

# Synthèse

---

## La fabrique du droit au Conseil de l'Europe : Promotion et mise en œuvre des sanctions pénales alternatives

---

PONCELA Pierrette (dir.)

*Professeure à l'Université Paris X-Nanterre*

ROTH Robert

*Professeur à l'Université de Genève*

LIWERANT Sara

*Assistante à l'Université de Genève*

Centre de droit pénal et criminologie (CDPC)

Université de Paris

Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL)

Université de Genève

Septembre 2004



Le présent document constitue la synthèse du rapport scientifique d'une recherche réalisée par le GIP Mission de recherche Droit & Justice. Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

A la lecture des différents textes produits par le Conseil de l'Europe dans le domaine des sanctions, peines et mesures, un *leitmotiv* se dégage : « la peine privative de liberté doit constituer un ultime recours ». Cette volonté d'éviter le recours à la peine carcérale privative de liberté se double d'une forte incitation adressée aux Etats à développer les sanctions, peines et mesures de milieu ouvert, désignées par l'expression « sanctions et mesures dans la communauté ».

La marginalisation de la peine privative de liberté en faveur de sanctions et de mesures exécutées dans la communauté est l'un des éléments d'une politique pénale impulsée par le Conseil de l'Europe. C'est à partir de cet élément, pris au sérieux -c'est-à-dire étudié dans son contenu même-, que nous avons essayé de comprendre ***comment sont produites les règles juridiques au Conseil de l'Europe et quels types d'influence elles peuvent avoir sur les législations et sur les pratiques de huit Etats membres*** -Allemagne, Belgique, Espagne, Finlande, France, Italie, Pays-Bas, Suisse-.

## **A) DEFINITION DES SANCTIONS PENALES ALTERNATIVES A L'EMPRISONNEMENT**

Pour délimiter le champ d'étude, un critère simple fut retenu : une sanction pénale alternative à l'emprisonnement est une *sanction venant répondre à la commission d'une infraction pénale et permettant d'éviter une incarcération*. Ainsi aucune distinction n'est faite entre alternative et substitut, autrement dit sanctions qui *complètent* dans l'arsenal législatif et/ou judiciaire la privation de liberté et sanctions qui *prennent la place* de cette dernière. Seule cette approche ouverte permet de rendre compte de la diversité des situations dans les huit pays considérés, la même sanction étant là une alternative ici un substitut et la substitution pouvant s'opérer ici à *l'intérieur* du système pénal et là à *l'extérieur* (dans un système de sanctions administratives, par exemple).

Cette définition ne correspond donc pas totalement à celle adoptée par le Conseil de l'Europe sous la désignation « sanctions et mesures appliquées dans la communauté ». En effet, le choix a été fait de privilégier l'objectif, à savoir éviter totalement l'emprisonnement. Les sursis à l'emprisonnement font donc partie de notre champ d'étude. En revanche en sont exclus à la fois les mesures de sûreté liées aux impératifs de l'enquête policière ou de l'instruction du type contrôle judiciaire, et les aménagements d'une peine privative de liberté en cours d'exécution du type libération conditionnelle ou semi-liberté.

## **B) DEMARCHE DE RECHERCHE ET CONTENU**

Trois types de questions sont posées à partir de ce trait d'une supposée politique pénale européenne :

a) Comment et par qui est définie la politique pénale européenne ? Est-elle un point de départ ou un point d'arrivée ? Un bricolage d'acteurs ou un ensemble de choix maîtrisés ?

b) Les systèmes de sanctions pénales des pays membres reflètent-ils cette politique ou l'inspirent-ils ? Quelle place occupe le droit européen des droits de l'homme dans les pratiques pénales des états membres ?

c) Le nouveau champ de compétences de l'Union européenne en matière de droit pénal ne remet-il pas en cause le rôle du Conseil de l'Europe sur ce point ? Les politiques pénales développées par les deux organismes européens sont-elles en accord ?

Des éléments de réponse à ces questions se trouvent dans ce rapport comportant deux grands volets. Le premier s'inscrit dans une *sociologie de la production des textes juridiques*, les sanctions pénales alternatives ayant valeur d'exemple. Le second est un *essai de droit comparé*, les sanctions pénales alternatives en constituant l'objet. Le rapport pourrait se résumer ainsi : visibilité, boîte noire, mise en œuvre et comparaison de huit systèmes de droit.

1°) La première partie est consacrée à l'étude des recommandations européennes. Dans un premier temps, les textes promouvant les sanctions pénales alternatives à l'emprisonnement sont étudiés dans leur contenu (visibilité). Dans un second temps, leur mode de production est analysé, au sein du Conseil de l'Europe (la boîte noire).

À partir du constat selon lequel la recommandation constitue l'instrument principal de la politique pénale proclamée du Conseil de l'Europe, il s'est agi de comprendre comment émergent les normes pénales au sein de cette institution, les dynamiques générées par ce lieu, celles encadrées et exigées par le Secrétariat. La question de la production des textes du, et par, le Conseil de l'Europe nous a conduits à démêler les dynamiques à partir des auteurs de cette production. La construction de la politique pénale du Conseil de l'Europe a été envisagée à travers plusieurs dimensions incluant des éléments formels et informels, des aspects matériels et personnels qui forment les pratiques de "fabrication" de ces textes. Le rapport, dans sa première partie, identifie le « législateur européen » et les processus de création des textes. Il décrypte aussi une catégorie particulière d'acteurs désignés comme "experts" et la fonction d'expertise dans la création des normes européennes.

L'analyse à partir des acteurs a permis de sortir du débat qui a longtemps enfermé les études sur l'Europe dans une vision dominée par une analyse soit en termes de relations inter-étatiques soit en termes de dynamique institutionnelle. Récusant un droit anthropomorphe, ce sont finalement les "coulisses" du droit pénal européen que nous avons empruntées pour mieux comprendre la production juridique européenne en matière de sanctions.

2°) La seconde partie (mise en œuvre) comprend les rapports rédigés par les spécialistes des huit pays européens choisis pour cette recherche. Ces rapports nationaux sont précédés de quelques réflexions suscitées par la lecture de l'ensemble des contributions et par les divers échanges qui eurent lieu entre les participants à cette recherche collective. L'ensemble permet de mesurer l'impact, l'influence ou, au contraire, l'ignorance des textes européens par huit destinataires.

Le droit comparé est un champ de recherches et d'analyses où diverses approches sont mises en œuvre. La nôtre s'est déployée au sein d'un séminaire mensuel qui s'est tenu au CETEL de l'Université de Genève, puis d'une journée d'étude qui eut lieu au CDPC de l'Université Paris X. Séminaire et journée d'études ont permis aux pénalistes de huit pays européens de confronter leurs expériences.

En effet, nous avons fait le choix de soumettre à discussion, pour chacun des pays, un exposé fait par un pénaliste national. S'agissant de la mise en œuvre de règles juridiques européennes par l'intégration dans des systèmes juridiques nationaux, il était important que le travail fût réalisé par des juristes. Notre parti-pris s'est vite révélé judicieux face à la complexité des procédures et des qualifications juridiques que chacun des exposés mettait en évidence.

## **C) PRINCIPAUX APPORTS ET CONCLUSIONS**

### 1°) Le contenu des recommandations européennes

La recherche menée à Strasbourg auprès des principaux acteurs confirme la logique de compromis et de négociation, sur fond de défense des droits de l'homme, qui domine les actions du Conseil de l'Europe. Dans ce contexte, la recommandation est un texte de nature juridique tendant davantage à la circulation des idées qu'aux changements directs dans les législations. Elle a pour fonction d'inciter les Etats sans les contraindre, d'appivoiser les Etats réfractaires.

D'un point de vue juridique, les recommandations présentent des faiblesses à deux niveaux :

- celui de leur mise en œuvre. Dans les pays étudiés dans les rapports nationaux, l'impact est considéré comme relativement faible, ce qui réitère l'une des questions posées, à savoir si les recommandations précèdent ou entérinent les politiques pénales nationales. La Suisse fait exception, en tout cas en ce qui concerne les règles pénitentiaires européennes.
- du point de vue de leur substance, les recommandations frappent par de vastes zones qui restent floues. La plus spectaculaire est sans doute celle de leur grand laconisme à l'égard des pouvoirs de sanction du Ministère public, lesquels tendent à s'accroître dans plusieurs pays européens.

Tout cela conduit à se demander si, dans une prochaine étape, il ne conviendrait pas d'étoffer l'arsenal juridique de Strasbourg pour faire face à la

multiplication et à la diversification des sanctions privatives et restrictives de droits, telles qu'elles ressortent du présent rapport, avec leurs ambiguïtés et leurs faiblesses. Autrement dit de manière quelque peu cursive et provocante, ne devrait-on pas songer à l'adoption d'un *article 5 bis* CEDH, qui fixerait de manière contraignante le cadre de ce développement. Cet article 5bis structurerait les garanties, pour l'heure partielles et éparpillées, qui entourent les sanctions non privatives de liberté.

L'établissement d'un tel cadre normatif fournirait peut-être un encouragement décisif à la constitution d'un véritable système européen de sanctions alternatives.

## 2°) Les processus d'élaboration des recommandations européennes

La recherche a permis d'identifier les catégories d'acteurs intervenant dans les choix d'action et dans l'élaboration des recommandations. Une attention particulière a été portée aux « experts scientifiques » dont la désignation présente peu de transparence et repose davantage sur l'activation de réseaux personnels et informels.

Deux traits caractéristiques du processus d'adoption ont été mis au jour : l'importance du consensus préalable au travail d'élaboration proprement dit, et un souci d'exhaustivité dans la représentation culturelle et géographique .

Des observateurs de la "boîte noire" du Conseil de l'Europe (Faugeron et Hulsman) ont déjà noté l' amenuisement de la dimension politique et de la promotion de modèles de politique criminelle au profit d'une exigence de représentativité des systèmes culturels et juridiques. Notre observation confirme ce constat: le travail se construit à partir d'un consensus préalable, qui porte sur l'*objet de la production* davantage que sur des options politiques tranchées. Ce travail consiste ensuite en une réflexion sur ce qui divise encore et doit donc autant que possible être effacé.

Cet effacement se fait par inclusion générale. Les recommandations et leurs auteurs se distinguent par leur volonté de ne laisser aucun pays, aucun système hors de leur champ. C'est pourquoi les "experts nationaux" jouent un rôle clef dans l'affirmation de la légitimité des textes; ils dominent les débats, tout au moins avant la mise au point de la première version du texte. Les "experts scientifiques" prennent ensuite le relais, en tant que garants de la qualité matérielle de la recommandation.

## 3°) Les sanctions pénales alternatives dans les pays européens

1- La plupart des systèmes de sanctions sont l'objet de réformes récentes impulsées, le plus souvent, par des événements politiques, des faits divers retentissants ou des mouvements en faveur des victimes d'infraction. De l'examen sur une courte période, se dégage l'impression d'une grande instabilité des systèmes de sanctions pénales, ballottés entre des exigences présentées souvent comme contradictoires (sécurité *versus* réinsertion ; infracteur *versus* victime). Pourtant

l'observation faite sur une plus longue période révèle la progression, lente et sujette à soubresauts, mais certaine, des sanctions alternatives à l'emprisonnement, sans pour autant que les peines privatives de liberté soient de quelque façon en voie de disparition.

Concernant les pays étudiés ici, et pour ceux disposant de statistiques, il semble que les sanctions alternatives se soient progressivement substituées aux courtes peines privatives de liberté (moins de six mois en général), et au sursis simple. Mais alors que progressivement les sanctions alternatives gagnent en importance dans les différents pays, on constate un allongement de la durée des privations de liberté pour les infractions les plus graves<sup>1</sup>, notamment par l'emploi fréquent de périodes et/ou mesures de sûreté.

2- La recherche a aussi permis de constater une grande similitude, dans leur matérialité, des sanctions pénales non privatives de liberté, dans les différents pays. En revanche on relève, d'une part une diversité des catégories juridiques et des procédures de prononcé, et d'autre part une inégalité de choix offerts à l'autorité judiciaire. Sur ce dernier point, certains pays restent très en-deçà des exigences du Conseil de l'Europe.

3- Le rapport analyse les sanctions qui font l'unanimité (sursis, probation, TIG), et celles qui sont sujettes à controverse (placement sous surveillance électronique, jours-amende), et pointe les caractéristiques propres à ce type de sanctions (caractère consensuel, par exemple).

#### 4- L'influence des instruments européens

Le rapport analyse le rôle de la Convention EDH et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur les sanctions pénales alternatives dans les pays européens et pointe les différences dans l'usage de ces instruments.

\*

---

<sup>1</sup> A. Kensey, C. Cardet, L'allongement des peines, Actualité bibliographique, mai 2001, DAP, Ministère de la Justice, Paris.