DIAL
Digital access to libraries

"Les sanctions et mesures appliquées dans la communauté : une analyse des Recommandations du Conseil de l'Europe"

Slingeneyer, Thibaut

CITE THIS VERSION

Slingeneyer, Thibaut. *Les sanctions et mesures appliquées dans la communauté : une analyse des Recommandations du Conseil de l'Europe.* In: Y. Cartuyvels, C. Guillain et T. Slingeneyer, *Les alternatives à la détention en Belgique : un état des lieux, à l'aune du Conseil de l'Europe*, 2017 http://hdl.handle.net/2078.1/188820

Le dépôt institutionnel DIAL est destiné au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques émanents des membres de l'UCLouvain. Toute utilisation de ce document à des fin lucratives ou commerciales est strictement interdite. L'utilisateur s'engage à respecter les droits d'auteur lié à ce document, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit à la paternité. La politique complète de copyright est disponible sur la page Copyright policy

DIAL is an institutional repository for the deposit and dissemination of scientific documents from UCLouvain members. Usage of this document for profit or commercial purposes is stricly prohibited. User agrees to respect copyright about this document, mainly text integrity and source mention. Full content of copyright policy is available at Copyright policy

Available at: http://hdl.handle.net/2078.1/188820

[Downloaded 2019/10/31 at 09:16:13]

LES SANCTIONS ET MESURES APPLIQUÉES DANS LA COMMUNAUTÉ : UNE ANALYSE DES RECOMMANDATIONS DU CONSEIL DE L'EUROPE

THIBAUT SLINGENEYER

Université Saint-Louis – Bruxelles
Université catholique de Louvain

Introduction

Depuis les années 60, le Conseil de l'Europe s'est intéressé aux questions pénitentiaires et aux sanctions et mesures dans la communauté. Une liste impressionnante de Conventions et de Recommandations, l'existence de comités spécifiques (ex. : Conseil de coopération pénologique) et de littératures grises abondantes (ex. : rapports SPACE II) témoignent de cet intérêt (www.coe.int/prison).

La présentation des Recommandations du Conseil de l'Europe relatives aux sanctions et mesures appliquées dans la communauté (ci-après « SMC ») se fera en sept points. Le Conseil de l'Europe donne une définition (large et crédible) des SMC (I). Pour contextualiser la position du Conseil de l'Europe quant aux SMC, il est essentiel de présenter le principe, défendu par ce Conseil, qui fait de l'emprisonnement l'*ultima ratio* (II). Nous pourrons alors présenter l'objectif de réinsertion des SMC (III). Le Conseil de l'Europe est attentif à ce que ces sanctions soient respectueuses des droits fondamentaux (IV) et qu'elles présentent une série de garanties juridiques (V). Nous montrerons ensuite que la volonté de disposer de SMC crédibles se traduit dans de nombreuses règles relatives aux rôles attendus d'une série d'acteurs : le personnel chargé de l'exécution, l'infracteur, les « communautés » et les victimes (VI). Enfin, nous tenterons de montrer en quoi le contexte (postmoderne) dans lequel sont rédigées les Recommandations relatives aux SMC est un défi pour le Conseil de l'Europe en ce qu'il suppose un travail de légitimation important (VII).

I. Définition large et crédible

La R (92) 16 du Conseil de l'Europe donne une définition très large des SMC puisqu'il s'agit 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 »[1].

Sont formellement exclues du champ d'application, les sanctions pécuniaires[2] et les mesures qui concernent les mineurs[3].

La définition très large retenue par la R (92) 16 se concrétise par un éventail très large d'illustrations données par les Recommandations ultérieures : la liberté sous condition, la liberté sous caution, la transaction, la médiation victime/délinquant, la probation, la suspension assortie de conditions, le travail d'intérêt général, l'indemnisation des victimes, l'injonction de traitement, les congés pénitentiaires, la semi-liberté, le placement extra-muros, l'assignation à domicile, la surveillance électronique, la libération conditionnelle, …

De l'analyse des Recommandations du Conseil de l'Europe, on perçoit deux caractéristiques essentielles (liées à l'objectif de réinsertion, *cf. infra*) que doivent présenter les SMC : elles doivent être discrétionnaires et assorties de conditions individualisées

1 R (92) 16, glossaire, point 1.
2 R (92) 16, glossaire, point 1.
3 R (92) 16, préambule, point c.

et contrôlées. Le Conseil de l'Europe privilégie les SMC discrétionnaires à celles qui sont automatiques. Il indique que ces mesures doivent se prendre sur base d'un dossier individuel[4]. Les SMC automatiques et collectives (ex. : amnistie, grâces collectives) sont globalement décriées en ce qu'elles se limitent à une simple « gestion du surpeuplement carcéral »[5]. En lien avec cette première caractéristique, le Conseil de l'Europe fait de l'imposition de conditions (individualisées) qui doivent être contrôlées un élément transversal à toutes les SMC[6]. Ainsi, la suspension simple ou le sursis simple ne sont pas évoqués par le Conseil de l'Europe[7].

Défendre des SMC présentant ces deux caractéristiques, c'est, pour le Conseil de l'Europe, s'assurer qu'elles soient « des réponses *adéquates et crédibles* aux comportements délinquants »[8].

Le Conseil de l'Europe lie parfois cette exigence de crédibilité à celles de « punition » et de « sévérité ». Ainsi, il est prévu de « graduer en termes de sévérité relative les peines non privatives de liberté »[9]. Le Conseil de l'Europe envisage également la « combinaison de sanctions et de mesures privatives de liberté et non privatives de liberté »[10]. La médiation, par exemple, est prévue « en complément *ou* en tant qu'alternative »[11]. En cas de manquements significatifs aux conditions, les Recommandations se montrent claires : il convient de réagir « sans délai » et « par écrit »[12] ou encore « de manière active et rapide »[13]. On voit donc que le Conseil de l'Europe ne remet pas fondamentalement en cause, par la promotion des SMC, la « rationalité pénale moderne »[14].

II. Principe de l'emprisonnement comme *ultima ratio* (politique réductionniste)

Pour comprendre la vision qu'a le Conseil de l'Europe des SMC, il faut s'attarder un instant sur la vision négative de l'emprisonnement qu'a ce Conseil (A). Cette vision négative de l'emprisonnement - devant être l'*ultima ratio* - se traduit dans des règles relatives à l'incarcération elle-même (B), mais aussi relatives aux SMC (C).

---

4 R (92) 16 ; R (99) 22 ; Rec (2003) 22.

5 R (99) 22, règle 23. La seule SMC pour laquelle la Conseil de l'Europe envisage à la fois une libération discrétionnaire et une libération « d'office » est la libération conditionnelle (Rec (2003) 22, règles 5, 7 et 22 à 24). Il nous semble que cette « exception » est liée à un souci grandissant du Conseil de l'Europe de sanctionner « efficacement » et « au moindre coût » (*cf. infra*). En effet, c'est pour des raisons d'« économies de ressources » que le système de libération d'office devrait être pris en considération (Rec (2003) 22, règle 7). Il nous semble que la question, que nous ne pourrons pas aborder ici, des avantages et des inconvénients de l'automaticité des SMC n'est pas une question facile à résoudre.

6 R (92) 16.

7 Rec (92) 16, glossaire, point 1 ; Rec (99) 22, règle 15 ; Rec (2000) 22, règle 1.

8 R (92) 16, préambule, point C et règle 44, nous soulignons ; R (99) 22, règle 22.

9 R (99) 22, règle 3.

10 R (99) 22, règle 17.

11 R (99) 19, préambule, nous soulignons.

12 R (92) 16, règle 80 ; Rec (2003) 22, règle 30.

13 CM/Rec (2010) 1, règle 87.

14 A.P. Pires, « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne », *in* C. Debuyst, F. Digneffe et A.P. Pires (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Paris et Bruxelles, De Boeck et Larcier, 1998, p. 3 à 51.

A. Vision négative de l'emprisonnement

Le Conseil de l'Europe évoque les « effets délétères de la détention »[15]. Ainsi, à propos spécifiquement de la détention provisoire, l'incarcération est présentée comme un « préjudice irréversible » ayant un « impact nuisible (…) sur le maintien des relations » du détenu[16].

Cette vision négative de l'emprisonnement conduit le Conseil de l'Europe à rappeler sans cesse que la privation de liberté doit « être considérée comme une sanction ou mesure de dernier recours »[17]. Ainsi, à propos spécifiquement de la détention provisoire, il est prévu de n'y recourir « que lorsque cela est strictement nécessaire et en dernier ressort »[18].

B. Conséquences du principe de l'ultima ratio sur les incarcérations

Le principe de l'*ultima ratio* se traduit par une réflexion sur l'intérêt des « décriminalisations » ou des « requalifications » pour éviter le recours à l'emprisonnement[19]. Il peut s'avérer également utile de prévoir, pour certaines infractions, une autre peine que l'emprisonnement « comme sanction de référence »[20].

L'établissement de « principes de base pour le prononcé des peines »[21] permet également de limiter les incarcérations. Cela peut se traduire par la création de « critères négatifs pour exclure l'emprisonnement »[22], par le fait que les juges donnent « des motifs spécifiques lorsqu'ils prononcent une peine d'emprisonnement »[23], par la réduction du « recours aux peines de longue durée » et par le remplacement des « courtes peines d'emprisonnement par des sanctions et mesures appliquées dans la communauté », en cas de circonstances atténuantes par exemple[24].

Le Conseil de l'Europe invite à fixer une « capacité maximale » pour les établissements pénitentiaires[25] et rappelle que l'« extension du parc pénitentiaire » doit être une « mesure exceptionnelle » car elle n'offre pas « une solution durable au problème du surpeuplement »[26].

Le principe de l'*ultima ratio* se traduit également par la demande faite aux procureurs et aux juges de tenir compte de la « capacité carcérale »[27]. Il est également rappelé au

---

15 Rec (2003) 22, règle 4a.
16 Rec (2006) 13, préambule et règle 34.
17 Rec (2006) 2, préambule ; R (99) 22, règle 1 ; R (92) 17, règle B5 ; CM/Rec (2014) 3, règle 18 ; CM/Rec (2014) 4, préambule.
18 Rec (2006) 13, règle 3.
19 R (99) 22, règle 4 ; R (92) 17, règle A6.
20 Rec (2000) 22, règle 2 ; R (92) 17, règle B5
21 Rec (2000) 22, règle 6 ; R (99) 22, règles 5, 18 et 20 ; R (92) 17, règle A6.
22 R (92) 17, règle B5.
23 R (92) 17, règle E1.
24 R (99) 22, règle 14 ; Rec (2000) 22, règle 8.
25 R (99) 22, règle 6.
26 R (99) 22, règle 2.
27 R (99) 22, règle 18.

ministère public de ne pas former un appel incident uniquement pour éviter l'interdiction de la *reformatio in pejus* [28].

Le Conseil de l'Europe donne particulièrement de détails pour réduire l'usage de la détention provisoire. Celle-ci « doit être l'exception plutôt que la règle »[29]. Elle « ne doit pas être obligatoire » ni « être utilisée à des fins punitives »[30]. Elle ne peut être « appliquée qu'aux personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction dont l'auteur est passible d'une peine d'emprisonnement »[31]. Sa durée « ne doit pas excéder celle de la peine susceptible d'être prononcée pour l'infraction (…), ni normalement être disproportionnée par rapport à cette peine »[32]. La période de détention provisoire « doit être imputée sur la durée de la peine d'emprisonnement prononcée par la suite », elle doit également être prise en compte « dans la fixation de la peine prononcée, même lorsque celle-ci n'est pas une peine d'emprisonnement »[33]. Elle ne doit être appliquée et maintenue que s'il « n'est pas possible de recourir à des mesures alternatives »[34], la charge de la preuve de cette impossibilité devant être supportée par le ministère public ou l'autorité judiciaire chargée de l'instruction[35]. La décision d'une détention provisoire devrait être prise dans les « quarante-huit heures » de la privation initiale de liberté[36]. Cette décision « doit être réexaminée périodiquement » et l'« intervalle entre les réexamens ne doit pas en principe être supérieur à un mois »[37].

C. Conséquences du principe de l'ultima ratio sur les sanctions et mesures dans la communauté

Le principe de l'*ultima ratio* se traduit par des consignes du Conseil de l'Europe quant à l'accès aux SMC. Il faut revoir les lois qui « empêchent l'utilisation de sanctions et mesures appliquées dans la communauté » pour les « délinquants récidivistes ou ayant commis des infractions graves »[38]. Ainsi, la libération conditionnelle doit être possible « pour tous les détenus condamnés, y compris les condamnés à perpétuité »[39].

Ce principe se traduit également par des consignes en cas de non-respect des conditions de la SMC. La loi ne doit pas prévoir une « conversion automatique en un emprisonnement » lorsque les conditions ou obligations imposées ne sont pas respectées[40]. Le non-respect des conditions ou obligations, même s'il peut aboutir à une révocation de la SMC, ne doit pas « constituer en soi une infraction »[41]. Si la révocation de la SMC est prononcée, le décideur devra tenir compte « de la manière et de la mesure dans

[28] R (92) 17, règles F1 et F2.
[29] Rec (2006) 13, règle 3.
[30] Rec (2006) 13, règle 3.
[31] Rec (2006) 13, règle 6.
[32] Rec (2006) 13, règle 22.
[33] Rec (2006) 13, règle 33 ; R (92) 17, règle G. La règle est moins protectrice en cas de surveillance électronique préalable au procès puisque celle-ci « *pourrait* être déduite, par le tribunal, de la durée totale de la peine » (CM/Rec (2014) 4, règle 17, nous soulignons)
[34] Rec (2006) 13, règles 7 et 11.
[35] Rec (2006) 13, règle 8.
[36] Rec (2006) 13, règle 14.
[37] Rec (2006) 13, règle 17.
[38] Rec (2000) 22, règle 3.
[39] Rec (2003) 22, règle 4a.
[40] R (92) 16, règles 10 et 86 ; R (92) 17, règle B7 et B8 ; Rec (2006) 13, règle 12.
[41] R (92) 16, règle 84.

lesquelles les conditions et obligations (…) ont été respectées par le délinquant »[42] et ne devra pas « nécessairement (…) imposer une peine d'emprisonnement »[43].

III. Objectif de réinsertion

A. Affirmation de principe

Le Conseil de l'Europe indique régulièrement que les SMC ont un objectif de réinsertion[44]. C'est clairement l'objectif prioritaire des SMC[45]. Ainsi, l'objectif de « réparation » (beaucoup moins présent dans les textes du Conseil de l'Europe) est présenté comme faisant partie des « *autres missions* des services de probation »[46].

Pour évoquer cet objectif, les expressions utilisées par le Conseil de l'Europe sont nombreuses et variées. Les notions les plus mobilisées sont certainement la « réinsertion (sociale) », la « réinsertion dans la société » et la « réinsertion dans la communauté »[47]. Il est également fait mention de la « réintégration (sociale) »[48], de la « réadaptation (à la vie sociale) »[49], de l'« adaptation à la communauté »[50], de l'« insertion sociale »[51] et de la « réhabilitation »[52]. Une série d'expressions pragmatiques lie la réinsertion au respect des lois dans la vie sociale : il s'agit de « réussir la transition de la vie carcérale à la vie dans la communauté »[53], d'avoir un « mode de vie respectueux des lois (au sein de la société) »[54], d'avoir une « vie respectant la loi par le développement de son capital humain »[55], d'être des « citoyens respectueux des lois »[56], de renforcer et de développer « le sens des responsabilités (sociales/envers la société) et (envers la ou les victimes) »[57] et de favoriser le « développement personnel et social du délinquant » et le « désistement »[58]. Certaines de ces expressions montrent que la réinsertion passe par la responsabilisation du condamné. Les unes évoquent l'individu globalement, les autres se centrent sur son comportement. Elles évoquent tantôt le retour à un état antérieur, tantôt la création d'un nouvel état.

---

42 R (92) 16, règle 85.
43 R (92) 16, règle 86.
44 R (92) 16, règle 55 ; Rec (2000) 22, règle 17 ; CM/Rec (2010) 1, glossaire ; R (99) 22, règle 9.
45 Un exemple isolé montre la hiérarchie curieuse faite par le Conseil de l'Europe entre l'amendement et la réinsertion. La R (99) 19 indique que la médiation permet d'« offrir des occasions concrètes de s'amender ce qui facilitera réinsertion et réhabilitation » (R (99) 19, préambule). La vieille notion d'amendement est centrale et une de ses conséquences est la facilitation de la réinsertion.
46 CM/Rec (2010) 1, règle 97, nous soulignons.
47 Rec (2000) 22, règle 17 ; CM/Rec (2010) 1, glossaire ; R (99) 22, règle 9 ; Rec (2003) 23 ; Rec (2003) 22 ; Rec (2000) 22 ; R (99) 19, préambule.
48 CM/Rec (2010) 1, règles 57 et 76 ; R (99) 22, préambule et règle 24.
49 Convention ETS n ° 51, art. 1 ; CM/Rec (2010) 1, glossaire et règle 62 ; CM/Rec (2014) 3, règle 6.
50 Rec (2003) 23, règle 10.
51 R (92) 16, préambule et règle 55 ; CM/Rec (2010) 1, règles 1, 12 et 47.
52 R (99) 19, préambule.
53 Rec (2003) 22, règle 3.
54 Rec (2003) 23, règles 2, 10 et 33 ; CM/Rec (2014) 3, règle 45 ; CM/Rec (2010) 1, règle 62 ; Rec (2003) 22, règle 3.
55 CM/Rec (2010) 1, glossaire.
56 Rec (2003) 22, règle 20.
57 CR/Rec (2010) 1, règles 67 et 96 ; R (99) 19, préambule ; R (92) 16, préambule et règles 30 et 40.
58 R (92) 16, règle 55 ; CM/Rec (2010) 1, règles 57 et 76.

B. Mise en œuvre

Pour contribuer à la réinsertion, les SMC doivent réduire substantiellement la période d'incarcération. C'est ce qui est explicitement attendu du congé, de la semi-liberté et surtout de la libération conditionnelle[59]. Il est donc essentiel d'éviter un accès tardif à ces mesures. Ainsi, il est demandé « d'accorder un congé pénitentiaire dès que possible et aussi fréquemment que possible (…) »[60]. Il est également prévu que la préparation à la libération conditionnelle soit « terminée avant la fin de la période minimale ou fixe » ce qui permet qu'elle puisse « être rendue dès que le détenu a purgé la période minimale requise »[61].

Les SMC doivent également proposer la réalisation de tâches « constructives », qui « ne doivent pas être dépourvues d'intérêt, mais être socialement utiles et signifiantes, et doivent permettre [aux condamnés] de développer autant que possible leurs aptitudes »[62]. Il faut donc des « tâches propices au développement des compétences et à l'insertion sociale des auteurs d'infraction »[63]. C'est ce qui est explicitement attendu du travail d'intérêt général.

Enfin, les SMC contribuent à la réinsertion par le « suivi » du condamné. C'est ce qui est explicitement prévu en matière de probation[64]. Le suivi doit reposer sur une « déclaration de principes qui en décrive la fonction, les objectifs et les valeurs fondamentales » et qui doit elle-même lister les « programmes favorisant la réinsertion des délinquants »[65]. Les « programmes et interventions » liés au suivi doivent, par l'intermédiaire de « formations », de « dispositifs de soins »[66] et de « méthodes cognitivo-comportementales »[67] agir principalement sur quatre domaines. Il s'agit des « compétences de base » (lecture, écriture, comportements prosociaux, relations personnelles et familiales…), de la « situation au regard du niveau d'instruction ou de l'emploi », de la « dépendance (…) aux drogues, à l'alcool ou aux médicaments » et de l'« adaptation à la vie en société »[68].

C. Tension avec l'exigence du contrôle

L'objectif de réinsertion et la notion de suivi du condamné peuvent entrer en conflit avec l'exigence de SMC « contrôlées » (*cf. supra*). L'ambivalence du Conseil de l'Europe entre l'objectif de réinsertion et l'exigence du contrôle est particulièrement manifeste dans le passage suivant : dans le cadre de la surveillance électronique, « il convient de tenir compte de l'intérêt d'une réponse *humaine* ou d'une réponse *automatique* aux données collectées par le centre de contrôle, en tenant compte des avantages de chacune de ces deux solutions »[69]. L'expression « *réintégration planifiée* du

[59] Rec (2003) 22, préambule et règles 4a et 13 ; R (99) 22, règle 9.
[60] R (82) 16, règle 3.
[61] Rec (2003) 22, règles 12 et 17.
[62] Cette exigence va également favoriser la coopération attendue du délinquant (*cf. infra*).
[63] R (92) 16, règle 67 ; CM/Rec (2010) 1, règles 47 et 76 ; CM/Rec (2010) 1, règle 47.
[64] CM/Rec (2010) 1, règle 55.
[65] Rec (2000) 22, règle 11 ; Rec (2003) 22, règles 8 et 13.
[66] CM/Rec (2010) 1, règle 55.
[67] Rec (2000) 22, règles 21 et 23 ; CM/Rec (2014) 3, règles 26 à 33.
[68] Rec (2000) 22, règles 21 et 23.
[69] CM/Rec (2014) 4, règle 36, nous soulignons.

délinquant dans la communauté »[70] illustre également cette articulation entre les deux idées. Le Conseil de l'Europe cherche à atteindre un équilibre dans le domaine.

Il se montre parfois explicitement attentif au risque d'élargissement du filet pénal lié aux SMC. Ainsi, il prévient que l'utilisation de la surveillance électronique lors de la phase préalable au procès ne doit pas être « élargie abusivement »[71]. Il est à noter que le risque d'élargissement du filet pénal est parfois lié à l'objectif de réinsertion lui-même (et au suivi) et non à l'exigence de contrôle : ainsi, même lorsque « les obligations postérieures à la libération sont levées, les services de probation devraient pouvoir continuer (…) à offrir une aide à la réadaptation aux anciens délinquants qui le demandent pour les aider à poursuivre leur vie dans le respect des lois »[72].

L'objectif de réinsertion fait que le « suivi ne doit pas être considéré comme un simple contrôle » mais il doit permettre de « conseiller », d'« aider » et d'« accompagner » et ainsi d'établir « des relations positives avec les auteurs d'infraction »[73]. Cette mise en garde concerne toutes les SMC[74] mais elle résonne d'une manière particulière pour la surveillance électronique : celle-ci ne doit pas « *compromettre ou remplacer* l'instauration de relations professionnelles constructives », mais elle doit être une mesure « *en complément* des moyens existants de prise en charge (…) sur les plans social et psychologique » ; les mesures de surveillance électronique imposant « de ne pas sortir de son lieu d'habitation doivent être évitées autant que possible »[75].

De plus, afin de ne pas compromettre la réinsertion, les modalités du contrôle doivent présenter certaines limites et doivent pouvoir faire l'objet d'aménagements (*cf. infra*). Les modalités de contrôle ne doivent pas aggraver le « caractère afflictif »[76] des SMC. Elles doivent se limiter à ce qui est « nécessair[e] à une stricte exécution de la sanction »[77]. Ainsi, l'autorité chargée de l'exécution ne peut « imposer au délinquant des exigences plus grandes que celles » prévues par l'autorité de décision[78]. L'objectif de réinsertion devrait permettre de « mettre fin avant terme » à la SMC lorsqu'il est « établi que le délinquant a respecté les conditions et obligations fixées »[79]. Selon un « principe d'intervention minimale »[80], les conditions et obligations peuvent être modifiées par l'autorité de décision et ce, « en fonction des progrès accomplis par le délinquant »[81].

Enfin, l'objectif de réinsertion implique certaines limites aux sanctions des comportements problématiques repérés par le dispositif de contrôle. Nous avons déjà présenté

---

70 R (99) 22, règle 24, nous soulignons.
71 CM/Rec (2014) 4, règle 3.
72 CM/Rec (2010) 1, règle 62.
73 CM/Rec (2010) 1, préambule, règles 1 et 55 ; Rec (2003) 22, préambule. Il s'agit également de prévoir soutien, conseil et information « aux familles des auteurs d'infraction (CM/Rec (2010) 1, règle 56).
74 Ainsi, la libération conditionnelle est présentée comme une « prise en charge sous la forme de mesures d'assistance et de contrôle » (Rec (2003) 22, règle 9).
75 CM/Rec (2014) 4, point I, nous soulignons, règles 8, 21 et 39. L'utilisation d'un bracelet électronique ne peut se concevoir isolément mais doit « être complétée par des interventions conçues pour mener à la réintégration sociale et aider le désistement » (CM/Rec (2010) 1, règle 57).
76 R (92) 16, règles 27.
77 R (92) 16, règles 24 et 74.
78 R (92) 16, règle 73 ; CM/Rec (2010) 1, règle 5 ; CM/Rec (2014) 4, règle 5.
79 R (92) 16, règle 88.
80 R (92) 16, règles 74 et 88.
81 R (92) 16, règle 87 ; CM/Rec (2010) 1, règle 81 ; Rec (2003) 22, règle 9.

les règles proposées par le Conseil de l'Europe en cas de non-respect des conditions de la SMC (*cf. supra*).

D. Remise en question ?

Dans les dernières Recommandations, il y aurait une remise en cause partielle du caractère prioritaire de l'objectif de réinsertion. Progressivement et sans que ne disparaisse un discours sur la « crédibilité » des SMC au niveau de la réinsertion, on voit apparaître un discours sur « l'efficacité » des SMC au niveau de la sécurité[82]. Cet objectif de réinsertion se verrait colonisé par des soucis sécuritaires à deux niveaux. Les SMC doivent être efficaces au niveau de la sécurité de la société et au niveau de la sécurité du système pénal lui-même.

D'une part, les Recommandations récentes vont plus régulièrement rappeler que les SMC ont pour but de « protéger la société », de contribuer à la « sécurité collective » et de « réduire le risque de récidive »[83]. La recherche de mesures protégeant efficacement la sécurité de la société va justifier la création de « surveillances préventives »[84], de « surveillances intensives »[85] et de surveillances pour une durée « indéterminée » et « à vie »[86]. La sécurité de la société est recherchée « passivement » par un contrôle des conditions des SMC. Une telle recherche « efficace » minimise l'intérêt de limiter les effets négatifs du contrôle (*cf. supra*). Cette sécurité est également recherchée « activement » (en lien avec le « What Works movement ») par la mise en place de « programmes » et « interventions » qui se greffent aux SMC[87]. Ces « programmes » et « interventions » se basent prioritairement sur des « méthodes cognitivo-comportementales »[88]. Après « évaluation des risques », ils vont être affectés à certaines « catégories de délinquants »[89] en fonction de leur « dangerosité »[90] et de leur « capacité de réaction (…) à l'intervention »[91]. Une telle conceptualisation de l'infracteur comme « anthropologiquement »[92] différent de la population générale est une condition (d'ordre épistémologique) qui décrédibilise l'objectif de réinsertion. Cette colonisa-

---

82 CM/Rec (2014) 4, préambule.

83 CM/Rec (2010) 1, préambule et règles 1, 11, 12 et 49 ; CM/Rec (2014) 3 ; Rec (2003) 22, préambule, règles 3, 8 et 11 ; CM/Rec (2014) 4, point II.

84 CM/Rec (2014) 3, règles 1, 7, 8 et 23 à 25.

85 CM/Rec (2014) 4, point II ; Rec (2003) 22, règle 9 ; Rec (2000) 22, règle 1 ; R (99) 22, règles 15 et 17.

86 CM/Rec (2014) 3, règle 25 ; Rec (2003) 22, règle 11 ; R (92) 16, règle 5 modifiée par la Rec (2000) 22. La version initiale de la règle 5 de la R (92) 16 prévoyait qu'une SMC ne puisse pas avoir une durée indéterminée. Cette règle a été modifiée en 2000 pour permettre « à titre exceptionnel » une sanction à durée indéterminée si les délinquants (en raison de la gravité des faits et de leurs caractéristiques personnelles) « représentent manifestement une menace constante et sérieuse pour la vie, la santé ou la sécurité des membres de la communauté » (Rec (2000) 22, annexe 1). Certes cette « indétermination » doit faire « l'objet d'un réexamen régulier par un organe indépendant du pouvoir exécutif et habilité à cet effet par la loi » (Rec (2000) 22, Annexe 1). En 2003, pour la libération conditionnelle, la justification d'une mesure indéterminée s'assoupli, il est question de « nécessité absolue [pour] la protection de la société » (Rec (2003) 22, règle 11) sans qu'on ne fasse plus référence au caractère « exceptionnel » de la situation. Finalement, en 2014, il est prévu, en plus des surveillances à durée indéterminée, des surveillances « à vie » (CM/Rec (2014) 3, règle 25).

87 Rec (2003) 22, règles 8 et 13.

88 Rec (2000) 22, règle 12 ; CM/Rec (2014) 3, règles 26 à 33.

89 Rec (2000) 22, règle 1. L'usage d'une telle expression renvoie à l'idée que les délinquants sont une population à risque qu'il faut contrôler. Au sein de cette population, il existe des sous-populations particulièrement problématiques qui supposent des mesures adaptées à leurs profils de risque spécifique. Cela modifie le sens de la notion d'individualisation (*cf. infra*).

90 Rec (2000) 22, règle 22 ; CM/Rec (2014) 3, règle 11.

91 Rec (2000) 22, règle 22.

92 P. Pasquino, « Naissance d'un savoir spécial : la criminologie. », *Sociétés et Représentations. Michel Foucault, Surveiller et punir : la prison vingt ans après,* Paris, CREDHESS, 1996, p. 173 à 186 ; T. Slingeneyer, *Gouvernementalité*

tion sécuritaire se traduit par une conception étroite de la réinsertion qui se limite à la réduction du « risque criminogène »[93], voire même, elle ferait passer la réinsertion du statut de fin à celui de moyen[94].

D'autre part, les Recommandations récentes vont également indiquer que les SMC doivent contribuer « à la bonne administration de la justice »[95]. Le discours sur « l'efficacité » des SMC concerne également le fonctionnement du système pénal lui-même. Il y a une « internalisation » des fins, une managérialisation qui fait du fonctionnement du système lui-même une fin en soi. Ainsi, le surpeuplement n'est plus vu uniquement comme problématique pour les détenus (pour le respect de leurs droits), mais également comme problématique pour la « gestion efficace des établissements pénitentiaires [par le] système de justice pénale dans son ensemble »[96]. L'annexe I de la CM/Rec (2010) 1 commence par l'affirmation que les « présentes règles (…) doivent guider la création et le *bon fonctionnement* des *services* de probation » (nous soulignons). La sécurité du système pénal passe par des exigences de « coopération » entre les services[97] et des exigences en termes d'« accountability » : l'agent de probation « doit rendre compte de ses actes »[98], il soumet « des rapports et des comptes rendus sur l'ensemble de [son] action »[99]. Le « *nombre de dossiers* que chaque agent a à traiter doit lui permettre de surveiller, guider et assister efficacement les auteurs d'infraction »[100]. Les « dossiers individuels » ne sont plus perçus uniquement comme un outil de réinsertion via une individualisation (*cf. infra*) mais sont également « un moyen important de garantir la responsabilité de tous les intervenants »[101].

IV. Respect des droits fondamentaux

Le Conseil de l'Europe est soucieux des risques que peuvent faire courir les SMC aux droits fondamentaux des individus[102]. Il affirme à de nombreuses reprises un principe général selon lequel les SMC « doivent être en accord avec tous les droits humains du délinquant garantis sur le plan international »[103].

Les SMC doivent respecter un principe de non-discrimination[104]. Il ne peut y avoir de différences dans l'imposition et l'exécution des SMC pour des raisons de race, de couleur, d'origine ethnique, de nationalité, d'appartenance à une minorité nationale, de langue, de sexe, d'orientation sexuelle, de religion, d'opinion, de situation éco-

---

et libération conditionnelle. Les pratiques décisionnelles sous l'ère des commissions belges de libération conditionnelle, Saarbrücken, PAF, 2014.

93 CM/Rec (2014) 4, règle 8.

94 On repère (heureusement) dans certaines Recommandations des résistances à cette colonisation sécuritaire. Ainsi, « l'absence de possibilité d'emploi » et « le fait de ne pas disposer d'un logement permanent » ne devraient pas être « un motif de refus ou de report de la libération conditionnelle » (Rec (2003) 22, règle 19). De même, c'est « aux autorités de démontrer qu'un détenu n'a pas rempli les critères » d'octroi de la libération conditionnelle (Rec (2003) 22, règle 20).

95 CM/Rec (2010) 1, règle 1.

96 CM/Rec (2014) 4, préambule.

97 CM/Rec (2010) 1, règles 37 et 39 ; R (97) 12, annexe I, règles 36 et 48.

98 CM/Rec (2010) 1, règle 30 ; CM/Rec (2010) 1, règle 80.

99 CM/Rec (2010) 1, règle 36.

100 CM/Rec (2010) 1, règle 29, nous soulignons.

101 CM/Rec (2010) 1, règle 90.

102 R (92) 16, préambule, point b.

103 Entre autres : R (92) 16, règle 22 ; R (97) 12, préambule.

104 R (92) 16, règle 20.

nomique[105] et sociale, de condition physique et mentale[106]. Ainsi, la probation doit être accessible « aux auteurs d'infraction de nationalité étrangère »[107]. Ce principe de non-discrimination n'empêche cependant pas que la « dangerosité » (*cf. supra*) soit considérée comme un outil pertinent de distinction[108].

L'exécution des SMC doit respecter le droit à l'intégrité physique et mentale[109]. Il convient de respecter la « santé », l'« hygiène », la « sécurité » et le « bien-être » des auteurs d'infractions[110]. En ce qui concerne la surveillance électronique, l'équipement nécessaire « ne peut (…) être utilisé pour causer des souffrances ou des dommages physiques ou psychologiques intentionnels »[111].

Le droit à la dignité du délinquant et de sa famille est très régulièrement rappelé dans les Recommandations[112]. Ainsi, il faut éviter de « stigmatiser les auteurs d'infraction »[113]. Le Conseil de l'Europe attend des États qu'ils apportent des garanties pour protéger le condamné « de toute insulte »[114].

Le droit à la vie privée du délinquant et de sa famille doit être respecté[115]. Le Conseil de l'Europe attend des États qu'ils apportent des garanties pour protéger le condamné « de curiosité ou publicité inopportunes »[116]. Le respect de la vie privée suppose que les intervenants soient liés par un « secret professionnel »[117]. Ainsi, la médiation devrait se dérouler « à huis clos »[118] et le médiateur ne doit pas « révéler la teneur des séances de médiation » aux autorités judiciaires[119]. L'accès, le contenu, l'archivage et la destruction du « dossier individuel » créé lors de l'exécution de la SMC font l'objet de règles précises[120]. Ainsi, ce dossier individuel ne peut contenir que les informations utiles à l'exécution de la SMC[121]. En plus des données contenues dans le dossier individuel, il s'agit de protéger celles contenues dans des bases données générales[122]. Ainsi, le « traitement et la mise en commun des données collectées » doivent être réglementés[123].

Le Conseil de l'Europe n'oublie pas le droit à la vie privée de « tierces personnes ». En effet, il faut faire en sorte que l'accès au dossier par l'auteur d'infraction se fasse sans porter « atteinte au droit à la vie privée de tierces personnes »[124].

---

105 Certaines Recommandations évoquent le critère de la « fortune » (CM/Rec (2014) 4, règle 7).
106 R (92) 16, règle 20 ; CM/Rec (2010) 1, règle 4 ; R (97) 12, annexe II, règle 14 ; CM/Rec (2014) 4, règle 7.
107 CM/Rec (2010) 1, règle 63.
108 CM/Rec (2014) 3 ; Rec (2000) 22, règle 22.
109 R (92) 16, règle 26 ; R (97) 12, annexe II, règle 13.
110 CM/Rec (2010) 1, règles 2 et 51.
111 CM/Rec (2014) 4, règle 27.
112 R (92) 16, règle 23 ; CM/Rec (2010) 1, règle 7 ; R (97) 12, annexe II, règle 11 ; R (99) 19, règle 26 ; CM/Rec (2010) 1, règle 2.
113 CM/Rec (2010) 1, règle 47.
114 R (92) 16, règle 23.
115 R (92) 16, règles 23 et 66 ; CM/Rec (2014) 4, préambule, règles 6 et 28.
116 R (92) 16, règle 23.
117 CM/Rec (2010) 1, règles 41 et 89.
118 R (99) 19, règle 29.
119 R (99) 19, règle 32.
120 R (92) 16, règles 61, 64 et 65 ; CM/Rec (2010) 1, règle 92.
121 R (92) 16, règle 61.
122 CM/Rec (2010) 1, règles 41 et 89.
123 CM/Rec (2014) 4, règles 12 et 29.
124 CM/Rec (2010) 1, règle 92.

Un principe de restriction minimale des droits civils et politiques lors de l'exécution des SMC est affirmé[125]. La portée pratique de cette affirmation est faible puisqu'aucune règle particulière ne précise la manière de l'opérationnaliser.

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, les droits de la défense et le respect de la présomption d'innocence sont susceptibles d'être menacés par l'exécution des SMC, et en particulier par la médiation. Ainsi, après l'échec d'une médiation, la décision des autorités judiciaires « sur la démarche à adopter devrait être prise sans délai »[126]. De même, les « accords de médiation (…) devraient interdire les poursuites pour les mêmes faits »[127] (principe du *ne bis in idem*). Enfin, la « participation à la médiation ne doit pas être utilisée comme preuve d'admission de culpabilité dans des procédures judiciaires ultérieures »[128]. En effet, les « discussions relevant de la médiation sont confidentielles et ne peuvent être utilisées ultérieurement »[129].

Le droit à la protection sociale ne doit pas être limité par l'octroi de la SMC[130].

V. Garanties juridiques

Le Conseil de l'Europe est attentif à ce que les « garanties légales fondamentales telles qu'elles figurent dans la « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » soient rencontrées[131]. Nous évoquerons successivement les principes de légalité (A), de proportionnalité (B), de judiciarisation (C) et d'individualisation (D).

A. Légalité

Le principe de légalité est un principe qui est très fréquemment rappelé dans le Conseil de l'Europe. Dans les Recommandations, l'expression « dispositions légales » vise non seulement la « loi votée par le parlement », mais aussi les actes normatifs « pris et publiés par le gouvernement pour l'application de la loi »[132]. Les Recommandations ne traitent pas directement la question de l'application dans le temps de ces dispositions légales.

Cette exigence de légalité concerne à la fois les SMC elles-mêmes mais aussi les autorités concernées par ces sanctions et mesures.

En ce qui concerne les SMC, ce sont l'existence même[133], les conditions d'accès[134], la durée[135], les conditions et les obligations à respecter[136] et les conséquences en cas

[125] R (92) 16, règle 21.
[126] R (99) 19, règle 18.
[127] R (99) 19, règle 17.
[128] R (99) 19, règle 13.
[129] R (99) 19, règle 2.
[130] R (92) 16, règles 28 et 68.
[131] Entre autres : Rec (2000) 22, préambule ; R (99) 19, préambule.
[132] R (92) 16, glossaire, point 2.
[133] R (92) 16, règle 3, CM/Rec (2010) 1, préambule.
[134] Rec (2003) 22, règles 5, 16, 22 et 23. Le Conseil de l'Europe estime que les détenus devraient pouvoir connaître le moment où la libération conditionnelle pourrait être octroyée (conditions de temps) et ce, « au commencement de l'exécution de la peine » (Rec (2003) 22, règle 5).
[135] R (92) 16, règle 5 ; Rec (2000) 22 ; CM/Rec (2014) 4, règle 1.
[136] R (92) 16, règle 4.

de non-respect de ces conditions et obligations[137] qui doivent être prévues par des dispositions légales.

En ce qui concerne les autorités concernées, ce sont l'existence et les pouvoirs de l'autorité de décision[138], l'existence, les pouvoirs et le contrôle externe des autorités chargées de la mise à exécution de la SMC[139] et les modalités de la participation de la communauté (*cf. infra*) à l'exécution de la SMC[140] qui doivent être prévues par des dispositions légales.

Le principe de légalité ne fait pas obstacle à ce que les activités des services chargés de l'application des SMC soient inscrites dans des « politiques, pratiques et instructions ». Mais on s'attend à ce que le personnel respecte ces instruments pour autant qu'elles ne soient « pas *manifestement* en conflit avec les instruments juridiques »[141]. La formule (utilisant l'adverbe « manifestement ») laisse sceptique[142].

B. Proportionnalité

L'exigence de proportionnalité est évoquée de plusieurs manières par le Conseil de l'Europe, et ce tant à propos de l'accès qu'à propos de l'exécution des SMC.

L'accès à la SMC ne doit pas être disproportionné par rapport à la durée de l'incarcération. Ainsi, il faut éviter que la période d'incarcération requise pour avoir accès à la libération conditionnelle soit « si longue que l'objectif de la libération conditionnelle [ne puisse] être atteint »[143].

Le Conseil de l'Europe impose que la nature (ex. : type de conditions imposées) et la durée de la SMC soient « proportionnées à la gravité de l'infraction »[144]. Ainsi, la « durée et [le] degré d'intrusion » de la surveillance électronique « doivent être proportionnés (…) à la gravité de l'infraction »[145].

La durée de la SMC « ne doit pas être disproportionnée par rapport à [la durée] de la peine restant à purger ». Cette exigence est spécifiquement prévue pour la libération conditionnelle[146] et la surveillance électronique[147]. Inversement, la peine à prononcer

[137] R (92) 16, règles 4 et 9.
[138] R (92) 16, Glossaire, point 4 ; Rec (2003) 22, règle 32.
[139] R (92) 16, règles 7, 8 et 11 ; CM/Rec (2010) 1, préambule.
[140] R (92) 16, règle 48 ; CM/Rec (2010) 1, règle 8.
[141] R (97) 12, annexe II, règle 1, nous soulignons.
[142] Les SMC ont parfois été critiquées en ce qu'elles conduisent à un élargissement du filet pénal et plus généralement qu'elles diffusent au sein de la société la logique disciplinaire de la prison (M. Foucault, « La vérité et les formes juridiques », *Dits et Ecrits I, 1954-1975*, Paris, Gallimard, éd. 2001, n°139, p. 1406 à 1514.). En étant optimiste, on peut espérer que le Conseil de l'Europe, en encadrant légalement les SMC, permette d'éviter cette contagion disciplinaire. En étant pessimiste, on peut craindre que la logique disciplinaire soit validée par cette mise en forme légale. La légalisation récente (via les Rec (2000) 22, CM/Rec (2014) 3 et CM CM/Rec (2014) 4) de mesures comme les « surveillances intensives », les « surveillances préventives » et les surveillances pour une « durée indéterminée » tend à privilégier le second scénario.
[143] Rec (2003) 22, règle 6.
[144] R (92) 16, règle 6 ; CM/Rec (2010) 1, règles 5 et 58.
[145] CM/Rec (2014) 4, règles 4 et 16.
[146] Rec (2003) 22, règle 10.
[147] CM/Rec (2014) 4, règle 24.

devrait être proportionnée à la nature et à la durée des mesures alternatives à la détention provisoire déjà octroyées[148].

La SMC ne doit pas constituer une atteinte disproportionnée aux droits ou aux intérêts du délinquant. Il faut éviter que la SMC soit un « obstacl[e] disproportionn[é] à la réinsertion sociale »[149] ou « empêch[e] une qualité de vie correcte dans la communauté »[150]. Les activités de contrôle doivent être « proportionnées à [la] sanction ou mesure et limitées aux buts qui lui sont assignés »[151]. Les interventions dans le cadre du suivi du délinquant doivent être « constructives et proportionnelles à la sanction ou mesure imposée »[152]. Ainsi, les technologies de surveillance électronique doivent « être utilisées de manière dûment (…) proportionnée afin de réduire leurs éventuelles répercussions négatives sur la vie privée et familiale »[153]. On retrouve ici le délicat équilibre à atteindre entre l'objectif de réinsertion et l'exigence de contrôle (*cf. supra*).

En principe, les frais liés à l'exécution de la SMC ne devraient pas être mis à la charge du délinquant[154]. Le Conseil de l'Europe semble avoir récemment réduit la force de ce principe puisqu'il permet que « les prévenus ou les auteurs d'infraction [puissent participer] aux frais de fonctionnement du dispositif de surveillance électronique ». La principale protection du délinquant se limitant alors au fait que sa contribution soit « proportionnée à [sa] situation financière »[155].

Les conséquences d'un manquement doivent être proportionnées à la gravité de ce manquement et tenir compte « des circonstances du non-respect de ces obligations[156]. Le Conseil de l'Europe distingue les conséquences d'un manquement « mineur » de celles d'un manquement « significatif » ou « grave »[157]. Les « manquements mineurs aux instructions prises par l'autorité d'exécution ou aux conditions ou obligations »[158] ne devraient pas entraîner une révocation de la SMC. Même un manquement grave ne devrait pas systématiquement entrainer une révocation. On peut dans ce cas envisager « de nouveaux conseils, un (…) avertissement, des conditions plus strictes ou une révocation temporaire »[159].

L'exigence de proportionnalité est parfois difficile à cerner en ce que la règle qui la prévoit ne précise pas par rapport à quel élément il s'agit d'être proportionné. Ainsi, les accords de médiation « ne devraient contenir que des obligations raisonnables et

[148] Le Conseil de l'Europe n'utilise pas expressément le principe de proportionnalité mais il précise quand même que la « nature et la durée des mesures alternatives à la détention provisoire (…) pourraient également être prises en considération dans la fixation de la peine » (Rec (2006) 13, règle 33).
[149] CM/Rec (2012) 12, règle 14.3.
[150] CM/Rec (2014) 4, règle 19.
[151] R (92) 16, règle 74.
[152] CM/Rec (2000) 1, règle 76.
[153] CM/Rec (2014) 4, préambule et point I.
[154] R (92) 16, règle 69.
[155] CM/Rec (2014) 4, règle 11.
[156] CM/Rec (2010) 1, règle 87.
[157] R (92) 16, règles 78 et 80 ; Rec (2003) 22, règle 30.
[158] R (92) 16, règle 78. Cette formule est étonnante. S'il est logique d'évoquer les manquements aux « conditions et obligations », il est problématique d'évoquer les manquements aux « instructions prises par l'autorité d'exécution ». En effet, cette hypothèse peut entraîner le non-respect de la règle 73 de la R (92) 16 qui veut que les instructions de l'autorité d'exécution n'imposent pas au délinquant des exigences plus grandes que celles prévues par l'autorité de décision (*cf. infra*).
[159] Rec (2003) 22, règle 30.

proportionnées »[160]. Il se peut que cette règle mobilise l'acception, quelque peu vieillie, renvoyant à quelque chose de « beau », d'« harmonieux », ce qui aurait du sens en matière de médiation.

C. Judiciarisation

Le Conseil de l'Europe prévoit l'intervention d'une autorité judiciaire pour la décision d'octroi des SMC[161]. Cette intervention de l'autorité judiciaire est même prévue en cas de médiation[162]. La judiciarisation s'accompagne de certaines garanties : les décisions doivent être motivées[163], les condamnés doivent avoir un « accès adéquat à leur dossier »[164], ils peuvent « être entendus en personne [ou être] assistés »[165], ils peuvent exercer un recours contre la décision et être assistés pour un tel recours[166].

Des garanties similaires sont prévues en ce qui concerne l'exécution de la SMC. Ainsi, il faut l'intervention d'une autorité judiciaire pour la décision de révocation de la SMC[167]. Si une procédure de révocation est engagée, le délinquant pourra « examiner les documents sur lesquels se fonde la demande » et « faire connaître ses observations »[168]. Il a le droit de faire des observations qui devront figurer dans son « dossier individuel »[169].

Dans des Recommandations plus récentes, le Conseil de l'Europe se montre moins exigeant puisqu'il prévoit que des « sanctions [puissent être] décidées par une autorité judiciaire *ou* administrative »[170]. Cet affaiblissement est confirmé à propos des décisions relatives à la surveillance électronique qui « doivent être prises par un juge *ou* pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel »[171].

D. Individualisation

Nous aborderons les critères, les outils et les justifications de l'individualisation.

Le Conseil de l'Europe indique qu'il faut « tenir compte de [la] situation personnelle [de l'infracteur] » dans l'imposition du type et de la durée de la SMC[172]. Ainsi, « la

---

160 R (99) 19, règle 31.
161 R (92) 16, règle 12 et glossaire, point 4 ; Rec (2006) 13, préambule, règles 13 et 16.
162 R (99) 19, règle 9. À propos de la médiation, le Conseil de l'Europe se montre attentif à concilier les avantages liés à la justice négociée et ceux liées à la judiciarisation. Après avoir affirmé qu'il convient de promouvoir la médiation « à toutes les phases de la procédure de la justice pénale » (R (99) 19, règle 4) et qu'il faut donner une « autonomie suffisante [aux] services de médiation (…) dans le cadre du système de justice pénale » (R (99) 19, règles 5 et 20), le Conseil de l'Europe précise que la médiation doit être « assortie de garanties fondamentales » : « droit à l'aide judiciaire, assistance d'un « service de traduction/interprétation » (R (99) 19, règle 8) et les services de médiation « placés sous la surveillance d'un organe compétent » (R (99) 19, règle 21).
163 Rec (2003) 22, règle 32.
164 Rec (2003) 22, règle 32 ; CM/Rec (2010) 1, règle 92.
165 Rec (2003) 22, règle 32.
166 R (92) 16, règles 13 à 19 ; Rec (2003) 22, règles 33 et 34 ; Rec (2006) 13, règle 18 ; CM/Rec (2010) 1, règles 14, 99 et 100.
167 R (92) 16, règles 12, 82 et glossaire, point 4 ; R (92) 17, règle B8.
168 R (92) 16, règle 83.
169 R (92) 16, règles 58, 59 et 79.
170 CM/Rec (2010) 1, préambule, nous soulignons.
171 CM/Rec (2014) 4, règle 2, nous soulignons.
172 R (92) 16, règle 6 ; Rec (2003) 22, préambule et 9 ; CM/Rec (2014) 4, règle 4.

nature, la durée et l'intensité » de la libération conditionnelle « devraient être adaptées à chaque individu »[173] et elle devrait pouvoir faire l'objet d'« aménagements » en cours d'exécution[174]. En ce qui concerne la surveillance électronique, le niveau de surveillance technologique « ne doit pas être plus intrusif que nécessaire en fonction de chaque cas particulier »[175].

L'expression « situation personnelle » est régulièrement utilisée par le Conseil de l'Europe. Les Recommandations évoquent toute une série d'éléments « personnels » (ex. : l'âge) ou « pénaux » (ex. : le risque de récidive) pouvant opérationnaliser cette notion phare. Certains éléments peuvent jouer davantage « en faveur » de l'infracteur tandis que d'autres peuvent jouer davantage « en défaveur » de celui-ci.

Côté positif, les SMC seront adaptées en fonction de l'« âge »[176], du sexe[177], d'un « handicap » ou d'un « état de santé »[178], des « besoins individuels »[179] du délinquant, des « possibilités »[180] du délinquant, des « facteurs positifs »[181] de celui-ci, de l'« impact probable de la détention » sur la « personne du délinquant »[182], de la « réceptivité de l'auteur d'infraction [aux] interventions »[183], de ses « attaches sociales »[184], de ses « responsabilités sociales »[185] dont le fait d'avoir « la charge principale d'enfants en bas âge »[186] et de l'« impact [de la surveillance électronique] sur les droits et les intérêts de la famille et des tiers sur le lieu d'habitation »[187].

Côté négatif, les SMC seront adaptées en fonction du « niveau de risque »[188], de la « dangerosité »[189], de la « personnalité »[190], du « risque de fuite [et] d'entrave à la justice »[191], des « antécédents »[192] et de la « conduite (…) lors de procédures pénales antérieures »[193].

Un dernier élément, qui a dans la pratique des effets négatifs considérables, concerne la « situation socio-économique » de l'infracteur[194]. Le Conseil de l'Europe cherche à

[173] Rec (2003) 22, règle 9.
[174] Rec (2003) 22, règle 9.
[175] CM/Rec (2010) 1, règle 58.
[176] Rec (2006) 13, règle 9 ; CM/Rec (2014) 4, règle 26. Ainsi, les tâches à effectuer dans le cadre d'un travail d'intérêt général doivent être adaptées « pour les *jeunes adultes* et pour les *personnes âgées* » (CM/Rec (2010) 1, règle 51, nous soulignons). Dans le cadre de la médiation, il s'agit d'être attentif aux « disparités évidentes concernant (…) l'âge, la maturité ou la capacité intellectuelle des parties » (R (99) 19, règle 15).
[177] CM/Rec (2010) 1, règle 51. Ainsi, les tâches à effectuer dans le cadre d'un travail d'intérêt général doivent être adaptées « pour *les femmes* » (CM/Rec (2010) 1, règle 51, nous soulignons).
[178] CM/Rec (2014) 4, règle 26 ; CM/Rec (2010) 1, règle 51 ; Rec (2006) 13, règle 9.
[179] R (92) 16, règles 32 et 72 ; CM/Rec (2010) 1, règles 4, 54 et 66 ; CM/Rec (2010) 1, règles 4, 54, 61 et 66 ; CM/Rec (2014) 3, règles 3 et 9.
[180] R (92) 16, règle 32.
[181] CM/Rec (2010) 1, règle 66.
[182] R (92) 17, règle A8 ; CM/Rec (2010) 1, règle 35.
[183] CM/Rec (2010) 1, règle 66.
[184] Rec (2006) 13, règle 9.
[185] R (92) 16, règle 32.
[186] Rec (2006) 13, règle 10.
[187] CM/Rec (2014) 4, règles 6 et 21.
[188] CM/Rec (2014) 3, règles 4 et 29 ; CM/Rec (2010) 1, règle 66 ; CM/Rec (2010) 1, règle 5 ; CM/Rec (2014) 4, règle 16. Cet élément est principalement, mais pas uniquement, évoqué à propos des « délinquants dangereux » (CM/Rec (2014) 3).
[189] Rec (2000) 22, règle 22 ; CM/Rec (2014) 3, règle 11.
[190] Rec (2003) 22, règle 18 ; Rec (2006) 13, règle 9 ; CM/Rec (2014) 3, règle 5.
[191] CM/Rec (2014) 4, règle 16.
[192] Rec (2006) 13, règle 9.
[193] Rec (2006) 13, règle 9.
[194] Rec (2003) 22, règle 18.

contrecarrer cet effet négatif en affirmant que « l'absence de possibilité d'emploi » et « le fait de ne pas disposer d'un logement permanent » ne devraient pas être « un motif de refus ou de report de la libération conditionnelle »[195].

Les Recommandations du Conseil de l'Europe sont relativement précises quand il s'agit de présenter des outils permettant d'atteindre l'individualisation. Ainsi, il est question du « dossier individuel »[196], de « programmes individualisés/individuels »[197], de « conditions individualisées »[198], des « rapports présentenciels » et des « rapports consultatifs »[199] et de « comptes rendus – y compris du témoignage verbal – d'intervenants travaillant en milieu fermé connaissant bien le détenu et sa situation personnelle »[200].

De tels outils montrent que le principe de l'individualisation peut être relié à l'objectif de réinsertion (*cf. supra*) mais également à l'importance d'obtenir l'acceptation de l'infracteur à la SMC (*cf. infra*). En effet, une mesure individualisée aura une « plus grande signification » pour le délinquant et contribuera au « développement personnel et social » de celui-ci[201].

Dans les Recommandations plus récentes, des outils axés sur l'« évaluation du risque »[202] et sur la « gestion du risque »[203] deviennent centraux et modifient la conception de l'individualisation. De tels outils font que l'individualisation s'obtient par la « catégorisation », c.-à-d. par le classement de l'individu dans une sous-population et par la gestion identique des individus repris dans cette sous-population[204]. Ainsi, la Recommandation CM/Rec (2014) 3 prévoit une liste de conditions individualisées qui pourraient être imposées aux « délinquants dangereux » au moment de leur libération (règle 24). Cela produit la standardisation… des conditions individualisées.

Avec des outils d'individualisation de ce type, l'objectif de protection de la société est mis en avant. Ils témoignent de et contribue à renforcer la « colonisation sécuritaire » évoquée (*cf. supra*). Le « traitement » de l'infracteur est moins relié à l'objectif de réinsertion et est davantage conçu comme pouvant « réduire le risque représenté par la personne »[205].

Le principe d'individualisation, s'il est important, n'est néanmoins pas sans limites. Ainsi, l'individualisation ne doit pas entraîner des discriminations (*cf. supra*) : les

[195] Rec (2003) 22, règle 19.
[196] R (92) 16, règles 60 à 64 et 79 ; CM/Rec (2010) 1, règle 90.
[197] R (92) 16, règle 70 ; CM/Rec (2014) 3, règle 6.
[198] Rec (2003) 22, règles 1 et 8.
[199] CM/Rec (2010) 1, règles 42 à 46.
[200] Rec (2003) 22, règle 25. Cet outil fait du déroulement de l'incarcération un indicateur pertinent pour décider de l'octroi ou du refus de la libération conditionnelle. Ce raisonnement laisse sceptique.
[201] R (92) 16, règle 55 ; R (92) 17, règle A8.
[202] CM/Rec (2014) 4, règle 16 ; CM/Rec (2014) 3, règles 1c, 1d, 10, 11, 13, 16, 26 à 38, 42, 51 et 52 ; CM/Rec (2010) 1, règles 5 et 58 ; Rec (2003) 22, règle 37 ; R (99) 22, règle 22. Cette dernière Recommandation utilise même l'expression de « prévision du risque » (règle 22).
[203] CM/Rec (2014) 4, règles 1c, 6, 10, 22 et 39. Dans les Recommandations plus anciennes, la notion de « risque » était mobilisée d'une manière fort différente. Ainsi, il était question des « risques d'atteinte aux droits fondamentaux des délinquants (R (92) 16, préambule) ou encore des « risques indus de dommage physique ou mental » (R (92) 16, règle 26). On passe donc d'une situation dans laquelle le risque concernait les atteintes *aux* infracteurs à une situation dans laquelle le risque concerne les atteintes *par les* infracteurs.
[204] T. Slingeneyer, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs de la pénalité », *Champ pénal/Penal field*, vol. 4, https://champpenal.revues.org/.
[205] CM/Rec (2014) 3, règle 1f.

méthodes de travail sont « adaptées à chaque cas particulier (…) sans que s'en suivent des inégalités de traitement »[206]. De plus, le principe d'individualisation ne peut pas permettre que l'autorité chargée de l'exécution « impos[e] au délinquant des exigences plus grandes que celles » prévues par l'autorité de décision[207]. Enfin, même si l'« évaluation des risques » va progressivement prendre de l'importance pour le Conseil de l'Europe (*cf. supra*), l'ampleur de cette évaluation doit être « proportionnée à la gravité des conséquences éventuelles »[208].

VI. Une multitude d'acteurs concourant à la « crédibilité » des sanctions et mesures appliquées dans la communauté

Le souci du Conseil de l'Europe de promouvoir des SMC crédibles se traduit par une multitude de règles concernant quatre acteurs dont les rôles sont perçus comme essentiels : le personnel chargé de l'exécution de la sanction ou mesure (A), l'infracteur (B), les « communautés » (C) et les victimes (D).

A. Le personnel chargé de l'exécution

Les SMC s'accompagnant toujours de conditions, il est essentiel que le contrôle de ces conditions soit effectué par un personnel qualifié. Le rôle de ce personnel chargé de l'exécution des SMC est à ce point crucial pour le Conseil de l'Europe qu'une Recommandation (la R (97) 12) lui est spécifiquement consacrée. Il faut une « politique explicite du personnel (…) couvrant l'ensemble des questions régissant le recrutement, la sélection, la formation, le statut, les responsabilités de gestion, les conditions de travail et la mobilité du personnel »[209].

La crédibilité des SMC suppose que le personnel chargé de leur exécution soit en nombre suffisant[210] et dispose des ressources financières adéquates pour mener à bien les mesures[211]. Le Conseil de l'Europe se montre pragmatique en envisageant l'hypothèse d'une pénurie : « il est de la responsabilité de la direction de chercher des solutions et d'indiquer au personnel les tâches prioritaires »[212]. Pour exécuter valablement son travail, ce personnel doit disposer de ressources « informationnelles »[213]. Ainsi, il doit disposer d'outils permettant de constituer un « dossier individuel » et ce afin de centraliser les informations « objectives et détaillées » sur l'infracteur et le respect des conditions[214]. Il doit disposer également d'un « plan d'exécution » lui permettant, ainsi qu'aux « auteurs d'infraction d'évaluer les progrès réalisés »[215].

---

206 R (92) 16, règle 71.
207 R (92) 16, règle 73 ; CM/Rec (2010) 1, règle 5 ; CM/Rec (2014) 4, règle 5.
208 CM/Rec (2014) 3, règle 26. Cette règle présente une certaine ambiguïté en ce sens qu'elle ne précise pas si ces conséquences concernent la société (coût de l'évaluation, impact sur la sécurité) ou/et le délinquant (vie privée).
209 R (97) 12, règle 1.
210 R (97) 12, annexe I, règle 3 ; CM/Rec (2010) 1, règle 29 ; CM/Rec (2014) 4, règle 13.
211 R (92) 16, règles 42 et 43 ; Rec (2000) 22, règle 9 ; R (97) 12, annexe I, règle 1 ; CM/Rec (2010) 1, règles 10 et 18.
212 CM/Rec (2010) 1, règle 29.
213 CM/Rec (2010) 1, règle 60.
214 R (92) 16, règles 60 et 81.
215 CM/Rec (2010) 1, règles 72 et 81.

Pour mener à bien ses tâches, les membres du personnel doivent présenter de multiples qualités[216]. À cet égard, le Conseil de l'Europe se montre attentif aux procédures de recrutement qui doivent être « explicites, claires, (…) équitables et non discriminatoires »[217]. Il s'agit d'aboutir à un recrutement adéquat en terme de sexe et de minorités ethniques et ce pour répondre aux besoins des infracteurs[218].

Les membres du personnel doivent être des professionnels qualifiés et motivés[219]. Intègres[220], ils doivent avoir une « personnalité flexible et stable »[221]. Ils doivent être respectueux des règles déontologiques et éthiques[222] dans leurs relations avec les collègues[223], les médias[224] et les délinquants et leur famille (ex. : « respect de la valeur de chaque être humain », absence de provocation)[225]. Le respect de ces règles déontologiques et éthiques est présenté comme lié à l'exigence de crédibilité et d'efficacité des SMC[226] : « des normes éthiques et professionnelles doivent être établies concernant l'utilisation *efficace* de la surveillance électronique »[227]. Si la « pluridisciplinarité »[228], l'« imagination novatrice » et la « créativité professionnelle » sont valorisées, cela ne doit pas être au détriment d'une « approche unifiée » du travail[229]. La motivation du personnel peut être soutenue par des « consultation[s] collégiale[s] du personnel (…) sur des questions d'ordre général »[230] et par la prise en compte des « opinions professionnelles du personnel »[231].

Pour que les qualités du personnel ne s'émoussent pas, celui-ci doit bénéficier de formations[232]. Ces formations se déroulent en début de carrière mais aussi de manière continue[233]. Elles peuvent être obligatoires[234] et sanctionnées par une évaluation[235]. Pour des raisons « d'efficacité », elles pourront éventuellement être données par des « intervenants extérieurs »[236] et feront elles-mêmes l'objet d'une évaluation[237]. Les formations peuvent porter sur de nombreux points : sur les « problèmes de délinquance et [le] contexte social de celle-ci »[238], sur « l'observation et l'interprétation

[216] R (92) 16, règles 37 à 40 et 75 ; Rec (2000) 22, règles 10 et 20 ; R (97) 12, préambule et annexe I, règle 1.
[217] R (97) 12, annexe I, règles 5 et 8 ; CM/Rec (2010) 1, règle 21.
[218] R (97) 12, annexe I, règle 10.
[219] R (97) 12, annexe I, règles 3, 7, 20 et 35 ; CM/Rec (2010) 1, règle 22.
[220] CM/Rec (2010) 1, règle 22.
[221] R (97) 12, préambule et annexe I, règles 3 et 7.
[222] R (97) 12, annexe I, règle 39 ; CM/Rec (2010) 1, règles 13 et 26 ; CM/Rec (2014) 3, règle 12 ; CM/Rec (2014) 4, règle 13.
[223] R (97) 12, annexe II, règles 6 et 7.
[224] R (97) 12, annexe II, règle 10 ; CM/Rec (2010) 1, règle 31.
[225] R (97) 12, annexe II, règles 11, 15 et 19.
[226] R (97) 12, annexe II, règle 3.
[227] CM/Rec (2014) 4, préambule, nous soulignons et règle 9. Ce point illustre l'« internalisation » des fins (*cf. supra*) qui fait du fonctionnement du système lui-même une fin en soi.
[228] CM/Rec (2010) 1, règles 12 et 77.
[229] R (97) 12, préambule, annexe I, règle 38. Par exemple, ils ne doivent pas contredire un collègue devant un délinquant (R (97) 12, annexe II, règle 8).
[230] CM/Rec (2010) 1, règle 32.
[231] R (97) 12, annexe I, règle 37.
[232] CM/Rec (2010) 1, règle 23.
[233] R (97) 12, annexe I, règles 16 et 25 ; CM/Rec (2010) 1, règle 25.
[234] R (97) 12, annexe I, règle 20.
[235] R (97) 12, annexe I, règle 19 ; CM/Rec (2010) 1, règle 24.
[236] R (97) 12, annexe I, règles 18, 23, 27 et 31.
[237] R (97) 12, annexe I, règle 27.
[238] R (97) 12, annexe I, règle 16.

du comportement humain »[239], sur les techniques de médiation[240], sur la communication avec les infracteurs (ex. : avoir un langage accessible)[241], sur la « prise en charge des victimes »[242], sur la « question (…) des responsabilités »[243], sur les « instruments d'appréciation » du risque, leur « valeur potentielle et [leur] limite »[244], sur les « valeurs essentielles de la profession »[245], sur « l'organisation et [le] fonctionnement (…) des services »[246], sur la « coopération interservices »[247], sur la « protection des données »[248], sur les « exigences déontologiques »[249], sur les « besoins exprimés par le personnel » lui-même[250] et sur les « instruments internationaux pertinents »[251]. Ces formations permettront que les méthodes de travail soient actualisées et tiennent compte des développements de la recherche scientifique[252]. Les formations portent donc à la fois sur des éléments substantiels concernant l'infracteur et sa réinsertion et sur des éléments systémiques concernant le fonctionnement des services.

Pour que le personnel travaille dans de bonnes conditions et pour que les personnes compétentes soient attirées par la fonction, le Conseil de l'Europe se montre attentif à leur statut. Il faut un « statut en cohérence avec les fonctions essentielles »[253] afin de permettre le développement d'une « identité professionnelle »[254]. Attirer un « personnel efficace » suppose, entre autres, de bonnes « conditions de travail et de salaires », une « reconnaissance sociale »[255], la possibilité de « mobilité professionnelle »[256], et la possibilité de « promotion » en lien avec « la compétence »[257]. On retrouve, certes d'une manière quelque peu différente, la notion de « crédibilité » chère au Conseil de l'Europe. Ce Conseil se montre attentif aux difficultés qui peuvent surgir dans le cadre du travail du personnel chargé de l'exécution des SMC. Ainsi, un tel travail peut être vecteur de « stress » et il convient donc de prévoir un « soutien psychologique », des « sessions de *débriefing* »[258] et des « évaluations qualitatives et quantitatives de la charge de travail » pour renforcer « la motivation et l'équilibre mental du personnel »[259].

B. L'infracteur

La crédibilité d'une SMC suppose que l'infracteur consente, accepte et coopère à celle-ci.

---

239 R (97) 12, annexe I, règle 17.
240 R (99) 19, préambule et règles 20 à 24.
241 CM/Rec (2014) 4, règle 34.
242 CM/Rec (2014) 4, règle 35.
243 R (97) 12, annexe I, règle 26.
244 CM/Rec (2010) 1, règle 71 ; CM/Rec (2014) 3, règles 10, 12, 30 et 49.
245 R (97) 12, annexe I, règle 16.
246 R (97) 12, annexe I, règle 17.
247 CM/Rec (2014) 3, règle 50.
248 CM/Rec (2014) 4, règle 13.
249 R (92) 16, règle 39.
250 R (97) 12, annexe I, règle 21.
251 R (97) 12, annexe I, règle 14. On n'est jamais aussi bien servi que par soi-même.
252 R (97) 12, annexe I, règle 39 ; CM/Rec (2010) 1, règles 77 et 105.
253 R (97) 12, préambule et annexe I, règle 5 ; CM/Rec (2010) 1, règles 18 et 33.
254 R (97) 12, annexe I, règle 38.
255 R (97) 12, annexe I, règles 40 et 41 ; CM/Rec (2010) 1, règle 21.
256 R (97) 12, préambule et annexe I, règles 5 et 45.
257 R (97) 12, préambule et annexe I, règles 5 et 45.
258 R (97) 12, annexe I, règles 42 et 43.
259 Rec (2000) 22, règle 29.

Le Conseil de l'Europe insiste sur l'idée que la SMC « ne doit être imposée que si l'on est assuré » de la « volonté » du délinquant d'en respecter les conditions et obligations[260]. Cette règle présente une ambiguïté en ce qu'elle n'impose pas clairement d'obtenir le consentement formel du délinquant. Cette ambiguïté est liée à la formulation de deux règles de la R (92) 16 : d'une part, la règle 35 ne prévoit explicitement le recueil du consentement que pour les mesures avant le procès et ce en raison du principe de la présomption d'innocence[261], d'autre part, la règle 36 commence par la formulation « Lorsque le consentement du délinquant est requis (…) », ce qui laisse sous-entendre qu'il existe des situations où ce consentement n'est pas requis. L'ambiguïté liée à l'exigence d'un consentement formel semble même s'accroître avec le temps puisque les Recommandations plus récentes se montrent de moins en moins exigeantes. Ainsi, en 1999, à propos de la médiation pénale, le Conseil de l'Europe précise que celle-ci « ne devrait intervenir que si les parties y consentent librement » et que les parties devraient pouvoir « revenir sur ce consentement à tout moment au cours de la médiation »[262]. Onze ans plus tard, à propos de la probation, la formule évoque l'intérêt, « dans la mesure du possible », de rechercher « le consentement éclairé [des] auteurs d'infraction pour toutes les interventions qui le concernent »[263]. Finalement, en 2014, à propos de la surveillance électronique, l'exigence se dilue encore et le ton se veut même menaçant : le « consentement (…) peu[t] être recherch[é] », mais en cas de difficulté à cet égard « des sanctions dissuasives peuvent être prises »[264].

Au-delà de cette controverse sur l'exigence d'un consentement formel, le Conseil de l'Europe insiste sur l'intérêt de dépasser un simple consentement « passif » pour atteindre une véritable « acceptation » de la SMC par l'infracteur[265]. Cette acceptation doit se traduire par une « coopération » et une « participation (personnelle) active »[266].

Cette véritable acceptation suppose de l'information, des explications – dans une « langue » et un « langage » accessibles au condamné et le cas échéant par écrit[267] – sur le contenu de la SMC[268], sur les droits des infracteurs[269], sur les conditions et obligations à respecter[270] et sur les conséquences en cas de non-respect de ces conditions et obligations[271]. Ainsi, si le condamné « n'est pas capable de comprendre le sens de la procédure » de médiation, celle-ci ne devrait pas être poursuivie[272]. Les informations et explications prodiguées devraient permettre à l'infracteur de « comprendre la sanction comme une réaction équitable et raisonnable à l'infraction commise »[273].

---

260 R (92) 16, règle 31.
261 Cette justification se retrouve également dans la règle 7 de la CM/Rec (2010) 1.
262 R (99) 19, point I et règle 1.
263 CM/Rec (2010) 1, règle 6.
264 CM/Rec (2014) 4, règle 15.
265 CM/Rec (2010) 1, règles 78 et 85. La valeur du consentement à la SMC peut être questionnée quand l'alternative à la SMC (réelle ou supposée par le délinquant) est l'incarcération.
266 CM/Rec (2010) 1, règle 78 et 85 ; R (99), préambule et point I.
267 R (92) 16, règle 33 ; CM/Rec (2014) 4, règle 34.
268 R (92) 16, règle 76 ; Rec (2003) 22, règle 26.
269 R (92) 16, règle 57 ; R (97) 12, annexe II, règle 16 ; R (99) 19, règle 10 ; CM/Rec (2010) 1, règle 63.
270 R (92) 16, règle 33 ; Rec (2003) 22, règles 15 et 26 ; CM/Rec (2014) 4, règle 34.
271 R (92) 16, règle 76 ; Rec (2003) 22, règle 15 et CM/Rec (2010) 1, règle 86 ; CM/Rec (2014) 4, règle 34.
272 R (99) 19, règle 13.
273 R (92) 16, règle 34.

Au-delà des informations et explications reçues passivement, l'intériorisation par l'infracteur de la SMC comme réaction adéquate face à l'infraction, pourrait être facilitée si le contenu de la SMC était véritablement « négocié » avec celui-ci. Ainsi, il pourrait être intéressant que le « plan d'exécution [de la mesure probatoire soit] négocié et établi (…) en concertation avec l'auteur d'infraction »[274] ou encore que les infracteurs soient « consultés sur les types de travail qu'ils peuvent effectuer »[275] voire même qu'on recueille l'« avis de l'auteur d'infraction quant à la pertinence du suivi »[276].

Le Conseil de l'Europe a un discours qui fait des efforts pédagogiques une voie d'accès à la responsabilisation et à l'autodiscipline. L'infracteur doit faire un bon usage de sa liberté, il doit « choisir ce qui s'impose » pour sa réinsertion et pour la sécurité de la population.

C. Les « communautés »

L'acceptation des SMC par la « communauté »[277] renforce leur crédibilité. Derrière ce vocable large et flou de la « communauté », il nous semble qu'il existe une série de tiers, de groupes pour lesquelles le Conseil de l'Europe est soucieux d'obtenir l'acceptation voire l'implication dans les SMC : les autorités judiciaires, les responsables politiques, le grand public, les médias et la communauté scientifique.

Les « autorités judiciaires » sont des acteurs qu'il est important de « convaincre […] de l'utilité »[278] des SMC. Il faut « rassurer les juges et les procureurs [de] l'efficacité » de ces mesures[279]. Sans quoi, il faut craindre des « pratiques de prononcé des peines susceptibles de provoquer des effets pervers »[280]. Le Conseil de l'Europe vise ici le risque d'un élargissement du filet pénal lié à l'« anticipation » des SMC par ces acteurs (ex. : un juge qui prononce une peine privative de liberté plus longue en anticipant une libération conditionnelle). Un travail de lobbying est demandé aux responsables des SMC auprès des autorités judiciaires : les « services de probation doivent agir de façon à gagner la crédibilité des autres organes de justice »[281]. Les autorités judiciaires doivent recevoir des informations quant aux raisons de l'octroi d'une SMC[282], quant au suivi et aux résultats de ces mesures[283]. L'importance des « contacts », des « modalités de communication » et d'une « compréhension mutuelle » entre les autorités judiciaires et le personnel chargé de l'exécution des SMC est pointée par le Conseil de l'Europe[284]. Ainsi, ce personnel doit publier un « document de politique générale définissant les buts généraux, les principes, les valeurs et les méthodes du service »[285]. Comme il fallait donner de l'information à l'infracteur pour obtenir son consentement et son acceptation (*cf. supra*), il faut en faire de même avec les autorités judiciaires.

---

274 CM/Rec (2010) 1, règle 73.
275 CM/Rec (2010) 1, règle 52.
276 CM/Rec (2010) 1, règle 83.
277 R (92) 16, règles 44 à 54 ; Rec (2000) 22 ; R (99) 22, règle 22.
278 Rec (2000) 22, règle 9 ; R (99) 22, règles 3 et 25.
279 R (99) 22, règle 22.
280 R (99) 22, règle 19.
281 CM/Rec (2010) 1, règle 21.
282 Rec (2003) 22, préambule et règle 40. À cet égard, il semble que la libération conditionnelle demande le plus d'explications.
283 Rec (2000) 22, règle 7 ; Rec (2003) 22, règles 40 et 41 ; R (99) 19, règle 32.
284 Rec (2000) 22, règle 16 ; CM/Rec (2010) 1, règle 35 ; R (99) 19, règle 33.
285 R (97) 12, annexe I, règle 34.

Au-delà des informations reçues, la crédibilité des SMC passe par l'association des autorités judiciaires aux réformes politiques et pénales[286].

Les « responsables politiques » devraient se voir « expliquer l'intérêt économique et social » des SMC[287]. Ils ont « besoin d'explications précises quant aux raisons de l'aménagement des peines de prison »[288]. Cela passe par une « information équilibrée sur (…) l'efficacité » des SMC[289].

Le « grand public » doit connaitre, comprendre et avoir « confiance » dans les SMC[290]. L'amélioration de ces points (connaissance, compréhension, confiance et acceptation) par le grand public passe par « la plus large diffusion possible » de la R (92)[291] et par la publication régulière « des rapports » des activités des services chargés des SMC[292]. Ce travail de communication doit permettre de « générer la confiance [du public] »[293] et ainsi de « gagner la crédibilité (…) de la société civile »[294]. Pour éviter les effets contre-productifs de ce travail de communication, il convient en amont de procéder à une « analyse (…) sur les attitudes et préoccupations du public »[295]. Le Conseil de l'Europe est conscient de la fragilité de la confiance et de l'acceptation du grand public. Il évoque la situation d'un infracteur qui, bénéficiant d'une libération conditionnelle, commet une infraction, le tout relayé par les médias. Dans ce cas, il faut redoubler les « campagnes d'information » qui mettent « en valeur l'objectif de la libération conditionnelle et ses aspects positifs »[296]. Au sein de ce « grand public », le Conseil de l'Europe espère associer des « membres de la communauté à la prise en charge des délinquants »[297] afin de « permettre aux délinquants de développer des liens réels avec la communauté »[298]. Il espère pouvoir bénéficier de la collaboration d'« organismes non gouvernementaux (publics ou privés) », de « communautés locales », d'« associations de bénévoles » et de « personnes individuelles »[299]. Cependant, le recours à ces « organisations communautaires » ne doit pas remplacer les actions d'un personnel professionnel[300].

Les « médias » sont un des acteurs centraux pour atteindre « le grand public ». Il convient donc de développer le travail d'acceptation des SMC par une « politique de

[286] Rec (2000) 22, règle 7 ; R (99) 22, règle 19.
[287] Rec (2000) 22, règle 15 ; CM/Rec (2010) 1, règle 31.
[288] Rec (2003) 22, préambule.
[289] R (99) 22, préambule, nous soulignons. La raison d'être de cet « équilibre » n'est pas expliquée par le Conseil de l'Europe. Cela signifierait-il qu'une présentation limitée aux aspects positifs paraîtrait suspecte aux responsables politiques ? Cela signifierait-il aussi qu'il ne faille pas uniquement louer l'objectif de réinsertion mais également montrer que les SMC sont de véritables « peines » non dépourvues d'une certaine dose de « sévérité » ?
[290] CM/Rec (2010) 1, règles 108 et 106 ; CM/Rec (2014) 4, règle 39.
[291] Rec (2000) 22, règle 14.
[292] CM/Rec (2010) 1, règle 107.
[293] R (97) 12, annexe II, règle 9.
[294] CM/Rec (2010) 1, règle 21.
[295] R (99) 22, règle 5.
[296] Rec (2003) 22, règle 42.
[297] Rec (2000) 22, règle 17 ; CM/Rec (2010) 1, règle 12.
[298] R (92) 16, règle 46. N'est-ce pas étonnant que la Recommandation ne cite que le délinquant comme bénéficiaire de la participation de la communauté ; il est en effet évident que cette participation est utile à cette communauté et au système pénal lui-même.
[299] R (99) 19, préambule ; CM/Rec (2010) 1, règles 9, 12 et 34. L'appel aux bénévoles et aux organismes privés n'est pas sans rappeler le dispositif, datant du 19e siècle, du « patronage » (F. Tulkens et F. Digneffe (dir.), *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988.
[300] R (92) 16, règle 49 ; Rec (2003) 22.

relations publiques (…) à destination des médias »[301]. Les médias doivent eux-mêmes être informés « afin de mieux faire comprendre [le] rôle et [la] valeur [des SMC] pour la société »[302]. Les services chargés des SMC sont invités à « entretenir de bonnes relations de travail et de bons contacts avec (…) les médias et le grand public »[303].

Même si le rôle de la communauté scientifique semble moins direct que celui des médias, le Conseil de l'Europe espère que le travail de cette communauté puisse jouer un rôle dans l'acceptation des SMC par une série d'acteurs. Ainsi, il est demandé aux autorités chargées des SMC d'encourager la « recherche scientifique » en fournissant « les ressources nécessaires » [304] à cette dernière et en publiant régulièrement des « rapports »[305]. Le travail de la communauté scientifique est également d'une grande aide pour les services responsables des SMC eux-mêmes puisqu'il permet de développer des « instruments fiables d'évaluation des risques et des besoins qui (…) pourraient constituer une aide à la prise de décision »[306], de comparer « l'efficacité des différents programmes »[307] et d'« établir des normes et des indicateurs de performance »[308]. Il permet également d'évaluer si les SMC répondent aux besoins des délinquants[309], respectent les « aspects éthiques et professionnels »[310], contribuent à la réduction « du taux de récidive »[311] et du taux d'emprisonnement[312], répondent aux attentes des différentes autorités du système pénal[313], correspondent à la charge de travail du personnel[314], et sont rentables[315]. La diversité de ces éléments susceptibles de faire l'objet d'une évaluation illustre particulièrement bien l'enchevêtrement actuel entre l'objectif de réinsertion et l'intérêt pour la sécurité de la société et du système pénal lui-même (*cf. supra*).

D. Les victimes

Le Conseil de l'Europe est conscient du difficile équilibre que les SMC doivent atteindre entre la défense de la société, la réparation du préjudice causé à la victime et les besoins du délinquant en termes d'insertion sociale[316]. Les SMC doivent respecter les « droits et les besoins » des victimes[317].

Certains besoins des victimes sont susceptibles d'être rencontrés davantage par une SMC que par une peine privative de liberté. Les SMC peuvent être utiles pour « sensibiliser l'auteur d'infraction au préjudice subi par les victimes, et l'amener à en assu-

[301] Rec (2000) 22, règle 18 ; CM/Rec (2010) 1, règle 31.
[302] CM/Rec (2010) 1, règles 17 et 106.
[303] CM/Rec (2010) 1, règle 31.
[304] CM/Rec (2010) 1, règles 16 et 104.
[305] CM/Rec (2010) 1, règle 107.
[306] Rec (2003) 22, règle 37 ; CM/Rec (2014) 3, règles 11 à 33.
[307] Rec (2000) 22, règle 27 ; Rec (2003) 22, règle 44.
[308] Rec (2000) 22, règle 19.
[309] R (92) 16, règle 90.
[310] CM/Rec (2014) 4, règle 40.
[311] R (92) 16, règle 90 ; Rec (2000) 22, règles 24 à 26 ; Rec (2003) 22, règle 44.
[312] R (92) 16, règle 90.
[313] R (92) 16, règle 90.
[314] Rec (2000) 22, règle 29.
[315] R (92) 16, règle 90 ; Rec (2003) 22, règle 44.
[316] R (92) 16, préambule.
[317] CM/Rec (2010) 1, règles 3, 93 à 97 et glossaire.

mer la responsabilité »[318]. Ainsi, la médiation pénale permet à la victime de « communiquer avec le délinquant et (…) obtenir des excuses et une réparation »[319]. Les SMC permettent également aux victimes de « faire entendre davantage leur voix »[320] en les associant à la détermination des modalités pertinentes de la réparation du préjudice subi[321]. Ainsi, le Conseil de l'Europe fait de l'« indemnisation des victimes » une SMC[322] qui peut « soit constituer une peine, soit se substituer à une peine, soit être prononcée en même temps qu'une peine »[323]. Les besoins des victimes sont régulièrement pris en compte dans les conditions de la SMC que l'infracteur doit respecter. Le Conseil de l'Europe semble évoquer prioritairement l'« interdiction d'approcher ou de contacter la victime ou ses proches »[324] et la « réparation du tort causé aux victimes, ou le versement d'un dédommagement »[325]. Il est conscient que ce moment de formulation des conditions peut être source d'une victimisation secondaire. Il cherche alors à minimiser ce risque en indiquant l'importance d'informer la victime que « les décisions relatives à la sanction des auteurs d'infraction sont prises en fonction de plusieurs facteurs et pas seulement en fonction du préjudice infligé à une victime donnée »[326].

Pour répondre aux besoins des victimes dans le cadre des SMC, le Conseil de l'Europe évoque principalement deux acteurs : les « associations d'aide aux victimes »[327] et les services chargés de l'exécution des SMC eux-mêmes puisqu'une des « autres » missions des services de probation est d'« intervenir auprès des victimes », en les aidant « à surmonter les conséquences de l'infraction commise, en tenant pleinement compte de la diversité de leurs besoins »[328].

Au niveau de leurs droits, les SMC permettent aux victimes de « présenter des informations pertinentes au personnel de la justice pénale » pour que celui-ci puisse prendre les décisions adéquates[329]. Cette plus grande écoute de la victime va même, lorsque la surveillance électronique est « utilisée dans le cadre d'un dispositif de protection de la victime »[330], jusqu'à l'exigence d'obtenir le consentement de cette dernière à la mesure. Dans le cadre de la médiation, les victimes doivent donner leur consentement[331] et peuvent « revenir sur ce consentement à tout moment »[332]. Les victimes peuvent également « obtenir des explications sur les décisions prises dans le cadre de leur affaire »[333] et recevoir des informations utiles « au moment de la remise en liberté de la personne poursuivie ou condamnée pour l'infraction »[334]. À l'inverse,

318 CM/Rec (2010) 1, règle 96 ; R (92) 16, règle 30.
319 R (99) 19, préambule.
320 R (99) 19, préambule.
321 CM/Rec (2010) 1, glossaire.
322 Rec (2000) 22, règle 1.
323 R (85) 11, règle 11.
324 CM/Rec (2014) 3, règle 24.
325 Rec (2003) 22, règle 8.
326 CM/Rec (2010) 1, règle 95. En ce qui concerne la surveillance électronique, le Conseil de l'Europe insiste sur la nécessaire information des victimes pour qu'elles « comprenne[nt] les possibilités et les limites de la technologie » (CM/Rec (2014) 4, règle 18).
327 Rec (2003) 22, règle 40 ; CM/Rec (2010) 1, préambule.
328 CM/Rec (2010) 1, règle 93 ; CM/Rec (2014) 4, point II.
329 Rec (2006) 8, règle 4.4.
330 CM/Rec (2014) 4, règle 18.
331 R (99) 19, règle 11.
332 R (99) 19, point I et règle 1 ; Rec (2006) 8, règle 13.3.
333 Rec (2006) 8, règles 4.4 et 6.5.
334 Rec (2006) 8, règle 10.3.

les victimes peuvent indiquer qu'elles « ne souhaitent pas recevoir de telle information »[335].

Les questions de l'acceptation et de la participation des victimes aux SMC sont des questions délicates. Ainsi, pour la libération conditionnelle, qui est perçue par le Conseil de l'Europe comme la plus délicate à accepter, il est important de connaître (via des recherches scientifiques), les « opinions, les « attitudes » et les « impressions » générales des victimes[336]. La question de la participation de la victime à la SMC se pose d'une manière particulière pour la « médiation victime/délinquant ». Le Conseil de l'Europe évoque dans ce cas la « participation personnelle active » de la victime[337]. Il faut cependant veiller à ce que la médiation pénale ne soit pas la source d'une victimisation secondaire[338].

VII. Légitimation dans le contexte postmoderne

Les premières SMC sont nées au 19e siècle dans le cadre d'un mouvement de philanthropie pénale (en Belgique, la libération conditionnelle, datant de 1888, a été promue par l'École de la Défense sociale[339]). À cette époque, il s'agissait de moraliser et de discipliner (au sens foucaldien[340] du terme) le délinquant. Jusque dans les années 60-70, les SMC sont directement liées à l'idéal réhabilitatif qui caractérise l'État-providence. Les Recommandations du Conseil de l'Europe sont rédigées à un moment où cet idéal est en crise. La légitimité des SMC dans ce qu'on appelle l'État postmoderne ne va pas de soi. Ce contexte permet de comprendre l'insistance des Recommandations sur la « crédibilité » des SMC. Par ces Recommandations, le Conseil de l'Europe devient un acteur important dans un combat de re-légitimation des SMC. Robinson *et al*.[341] proposent quatre types d'adaptations des SMC dans ce contexte : managériales, punitives, réhabilitatives et réparatrices. Nous allons présenter ces adaptations et montrer dans quelle mesure elles se retrouvent ou non dans les Recommandations du Conseil de l'Europe. Un tableau, repris en annexe, synthétise et illustre les résultats.

A. Adaptations de type managérial

La justice pénale est présentée comme un « système ». Les agences responsables des SMC sont conçues comme faisant partie de ce système et devant interagir avec les autres agences de ce système. Cette conception systémique de la justice pénale se retrouve dans les Recommandations qui insistent sur l'importance de la collaboration entre les services.

---

335 Rec (2006) 8, règles 6.5 et 10.4.
336 Rec (2003) 22, règle 44.
337 Rec (2000) 22, règle 1 ; R (99) 22, règle 15 ; R (99) 19, préambule et point I.
338 Ce qui pourrait être le cas si les victimes n'étaient pas « pleinement informées de leurs droits (…) et des conséquences possibles de leur décision » (R (99) 19, règle 10). Le Conseil de l'Europe est attentif aux « risques potentiels pour la victime » liés à la médiation (Rec (2006) 8, règle 13.2.).
339 F. Tulkens et F. Digneffe (dir.), *op. cit.*
340 M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975.
341 G. Robinson, F. McNeill et S. Maruna, « Punishment *in* Society : The Improbable Persistence of Probation and Other Community Sanctions and Measures », *in* J. Simon et R. Sparks (dir.), *The Sage Handbook of Punishment and Society*, London, Sage, 2013, p. 319 à 340.

Avec la managérialisation, le travail des agences est prioritairement évalué en terme d'efficience et le fonctionnement interne des agences devient important. Les Recommandations (plus récentes) donnent une place à cet intérêt pour des sanctions « à moindre coût »[342] et vont dans les détails quand il s'agit de régler le fonctionnement et les exigences en termes d'*accountability* du personnel chargé de l'exécution des SMC.

Avec ce recentrement sur le fonctionnement du système lui-même, la conception de réinsertion se modifie. Elle se voit colonisé par des intérêts sécuritaires et se réduit à la gestion du « risque criminogène ». Nous avons pu montrer des traces de cette colonisation sécuritaire dans certaines Recommandations (plus récentes).

Dans ce cadre postmoderne, le crime est présenté comme un fait social normal, c'est un risque qui doit être géré plutôt qu'un problème social qui peut être éliminé (par la disciplinarisation). Le délinquant est moins perçu comme un individu que comme le membre d'une catégorie en fonction de sa « dangerosité », de son profil de risque (et de besoins). Les Recommandations (plus récentes) se montrent intéressées par l'évaluation du risque et par des méthodes cognitivo-comportementales (qui ne cherchent pas à modifier la personne dans son ensemble mais uniquement ses actions). Cet intérêt pour l'évaluation du risque apparaît dans les Recommandations plus récentes mais prend appui sur l'intérêt plus ancien du Conseil de l'Europe pour des SMC « discrétionnaires » et « contrôlées ».

B. Adaptations de type punitif

Pour que les SMC soient perçues comme des alternatives crédibles à la peine de prison, certains discours renforcent la dimension de « peine » de ces SMC.

La définition des SMC donnée par le Conseil de l'Europe évoque les mots « sanction » et « restriction » de la liberté de l'infracteur. Les Recommandations indiquent parfois que la crédibilité des SMC passe par une dose de sévérité[343]. L'ensemble des SMC est présenté alors comme un continuum sur l'échelle de la punition en fonction de leurs qualités rétributives. Avec les dernières Recommandations, les doses acceptées de sévérité augmentent (ex. : « surveillances intensives », « surveillance à vie », combinaison d'une SMC avec une mesure privative de liberté, obligation de participer au frais de fonctionnement de la SMC).

Le principe d'individualisation peut renforcer la sévérité (la nature, la durée et l'intensité) de la SMC lorsqu'il s'agit de tenir compte du risque, des antécédents, de la personnalité du bénéficiaire.

Les arguments de la proportionnalité entre le type et la durée de la SMC et la gravité de l'infraction ainsi qu'entre les conséquences d'un manquement et la gravité de ce manquement (« mineur » ou « grave ») font rentrer les SMC dans la logique rétributive du « juste dû ». Les qualités rétributives des SMC peuvent se mesurer en termes de durée, d'intensité et d'intrusion.

[342] CM/Rec (2014) 4, préambule ; Rec (2003) 22, préambule ; Rec (2000) 22, règle 19.
[343] À cet égard, il nous semble que le principe de l'*ultima ratio* peut renforcer indirectement les discours associant crédibilité et sévérité.

La punitivité de la SMC peut s'accroitre lorsqu'elle est imposée sans le consentement formel du bénéficiaire. Nous renvoyons à la discussion relative à l'ambiguïté autour de la nécessité d'un consentement formel. En sens inverse, les volontés d'une véritable acceptation de la SMC par l'infracteur et d'une responsabilisation de celui-ci dans un contexte ne laissant que peu de marge de manœuvre comportent leur lot de violences.

La possibilité récente donnée aux victimes de « faire entendre davantage leur voix », l'exigence de respecter les « droits et besoins » de celles-ci peuvent se traduire dans une plus grande pénibilité de la SMC. Ainsi, les conditions à respecter peuvent être plus nombreuses et plus strictes.

Malgré tous ces arguments insistant sur la punitivité liée aux SMC, le Conseil de l'Europe défend des positions qui cherchent à limiter cette punitivité et le populisme pénal qui la soutient.

Il exclut de la liste des SMC des sanction cherchant à stigmatiser, à créer un sentiment de honte (ex. : homme-sandwich devant afficher son délit). Il affirme au contraire que l'État doit protéger le bénéficiaire de « toute insulte ».

Quant à l'accès aux SMC, le Conseil de l'Europe est attentif à ne pas le limiter pour certaines catégories d'infracteurs (en raison d'une récidive ou de la gravité de l'infraction) mais il est également attentif à ce que cet accès n'entraîne pas un l'élargissement du filet pénal. Cet accès ne doit pas être trop tardif (proportionnalité entre l'accès à la SMC et la durée de l'incarcération).

Des règles relatives au déroulement des SMC sont susceptibles de limiter la punitivité des SMC. Le Conseil de l'Europe prévoit que les modalités de contrôle n'aggravent pas le caractère « afflictif » des SMC. L'affirmation d'une série de droits du bénéficiaire (ex. : dignité, intégrité physique et mentale), l'opérationnalisation des principes de proportionnalité (ex. : entre la durée de la SMC et la durée de l'incarcération restante) et d'individualisation (ex. : âge, état de santé) permettent de limiter la punitivité lors de l'exécution des SMC.

Enfin, le Conseil de l'Europe lutte contre la punitivité et le populisme pénal en insistant sur l'importante d'un travail de conscientisation pour faire accepter les SMC à une série d'acteurs identifiés (autorités judiciaires, responsables politiques, grand public, victimes)[344].

C. Adaptations de type réhabilitatif

L'objectif de réinsertion, même s'il a été en crise, n'a jamais totalement disparu et il a même fait l'objet d'un retour en force, sous une forme modifiée, à partir des années 80, avec ce qu'il convient d'appeler le « What Works' movement »[345]. Certaines

[344] Il n'est cependant pas évident, dans ce travail de lobbying, de convaincre en se passant totalement de l'argument relatif à la sévérité des SMC.
[345] G. Robinson, F. McNeill et S. Maruna, *op.cit.*, p. 329.

caractéristiques de ce « nouveau » modèle de la réhabilitation se retrouvent dans les Recommandations du Conseil de l'Europe.

La réinsertion est conçue comme un moyen utile à la protection de la sécurité de la société. En effet, la réhabilitation permet de réduire le risque par la mise en place d'« interventions et de programmes », principalement basés sur des méthodes cognitivo-comportementales. Cette conception de la réinsertion modifie la notion d'individualisation qui fonctionne par « catégorisation » (les « délinquants » font partie d'un groupe en fonction de leurs risques criminogènes et de leurs besoins et se voient attribuer les ressources pénales en fonction du groupe désigné). Les exigences de légalité et de proportionnalité ainsi que la reconnaissance des droits prévues par les Recommandations sont des balises qui encadrent les activités de réinsertion.

La réhabilitation 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 réhabilitation devient un projet personnel plutôt que social.

La prise en compte des droits et besoins du délinquant s'accompagne de la prise en compte des droits et besoins des victimes.

Plusieurs de ces adaptations liées au « What Work's movement » transparaissent également dans des adaptations de type managérial.

D. Adaptations de type réparateur

Certaines adaptations se basent sur l'effet réparateur des SMC. Cette évolution n'est pas absente des Recommandations mais elle n'est pas très valorisée. L'objectif réparateur est présenté comme secondaire, il est présenté comme faisant partie des « *autres missions* des services de probation ».

De plus, les deux SMC qui cadrent le plus avec la logique réparatrice sont la médiation et le travail d'intérêt général. Seule la première fait l'objet d'une Recommandation spécifique (R (99) 19). Mais, son potentiel d'innovation par rapport à la rationalité pénale moderne est limité puisque le Conseil de l'Europe maintient une vision fort « judiciarisée » de cette mesure[346].

Conclusion

Quels sont les grands principes qui transparaissent de l'ensemble des Recommandations du Conseil de l'Europe relatives aux SMC ? Peut-on percevoir des transformations dans les rationalités à l'œuvre entre premières et dernières Recommandations ? Même si ce n'est pas l'objet de cet article, une brève comparaison avec les Règles de Tokyo du 14 décembre 1990 prises dans le cadre des Nations Unies peut, par contraste, montrer les rationalités à l'œuvre au sein du Conseil de l'Europe.

[346] R (99) 19, règle 9.

Même si le Conseil de l'Europe a une vision négative de l'incarcération et affirme le principe de l'*ultima ratio*, l'objectif réductionniste n'est pas en soi un objectif central des SMC prônées par ce Conseil. L'enjeu des Recommandations sur les SMC n'est pas d'aboutir à un véritable questionnement sur l'opportunité du système pénal lui-même. En promouvant les SMC, le Conseil de l'Europe est moins à la recherche de « quelque chose de meilleur que le pénal » qu'à la recherche d'un « droit pénal meilleur ». Par comparaison, les Règles de Tokyo sont plus critiques sur l'opportunité du pénal (voire même du judiciaire en général) en donnant une plus grande place aux notions de « dépénalisation », de « décriminalisation », ou de classement sans suite pour des raisons d'opportunité (règles 2. 5, 2.7 et 5.1).

La volonté du Conseil de l'Europe de présenter des SMC « crédibles » s'est principalement traduite par le fait que celles-ci soient toujours assorties de conditions individualisées faisant l'objet de contrôles.

D'une part, cela aboutit au rejet de mesures sans dispositif de contrôle comme le sursis simple ou la simple sanction orale. De telles mesures sont prévues par les Règles de Tokyo (règle 8.2.) Par ailleurs, ces Règles envisagent l'hypothèse où le contrôle n'est pas nécessaire : « Lorsqu'une mesure non privative de liberté requiert une surveillance (…) » ; « Si l'autorité compétente fixe les conditions à respecter (…) » (règles 10.2 et 12.1).

D'autre part, cela aboutit au rejet de mesures collectives qui sont critiquées en ce qu'elles sont uniquement axées sur un objectif de réduction de la population carcérale (l'objectif réductionniste n'est pas un objectif autonome, *cf. supra*). Les Règles de Tokyo envisagent la remise de peine et la grâce mais ne précisent pas si ces mesures peuvent être prises collectivement (règle 9.2.).

L'objectif prioritaire des SMC est un objectif de réinsertion. Mais, l'importance pour le Conseil de l'Europe de conditions contrôlées est telle qu'il faut rester attentif à ce qu'il ne perturbe pas l'objectif de réinsertion. Cela pourrait être le cas si la révocation de la SMC était perçue comme la réussite d'un contrôle plutôt que comme l'échec d'une réinsertion. On constate un renversement de l'ordre de présentation entre les Règles de Tokyo qui énoncent d'abord les besoins des délinquants et ensuite ceux de la victime et de la société (Règle 1.4[347]) et la Rec (92) 16 qui se clôture par les besoins des délinquants (préambule, point a.[348]).

Cet objectif de réinsertion s'est vu progressivement colonisé par des intérêts sécuritaires. Nous avons pu montrer qu'au-delà de SMC « crédibles », le Conseil de l'Europe insiste sur l'importance de disposer de SMC « efficaces » pour la sécurité de la société et du système pénal lui-même. Cette modification est liée à une entreprise de légitimation des SMC axée sur le managérialisme et sur une conception actualisée de la réhabilitation (« What Works' movement »). Ces évolutions sont davantage présentes dans les Recommandations du Conseil de l'Europe que dans les Règles de Tokyo.

[347] « Réaliser un juste équilibre entre les droits des délinquants, les droits des victimes et les préoccupations de la société concernant la sécurité publique et la prévention du crime ».

[348] « Maintenir un équilibre (…) entre, d'une part, les exigences de la défense de la société, dans son double aspect de protection de l'ordre public et de l'application de normes visant à réparer le préjudice causé aux victimes, et, d'autre part, l'indispensable prise en compte des besoins du délinquant en termes d'insertion sociale ».

Il ne faut pas négliger la place centrale consacrée dans les Recommandations du Conseil de l'Europe à la défense de droits fondamentaux (non-discrimination, protection de la vie privée, intégrité physique et mentale…) et à la présence de garanties juridiques (légalité, proportionnalité, judiciarisation et individualisation). De ce point de vue, ces Recommandations sont souvent plus précises que les Règles de Tokyo. Cette place centrale consacrée aux droits fondamentaux et aux garanties juridiques fait de ces Recommandations des outils intéressants pour limiter les légitimations des SMC axées sur une plus grande punitivité. Les Recommandations récentes sont à cet égard un peu moins efficaces.

Enfin, signalons que cette analyse des Recommandations du Conseil de l'Europe relatives aux SMC aura bientôt une valeur partiellement historique puisqu'une nouvelle Recommandation va remplacer la R (92) 16 et la Rec (2000) 22. Gageons que la présente analyse puisse servir d'outil pour évaluer les modifications apportées par la future Recommandation attendue pour 2017[349].

[349] En attendant cette nouvelle Recommandation, nous pouvons signaler la sortie en août 2016 du Livre blanc sur le surpeuplement carcéral (CM (2016) 121-add3). Ce Livre blanc reprend les grandes lignes des Recommandations analysées dans cet article. Les timides modifications au raisonnement pénal traditionnellement tenu par le Conseil de l'Europe peuvent se résumer de la manière suivante : une évocation plus fréquente de la dépénalisation et de la déjudiciarisation, une défense plus appuyée du système de libération d'office et une possibilité d'un sursis sans conditions (points 91, 98 et 115).

Annexe

Type d'adaptations/ Présence dans les Recommandations	+	-
Managérial	- Justice pénale comme système : « coopération interservices » ; lobbying auprès des autorités judiciaires - Sécurité du système : internalisation des fins ; « bon fonctionnement des services » - Efficience du système : « moindre coût » ; « indicateurs de performance » - *Accountability* des acteurs du système : responsabilisation ; « doit rendre compte de ses actes » ; « comptes rendus sur l'ensemble de [son] action » ; règles relatives au « nombre de dossiers (…) à traiter » - Transformation de l'objectif de réinsertion : « réduire le risque de récidive » ; « risque criminogène » - Gestion du risque et conception du délinquant : « instruments fiables d'évaluation des risques et des besoins qui (…) pourraient constituer une aide à la prise de décision » ; « méthodes cognitivo-comportementales » ; individualisation par catégorisation ; « catégories de délinquants » ; « délinquants dangereux »	- Maintien de l'objectif de réinsertion
Punitif	- Définition des SMC : « sanction » ; « restriction » de la liberté - Crédibilité via la sévérité : « graduer en termes de sévérité relative les peines non privatives de liberté » ; « surveillances intensives/à vie » ; « combinaison de sanctions » ; participation « aux frais de fonctionnement » - Individualisation : influence de la « personnalité », du « risque de fuite », des « antécédents » - Proportionnalité : « proportionnées à la gravité de l'infraction » ; distinction entre manquement « mineur » et « grave » - Consentement formel (ambiguïté) : « des sanctions dissuasives peuvent être prises » - Responsabilisation avec peu de marge de manœuvre : choisir ce qui s'impose	- Liste des SMC : pas de SMC « infamantes » - Accès aux SMC : éviter des exclusions (récidive, gravité) ; éviter un élargissement pénal ; éviter les accès tardifs - Déroulement des SMC et limite au contrôle : pas aggraver le « caractère affligtif » ; « suivi ne doit pas être considéré comme un simple contrôle » ; « principe d'intervention minimale » ; modification des conditions « en fonction des progrès accomplis par le délinquant » - Déroulement des SMC et droits : « ne peut (…) être utilisé pour causer des souffrances ou des dommages physiques ou psychologiques intentionnels » ; « ne pas causer des souffrances (…) physiques ou psychologiques intentionnelles » ; éviter de « stigmatiser les auteurs d'infractions »

Type d'adaptations/ Présence dans les Recommandations	+	-
	- Victime : conditions à respecter plus nombreuses et plus strictes	- Déroulement des SMC et proportionnalité : tous les manquements n'entraînent pas une révocation ; tenir compte « des circonstances du non-respect de ces obligations » ; non-respect des conditions de la SMC ne doit pas être considéré comme une infraction en tant que telle ; proportionnalité entre la durée de la SMC et la durée de la peine de prison restante ; pas être un « obstact[e] disproportionn[é] à la réinsertion sociale » -Déroulement des SMC et individualisation : « pas être plus intrusif que nécessaire en fonction de chaque cas particulier » ; tenir compte de l'« âge », de l'« état de santé », des « responsabilités sociales »… - Travail de conscientisation : « campagnes d'information »
Réhabilitatif	- Maintien de l'objectif de réinsertion - Transformation de l'objectif de réinsertion : « réduire le risque de récidive » ; contribuer à la « sécurité collective » ; « mode de vie respectueux des lois au sein de la société » - Gestion du risque et conception du délinquant : « programmes favorisant la réinsertion des délinquants » qui se basent sur des « méthodes cognitivo-comportementales » et qui sont affectés à certaines « catégories de délinquants » en fonction de leur « dangerosité » et de leur « capacité de réaction (…) à l'intervention » ; « instruments fiables d'évaluation des risques et des besoins qui (…) pourraient constituer une aide à la prise de décision » ; individualisation par catégorisation ; « délinquants dangereux » - Responsabilisation : développer « le sens des responsabilités (sociales/envers la société) et (envers la ou les victimes) » ; avoir une « vie respectant la loi par le développement de son capital humain » - Victime : « intervenir auprès des victimes (…), les aider à surmonter les conséquences de l'infraction (…) en tenant pleinement compte de la diversité de leurs besoins »	- Légalité : limite au suivi et au contrôle légalement fixée ; « conditions et obligations (…) doivent être définies par des dispositions légales » - Proportionnalité : « durée et degré d'intrusion (…) proportionnés (…) à la gravité de l'infraction » - Respect des droits « en accord avec tous les droits humains du délinquant garantis sur le plan international » ; vie privée ; dignité

Type d'adaptations/ Présence dans les Recommandations	+	-
Réparateur	- Recommandation spécifique : existe pour la médiation	- Objectif de réparation non central : fait partie des « *autres missions* des services de probation » - Recommandation spécifique : n'existe pas pour le travail d'intérêt général - Judiciarisation : « décision de renvoyer une affaire pénale aux services de médiation » doit être « du ressort exclusif des autorités judiciaires »