

## Conférence de Pisa, 29 février 2008: Conseil de l'Europe et Union européenne: quel avenir pour la sanction pénale privative de liberté?

(22'2'08, 16 h)

J'aurais pu intituler cet exposé de manière quelque peu provocante: *l'Europe aime-t-elle la privation de liberté?* Il n'est en effet pas facile de constituer ou reconstituer la politique criminelle européenne. Nous nous sommes efforcés de le faire avec Pierrette Poncela, et d'autres collègues, dans notre recherche. En effet, et pour dire les choses de manière simplifiée voire grossière **Strasbourg n'aime pas** la privation de liberté, alors que **Bruxelles l'aime**, ou s'en accommode. La politique officielle des organes du Conseil de l'Europe, parfaitement relayée dans de nombreux pays, en particulier en Europe du Nord, vise à réduire l'importance, quantitative **et** symbolique, de la peine privative de liberté. Alors que le programme de reconnaissance mutuelle des décisions rendues en matière pénale, consacrée par le Traité de Lisbonne (*citer art. 69A TFUE*) s'est appuyée, sans doute pour des raisons pragmatiques davantage que par conviction, essentiellement sur la peine privative de liberté.

Dès lors, l'absence de l'Union européenne dans le programme des conférences de cet après midi m'est apparue dommageable. Je vais donc porter m'efforcer d'analyser cette politique et de porter sur elle un regard critique. On verra que, dans ce domaine peut-être plus que dans d'autres, les rapports complexes entre UE et Conseil de l'Europe sont marqués à la fois par une forte *concurrence*, mais aussi par une certaine *complémentarité*.

1. **Paradoxe et décalage.** L'attitude de l'UE n'est pas facile à décoder, ce qui n'est pas étonnant pour un organisme aussi complexe. De manière générale, on doit constater un certain paradoxe: la plupart des réalisations – certaines spectaculaires, comme le mandat d'arrêt européen – reposent sur la privation de liberté, avant ou après jugement, mais cet objet – la privation de liberté – est en quelque sorte **désincarné**. La commission constatait dans son **livre vert de 2004** l'absence complète de réglementation portant sur le contenu de la privation de liberté<sup>1</sup>; toutes les interventions législatives ont reposé sur le mécanisme de détermination d'un **minimum de la peine maximale**, une réglementation portant sur la peine minimale étant même interdite par la déclaration no 8 annexée au traité d'Amsterdam<sup>2</sup>. De

---

<sup>1</sup> Pp. 24 et 27

<sup>2</sup> Cf. livre vert pp.19 et 42.

même, dans un document de la commission *postérieur au livre vert* sur le rapprochement des sanctions pénales, la formule ambiguë suivante était employée: la commission s'engageait à "recenser au niveau de l'UE les types de peines, *au-delà des peines privatives de liberté*, qui devraient être rapprochés"<sup>3</sup>

Une exception à cette inertie: la recommandation adoptée (**vérifier**) par le Parlement européen en 2004 et portant sur les "droits des détenus dans l'union européenne"<sup>4</sup> . Ce texte marque une grande ambition, puisqu'il envisage "l'élaboration d'une charte pénitentiaire européenne"<sup>5</sup>, susceptible d'être invoquée devant la Cour de justice. C'est sur ce dernier point que la recommandation innove, car elle ne peut, quant à son contenu, que renvoyer pour l'essentiel aux instruments internationaux et aux textes du Conseil de l'Europe, telles que les règles pénitentiaires européennes alors en cours de révision.

Dans le **Document de travail des services de la Commission - Annexe à la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres.**{COM(2005)195 final}

"Recenser au niveau de l'UE les types de peines, au-delà des peines privatives de liberté, qui devraient être rapprochés. Assurer le suivi du Livre vert sur les sanctions pour consacrer une analyse et une réflexion à des notions telles que la responsabilité pénale des personnes morales. | Décision-cadre du Conseil sur le rapprochement des sanctions pénales | À présenter par la Commission en 2007 " |

2. Cette retenue quant au **contenu** des sanctions pénales privatives de liberté et à leur éventuel **rapprochement** ne signifie toutefois pas que l'UE anticipe sur une politique pénale "libérale", qui aurait pour objectif de *réduire l'importance* de ces sanctions. Au contraire, l'on doit à la vérité de dire que, dans sa première phase en tout cas, la mise en œuvre du programme de reconnaissance mutuelle a, accentué le poids de la privation de liberté et poussé les sanctions "vers le haut" "Tout est raisonné dans les instruments (de RM) par rapport à la pdl; or les champs de la criminalité couverts ne sont pas nécessairement les plus graves" écrit ainsi un des meilleurs connaisseurs du processus<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> COM(195)2005 final.

<sup>4</sup> A5-0094/004 final

<sup>5</sup> La proposition initiale déposée en 2003 par les députés européens Cappato et di Lello Finuoli recommandait, en suivant de plus près la nomenclature officielle, l'adoption d'une décision-cadre fixant des normes minimales européennes et garantissant les droits et libertés fondamentales des personnes détenues..."

<sup>6</sup> D. Flore, "Droit pénal matériel et Union européenne", in *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Bruxelles, 2003, p.73. Réflexions critiques également chez S. de Biolley, "Liberté et sécurité dans la constitution de l'espace européen de justice pénale: cristallisation de la tension sous la présidence belge", in *L'espace pénal européen, enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002, pp.169 ss. et A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations: conditions de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, pp.5 8 ss. Pour un point de vue d'Europe du Nord, voir T. Lappi-Sepala, in *Poncela/Roth, la fabrique du droit*, 2006, pp.197-199.

3. Nous sommes sortis de la première phase de la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle. Les objets se sont diversifiés (pour ne prendre que les décisions "post-sentencielles"<sup>7</sup>, on doit mettre en exergue les décisions-cadre du 6 octobre 2006 relative aux décisions de confiscation<sup>8</sup> et surtout celle concernant les sanctions pécuniaires, du 24 février 2005<sup>9</sup> ). Le risque diminue ainsi que se réalise une sorte de "*cauchemar libéral*": que les juges fassent *davantage appel* à la peine privative de liberté dans le but d'assurer une exécution transnationale.

Une **difficulté nouvelle** se présente toutefois: alors que, dans son "**noyau dur**"<sup>10</sup>, la peine privative de liberté revêt un caractère relativement uniforme, constat qui vaut également dans une certaine mesure pour la sanction pécuniaire, il n'en va pas de même pour les "sanctions alternatives"<sup>11</sup>. Les divergences entre Etats ne portent pas seulement sur les **modalités d'exécution** – congés, semi-liberté, libération conditionnelle - comme c'est le cas pour la privation de liberté; elles touchent à la **définition** même de la sanction, à la **délimitation** entre sanction pénale et sanction administrative, voire civile. De plus, l'encadrement normatif est lacunaire: nous écrivions en conclusion de notre ouvrage<sup>12</sup> que la CEDH devrait être **complétée** par un **article 5bis**, portant sur les garanties minimales devant être reconnues aux personnes condamnées à une de ces "peines alternatives"<sup>13</sup>; la question du *consentement à l'imposition d'un travail* d'intérêt général, par exemple, mériterait de faire l'objet d'une norme internationale<sup>14</sup>.

Quand bien même l'encadrement conventionnel et législatif serait amélioré, et les législations harmonisées (nous y revenons dans un instant), un obstacle majeur à la reconnaissance mutuelle résidera dans les disparités de pratiques qui, tout autant voire plus que les divergences législatives, révèlent en réalité des divergences de conception. A juste titre, la commission évoque à la fin de son livre vert<sup>15</sup> l'arme lourde des "*sentencing guidelines*", que les autorités politiques des Etats-Unis ont imposées depuis les années quatre-vingt. Ces lignes directrices visent essentiellement à remédier aux *inégalités*

---

7 En pré-sentenciel, gel des avoirs..

8 DC 2006/83/JAI, JO L 328 du 24 novembre 2006, pp. 59 ss.

9 DC 2005/214/JAI, JO L 76 du 22 mars 2005, pp. 16 ss.

10 Sous réserve de ses modalités

11 Note sur la terminologie alternative vs. de substitution.

12 Op.cit., p.309.

13 On trouve la même idée dans le livre vert de 2004, op.cit., p.58 "encadrement minimum" des "peines alternatives".

14 Résumer le débat suisse, cf. RR, 2003

15 Pp 69-70.

*de traitement* entre Etats voire entre juges<sup>16</sup>. L'instrument pourrait être importé et utilisé à une *autre fin*, celle de favoriser la reconnaissance mutuelle, grâce à l'harmonisation des pratiques.

4. **Les termes anciens d'un débat nouveau.** Penchons-nous (pour terminer) sur les **enjeux** de la reconnaissance mutuelle. Si l'instrument est neuf (en droit pénal), les termes du débat que suscite son expansion sont en revanche anciens. On retrouve en effet la dualité classique de la fonction du territoire (ou de la frontière<sup>17</sup>), attribut essentiel de la **souveraineté étatique** mais également pilier des *garanties individuelles*<sup>18</sup>. De même, l'acceptation de l'expansion de la reconnaissance mutuelle suppose des garanties tant pour les **Etats partenaires** (Etat de jugement et Etat d'exécution) que pour les justiciables. L'**actualité jurisprudentielle** récente le montre bien.

L'arrêt essentiel, sur lequel j'aimerais m'arrêter quelques instants, est l'arrêt *Kretzinger* du 18 juillet 2007<sup>19</sup>. Il conclut provisoirement une série impressionnante de jugements portant sur le principe *ne bis in idem*<sup>20</sup>. Contrairement à ce qui avait été le cas dans les arrêts précédents, dans lesquels ce sont le droit matériel et les conditions procédurales de la décision judiciaire (formes simplifiées de la condamnation pénale) qui étaient principalement en jeu, la sanction elle-même et son exécution occupent une place prépondérante dans l'affaire *Kretzinger*.

Deux questions liées à l'exécution d'une sanction privative de liberté étaient en jeu. La Cour de justice européenne était interpellée par la Cour constitutionnelle allemande, d'abord pour qu'elle détermine si le principe *ne bis in idem* pouvait être invoqué alors que le premier jugement de condamnation (italien en l'espèce) avait été assorti du sursis. En second lieu, les juges de Karlsruhe se demandaient si le fait que l'Italie *soit habilitée* à émettre un mandat d'arrêt européen contre K. (sans l'avoir fait) devait conduire à admettre que la sanction était en cours d'exécution. Le débat portait donc sur ce qu'est une "*condamnation en cours d'exécution*" au sens de l'art. 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen<sup>21</sup>. Les réponses de la

---

<sup>16</sup> ...Pour un point de vue "continental", cf. N. Schmid, *Strafverfahren und Strafrecht in den vereinigten Staaten*, 2<sup>ème</sup> éd., Heidelberg, 1993, pp.173 ss.

<sup>17</sup> Pour reprendre le titre de l'excellent ouvrage d'A. di Martino, *La frontiera e il diritto penale*, Torino, 2006.

<sup>18</sup> Ibidem, pp. 282 ss.

<sup>19</sup> Aff. C-288/05.

<sup>20</sup> Références aux arrêts précédents et à Kraaijenbrink du 18 juillet 2007 également.

<sup>21</sup> "Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou *soit actuellement en cours d'exécution* ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation". Cette condition, dite condition d'exécution, n'a pas été reprise dans l'art. 50 de la

Cour de Luxembourg sont les suivantes: i) une peine est en cours d'exécution pendant que le sursis déploie ses effets<sup>22</sup>; ii) en revanche, le fait que l'Etat de condamnation puisse émettre un mandat d'arrêt européen n'amène pas à considérer que cette condamnation soit "en cours d'exécution"<sup>23</sup>.

La Cour de justice est ainsi amenée à prendre une position forte sur le plan de la politique pénale: une peine de prison assortie du sursis est assimilée (aux fins de sa reconnaissance par un autre Etat) à une peine privative de liberté en cours d'exécution. Comme l'appréciation ne saurait être différente d'un Etat à l'autre, il y a là un fort effet d'**harmonisation du statut du sursis**.

La jurisprudence dont l'arrêt *Kretzinger* constitue le point d'orgue provisoire tend à renforcer la portée de *ne bis in idem*, dans le but de favoriser la libre circulation des personnes<sup>24</sup>. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne participe à ce processus, en ayant supprimé la "condition d'exécution", qui était au cœur de l'affaire *Kretzinger*. Selon l'art. 50 de la Charte, **tout** jugement pénal de condamnation d'acquiescement définitif a un effet *ne bis*. Dès lors, les Etats seront de plus en plus amenés à jouer le rôle d'exécutants d'une sanction ordonnée dans un autre Etat. Pour ce faire, une harmonisation des conceptions, voire des pratiques en matière de sanctions est inéluctable. Ce que la Commission européenne résume dans la formule suivante: "*chaque Etat d'exécution deviendra Etat de jugement et vice-versa*"<sup>25</sup>.

5. La question est de savoir si cette évolution comporte des risques d'un **affaiblissement des droits fondamentaux**. (Problématique bien illustrée par le contentieux sur le mandat d'arrêt]. Quelles sont les limites du **pouvoir de vérification** dans l'Etat d'exécution de la conformité de la condamnation aux standards procéduraux mais aussi matériels (disproportion)? La minceur, confinante à l'inexistence de la jurisprudence et même de la doctrine<sup>26</sup> sur cette question est

---

Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui élargit donc la portée de *ne bis in idem*, en donnant un effet *ne bis* à tout jugement pénal de condamnation d'acquiescement définitif.

<sup>22</sup> C. 42 et ss.

<sup>23</sup> *Ibidem* c. 59 et suiv.

<sup>24</sup> Références dans les arrêts.

<sup>25</sup> Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne (COM(2004)334 final), p.72 (formule utilisée par la Commission dans le contexte du *partage des frais d'exécution*).

<sup>26</sup> Quelques exceptions tout de même: O.de Schutter "La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle", in G. de Kerchove et A. Weyembergh (sous la dir. de), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2005, pp. 111 ss. ; J. Callewaert, "The European Court of Human Rights and the Area of Freedom, Security and Justice", ERA Forum 2007, pp. 511 ss.

surprenante. On ne peut guère citer que la décision d'irrecevabilité *Lindberg* de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>27</sup>; elle paraît admettre qu'un Etat partie à la CEDH se contente d'une "*vérification marginale*" de la compatibilité d'un jugement rendu dans un autre Etat partie avec la Convention. Dans le contexte d'une vérification portant sur un jugement rendu dans un Etat non partie à la CEDH, d'autres arrêts plus anciens paraissent limiter le contrôle à de "flagrants dénis de justice"<sup>28</sup>.

Il est utile de revenir ici à l'an 2000 et à l'affaire *Krombach*<sup>29</sup>, dans le cadre de laquelle la Cour de Luxembourg a admis la possibilité pour un Etat membre de ne pas reconnaître, en se fondant l'art. 27 ch.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968<sup>30</sup>, les conséquences civiles d'un jugement pénal rendu par défaut, il ressort des développements de l'avocat général dans l'affaire *Kretzinger* que l'Etat appelé à reconnaître un jugement *in absentia* peut refuser de le faire si le jugement "a méconnu la convention européenne (des droits de l'homme), même s'il était considéré comme valide et définitif en droit interne"<sup>31</sup>. Autrement dit, la reconnaissance mutuelle n'interdit pas un contrôle par l'Etat de reconnaissance d'une compatibilité du jugement avec les principes dégagés de l'art. 6 CEDH considérés comme "principes généraux de droit communautaire".

Ainsi, le développement de la logique d'exécution renvoie non seulement à la disparité des législations et des pratiques en matière de sanction, mais également aux **disparités procédurales**, et en particulier aux régimes souvent très divers du jugement *in absentia*. Le chemin doit-il être tracé par l'union européenne ou par le Conseil de l'Europe? Logiquement, la réflexion devrait figurer haut dans l'agenda de la première, mais telle n'est à ma connaissance pas le cas encore. Ainsi, elle est absente du débat sur le projet de décision-cadre sur les droits procéduraux<sup>32</sup>.

Cette question est d'une grande importance dès qu'un Etat est sollicité pour collaborer à l'exécution de la décision de condamnation d'un autre Etat, et l'on sait que ces situations vont se multiplier. Or, d'une part, les sources conventionnelles sont **disparates**; d'autre part, elles sont **incomplètes**. Elles sont disparates, puisqu'il existe deux ensemble de dispositifs, l'un et l'autre balisés par un ensemble de textes relevant soit du droit du Conseil de l'Europe, soit de celui de l'Union européenne. Ces dispositifs sont ceux de la **délégation de l'exécution** d'une part et du **transfèrement** de condamnés de l'autre. Les deux procédures se différencient par le fait que le condamné est en principe présent sur le territoire de l'Etat d'exécution dans un cas, alors qu'il est nécessairement présent sur le territoire de l'Etat de jugement dans l'autre.

---

<sup>27</sup> Décision d'irrecevabilité du 15 janvier 2004, *Lindberg c. Suède* (req. 481999).

<sup>28</sup> Arrêts *Drodz et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992, Série A, no 240 et *Iribarne Perez c. France* du 24 octobre 1995, Série A no 325-B.

<sup>29</sup> Arrêt du 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Rec.* p. I-1935.

<sup>30</sup> Réserve de non-reconnaissance au motif de contrariété avec l'ordre public de l'Etat requis, *JO* 1972 no L 229/32.

<sup>31</sup> Avocat général Sharpston dans l'affaire *Kretzinger*, conclusions Ch. 98-101.

<sup>32</sup> Voy. la proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux reconnus dans le cadre de l'Union européenne dans sa version du 5 juin 2007 (DROIPEN 56). Les propositions du Royaume-Uni et autres pays du 17 janvier 2007, d'une part, et de la R.F. d'Allemagne du 22 décembre 2006, d'autre part, sont également muettes sur le sujet.

Ecrit: alors que le transfèrement est régi par une des conventions du Conseil de l'Europe le plus largement ratifiées – la Convention de 1983 et son Protocole additionnel de 1997<sup>33</sup> –, la délégation de l'exécution est pour l'essentiel régie par la Convention du Conseil de l'Europe sur la valeur internationale des jugements du 28 mai 1970<sup>34</sup> répressifs, faiblement ratifiée (20 pays dont aucun grand pays européen), et la tentative des Communautés européennes de prendre le relais au début des années 90 s'est soldée à ce jour par un échec complet<sup>35</sup>.

Je n'entrerai pas dans le détail de l'examen de ces dispositifs, sinon pour relever qu'ils présentent des différences de substance intéressantes sous l'angle de la **protection des droits fondamentaux**, problématique dont une affaire fortement médiatisée de la fin de 2007 ("Arche de Zoe") a donné une bonne illustration<sup>36</sup>. La convention du Conseil de l'Europe sur la valeur internationale des jugements répressifs prévoit ainsi expressément la possibilité de refuser l'exécution au motif que celle-ci serait contraire aux "**principes fondamentaux** de l'ordre juridique de l'Etat requis"<sup>37</sup>, clause **absente** aussi bien des instruments de reconnaissance mutuelle que du dispositif sur de transfèrement, lequel repose, il est vrai, sur l'adhésion des deux états et, sous réserve de l'exception introduite par le Protocole additionnel de 1997<sup>38</sup>, du condamné.

J'ajoute que ces procédures ont un point commun: l'Etat d'exécution **participe activement** à l'administration d'une décision de justice étrangère; Dès lors, se pose la question d'une éventuelle *responsabilité solidaire* de l'état de condamnation *et* de l'état d'exécution pour la violation des droits fondamentaux<sup>39</sup>....

---

<sup>33</sup> Convention sur le transfèrement des personnes condamnées du 21 mars 1983 (STE 112) et protocole additionnel du 18 décembre 1997 (STE 167) . Le dispositif est complété par l'accord relatif à l'application, entre les Etats-membres des Communautés européennes, de la convention de 1983 (25 mai 1987).

<sup>34</sup> STE 070.

<sup>35</sup> Convention entre les Etats membres des Communautés européennes sur l'exécution des condamnations pénales étrangères du 13 novembre 1991, jamais ratifiée par aucun Etat!

<sup>36</sup> On pense ici à l'affaire dite de *l'Arche de Zoe*, qui a vu six ressortissants français être condamnés par la justice tchadienne, dans le cadre d'une procédure défiant plusieurs standards en matière de droits du justiciable à huit ans de "travaux forcés", peine qui, à l'heure où cette contribution est rédigée devra, au milieu d'une polémique bien compréhensible, être exécutée sous forme de conversion, le droit français ne connaissant plus la peine des travaux forcés. La polémique porte sur l'absence de possibilité de faire valoir devant un juge français les violations alléguées des droits de la défense.

<sup>37</sup> Convention précitée, art. 6 lit. a.

<sup>38</sup> Le protocole additionnel assouplit de manière significative les conditions d'application, puisque l'Etat de condamnation et l'Etat d'exécution peuvent convenir d'un transfèrement sans le consentement de la personne condamnée, lorsque la condamnation prononcée à l'encontre de celle-ci, ou une décision administrative prise à la suite de cette condamnation, comportent une mesure d'expulsion ou de reconduite à la frontière ou toute autre mesure en vertu de laquelle cette personne, une fois mise en liberté, ne sera plus admise à séjourner sur le territoire de l'Etat de condamnation (art. 3 ch. 1)

<sup>39</sup> Voy. DE SCHUTTER, "La contribution", op.cit; O. LAGODNY, Note à propos de l'arrêt de renvoi dans l'affaire *Kretzinger*, in *Neue Strafrecht. Zt.* 2006, p.109 et s.

6. **Conclusion:** la politique européenne en matière de privation de liberté se joue autant, voire davantage, à Bruxelles qu'à Strasbourg.