'enfants nés de familles « addicts » qu'il convient de prendre en charge, du fait que les condamnés qui se réinsèrent deviennent des contribuables et consommateurs et font moins tourner, voire ne font plus tourner, la machine judiciaire. Une recherche a, par exemple, fait ressortir

une économie pouvant aller jusqu'à 5 000 dollars sur deux ans, pour chaque toxicomane, en l'occurrence mineur, suivi par une PSC²⁸.

Quels peuvent être les enseignements de ce mouvement en France ? Une première influence pourrait consister à reconnaître les qualités de ce que nous possédons déjà. Si la France n'a certes pas confié le suivi des condamnés au juge correctionnel lui-même, il y a plus de soixante ans que nous avons bel et bien une intervention judiciaire dans le domaine post-sentenciel. Le juge de l'application des peines est un authentique joyau, qui nous est fortement envié ailleurs²⁹, mais que nous boudons hélas trop souvent tel un enfant gâté. Ce magistrat, dont une recherche en cours que nous menons depuis une année déjà³⁰ montre qu'il possède la plupart des qualités des PSC – humanité, connaissance fine des mécanismes de passage à l'acte comme de la désistance du crime – ainsi que celle de la jurisprudence thérapeutique que nous verrons *infra*, est pourtant menacé de disparition par divers courants. D'un côté, le politique, qui fantasme sur son imprudence³¹ et qui l'imagine libérer des hordes de Michel Fourniret ou Guy Georges ; de l'autre, l'administration centrale pénitentiaire qui, au contraire, lui reproche de ne point prononcer assez d'aménagements de peine pour libérer un nombre suffisant de places dans les prisons surpeuplées dont elle a la charge. Ainsi attaqué de toutes parts, le JAP perd à la fois ses compétences quant aux longues peines et quant aux courtes et moyennes peines. L'idée, chère à certains, de le réduire au rôle de juge de l'incident fait son chemin. Il serait pourtant dramatique que la France, laquelle avait eu une extraordinaire intuition en inventant cet « ancêtre des PSC » il y a soixante ans³², soit le seul Etat au monde à nager à contre-courant en le faisant disparaître, d'autant que les alternatives que présente le droit comparé sont fort peu encourageantes³³.

(23) S. Belenko, *Research on Drug Courts: A Critical Review*, National Drug Court Institute Review 1998, vol. 1, n° 1: 1-42 ; J. Roman, W. Townsend et A. Singh Bhati, *Recidivism Rates for Drug Court Graduates: Nationally Based Estimates, Final Report*, U.S. Department of Justice, 2003, doc. n° 201229 ; United States Government Accountability Office, *Adult Drug Courts. Evidence Indicates Recidivism Reductions and Mixed Results for Other Outcomes*, February 2005. GAO, 05-219 ; L. Truitt, *The Impact of a Mature Drug Court Over 10 Years of Operation: Recidivism and Costs, Final Report*, NPS Research, Portland, 2007 ; S. B. Rossman, J. K. Roman, J. M. Zweig, M. Rempel et C. H. Linquist, *The Multi-Site Adult Drug Court Evaluation*, National Institute of Justice, 2011. (24) Z. Hamilton, *Do Reentry Courts Reduce Recidivism? Results from the Harlem parole Reentry Court*, Center for Court Innovation, mars 2010. (25) G. Berman et D. Anderson, *Drugs, Courts and Neighborhoods. Community Reintegration and the Brooklyn Treatment Court*, Center for court innovation, 1999. (26) C. Lindquist, J. Hardison, P. K. Lattimore, RTI International, *The Reentry Court Initiative: Court-Based Strategies for Managing Released Prisoners*, Justice Research and Policy 2004, vol. 6(1), p. 93. (27) D. Jolliffe et D. Farrington, *Initial evaluation and reconviction rates in Community Justice Initiatives*, Ministry of Justice, Research Summary, 2009, 9/09. (28) K. Pukstas, *Encouraging evidence of effectiveness and cost efficiency from a Maryland juvenile drug court*, Presentation at American Society of Criminology, Portland, OR. 2007. V. aussi Institute of Applied Research St Louis Missouri, *A Cost-Benefit Analysis of the St Louis City Adult Felony Drug Court*, 2004, et S. W. M. Burrus, J. R. Mackin et M. W. Finigan, *Show me the money: Child Welfare Cost Savings of a Family Drug Court*, *Juvenile and Family Court Journal* 2011, vol. 62(3), p. 1. (29) V. not. N. Padfield, *An Entente Cordiale in Sentencing? - Part 1 in Criminal Law and Justice Weekly*, 16 April 2011 ; Part 2 in *idem*, 23 April 2011 ; Part 3 in *idem*, 7 May 2011 ; T. O'Malley, *Early release from prison*, in T. O'Malley, *Discretion in Sentencing*, à paraître ; N. Padfield, R. Morgan et M. Maguire, *Chapter 32. Out of court, out of sight? Criminal sanctions and non-judicial decision-making*, in M. Maguire, R. Morgan et R. Peiner (dir.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, 5^e éd. à paraître. (30) Pour de premiers résultats, V. les mémoires de nos étudiants nantais C. Danet et B. Peigné, intitulés *La culture professionnelle des juges de l'application des peines en matière de resocialisation et de désistance*, mémoire master 2 pénal, Nantes, 2011. V. aussi dans la revue *EJprob*, à paraître en janvier 2012, notre article : *Treatment of non-compliance in France : A human approach and a hair-splitting legal system*. L'analyse de la totalité des données collectées par ces deux années de recherche se fera au cours de l'année 2012. (31) Laquelle ne correspond en rien à sa pratique. (32) M. Herzog-Evans, *Is the French juge de l'application des peines a Problem-Solving Court?*, in M. Herzog-Evans (dir.), *How to Release? The role of courts and the use of discretion in sentences, implementation and reentry*, à paraître chez Wolf Legal Publishers, Nijmegen. (33) V. N. Padfield, *Who to Release. Parole, fairness and criminal justice*, Cullompton, Willan Publishing, 2007 ; N. Padfield, D. van Zyl Smit et F. Dünkel (dir.), *Release from Prison. European policy and practice*, Cullompton, Willan Publishing, 2010.

Il manque toutefois quelques ingrédients pour faire totalement du JAP une PSC. L'un d'entre eux, essentiel, est l'existence, au sein même de la juridiction, de services et d'acteurs permettant une prise en charge optimale et immédiate des condamnés. Avant la fusion des comités de probation et d'assistance aux libérés et des services de probation des établissements pénitentiaires, pour constituer les services pénitentiaires d'insertion et de probation, en 1999, le JAP avait à tout le moins une proximité et un lien professionnel direct avec les agents de probation. Ce lien a disparu et a été remplacé par un logiciel (APPI) ³⁴, lequel permet de renseigner, pour un même condamné, les éléments de son suivi – mais le JAP n'a pas accès à la totalité de ses rubriques ³⁵. Ecrasés de travail autant les uns que les autres, les services de l'application des peines ³⁶ des tribunaux et les services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP) ³⁷ sont en outre poussés à une triste et contre-productive guerre de tranchée par les logiques exécutives énoncées *supra*. Ces entités naguère collaboratrices sont ainsi désormais distantes et trop souvent méfiantes l'une envers l'autre ³⁸. Comme le montre l'exemple des PSC, l'intervention judiciaire en collaboration avec les services de probation est bien plus efficace qu'une probation classique « mandatée » par le juge. Il est coupable de l'ignorer face à l'abondance des démonstrations scientifiques ³⁹. Un second ingrédient de l'efficacité des PSC fait également défaut à notre JAP : il s'agit de la participation des communautés à l'activité du tribunal et aux réseaux favorisant le suivi et l'insertion. La France, qui dispose certes d'un important réseau associatif, ne parvient toutefois pas à imaginer une appropriation citoyenne de ses juridictions.

Restaurer le JAP dans ses fonctions et lui donner les moyens de ses missions, en finir avec la guerre institutionnelle stérile et coûteuse pour le contribuable, revaloriser au contraire le travail en équipe dans un même but unique, soit la désistance de la délinquance, l'efficacité de la justice rendue à nos concitoyens et la valeur restituée de chaque euro engagé, favoriser la participation « riverain mains dans le cambouis » par opposition à la participation « citoyen juré » ⁴⁰, ainsi que la spécialisation et la professionnalisation, voilà quelques-uns des défis auxquels nous mène l'expérience fascinante des PSC. Ceci s'impose d'autant plus que le JAP n'est pas seulement une PSC, il est aussi un « *therapeutic judge* ».

II - Une « jurisprudence thérapeutique »

« La jurisprudence thérapeutique (TJ) est un champ d'étude interdisciplinaire, qui porte sur les effets thérapeutiques et anti-thérapeutiques de la règle de droit, des procédures ainsi que des actes et comportements des acteurs juridiques, tels que les avocats et les juges » ⁴¹; elle voit dans le droit et ses acteurs des vecteurs de traitement et d'apaisement (*healing*) ⁴² des problèmes et des personnes. Elle est le fruit de la fusion entre plusieurs courants : le droit collaboratif, la résolution créative de problèmes, la justice holistique, le droit préventif, les juridictions résolutive de problèmes, la justice processuelle et la justice restaurative. La TJ ne prétend pas que le droit et ses acteurs doivent poursuivre uniquement un objectif thérapeutique, mais elle invite à prendre celui-ci en compte.

Ses applications concernent tout aussi bien le droit pénal que le droit civil, notamment de la famille. Ainsi, la TJ s'intéresse-t-elle à l'impact de la procédure pénale sur la satisfaction et le bien-être des victimes. Elle s'intéresse aussi à l'impact de la procédure pénale sur les délinquants. En droit de la famille, elle explore d'autres techniques de communication et de procédure judiciaire, afin de tenir compte du conflit, tout en contribuant à l'apaiser ; elle s'intéresse directement à l'impact sur les enfants de la procédure civile et cherche à en atténuer les effets anti-thérapeutiques. Elle s'inspire donc là aussi des mouvements des juridictions résolutive de problème et de la justice restaurative. D'ailleurs, elle peut également donner naissance à des juridictions, à l'image des *Family Drug Courts*, qui traitent de manière globale de l'addiction et de ses conséquences familiales ⁴³.

L'impact de la TJ sur la manière dont la justice est rendue et dont les acteurs se comportent peut être considérable. Quelques exemples permettent de le comprendre. Tel cet avocat canadien qui travailla avec la mère d'un prévenu à passer au peigne fin tout leur quartier afin d'obtenir de la part de tous les voisins une déclaration sur l'honneur en vertu de laquelle ceux-ci promettaient, d'une part, qu'ils ne verraient pas d'objection à ce que ledit prévenu vînt habiter chez sa mère dans le cadre d'une mesure en milieu ouvert et, d'autre part, qu'ils seraient prêts à signaler aux autorités ses violations des obligations. Ceci peut paraître surprenant, et même choquant

(34) Dont l'existence déjà ancienne vient de recevoir une validation décrétole (Décr. n° 2011-1447 du 7 nov. 2011, JO 8 nov., p. 18747).

(35) V. à cet égard la révélatrice affaire : CE 20 janv. 2011, n° 345052, et nos obs. à paraître à l'*AJ pénal*. (36) V. ministère de la justice et des libertés, Rapport du groupe de travail sur le service de l'application des peines, juin 2011, ainsi que le rapport de l'Inspection générale des services judiciaires, Inspection de fonctionnement du service de l'application des peines du tribunal de grande instance de Nantes, févr. 2011, n° 13/2011, ayant fait suite à l'affaire *Meilhon*. (37) V. J.-M. Camus et P. Lemaire, Rapport sur l'amélioration du fonctionnement des services pénitentiaires d'insertion et de probation, 2011, ainsi que le rapport de l'Inspection des services pénitentiaires relatif aux conditions de la prise en charge de M. Tony Meilhon par le SPIP de Loire-Atlantique, 10 févr. 2011. (38) M. Herzog-Evans, *Some things old, some things new, some things borrowed, and often blue: Probation in France*, à paraître in *Probation Journal* 2011, vol. 4. (39) M. Herzog-Evans, Nouveaux enjeux dans l'application des peines. Les leçons du droit et de la criminologie comparée, *AJ pénal* 2011. 177. (40) V. la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs et l'analyse que nous en proposons in *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz Action, 2011. (41) D. Wexler, *Advice for the U.S. Sentencing Commissioners: the Relevance of Therapeutic Jurisprudence and Its Literature*, mars 2011 - notre traduction. Pour une présentation générale, V. B. J. Winick et D. B. Wexler, *Judging in a Therapeutic Key. Therapeutic Jurisprudence and the courts*, Carolina Academic Press, 2003. (42) S. Daicoff, *Law as a Healing Profession: The Comprehensive Law Movement*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 2005, n° 05/06-12. (43) *Office of Justice Programs Drug Court Clearinghouse and Technical Assistance Project at the American University*, Washington, DC, *Juvenile and Family Drug Courts: An Overview*, 1998.

du point de vue français, mais, dans un contexte bien plus répressif, c'est ce qui permet d'arracher au tribunal une peine alternative qui aurait à défaut été impensable ; l'implication bienveillante mais ferme de la communauté, un trait sans doute nord-américain, a fait la différence ⁴⁴. En matière de divorce et de séparation, l'approche TJ permet de laisser de côté les vaines attentes et postures théoriques et à accepter qu'il y a lieu de traiter des personnes qui souffrent et peuvent être en colère. La TJ propose de regarder la réalité de la souffrance en face et aux divers acteurs (juges, avocats...) de l'entendre, de la prévenir, de la traiter de manière pragmatique, humaine et chaleureuse. Elle leur demande par exemple d'aller au-devant des suites concrètes d'un divorce ou d'une séparation pour chacun, en avertissant par exemple le mari de ce que les hommes ont tendance à avoir une période dépressive, au cours de laquelle ils tendent à se remettre hâtivement en ménage et à reproduire les mêmes erreurs. Le conseil du mari peut alors lui conseiller d'aller voir tel thérapeute, de rejoindre tels groupes de parole, de lire tel ou tel ouvrage. A la femme, qui risque traditionnellement de subir une sérieuse régression économique avec le risque d'avoir à imposer à ses enfants un déménagement et d'avoir à travailler plus que précédemment pour joindre les deux bouts, il peut être proposé un plan d'attaque concret, pour pallier ces inconvénients.

Dans le contexte américain, il est certain que le changement imprimé est d'autant plus important. En matière pénale, l'approche TJ permet, comme l'approche PSC, de prendre du recul par rapport aux effets dévastateurs de l'incarcération de masse ; côté praticiens, elle permet aux juges de quitter leur positionnement autoritaire et plein de reproches, et aux avocats de sortir de la logique de l'affrontement, favorisée il est vrai par la procédure civile comme pénale des USA, les effets de tout ceci se faisant souvent sentir sur plusieurs générations ⁴⁵. En droit de la famille, la France présente sans doute un visage diamétralement opposé à celui des Etats-Unis. Loin du ring de boxe américain d'où se dégagent un gagnant et un perdant, le cabinet du JAF est, de manière à notre sens tout aussi violente, le lieu de la négation du conflit, de la colère, de la détresse et de la souffrance. Chaque acteur judiciaire et la loi elle-même enjoignent à ces personnes de taire leur souffrance, de ne point manifester de colère ou d'emportement. Les victimes – car il en existe aussi dans le domaine familial – doivent faire mine de n'avoir point de bourreau. Les enfants sont, quant à eux, trop souvent sommés de se couper en deux et d'accepter sans rechigner des décisions prononcées à l'aune d'un critère largement théorique, l'intérêt de l'enfant, lequel

est fortement influencé par la culture locale et du moment ⁴⁶, comme le montrent les avatars de la garde alternée, d'abord encensée, puis décriée du fait de ses effets psychologiques terribles sur les jeunes enfants ⁴⁷. De tous, il est exigé d'avoir déjà franchi l'étape du respect inconditionnel de l'autre. Telle une périodure, notre procédure de divorce anesthésie temporairement la douleur, masquant ainsi la violence de la révolution que constitue le passage d'un état à un autre. Il y a à apprendre de la TJ qui, tout en cherchant à éviter le pugilat, fait face à la douleur, la reconnaît, au lieu de la nier, et qui, par ailleurs, accompagne de manière concrète les suites classiques d'un divorce ou d'une séparation ⁴⁸.

L'approche TJ a également un impact sur la recherche et l'enseignement. En matière d'enseignement, elle permet de réfléchir à l'impact concret, sur l'humain et la société, des règles de droit et du système judiciaire et de prendre à leur égard un sain recul. Dans les universités américaines ⁴⁹, l'approche TJ s'enseigne désormais sur l'ensemble du territoire, que ce soit en tant que discipline autonome ou au sein des cours de droit civil, de la famille, commercial, du travail, constitutionnel, pénal, etc. En matière de recherche, elle permet de s'éloigner des exercices de style techniques et, ici encore, s'intéressant à l'humain, destinataire des règles de droit, à entreprendre des travaux tout aussi utiles qu'originaux. Tel était par exemple le cas de cette Américaine ayant travaillé sur l'impact sur les familles du condamné et de la victime, ainsi que sur les avocats des deux parties, de l'exécution de la peine de mort ⁵⁰.

Si la France bénéficie fort heureusement d'un contexte très différent de celui des Etats-Unis, prendre connaissance de l'approche TJ pourrait bien lui être bénéfique. Au sein des universités, elle devrait favoriser la recherche de solutions humaines, s'intéresser aux conséquences concrètes sur les personnes de la procédure et du droit de fond, loin de la pure théorie et des éternels exercices de qualification, préalable au raisonnement syllogistique, lui-même souvent détaché de l'éthique et de l'impact sur les êtres. Dans les juridictions, objectera-t-on, nous avons déjà des juridictions « thérapeutiques » ou qui essayent de l'être. Tel est notamment le cas, lorsqu'ils ne sont pas trop écrasés de dossiers, des juges aux affaires familiales, des juges des enfants et des JAP. Ceci peut prendre diverses formes. Au cours des audiences : être à l'écoute, rechercher des solutions viables et humaines, ne pas être dans le déni de la souffrance des situations traitées et du passage dans la chaîne judiciaire, être bienveillant et accueil-

(44) D. Wexler, *Rehabilitating lawyers: Principles of Therapeutic Jurisprudence for Criminal Law Practice*, Carolina Academic Press, 2008.

(45) M. F. Brinig, *Empirical work in Family Law*, Univ. of Ill. L. Rev. 2002, p. 1083. (46) J. Weinstein, *And Never the Twain Shall Meet: The Best Interest of Children and the Adversary System*, 52 Univ. of Miami L. Rev. 1997, p. 108. (47) V. par ex. R. Bauserman, *Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole Custody Arrangements : A Meta-Analytic Review*, *Journal of Family Psychology* 2002, 16, 1, 91-02 ; M. Berger, *La résidence alternée, une loi pour les adultes ?*, *Le Journal des psychologues*, 6/2005 ; H. Rottman, *Le syndrome de Salomon ou les difficultés de la garde alternée des enfants dans la séparation parentale*, *ibid.*, 6/2005. (48) Pour une présentation détaillée, V. D. J. Miller, *Applying Therapeutic Jurisprudence and Preventive Law to the Divorce Process : Enhancing the Attorney-Client Relationship and the Florida Practice and Procedure Form « Marital Settlement Agreement for Dissolution of Marriage with Dependent or Minor Child(ren) »*, Fla. Coastal L. Rev. 2009, p. 263. (49) D. C. Yamada, *Therapeutic Jurisprudence and the Practice of Legal Scholarship*, Univ. of Memphis L. Rev. 2010, vol. 41, p. 121. (50) C. F. Adcock, *The collateral Anti-Therapeutic Effects of the Death penalty*, 2010, 11 Fla. Coastal L. Rev., p. 289.

lant – ce qui n’empêche pas d’être ferme. Toutefois, l’approche TJ se poursuit dans la motivation des décisions. Les JAP et tribunaux d’application des peines (TAP) sont maîtres dans cet exercice. Loin de se borner à l’habituelle référence aux textes, à leur contenu et à leur confrontation aux faits, ils savent insérer un mot d’encouragement, une reconnaissance de la souffrance ou des efforts accomplis.

Voici quelques années, nous avons commenté une décision topique à cet égard. Ce détenu avait été rendu aveugle dans le cadre de l’homicide de sa compagne (retour de l’arme à feu). Par la suite, l’administration pénitentiaire avait trouvé plus commode de lui proposer une chaise roulante, pour lui éviter de tomber, avec pour conséquence qu’il avait progressivement perdu l’usage de ses jambes. Ce condamné était envahi d’une haine féroce et certes partiellement justifiée envers l’institution, mais qui, pour autant, était également causée par son besoin de rejeter la responsabilité de ses deux handicaps sur autrui, afin de se protéger contre sa propre culpabilité. Cependant, après un transfert vers un autre établissement pénitentiaire, il avait été pris en charge par une équipe pénitentiaire infiniment plus humaine qui n’avait eu de cesse de lui proposer des activités compatibles avec sa situation. Sa demande de suspension médicale de peine avait toutefois dû être rejetée, faute pour les experts d’avoir conclu à l’incompatibilité de son état avec la détention. Tout en rejetant sa requête en ce sens, les conseillers de la chambre de l’application des peines (chap) de la cour d’appel de Versailles avaient adopté une motivation remarquable, dans l’esprit de la TJ⁵¹. Prenant tout d’abord en compte sa souffrance, les juges relevaient que la difficulté de ce condamné était qu’il était « passé brusquement de l’état de voyant à celui de non-voyant ». Ils énonçaient ensuite que le condamné « (savait) pouvoir compter sur un soutien familial fort et (devait) comprendre que l’administration pénitentiaire n’(était) pas indifférente à sa personne, bien au contraire, le chef d’établissement s’étant montré personnellement, lors de l’entretien, extrêmement sensibilisé à sa situation ». Ils ajoutaient qu’il pouvait « positiver » les entretiens avec la psychologue, que son appétit revenait et qu’il avait fait adapter son appareil dentaire, manifestant ainsi un « désir... de vouloir enfin vivre ».

Il est vrai que l’emprise de la psychanalyse dans la société et culture française, jumelée au principe d’individualisation de la peine, prédestine la France à une approche plus thérapeutique qu’il n’était naturel dans le contexte nord-américain. Reste que l’essentiel de notre système judiciaire fonctionne comme

une machine à traiter un nombre aussi considérable d’affaires que possible, et ceci est notamment perceptible dans le contentieux familial et la matière pénale. Cette machine broie inévitablement les êtres humains et ne laisse plus assez de place ni de temps à la prise en compte de l’impact des décisions et des procédures mises en œuvre sur les justiciables. Hélas, comme il a été dit, ce « fordisme » judiciaire réduit fortement le respect dévolu tant aux décisions de justice qu’à ceux et celles qui les rendent ou y contribuent.

En somme, ce que les deux corps de recherche et de pratiques américaines ici présentés nous enseignent est qu’il existe d’autres voies que celle de la massification industrialisée de la justice et, inversement, que l’artisanat et l’humanité, l’intérêt pour les conséquences sur les justiciables de ce que l’on fait, le respect constant de ceux-ci, le savoir travailler ensemble, joints aux principes processuels, sont encore à notre portée. Les changements qu’ils proposent ne nécessitent pas tous des moyens considérables. Il peut s’agir parfois de se souvenir des raisons qui ont conduit à choisir la profession d’acteur de la justice et des idéaux et attentes fortes que l’on a pu en avoir. Il s’agit aussi d’avoir l’humilité d’apprendre et d’aller vers les autres, collègues des autres institutions œuvrant à la justice, mais aussi communauté environnante. Il s’agit aussi de s’organiser, localement, régionalement, sans attendre toujours que les réformes viennent d’en haut – un trait culturel français favorisé par un centralisme et une toute puissance exécutive pluri-centenaire.

Au-delà, ce que nous enseigne l’inventivité américaine est aussi que la société tout entière peut devenir actrice de manière plus directe et satisfaisante que *via* son instrumentalisation en tant que juré : elle peut participer au fonctionnement de « son » tribunal. Pour cela, il faut que chacun se souvienne que la justice est rendue « au nom du peuple français ». Aujourd’hui, tant les juridictions civiles et pénales que la police souffrent d’un considérable déficit de légitimité. N’est-il pas temps de cesser de se lamenter et de se retrousser les manches ?

Du côté des universités, il est également temps de relever l’œil rendu myope par la glose des décisions de justice et des réformes législatives ou réglementaires, il est vrai frénétiques – un travers dans lequel la rédactrice de ces lignes tombe elle-même fréquemment –, pour revenir à une lecture critique du droit, à l’aune de l’humanité, de l’éthique, des conséquences psychologiques, matérielles, sociales, locales et sociétales des normes et de la jurisprudence ; temps aussi d’inviter nos étudiants, sommés pour l’heure d’atteindre le même degré de myopie que nous, à de telles pauses régulières.

(51) Chap Versailles 24 déc. 2008, AJ pénal 2009. 140, et nos obs.