

3. La surveillance électronique selon le Conseil de l'Europe : entre un contrôle de la réinsertion et une réinsertion par le contrôle

Thibaut Slingeneyer

Introduction

L'objectif de ce chapitre est de présenter la surveillance électronique (ci-après « SE ») telle qu'elle est construite par le Conseil de l'Europe, en la replaçant dans le contexte plus général des « sanctions et mesures appliquées dans la communauté » (ci-après « SMC »), notion centrale dans la philosophie pénale du Conseil de l'Europe.

Les premières SMC sont nées en Europe au ^{xix}^e siècle dans le cadre d'un mouvement de philanthropie pénale (par exemple, en Belgique, la libération conditionnelle, datant de 1888, a été promue par Prins et l'École de la Défense sociale^[1]). À cette époque, il s'agissait de moraliser et de discipliner le délinquant (Foucault, 1975). Jusque dans les années 1960-1970, les SMC sont directement connectées 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.

1 Tulkens, Digneffe, 1988

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 relégitimation des SMC.

La philosophie pénale du Conseil de l'Europe s'est progressivement élaborée par la rédaction de nombreuses Recommandations^[2]. Nous nous sommes particulièrement intéressés à la Recommandation relative à la surveillance électronique (ci-après « RecSE ») et à ses commentaires en ce qu'ils révèlent (ou non) des « bougés » dans la conception de la notion plus générale des « sanctions et mesures appliquées dans la communauté ». Il faut rester attentif au fait que les éventuels bougés peuvent être liés tant à l'objet de cette Recommandation qu'au moment de sa rédaction. Cet article porte donc à la fois sur ce que le Conseil de l'Europe dit de la surveillance électronique et sur ce que la Recommandation relative à la surveillance électronique dit du Conseil de l'Europe.

Nous aborderons d'abord les sources documentaires (1) ainsi que la définition et le champ d'application de la surveillance électronique (2). Ensuite, la surveillance électronique sera abordée en tenant compte de la philosophie pénale plus générale du Conseil de l'Europe axée sur la notion des « sanctions et mesures appliquées dans la communauté ». La surveillance électronique sera ainsi examinée au travers des thèmes suivants : le principe de l'*ultima ratio* (3), les caractéristiques (4) et l'objectif prioritaire (5) des SMC, les droits fondamentaux (6) et les garanties juridiques (7) et enfin le rôle joué par les principaux acteurs du dispositif (8). En guise de conclusion, nous proposerons quelques réflexions sur les évolutions de la matière dans un contexte postmoderne.

Sources

Le Conseil de l'Europe évoque la surveillance électronique dans différents documents. La RecSE est évidemment la source la plus importante. Elle est elle-même évoquée dans les préambules de la Recommandation relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté (CM/Rec [2017] 3), de la Recommandation relative aux délinquants dangereux (CM/REC [2014] 3) et dans les Lignes directrices à l'intention des services pénitentiaires et de probation concernant la radicalisation et l'extrémisme violent.

La RecSE n'est par ailleurs pas la seule à utiliser l'expression de « surveillance électronique ». Ce concept est mobilisé dans d'autres Recommandations qui en font une modalité de la surveillance préventive des délinquants dangereux^[3], une modalité de la probation^[4], une mesure alternative à la détention provisoire^[5], une mesure qui suit ou qui se substitue à une peine privative de liberté (au stade du procès pénal^[6]) ou encore une mesure de contrôle destinée aux délinquants radicalisés^[7].

2 Un document appelé *Compendium des conventions, recommandations et résolutions relatives aux questions pénitentiaires* regroupe les différents textes élaborés par le Conseil de l'Europe en la matière et est accessible sur le site de cette institution.

3 CM/Rec (2014) 3, règle 24.

4 CM/Rec (2010) 1, règle 57.

5 Rec (2006) 13, règle 2 ; R (99) 22, règle 12.

6 R (99) 22, règles 17 et 15.

7 *Lignes directrices* du 2 mars 2016, règle 39.

Définition et champ d'application de la surveillance électronique

La surveillance électronique est définie comme les « diverses formes de suivi de la localisation, des déplacements et du comportement spécifique de certaines personnes dans le cadre du processus de justice pénale ». Il s'agit d'un suivi « par radio, [...], biométrique, [ou] par satellite^[8] ».

Cette définition ne reprend pas la notion de « sanctions et mesures appliquées dans la communauté » qui est certainement la notion phare dans les Recommandations du Conseil de l'Europe qui nous intéressent. Certes, les commentaires de la règle 2 de la Recommandation relative aux Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté de 2017^[9] citent la surveillance électronique parmi les exemples de ces sanctions et mesures. Néanmoins, dans les commentaires de la RecSE, c'est bien la notion de « mesure de contrôle en milieu ouvert » qui occupe la première place. On aperçoit donc un glissement entre la RecSE, qui avait défini la surveillance électronique comme un « suivi », et ses commentaires qui, de façon plus explicite, insistent sur le « contrôle ».

Le champ d'application de la surveillance électronique est très large puisqu'une utilisation est prévue à la fois aux stades présentenciel, sentenciel et postsentenciel^[10]. Cela ne signifie évidemment pas que « tous les auteurs d'infraction libérés avant d'avoir purgé la totalité de leur peine » doivent passer par la surveillance électronique. En effet, même si une « libération progressive [du condamné est] préférable à un passage abrupt de la prison au milieu ouvert [...] la plupart d'entre eux n'auront pas besoin » de cette étape de la surveillance électronique^[11].

Les sanctions et mesures appliquées dans la communauté et le principe de l'emprisonnement comme *ultima ratio*

Pour comprendre la vision qu'a le Conseil de l'Europe des SMC, il faut s'attarder un instant sur le regard négatif que ce Conseil porte sur l'emprisonnement. Celui-ci évoque les « effets délétères de la détention^[12] ». Cette vision négative de l'emprisonnement conduit

8 CM/Rec (2014) 4, point II.

9 CM/Rec (2017) 3.

10 CM/Rec (2014) 4, commentaires du point II. La RecSE prévoit en sus que la mesure peut être utilisée « à l'intérieur des

prisons et/ou dans le périmètre des prisons ouvertes » (CM/Rec [2014] 4, point II).

11 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 24.

12 Rec (2003) 22, règle 4a.

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^[13] ».

On retrouve cette affirmation de principe dans le préambule de la RecSE^[14]. De plus, cette vision négative de la prison transparaît dans la critique de la conception de la surveillance électronique « comme un moyen de créer un “espace carcéral” au domicile de l’auteur de l’infraction^[15] ». Paradoxalement, la critique d’une telle surveillance électronique produit un effet de légitimation de la prison : « cantonner [l’auteur d’infraction] à son domicile 24 heures par jour pendant plusieurs semaines [...] n’est pas de nature à susciter une attitude responsable, *peut-être même moins que dans une prison bien équipée*^[16] ». Enfin, le Conseil de l'Europe ne se montre pas opposé à une articulation entre la surveillance électronique et la menace de la prison : la « surveillance électronique – ajoutée à la perspective d’un retour au régime carcéral en cas de violation de ses conditions – constitue un moyen de maintenir le contrôle tout en le réduisant simultanément^[17] ».

Caractéristiques générales des sanctions et mesures appliquées dans la communauté : discrétionnaires et assorties de conditions individualisées et contrôlées

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 et contrôlées.

Le Conseil de l’Europe privilégie les SMC discrétionnaires à celles qui sont automatiques. Il indique que ces mesures doivent être prises sur base d’un dossier individuel^[18]. En lien avec cette première caractéristique, le Conseil de l’Europe fait de l’imposition de conditions (individualisées et contrôlées) un élément transversal à toutes les SMC. Ainsi, il n’évoque pas la suspension simple ou le sursis simple^[19].

La seule SMC pour laquelle la Conseil de l’Europe envisage à la fois une procédure discrétionnaire et une procédure « d’office » est la libération conditionnelle^[20]. Cette « exception » semble liée à son souci grandissant de sanctionner « efficacement » et « au moindre coût^[21] ».

Défendre des SMC présentant ces deux caractéristiques, c’est, pour le

13 Rec (2006) 2, préambule ; R (99) 22, règle 1 ; R (92) 17, règle B5 ; CM/Rec (2014) 3, règle 18.

14 CM/Rec (2014) 4, préambule.

15 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 21.

16 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 21, nous soulignons.

17 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 24.

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

19 Rec (92) 16, glossaire, point 1 ; Rec (99) 22, règle 15 ; Rec (2000) 22, règle 1 ; CM/Rec (2017) 3, commentaires de la règle 2.

20 Rec (2003) 22, règles 5, 7 et 22 à 24.

21 Rec (2003) 22, règle 7.

Conseil de l'Europe, s'assurer qu'elles sont « des réponses *adéquates et crédibles* aux comportements délinquants^[22] ». Le Conseil de l'Europe lie parfois cette exigence de crédibilité aux notions de « punition » et de « sévérité^[23] » et ne remet pas fondamentalement en cause, par la promotion des SMC, la « rationalité pénale moderne » (Pires, 1998).

La RecSE confirme l'importance de ces deux caractéristiques. L'intérêt pour le « contrôle » du justiciable est évidemment central dans la surveillance électronique. De plus, la RecSE ne prévoit pas que la mesure puisse être octroyée d'office ; l'exception envisagée pour la libération conditionnelle (*cf. supra*) n'est pas reproduite pour la surveillance électronique. Enfin, les notions de punition et de sévérité sont bien présentes dans la RecSE qui insiste régulièrement sur « la pénibilité et le caractère punitif du placement sous surveillance électronique^[24] », qui envisage des surveillances « intensives^[25] » et qui prévoit une possible contribution de l'infacteur aux frais de fonctionnement de la surveillance électronique^[26] (*cf. infra*).

Objectif prioritaire des sanctions et mesures appliquées dans la communauté : la réinsertion

Le Conseil de l'Europe affirme à de nombreuses reprises que l'objectif de réinsertion est l'objectif prioritaire des SMC (1). Cette affirmation a des conséquences au niveau de la mise en œuvre des SMC (2). Cet objectif de réinsertion a toujours fait l'objet de tensions avec l'exigence de SMC « contrôlées » (3). Plus récemment, cet objectif présente quelques signes de remise en question (4).

Affirmation de principe

Le Conseil de l'Europe indique régulièrement que les SMC ont un objectif de réinsertion^[27]. C'est clairement leur objectif prioritaire. Ainsi, l'objectif de « réparation » (beaucoup moins présent dans ses textes) est présenté comme faisant partie des « *autres missions des services de probation*^[28] ».

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^[29] ».

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

23 Voir par exemple la R (99) 22, règles 3 et 17.

24 CM/Rec (2014) 4, commentaires des règles 4, 8 et 40.

25 CM/Rec (2014) 4, point II.

26 CM/Rec (2014) 4, règle 11.

27 CM/Rec (2017) 3, règles 31 et 50 ; R (92)

16, règle 55 ; Rec (2000) 22, règle 17 ; CM/Rec (2010) 1, glossaire ; R (99) 22, règle 9.

28 CM/Rec (2010) 1, règle 97, nous soulignons.

29 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.

En comparaison avec d'autres Recommandations, la RecSE évoque peu la réinsertion (sociale). L'expression n'apparaît que deux fois. Les commentateurs de la RecSE font, plus qu'ailleurs, un usage important du concept de « désistement » : ceci traduit-il un souci pragmatique de ne s'intéresser qu'aux comportements criminalisés (ce que ne fait pas la notion plus générale de « réinsertion [sociale] ») ?

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^[30]. Il est donc essentiel d'éviter un accès tardif à ces mesures.

La RecSE n'évoque pas cet intérêt de réduction de la période d'incarcération. De manière générale, les considérations d'ordre pénologique sont peu présentes dans cette Recommandation essentiellement consacrée à des intérêts techniques et managériaux.

Les SMC contribuent également à la réinsertion par le « suivi » du condamné. C'est ce qui est explicitement prévu en matière de probation^[31]. Ce suivi s'opérationnalise par des « programmes et interventions », des « formations », des « dispositifs de soins » et des « méthodes cognitivo-comportementales^[32] ».

Ce suivi n'est pas mis en œuvre par la surveillance électronique *elle-même* mais par des mesures qui doivent l'accompagner^[33]. Les commentaires de la RecSE sont très clairs : la « surveillance électronique ne constitue pas en elle-même une mesure de réinsertion, mais elle peut donner à un auteur d'infraction la possibilité de participer à des actions de réinsertion^[34] ». Elle permet « à des détenus représentant un risque plus élevé » d'accéder à des mesures de réinsertion puisque sans ce contrôle technique, ceux-ci n'auraient pas pu en bénéficier^[35]. La surveillance électronique est donc conceptualisée comme un contrôle de la réinsertion.

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*). Le Conseil de l'Europe témoigne d'une certaine ambivalence entre l'objectif de réinsertion et l'exigence de contrôle.

Le Conseil de l'Europe est conscient que l'exigence de contrôle peut aboutir à un élargissement du filet pénal. Ainsi, il prévient que l'utilisation de la surveillance électronique lors de la phase préalable au procès ne doit pas être « élargie abusivement^[36] ». Il regrette que « ces mesures n'ont été utilisées que pour des

30 Rec (2003) 22, préambule et règles 4a et 13 ; R (99) 22, règle 9.

31 CM/Rec (2010) 1, règle 55.

32 CM/Rec (2010) 1, règle 55 ; Rec (2000) 22, règles 21 et 23 ; CM/Rec (2014) 3, règles 26 à 33.

33 CM/Rec (2014) 4, règle 8.

34 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 5.

35 CM/Rec (2014) 4, commentaires des règles 5 et 22.

36 CM/Rec (2014) 4, règle 3 et commentaires des règles 5 et 16.

individus représentant un risque faible, simplement parce qu'elles sont considérées comme un outil de surveillance supplémentaire^[37] ». Mais le Conseil de l'Europe se montre parfois plus nuancé (voire alambiqué) lorsqu'il évoque le *net-widening*. S'il considère « la situation de *net-widening*^[38] [...] ni intentionnelle ni souhaitable », il indique qu'il arrive « qu'une décision de placement sous surveillance électronique soit prononcée [...] parce que l'on considère qu'une telle mesure est adaptée pour l'auteur de l'infraction [...], quand bien même l'auteur de cette décision n'aurait jamais envisagé d'envoyer cette personne en prison. [...] [III] pense simplement que le couvre-feu sous surveillance électronique [...] est une mesure ou une sanction *trop polyvalente* ou *trop utile* pour être réservée aux auteurs d'infraction passibles d'emprisonnement^[39] ».

L'objectif de réinsertion a quelque peu perdu de son évidence puisque « la décision de placement sous surveillance électronique *doit préciser* l'objectif qu'elle poursuit^[40] ». Cela signifie donc que d'autres objectifs (ex. : « la dissuasion et la prévention instantanée et à court terme^[41] » ; la neutralisation d'« une personne chez elle aux heures où elle est susceptible de commettre une infraction^[42] ») viennent concurrencer la réinsertion même si le Conseil de l'Europe continue à affirmer que la surveillance électronique « a pour objectif, *comme cela devrait être le cas*, d'aider à la réinsertion et au désistement^[43] ».

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^[44] ». Cette mise en garde concerne toutes les SMC^[45], mais elle résonne d'une manière particulière pour la surveillance électronique. La tension entre le contrôle et la réinsertion est liée à la conception même de la surveillance électronique : une mesure de « contrôle en milieu ouvert » donnant l'accès à des activités de réinsertion (*cf. supra*). Le Conseil de l'Europe critique les surveillances électroniques « autonomes », c'est-à-dire celles qui « *comprom[ettent] ou remplace[nt]* l'instauration de relations professionnelles constructives^[46] ».

Pour que « l'effet de prévention de la récidive soit plus durable^[47] », le Conseil de l'Europe insiste sur le fait que la surveillance électronique soit « mise en place conjointement avec d'autres mesures^[48] ». En effet, « les

37 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 3.

38 Le *net widening* ou « élargissement du filet » désigne l'effet non souhaité par lequel une mesure tend à englober plus d'individus que ne le faisait celle à laquelle elle se substitue.

39 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 3, nous soulignons.

40 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 5, nous soulignons.

41 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 8.

42 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 8.

43 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 5, nous soulignons.

44 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).

45 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).

46 CM/Rec (2014) 4, point I, nous soulignons, règles 8, 21 et 39.

47 CM/Rec (2014) 4, règle 8.

48 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 8. Le commentaire de la règle 40 résume bien la situation (en insistant au passage sur le caractère rationnel attendu du délinquant) : la surveillance électronique utilisée « comme mesure autonome [peut] encourager certains auteurs d'infraction à envisager leur désistement. Pour autant, il paraît préférable d'utiliser cette mesure comme une première étape

technologies de surveillance par localisation ne sauraient suffire à faire évoluer les attitudes et les comportements délictuels^[49] ». Ainsi, le Conseil de l'Europe se montre critique lorsque la surveillance électronique est utilisée avant le procès pénal^[50], lorsqu'elle impose à l'infracteur « de ne pas sortir de son lieu d'habitation^[51] » ou lorsqu'elle mobilise de manière excessive la technique de la « zone d'exclusion^[52] » (puisque dans ces cas, l'accès aux mesures de réinsertion est moins aisé, voire impossible).

À propos spécifiquement des « zones d'exclusion », la RecSE signale qu'il faut être attentif à ce que l'ampleur de telles zones ne soit pas un obstacle à la dignité du surveillé en « empêch[ant] une qualité de vie correcte dans la communauté au quotidien^[53] ». Les commentaires^[54] de cette Recommandation tempèrent les critiques apportées à ces zones d'exclusion puisqu'elles sont présentées comme possiblement utiles pour les victimes, pour le travail de la police et même pour les auteurs eux-mêmes (pour les aider à « résister aux tentations^[55] »). Il s'agit donc d'un discours qui promeut la réinsertion *par* le contrôle.

Malgré ces critiques, il n'y a pas d'interdiction des surveillances électroniques « autonomes » : la surveillance électronique « peut être utilisée comme une mesure *autonome* afin d'assurer un suivi et de réduire le risque criminogène^[56] ». C'est assurément un recul par rapport à la Recommandation relative à la probation qui prévoit que « dans le cadre du suivi probatoire, [la surveillance électronique] *doit* être complétée par des interventions conçues pour mener à la réintégration et aider le désistement^[57] ».

L'objet même de certaines surveillances électroniques (acceptées par le Conseil de l'Europe) ne laisse aucun doute sur le résultat sécuritaire de cette tension entre le contrôle et la réinsertion. Nous pensons aux surveillances électroniques visant le « contrôle de l'alcoolémie *à distance*^[58] ». Un tel contrôle s'opère par un « bracelet à la cheville qui détecte la présence d'alcool [...] par la peau^[59] » et peut donc s'autonomiser de toutes activités de réinsertion.

et de la consolider par l'assistance de professionnels susceptibles d'aider les auteurs d'infraction à se tenir à leur décision de renoncer à la délinquance ».
49 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 8.

50 CM/Rec (2014) 4, règle 3. Le commentaire de la règle 5 est encore plus explicite : « lorsqu'il est mis en place avant le procès pénal [...], le placement sous surveillance électronique ne poursuit pas un objectif de réinsertion et n'encourage pas les auteurs d'infraction à utiliser les opportunités et les ressources auxquelles le milieu ouvert pourrait leur donner utilement accès ». Dans ce cas, la surveillance électronique est utilisée « pour reproduire le climat carcéral de la prison » (CM/Rec [2014] 4, commentaires de la règle 5).

51 CM/Rec (2014) 4, règle 21 et commentaires de la règle 6.

52 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 5.

53 CM/Rec (2014) 4, règle 19.

54 CM/Rec (2014) 4, commentaires du point I et des règles 4, 12, 18, 19, 27, 32 et 36.

On voit donc que les commentaires sont beaucoup plus prolixes sur cette notion de « zone d'exclusion » que la Recommandation elle-même qui, dans la seule règle 19, évoque une « zone » sans utiliser le mot « exclusion ».

55 CM/Rec (2014) 4, commentaires des règles 18 et 19.

56 CM/Rec (2014) 4, règle 8, nous soulignons.

57 CM/Rec (2010) 1, règle 57, nous soulignons.

58 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 20 (nous soulignons) et de l'annexe. Le contrôle peut se faire « à distance », pas le soutien à la réinsertion.

59 CM/Rec (2014) 4, commentaires de l'annexe. Une telle surveillance électronique est défendue par le Conseil de l'Europe comme moins intrusive et plus respectueuse de la dignité que la « remise régulière d'un échantillon d'urine à un offi-

Remise en question ?

Dans les Recommandations les plus récentes, il y aurait une remise en cause partielle du caractère prioritaire de l'objectif de réinsertion. Progressivement et sans que disparaisse un discours sur la « crédibilité » des SMC au niveau de la réinsertion, on voit apparaître, entre autres dans la RecSE, un discours sur « l'efficacité » des SMC au niveau de la sécurité^[60].

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. Nous ne pourrions pas développer ici ce point que nous avons abordé ailleurs (Slingeneyer, 2017b, 22). Limitons-nous à indiquer deux éléments. D'une part, les Recommandations récentes (dont la RecSE) 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^[61] ». D'autre part, ces mêmes Recommandations vont également indiquer que les SMC doivent contribuer « à la bonne administration de la justice^[62] ». Le discours sur « l'efficacité » des SMC concerne alors 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. Les commentaires de la RecSE évoquent ainsi « la transparence des coûts [via des] audits financiers » et la « bonne gouvernance^[63] ».

Respect des droits fondamentaux

Le Conseil de l'Europe 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^[64] ». Il défend un usage de la surveillance électronique « efficace et respectueux des droits de l'homme^[65] ». Ce rapprochement avec l'efficacité signifie-t-il que le Conseil de l'Europe craint que certaines personnes interprètent le respect des droits de l'homme comme rendant la mesure potentiellement inefficace ?

Les SMC doivent respecter un principe de non-discrimination^[66]. 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

cier de probation » (CM/Rec [2014] 4, commentaires de la règle 20). Nous sommes inquiets si une telle remise d'échantillon à un officier de probation est considérée comme une activité de réinsertion.

60 CM/Rec (2014) 4, préambule, CM/Rec (2017) 3 et CM/Rec (2014) 3, règle 3.

61 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.

62 CM/Rec (2010) 1, règle 1.

63 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 10.

64 Entre autres : R (92) 16, règle 22 ; R (97) 12, préambule ; CM/Rec (2017) 3, règle 4.

65 CM/Rec (2014) 4, commentaires du point I, nous soulignons.

66 R (92) 16, règle 20 ; CM/Rec (2017) 3, règle 6.

une minorité nationale, de langue, de sexe, d'orientation sexuelle, de religion, d'opinion, de situation économique (« fortune ») et sociale, de condition physique et mentale^[67]. Ce principe de non-discrimination n'empêche cependant pas que la « dangerosité » et la « capacité de réaction [...] à l'intervention^[68] » soient considérées comme des outils pertinents de distinction^[69].

Parmi les critères à prendre en compte pour opérationnaliser le principe de non-discrimination, la RecSE^[70] n'évoque pas l'origine ethnique (sans que les commentaires de cette Recommandation donnent des éclaircissements sur cette absence). Elle évoque par contre de manière spécifique les critères de l'« âge » et du « handicap^[71] » pour en faire des éléments à prendre en compte en vue d'une « discrimination positive^[72] ». Enfin, le critère de la « fortune » résonne d'une manière particulière puisque la surveillance électronique est la première (et la seule) SMC pour laquelle le Conseil de l'Europe permet explicitement que « les prévenus ou les auteurs d'infraction [puissent participer] aux frais de fonctionnement du dispositif ». La règle défendue partout ailleurs par le Conseil de l'Europe est que les frais liés à l'exécution de la SMC ne devraient pas être mis à la charge du délinquant^[73]. La protection de l'infracteur se limite au fait que la contribution maximale soit fixée par la loi et soit « proportionnée à [sa] situation financière^[74] ». Ce n'est sans doute pas un hasard si la seule Recommandation du Conseil de l'Europe qui évoque la participation aux frais est également celle qui évoque avec le plus de précision la question de la privatisation de la mesure (*cf. infra*).

L'exécution des SMC doit respecter le droit à l'intégrité physique et mentale^[75]. Il convient de respecter la « santé », l'« hygiène », la « sécurité » et le « bien-être » des auteurs d'infraction^[76]. 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^[77] ». Ainsi, une technologie qui permettrait d'envoyer une « décharge électrique comparable au Taser [lorsque l'infracteur] s'approche du périmètre de la zone d'exclusion [...] est interdit par la CEDH^[78] ». Dans le même ordre d'idées, les dispositifs de « puce » ou d'« implants » sont « douloureux » et portent atteinte à l'« intégrité corporelle » sans qu'il soit démontré que de tels dispositifs présentent des avantages par rapport aux « petits dispositifs portatifs^[79] ».

Le droit à la dignité du délinquant et de sa famille est très régulièrement

67 CM/Rec (2017) 3, règle 6 ; R (92) 16, règle 20 ; CM/Rec (2010) 1, règle 4 ; R (97) 12, annexe II, règle 14 ; CM/Rec (2014) 4, règle 7.

68 Rec (2000) 22, règle 22.

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

70 CM/Rec (2014) 4, règle 7.

71 CM/Rec (2014) 4, règle 26.

72 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 7. Ces commentaires semblent se contredire puisqu'ils affirment par ailleurs que la « surveillance électronique n'est peut-être pas un outil adapté aux personnes âgées ou mentalement déficientes » (commentaires de la règle 26).

73 CM/Rec (2017) 3, règle 36 ; R (92) 16, règle 69.

74 CM/Rec (2014) 4, règle 11 et commentaires de la règle 11.

75 R (92) 16, règle 26 ; R (97) 12, annexe II, règle 13.

76 CM/Rec (2010) 1, règles 2 et 51.

77 CM/Rec (2014) 4, règle 27.

78 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 27.

79 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 27. Quelle serait la position du Conseil de l'Europe si la preuve d'un quelconque avantage était démontrée ?

rappelé dans les Recommandations^[80]. Ainsi, il faut éviter de « stigmatiser les auteurs d'infraction^[81] ». La RecSE évoque la question de la dignité dans son préambule mais pas explicitement dans ses règles.

Le droit à la vie privée du délinquant et de sa famille doit être respecté^[82]. Le Conseil de l'Europe attend des États qu'ils apportent des garanties pour protéger le condamné « de curiosité ou publicité inopportunes^[83] ». Le respect de la vie privée suppose que les intervenants soient liés par un « secret professionnel^[84] ». 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^[85]. En plus des données contenues dans le dossier individuel, il s'agit de protéger celles contenues dans des bases de données générales^[86]. Ainsi, le « traitement et la mise en commun des données collectées » doivent être réglementés^[87]. Ces questions relatives à la vie privée sont particulièrement cruciales en matière de surveillance électronique puisque la technologie utilisée accroît « les possibilités d'ingérence dans la vie familiale et privée^[88] » et génère, « davantage que les autres formes de contrôle en milieu ouvert [...], une masse importante d'informations numérisées^[89] ». Si les commentaires de la RecSE évoquent de manière substantielle le risque d'ingérence dans la vie privée, cette dernière se limite à des questions techniques relatives aux données collectées.

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 respectées^[90]. Nous évoquerons successivement les principes de légalité (1), de proportionnalité (2), de judiciarisation (3) et d'individualisation (4).

Légalité

Le principe de légalité est très fréquemment rappelé dans le Conseil de l'Europe. Cette exigence de légalité concerne à la fois les SMC elles-mêmes mais aussi les autorités concernées par ces sanctions et mesures^[91].

80 CM/Rec (2017) 3, règle 8 ; CM/Rec (2014) 3, règle 22 ; CM/Rec (2010) 1, règle 2 ; Rec (2003) 23, règle 29 ; R (99) 22, règle 7 ; R (99) 19, règle 26 ; R (97) 12, annexe II, règle 11 ; R (92) 16, règle 23 ; CM/Rec (2017) 3, règle 95.
81 CM/Rec (2010) 1, règle 47.
82 CM/Rec (2017) 3, règle 8 ; R (92) 16, règles 23 et 66 ; CM/Rec (2014) 4, préambule, règles 6, 28 et 33.
83 R (92) 16, règle 23.
84 CM/Rec (2010) 1, règles 41 et 89.
85 R (92) 16, règles 61, 64 et 65 ; CM/Rec (2010) 1, règle 92 ; CM/Rec (2014) 4, règles 12, 13, 29 à 34 ; CM/Rec (2017) 3, règles 42 à 49.

86 CM/Rec (2010) 1, règles 41 et 89.
87 CM/Rec (2014) 4, règles 12 et 29.
88 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 29.
89 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 12.
90 Entre autres : Rec (2000) 22, préambule ; R (99) 19, préambule ; CM/Rec (2017) 3, préambule.
91 Les SMC ont parfois été critiquées en ce qu'elles conduiraient à un élargissement du filet pénal et plus généralement qu'elles diffuseraient au sein de la société la logique disciplinaire de la prison (Foucault, 2001). En étant

En ce qui concerne les SMC, ce sont l'existence même^[92], les conditions d'accès^[93], la durée^[94], les conditions et les obligations à respecter^[95] et les conséquences en cas de non-respect de ces conditions et obligations^[96] qui doivent être prévues par des dispositions légales. La RecSE et ses commentaires prévoient des exigences de légalité complémentaires à propos du montant de la contribution demandée à l'infracteur^[97], du calcul de la déduction du temps passé sous surveillance électronique (préalable au procès) pour la détermination de la peine définitive^[98] et de la durée et de l'ampleur des zones d'exclusion^[99].

En ce qui concerne les autorités concernées, ce sont l'existence et les pouvoirs de l'autorité de décision^[100] et des autorités chargées de la mise à exécution de la SMC^[101] qui doivent être prévus par des dispositions légales. La RecSE et ses commentaires insistent sur le fait que la loi doit encadrer la création, l'accès, le traitement et la conservation des données (*cf. infra*), et ce, avec une attention particulière pour les organismes privés^[102] et la police^[103].

Proportionnalité

L'exigence de proportionnalité est évoquée de plusieurs manières par le Conseil de l'Europe.

L'accès à la SMC ne doit pas être disproportionné par rapport à la durée de l'incarcération^[104]. Une telle exigence n'est pas rappelée dans la RecSE.

Le Conseil de l'Europe impose que la nature et la durée de la SMC soient « proportionnées à la gravité de l'infraction^[105] ». Pour la surveillance électronique^[106], des exigences sécuritaires limitent d'une manière particulièrement explicite l'effet protecteur du principe de proportionnalité : « Une décision de

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.

92 R (92) 16, règle 3, CM/Rec (2010) 1, préambule ; CM/Rec (2017) 3, règle 14.

93 Rec (2003) 22, règles 5, 16, 22 et 23.

94 R (92) 16, règle 5 ; Rec (2000) 22 ; CM/Rec (2014) 4, règles 1 et 23 ; CM/Rec (2017) 3, règle 14.

95 R (92) 16, règle 4 ; CM/Rec (2017) 3, règle 15.

96 R (92) 16, règles 4 et 9 ; CM/Rec (2017) 3, règle 15.

97 CM/Rec (2014) 4, règle 11.

98 CM/Rec (2014) 4, règle 17. Les commentaires de cette règle sous-entendent que la déduction de la période sous surveillance électronique pourrait être moindre que la déduction d'une détention provisoire effectuée en cellule. L'absence ou

une faible déduction pourrait influencer le consentement de l'intéressé (*cf. infra*).

99 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 19. La RecSE elle-même n'évoque pas de ce point.

100 R (92) 16, glossaire, point 4 ; Rec (2003) 22, règle 32 ; CM/Rec (2017) 3, règle 16.

101 R (92) 16, règles 7, 8 et 11 ; CM/Rec (2010) 1, préambule.

102 CM/Rec (2014) 4, règle 32 et commentaires de la règle 32.

103 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 12. La surveillance électronique est la SMC pour laquelle le Conseil de l'Europe évoque le plus l'acteur policier (*cf. infra*).

104 Rec (2003) 22, règle 6.

105 R (92) 16, règle 6 ; CM/Rec (2010) 1, règles 5 et 58 ; CM/Rec (2017) 3, règle 3.

106 CM/Rec (2014) 4, règles 4 et 16. Le Conseil de l'Europe estime que l'évaluation de cette proportionnalité est rendue « plus complexe [en raison de] la diversité des modalités d'exécution de la surveillance électronique » (CM/Rec [2014] 4, commentaires de la règle 4). Cette évaluation relève-t-elle prioritairement d'une analyse juridique ? Ewald apporte un élément de réponse lorsqu'il indique que le « jugement pénal n'exprimerait pas tant l'appréciation objective d'une

placement sous surveillance électronique, en particulier avec une localisation par GPS, n'est pas forcément d'emblée motivée par des considérations de proportionnalité. Les auteurs de la sanction doivent aussi prendre en compte le critère de la protection du public^[107]. »

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 surveillance électronique^[108].

La SMC ne doit pas constituer une atteinte disproportionnée aux droits ou aux intérêts du délinquant^[109]. 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^[110] ». On retrouve ici encore le délicat équilibre à atteindre entre l'objectif de réinsertion et l'exigence de contrôle (*cf. supra*).

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^[111] ». Le Conseil de l'Europe distingue les conséquences d'un manquement « mineur » de celles d'un manquement « significatif » ou « grave^[112] ». La RecSE ne reprend pas cette distinction. Tout se passe comme si on n'a pas plus fondamentalement besoin qu'un être humain se positionne sur la gravité du manquement quand une technologie est responsable de la découverte des manquements. Ainsi, la RecSE évoque simplement « de tenir compte de l'intérêt respectif 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^[113] ».

Judiciarisation

Le Conseil de l'Europe prévoit l'intervention d'une autorité judiciaire pour la décision d'octroi des SMC^[114]. La judiciarisation offre certaines garanties : les décisions doivent être motivées^[115], les condamnés doivent avoir un « accès adéquat à leur dossier^[116] », ils peuvent « être entendus en personne [ou être] assistés^[117] », ils peuvent exercer un recours contre la décision et être assistés pour un tel recours^[118]. Des garanties similaires sont prévues en ce qui concerne l'exécution de la SMC^[119].

Dans des Recommandations plus récentes, le Conseil de l'Europe se

culpabilité individuelle qu'une sorte de rapport nécessairement subjectif, de la société à elle-même du point de vue de ses exigences momentanées de sécurité » (Ewald, 1986, 411).

107 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 4.

108 CM/Rec (2014) 4, règle 24.

109 R (92) 16, règle 74 ; CM/Rec (2012) 12, règle 14.3 ; CM/Rec (2014) 4, règle 19 ; CM/Rec (2017) 3, règle 34.

110 CM/Rec (2014) 4, préambule et point I.

111 CM/Rec (2010) 1, règle 87.

112 R (92) 16, règles 78 et 80 ; Rec (2003) 22, règle 30 ; CM/Rec (2017) 3, règle 64.

113 Rec/CM (2014) 4, règle 36, nous soulignons. Les commentaires de la RecSE

opposent les avantages de l'« impartialité » et de la « cohérence » aux risques « du caractère impersonnel de l'intervention ».

114 R (92) 16, règle 12 et glossaire, point 4 ; Rec (2006) 13, préambule, règles 13 et 16.

115 Rec (2003) 22, règle 32.

116 Rec (2003) 22, règle 32 ; CM/Rec (2010) 1, règle 92.

117 Rec (2003) 22, règle 32.

118 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.

119 R (92) 16, règles 12, 82 et glossaire, point 4 ; R (92) 17, règle B8.

montre moins exigeant^[120]. Ce recul de la judiciarisation 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^[121] ».

Individualisation

Le Conseil de l'Europe aborde l'individualisation, ses critères, ses outils et ses justifications.

Il 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^[122]. Ainsi, « le type et les modalités d'exécution de la surveillance électronique doivent [...] tenir compte de la situation personnelle du prévenu ou de l'auteur de l'infraction et être régulièrement réexaminés^[123] ». Le niveau de surveillance technologique « ne doit pas être plus intrusif que nécessaire en fonction de chaque cas particulier^[124] ». Il faut tenir compte de l'impact de la surveillance électronique sur « les droits et les intérêts de la famille et des tiers sur le lieu d'habitation^[125] ».

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^[126] », de « programmes individualisés/individuels^[127] » et de « conditions individualisées^[128] ». La RecSE passe sous silence ces outils. Ce manque d'intérêt s'explique par le fait que ces outils prennent place dans une relation humaine entre un contrôleur et un contrôlé alors que dans la surveillance électronique ce contrôle est conçu comme prioritairement technologique.

Dans les Recommandations plus récentes, dont la RecSE, des outils axés sur l'« évaluation du risque^[129] » et sur la « gestion du risque^[130] » deviennent centraux et modifient la conception de l'individualisation. De tels outils font que l'individualisation s'obtient par la « catégorisation », c'est-à-dire par le classement de l'individu dans une sous-population et par la gestion identique des individus repris dans cette sous-population (Slingeneyer, 2017a). Cela produit la standardisation... des conditions individualisées.

120 CM/Rec (2010) 1, préambule ; CM/Rec (2017) 3, point définitions.

121 CM/Rec (2014) 4, règle 2, nous soulignons. Les commentaires de la règle 2 évoquent les autorités judiciaires et administratives suivantes : tribunal, procureur, prison et service de probation.

122 R (92) 16, règle 6 ; Rec (2003) 22, préambule et règle 9 ; Rec (2003) 22, règle 9.

123 CM/Rec (2014) 4, règle 4.

124 CM/Rec (2010) 1, règle 58.

125 CM/Rec (2014) 4, règles 6 et 21.

126 R (92) 16, règles 60 à 64 et 79 ; CM/

Rec (2010) 1, règle 90 ; CM/Rec (2017) 3, règles 42 à 49.

127 R (92) 16, règle 70 ; CM/Rec (2014) 3, règle 6.

128 Rec (2003) 22, règles 1 et 8.

129 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.

130 CM/Rec (2014) 4, règles 1c, 6, 10, 22 et 39.

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 : le personnel chargé de l'exécution de la SMC (1), l'infracteur (3), les « communautés » (5) et les victimes (6). À propos de la surveillance électronique, deux acteurs supplémentaires ont une place particulière : l'entreprise privée (2) et l'entourage, prioritairement familial (4).

Le personnel chargé de l'exécution

La tension entre suivi et contrôle (*cf. supra*) se traduit par une division des tâches entre deux types d'acteurs^[131]. Il y a d'un côté les « professionnels » qui s'occupent des « mesures de soutien et de réinsertion » et de l'autre les « employés moins qualifiés qui [...] met[tent] en place le matériel et contrôl[ent] les écrans^[132] ». Une « coopération réciproque » entre les « employés des deux côtés » doit être favorisée^[133].

Cette mise en avant du contrôle fait que la RecSE évoque un acteur très peu présent dans les autres Recommandations relatives aux SMC : la police. Les commentaires de cette Recommandation évoquent à de nombreuses reprises le rôle joué par la police dans la surveillance de l'infracteur^[134].

L'entreprise privée

L'intervention d'acteurs privés n'apparaît pas pour la première fois dans le discours du Conseil de l'Europe^[135] avec la surveillance électronique mais cette intervention est particulièrement détaillée dans le dispositif qui nous occupe. Cela s'explique par le fait que les entreprises privées « sont impliquées [...] davantage que dans d'autres formes de contrôle en milieu ouvert^[136] ».

Le Conseil de l'Europe envisage le rôle des entreprises privées à deux niveaux. La privatisation va concerner souvent l'« organisme fournissant l'équipement de surveillance électronique » mais elle peut également concerner l'« organisme chargé de contrôler les personnes sous surveillance élec-

131 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 34.

132 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 34. Ces derniers proviennent principalement du secteur privé (*cf. infra*).

133 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 34. Ces deux types d'acteurs illustrent la double conception du « contrôle » du Conseil de l'Europe : un « contrôle extérieur », assuré par la surveillance électronique, et un « contrôle qu'une personne exerce sur elle-même

en renforçant sa capacité à combattre sa propension à l'agressivité, à la violence et à la délinquance », assuré par les activités de réinsertion rendues accessibles grâce à la surveillance électronique (CM/Rec [2014] 4, commentaires du point I).

134 CM/Rec (2014) 4, commentaires des règles 12, 25, 30 et 32.

135 Voir par exemple la règle 20 de la CM/Rec (2010) 1.

136 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 9.

tronique^[137] ». On parle alors soit des « fabricants de technologies », soit des « fournisseurs de services complets^[138] ».

Ces entreprises privées et l'État passent un « contrat de service » après une « procédure concurrentielle d'appel d'offres^[139] ». Mais, malgré ces liens contractuels, si l'entreprise ne fournit pas le service prévu, « les autorités publiques conservent l'entière responsabilité de la protection des droits et des libertés des auteurs d'infraction ». En effet, dans une « société démocratique [c'est à l'État] qu'incombe la responsabilité ultime en ce qui concerne les droits de l'homme^[140] ».

Quelle que soit l'ampleur de leurs tâches, les entreprises privées doivent traiter les personnes concernées « de manière efficace et conformément aux normes éthiques et professionnelles internationales applicables^[141] ». Les commentaires de la RecSE précisent que toutes les règles de cette dernière sont également applicables aux entreprises privées^[142]. La RecSE n'en prévoit explicitement l'application que pour les règles relatives au « traitement des données^[143] ».

L'infracteur

La crédibilité d'une SMC suppose que l'infracteur y consente, l'accepte et y coopère. 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^[144]. Cette règle présente une ambiguïté en ce qu'elle n'impose pas clairement d'obtenir le consentement formel du délinquant. L'origine de cette ambiguïté est liée à la formulation de deux règles de la R (92) 16^[145] : 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^[146], 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 s'accroître avec le temps. Ainsi,

137 CM/Rec (2014) 4, point II.

138 Certains de ces fournisseurs de services complets sont des entreprises impliquées dans le « télésoin » ou la « télésanté » (ex. : « pour la localisation des personnes âgées ou démentes »). Le chevauchement des « domaines de la santé et de la justice pénale » est ici lié à des « activités de sécurité » (CM/Rec [2014] 4, annexe des commentaires), ce qui n'est pas sans rappeler un chevauchement analogue (évoqué notamment par Foucault) mais davantage lié à des activités disciplinaires.

139 CM/Rec (2014) 4, point II et commentaires du point II et de la règle 9.

140 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 9. Espérons que les responsables de ces entreprises privées ne fassent pas une lecture économico-cynique de cette affirmation.

141 CM/Rec (2014) 4, règle 9 et préam-

bule. Que signifie exactement « traiter quelqu'un de manière efficace » ?

142 CM/Rec (2014) 4, commentaires du point II.

143 CM/Rec (2014) 4, règle 32. Alors que la règle 31 prévoit des sanctions en cas « d'utilisation ou de traitement impropres » des données, les commentaires de la règle 32 prévoient des « sanctions pour empêcher les organismes privés de maintenir la confidentialité de données qui pourraient être utiles pour prévenir ou sanctionner un comportement délictuel ou pour protéger des victimes ».

144 R (92) 16, règle 31.

145 La CM/Rec (2017) 3 qui remplace la R (92) 16 maintient cette ambiguïté en reprenant des formulations analogues, voir spécifiquement les règles 57 et 59.

146 Cette justification se retrouve également dans la règle 7 de la CM/Rec (2010) 1.

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^[147] ». 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^[148] ». 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^[149] ».

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'infacteur^[150]. Cette acceptation doit se traduire par une « coopération » et une « participation (personnelle) active^[151] ». Ainsi, « le consentement à se soumettre à [une surveillance électronique] constitue un premier signe de l'engagement et de la volonté de l'auteur d'infraction à accepter les modalités de cette forme de contrôle, et [...] c'est là un indicateur de la volonté de s'y plier à l'avenir^[152] ».

Cette véritable acceptation suppose de l'information, des explications sur le contenu de la SMC et ce, dans une « langue » et un « langage » accessibles au condamné^[153]. 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'infacteur 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.

L'entourage familial

Les commentaires de la RecSE rappellent que « plus encore que toute autre forme de contrôle en milieu ouvert, [...] la surveillance électronique affecte, [...] par cette proximité imposée [...], les personnes vivant sous le même toit que l'auteur d'infraction : parents, conjoints, enfants^[154] [...] ».

La surveillance électronique peut être une mesure pénible pour l'entourage. La vie privée de l'entourage est impactée par la surveillance électronique^[155]. Cet entourage est parfois présenté comme se sacrifiant pour que l'auteur d'infraction évite la prison^[156]. Par exemple, les membres de la famille seront obligés « à prendre en charge davantage de tâches extérieures [...] que l'auteur d'infraction n'a pas le droit d'effectuer » ou seront « amenés à restreindre leur vie sociale

147 R (99) 19, point I et règle 1.

148 CM/Rec (2010) 1, règle 6.

149 CM/Rec (2014) 4, règle 15. En réalité, le seul consentement requis formellement est, dans le cadre d'une hypothèse bien particulière, celui de la victime (*cf. infra*, comp. les formulations des règles 15 et 18 de la CM/Rec [2014] 4).

150 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.

151 CM/Rec (2010) 1, règles 78 et 85 ; R (99), préambule et point I.

152 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 15.

153 R (92) 16, règles 33 et 76 ; Rec (2003) 22, règle 26 ; CM/Rec (2014) 4, règle 34 ; CM/Rec (2017) 3, règle 30.

154 CM/Rec (2014) 4, commentaires des règles 6, 25, 28, 34, 37 et 38.

155 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 38.

156 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 21.

et à rester chez eux^[157] ». La surveillance électronique qui impose à l'auteur d'infraction de ne pas sortir de son lieu d'habitation est critiquée pour son impact sur la réinsertion de ce dernier (*cf. supra*) mais aussi pour son impact sur la famille puisqu'alors « ce sont toujours ces personnes, innocentes, qui doivent quitter la maison lorsque des tensions et des disputes surgissent^[158] ». Dans une formulation aux relents rétributivistes, la charge que représente la surveillance électronique pour l'entourage est présentée comme « pas juste pour eux^[159] ». Les commentaires de la RecSE auraient pu davantage souligner la charge financière que peut représenter la surveillance électronique pour l'entourage.

La surveillance électronique peut également être une mesure risquée pour l'entourage. Ainsi, « il faut absolument que la décision du placement sous surveillance électronique s'appuie sur une évaluation des risques [...] notamment le risque de violence domestique ou la probabilité d'exacerber les tensions engendrées par cette proximité imposée^[160] ».

Vu ces impacts spécifiques de la surveillance électronique, il faudrait prévoir « des mesures pour aider les familles à supporter cette expérience^[161] ». Il faudrait également que « les autorités compétentes sollicitent l'accord des membres adultes de la famille. [...] Ces personnes doivent aussi pouvoir retirer leur accord^[162] ». En imposant un tel accord, les commentaires de la RecSE dépassent les termes de cette dernière qui se limite à affirmer qu'on devrait « tenir compte de l'impact [de la surveillance électronique] sur les droits et les intérêts de la famille^[163] ».

Les « communautés »

L'acceptation des SMC par la « communauté^[164] » renforce leur crédibilité. Derrière ce vocable large et flou de « communauté », il nous semble qu'il existe une série de groupes pour lesquels 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 et les médias^[165].

Les « autorités judiciaires » sont des acteurs qu'il est important de « convaincre [...] de l'utilité^[166] » des SMC. Il faut « rassurer les juges et les procureurs [sur] l'efficacité » de ces mesures^[167]. Sans quoi, il faut craindre des « pratiques de prononcé des peines susceptibles de provoquer des effets pervers^[168] ». 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

157 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 6.

158 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 21.

159 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 6.

160 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 6.

161 CM/Rec (2014) 4, commentaires des règles 3, 6 et 16.

162 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 6.

163 CM/Rec (2014) 4, règles 6 et 25.

164 R (92) 16, règles 44 à 54 ; Rec (2000) 22 ; R (99) 22, règle 22.

165 Le Conseil de l'Europe évoque également la communauté scientifique (Slingeneyer, 2017b, 37).

166 Rec (2000) 22, règle 9 ; R (99) 22, règles 3 et 25 ; CM/Rec (2017) 3, règles 101 et 103.

167 R (99) 22, règle 22.

168 R (99) 22, règle 19.

prononce une peine privative de liberté plus longue en anticipant une libération conditionnelle). Un travail de lobbying auprès des autorités judiciaires est demandé aux responsables des SMC^[169]. 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^[170]. La RecSE n'est pas la plus prolixe sur ce point^[171]. Les commentaires de la RecSE précisent l'importance « d'expliquer les aspects techniques et les implications concrètes de la surveillance électronique aux autorités chargées de prononcer les peines » et ce afin d'éviter qu'elles ne « sous-estim[ent] [...] le potentiel de cette intervention^[172] ».

Les « responsables politiques » devraient se voir « expliquer l'intérêt économique et social » des SMC^[173]. Ils ont « besoin d'explications précises quant aux raisons de l'aménagement des peines de prison^[174] ». Cela passe par une « information équilibrée sur [...] l'efficacité » des SMC^[175]. Ces « responsables politiques » sont absents de la RecSE. D'une part, on peut faire l'hypothèse que la surveillance électronique, mettant davantage l'accent sur le contrôle que d'autres SMC, est une mesure plus facilement acceptée par le monde politique (en ce qu'elle le protège plus facilement de la critique). D'autre part, même si les responsables politiques ne sont pas nommés, la RecSE et surtout ses commentaires évoquent souvent un intérêt de la surveillance électronique qui pourrait les concerner au premier chef : le coût de la mesure^[176]. L'affirmation du moindre coût de la surveillance électronique est évoquée prioritairement par rapport à la prison (« le placement sous surveillance électronique peut être utilisé simplement pour reproduire le climat carcéral de la prison mais dans un environnement plus favorable, familial et à moindre coût pour l'État^[177] ») mais aussi parfois par rapport à d'autres SMC (par rapport à « une assistance sociale [...], la surveillance électronique est un moyen plus avantageux en coût et en personnel, surtout pour les prévenus résidant dans des régions reculées^[178] »).

Le « grand public » doit connaître, comprendre et avoir « confiance » dans les SMC^[179]. L'amélioration de ces points (connaissance, compréhension, confiance et acceptation) passe par un travail de communication (une large diffusion des principales Recommandations, une publication régulière

169 CM/Rec (2010) 1, règle 21.

170 Au-delà des informations reçues, la crédibilité des SMC passe par l'association des autorités judiciaires aux réformes politiques et pénales (Rec [2000] 22, règle 7 ; R [99] 22, règle 19).

171 CM/Rec (2014) 4, point II.

172 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 1.

173 Rec (2000) 22, règle 15 ; CM/Rec (2010) 1, règle 31 ; CM/Rec (2017) 3, règle 101.

174 Rec (2003) 22, préambule.

175 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 » ?

176 CM/Rec (2014) 4, préambule et commentaires des règles 5, 17, 24 et 40.

177 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 5. Le discours du Conseil de l'Europe témoigne ici de sa difficulté de se départir de l'idée que « la prison est la mesure centrale et à laquelle toutes les alternatives » sont systématiquement comparées.

178 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 16.

179 CM/Rec (2010) 1, règles 106 et 108 ; CM/Rec (2014) 4, règle 39.

« des rapports » des activités des services chargés des SMC^[180]). Le Conseil de l'Europe se montre conscient de la fragilité de la confiance et de l'acceptation du grand public^[181]. À propos de la surveillance électronique, il remarque que les dimensions « punitive » et « contrôlante » sont de nature à « rassurer^[182] » le public. Ainsi, le Conseil de l'Europe pense que l'acceptation du grand public peut être renforcée lorsqu'il est possible de demander une contribution financière à l'infracteur (qui pourrait servir à alimenter un fonds d'indemnisation des victimes^[183]). Bref, pour convaincre le public, le Conseil de l'Europe présente la surveillance électronique comme une mesure qui a un pouvoir contrôlant important, qui a une double dimension afflictive et réparatrice (*cf. supra* : le rôle de la contribution financière).

Les « médias » sont un des acteurs centraux pour atteindre « le grand public ». Il convient donc de développer une « politique de relations publiques [...] à destination des médias^[184] ». Les médias doivent eux-mêmes être informés « afin de mieux faire comprendre [le] rôle et [la] valeur [des SMC] pour la société^[185] ». Si les médias sont absents de la RecSE, ce n'est pas le cas de ses commentaires. Ceux-ci rappellent l'importance du rôle des médias dans le travail d'information du public mais ils se montrent également critiques d'une certaine presse, rappelant les « perceptions erronées », les « opinions empreintes d'exagération » (dont le fantasme d'une fonction immobilisante), ou les « échecs longuement évoqués^[186] ».

Les victimes

Les SMC doivent respecter les « droits et les besoins » des victimes^[187]. Certains besoins des victimes sont susceptibles d'être davantage satisfaits par une SMC que par une peine privative de liberté : responsabilisation, sensibilisation au préjudice subi par les victimes^[188]. Ainsi, la médiation pénale permet à la victime de « communiquer avec le délinquant et [...] obtenir des excuses et une réparation^[189] ». Avec la surveillance électronique, le raisonnement s'inverse puisqu'il s'agit d'empêcher les communications en prévoyant des zones d'exclusion^[190]. À propos des conditions de la SMC que l'infracteur doit respecter en faveur des victimes,

180 CM/Rec (2010) 1, règle 107.

181 Rec (2003) 22, règle 42. Au sein de ce « grand public », le Conseil de l'Europe espère pouvoir bénéficier de la collaboration d'« organismes non gouvernementaux (publics ou privés) », de « communautés locales », d'« associations de bénévoles » et de « personnes individuelles » (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 XIX^e siècle, du « patronage » (Tulkens et Digneffe [dir.], 1988). Cette participation du grand public permet « aux délinquants de développer des liens réels avec la communauté » (R [92] 16, règle 46). N'est-ce pas étonnant que la recommandation ne cite que le délinquant comme bénéficiaire de cette

participation ; il est en effet évident que cette participation est également utile au grand public et au système pénal lui-même.

182 CM/Rec (2014) 4, commentaires des règles 8, 22 et 24.

183 CM/Rec (2014) 4, règle 11.

184 Rec (2000) 22, règle 18 ; CM/Rec (2010) 1, règle 31.

185 CM/Rec (2010) 1, règles 17 et 106.

186 CM/Rec (2014) 4, commentaires des règles 27 et 39.

187 CM/Rec (2010) 1, règles 3, 93 à 97 et glossaire.

188 CM/Rec (2010) 1, règle 96 ; R (92) 16, règle 30.

189 R (99) 19, préambule.

190 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 19.

la RecSE insiste davantage sur l'« interdiction d'approcher ou de contacter la victime ou ses proches^[191] » que sur la réparation du tort causé aux victimes.

Au niveau de leurs droits, les SMC permettent aux victimes de communiquer au personnel de la justice pénale les informations qu'elles jugent pertinentes^[192]. 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^[193] », jusqu'à l'exigence d'obtenir le consentement préalable et informé^[194] de cette dernière à la mesure. En effet, dans cette utilisation très particulière de la surveillance électronique, la victime doit porter une « alarme [qui] se déclenche [lorsqu']un auteur [...] arrive dans un périmètre prédéfini^[195] ». Les commentaires de la RecSE ne manquent pas de signaler les effets contre-productifs (stress, victimisation secondaire) d'un tel dispositif^[196].

En guise de conclusion : le travail de légitimation dans un contexte postmoderne

Robinson *et al.* (2013) proposent quatre types d'adaptations des SMC dans le contexte postmoderne : 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 et spécifiquement dans la RecSE.

Adaptations de type managérial

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

Avec la managérialisation, le travail des agences est prioritairement évalué en termes d'efficacité et le fonctionnement interne des agences devient important. Les Recommandations (surtout les plus récentes, dont la RecSE) confirment l'intérêt pour des sanctions « à moindre coût^[197] » et détaillent l'exigence d'*accountability* du personnel chargé de l'exécution des SMC.

Avec ce recentrement sur le fonctionnement du système lui-même, la conception de la réinsertion se modifie. Ainsi, dans la RecSE, la conception

191 CM/Rec (2014) 3, règle 24.

192 Rec (2006) 8, règle 4.4.

193 CM/Rec (2014) 4, règle 18.

194 Le Conseil de l'Europe insiste sur la nécessaire information des victimes pour qu'elles « comprennent les possibilités et les limites de la technologie » (CM/Rec [2014] 4, règle 18).

195 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 18.

196 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 18.

197 CM/Rec (2014) 4, préambule ; Rec (2003) 22, préambule, Rec (2000) 22, règle 19.

de la réinsertion se voit colonisée par des intérêts sécuritaires et se réduit à la gestion du « risque criminogène » ou au « désistement ».

Dans le contexte 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 » ou mieux, 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 (*cf.* notion de « désistement »).

Adaptations de type punitif

Pour que les SMC soient perçues comme des alternatives crédibles à la peine de prison, le Conseil de l'Europe insiste sur 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^[198]. L'ensemble des SMC est présenté alors comme un continuum sur l'échelle de la punition en fonction de leurs qualités rétributives. La RecSE place la surveillance électronique assez haut sur ce continuum puisque les doses acceptées de sévérité sont élevées (ex. : « surveillances intensives », obligation de participer aux frais de fonctionnement, ambiguïté relative à l'exigence d'un consentement formel, conditions à respecter – nombreuses et strictes – en raison de la place importante donnée aux victimes).

Malgré tous ces arguments insistant sur la punitivité liée aux SMC, le Conseil de l'Europe est un acteur qui, a de nombreux égards, cherche à limiter cette punitivité et le populisme pénal qui la soutient. Il exclut de la liste des SMC des sanctions cherchant à stigmatiser, à créer un sentiment de honte (ex. : homme-sandwich devant afficher son délit). Quant à l'accès aux SMC, le Conseil de l'Europe est attentif à ce qu'il ne soit pas trop tardif ou trop limité pour certaines catégories d'infracteurs (en raison d'une récidive ou de la gravité de l'infraction). Il est également attentif à ce que cet accès n'entraîne pas un élargissement du filet pénal. L'affirmation d'une série de droits (ex. : dignité, intégrité physique et mentale), l'opérationnalisation des principes de proportionnalité (ex. : entre la durée de la SMC et celle de l'incarcération restante) et d'individualisation (ex. : âge, état de santé) permettent de limiter la punitivité. Enfin, le Conseil de l'Europe lutte contre la punitivité et le populisme pénal en insistant sur l'importance d'un travail de conscientisation pour faire accepter les SMC à une série d'acteurs identifiés (autorités judiciaires, responsables politiques, grand public, victimes^[199]). Force est de

198 À cet égard, il nous semble que le principe de l'*ultima ratio* peut renforcer indirectement les discours associant crédibilité et sévérité.

199 Il n'est cependant pas évident, dans ce travail de lobbying, de convaincre en se passant totalement de l'argument de la sévérité des SMC.

constater que ces tentatives de limiter cette punitivité ne sont pas particulièrement présentes dans la RecSE.

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 1980, avec ce qu'il convient d'appeler le *What Works' Movement* (Robinson *et al.*, 2013, 329).

La réinsertion, réduite parfois au « désistement », est conçue comme un moyen utile à la protection de la sécurité de la société. En effet, la réinsertion 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 criminels et de leurs besoins et se voient attribuer les ressources pénales en fonction du groupe désigné). La réinsertion se traduit également par un appel à la responsabilisation qui n'est pas dénuée de connotations morales (ex. : favoriser l'empathie vis-à-vis de la victime). La réinsertion devient un projet personnel plutôt que social. Ces adaptations se retrouvent dans les Recommandations du Conseil de l'Europe.

La RecSE présente la surveillance électronique à la fois comme permettant le contrôle de la réinsertion (le contrôle produit par la technologie électronique permet l'accès à des actions de réinsertion à des groupes à risque qui pourraient en être privés) et comme permettant la réinsertion par le contrôle (les zones d'exclusion permettent de résister aux tentations).

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, comme faisant partie des « *autres missions des services de probation* ». La RecSE n'évoque pas cette logique réparatrice. La seule « réparation » évoquée par les commentaires de la Recommandation concerne celle du matériel utilisé^[200]...

C'est sur cette touche matérialiste que nous clôturons de manière abrupte – comme l'est parfois la RecSE – ces quelques réflexions.

200 CM/Rec (2014) 4, commentaires de la règle 37.