

Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive

Criminologie, politique criminelle et droit pénal dans une perspective internationale

Criminology, Criminal Policy and Criminal Law in an International Perspective

Festschrift für Martin Killias
zum 65. Geburtstag

Mélanges en l'honneur de Martin Killias
à l'occasion de son 65^e anniversaire

Essays in honour of Martin Killias
on the occasion of his 65th birthday

Herausgeber/Editeurs/Editors

André Kuhn
Pierre Margot
Marcelo F. Aebi

Christian Schwarzenegger
Andreas Donatsch
Daniel Jositsch



Stämpfli Verlag

Zitiervorschlag: Festschrift Martin Killias

Foto: Adri Pol, mit freundlicher Genehmigung des Fotografen

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

This publication is protected by international copyright law. All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying or otherwise, without the prior permission of the publishers except in cases permitted by law.

Gesamtherstellung: Stämpfli Publikationen AG, Bern
Réalisation intégrale par Stämpfli Publications SA, Berne
Produced by Stämpfli Publications Ltd., Berne

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2013
© Stämpfli Editions SA Berne · 2013
© Stämpfli Publishers Ltd., Berne · 2013

Printed in Switzerland

www.staempfliverlag.com

ISBN Print 978-3-7272-2967-1
ISBN Judocu 978-3-0354-0945-1



***Soft Law*, politique pénitentiaire et sauvegarde des droits de l'Homme**

PIERRE-HENRI BOLLE*

Table des matières

Introduction	501
I. Détermination du champ d'application de l'instrument de <i>soft law</i>	505
II. Définition des concepts de base	506
III. Insertion du nouvel instrument dans le corps des normes adoptées en la matière par la communauté internationale.....	507
IV. Prise en considération et respect des spécificités et contingences régionales.....	508
V. Adoption d'une conception dynamique	510
VI. Adoption d'une terminologie claire et sans référence contraignante à un système juridique national	511
VII. Sources d'inspiration et références	512
VIII. Structure et forme de l'instrument de <i>soft law</i>	513
Conclusion	516

Introduction

En démocratie, les règles et principes qui régissent les institutions, les rapports entre les citoyens et l'Etat, et les relations des citoyens entre eux émanent du souverain, soit du peuple et/ou de ses représentants. Ils s'expriment avant tout dans la législation prise au sens large, y compris les conventions et traités internationaux, puisque ces instruments ne peuvent s'appliquer à l'interne qu'avec l'aval du parlement, voire du peuple dans certains cas.

Or, en rester là serait gravement réductionniste. Ce serait oublier deux choses. La première est de nature juridique, c'est que les sources du droit sont multiples et que si tout le monde reconnaît volontiers que la première, la plus abondante, la plus contraignante est la législation, y compris les instruments internationaux bi- et surtout multilatéraux, restent essentielles la coutume – en perte de vitesse, la jurisprudence de plus en plus abondante, et la doctrine – en pleine croissance, sous l'impulsion notamment des organisations non gouvernementales (ONG) nationales et internationales et des organisations et institutions internationales. Dans le seul domaine qui nous intéresse ici, no-

* Professeur honoraire de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

tons pour les premières, le CICR, Amnesty International, *Human Rights Watch* et le Comité International contre la torture, dont les activités sont avant tout humanitaires, et des sociétés savantes, dont les « Cinq Grandes » : l'Association internationale de droit pénal, la Société internationale de criminologie, la Société internationale de défense sociale, la Société internationale de victimologie et surtout la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, dont les activités sont avant tout scientifiques. Parmi les secondes, citons l'ONU, le Conseil de l'Europe, Interpol et plus récemment l'Union Européenne. Et l'immense majorité des grands pénalistes, criminologues et spécialistes de la politique criminelle se retrouvent dans ces organisations et institutions internationales qui recourent à leur expertise, et dans ces sociétés dont ils sont membres actifs et qu'ils président souvent.

La seconde chose est de nature politique : le contrôle démocratique sur les institutions et organisations internationales est faible, et inexistant sur les ONG et les sociétés savantes (d'ailleurs, l'indépendance des ONG par rapport aux États est une condition sine qua non de la légitimité scientifique de leurs activités et de leur production). Or, toutes génèrent une abondance de normes : la *soft law*, dans le jargon des juristes internationalistes et des politiciens, dont les médias assurent dans les milieux politiques et dans la population, une diffusion aussi vaste et résonnante, sinon davantage, que celle réservée par les chancelleries à la production du législateur. L'écho en est large et l'impact, profond sur les esprits, les mentalités, la politique, bref, la culture. Certains y voient avec raison une « montée en puissance » de la *soft law*, pour reprendre le titre d'un colloque organisé le 27 juin 2012 à Berne <www.unser-recht.ch>, un « essor » (cf. A. Flückiger, in *Le Temps* du 15 juin 2012, p. 12), qui pourrait bien constituer un « défi lancé à la démocratie » (ibid.), surtout dans un pays comme la Suisse, démocratie directe, où l'adoption des conventions internationales est « rigidifiée », selon le terme de Flückiger, sous prétexte de contrôle populaire, ce qui a pour effet le risque « d'accentuer la nécessité pour la Suisse de recourir encore plus à l'informel », c'est-à-dire à la *soft law* (ibid.). L'abondance et la capacité de conviction des *soft laws* sont telles que certains, et non des moindres, y voient une nouvelle forme de gouvernance, un « imposant code de conduite » pour le peuple et ses autorités (cf. Beth Krasna et Xavier Comtesse, *Comment Genève peut devenir la capitale du « soft power »*, in *Le Temps* du 2 octobre 2012, p. 11, et <www.fondationpourgeneve.ch/fr/publications/observatory.php>).

Cette tendance est générale et touche à tous les domaines : résolutions, recommandations, directives, standards, ensembles de règles, codes de conduite font florès, sous l'effet stimulant de la mondialisation, et en Europe, de la régionalisation. En conséquence, s'élaborent des corpus de normes juridiques parfois fort contraignants pour les citoyens et, paradoxalement, pour les autorités nationales. Il suffit de penser aux domaines des droits de l'Homme, envi-

ronnemental, financier, bancaire, fiscal, policier, sécuritaire, et même pénitentiaire.

Dans les limites de cette brève contribution, hommage au grand pénaliste et criminologue Martin Killias qui s'est beaucoup et avec succès investi dans les ONG, organisations et institutions internationales, et compte tenu de nos spécialisation et histoire personnelles, nous avons choisi de limiter notre propos au domaine pénitentiaire, soit à une part seulement de la politique criminelle. En ce sens, cette contribution constitue comme une annexe au volume publié en 2009 par la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, et intitulé : ONG scientifiques et politiques criminelles/Scientific NGOs and Crime Policy, FIPP Publication No 43, Nimègue, Wolf Legal Publishers, sous la direction de Georges Kellens et de Michaël Dantinne. Dans ce volume figure notre contribution (p. 27 à 42) sur l'influence plus que cinquantenaire de la Fondation sur les politiques criminelles nationales et internationale, à laquelle nous nous référons.

Pour éviter toute redite, nous nous concentrerons sur les travaux d'élaboration d'un ensemble de règles applicables à la privation pénale de liberté en Amérique Latine et aux Caraïbes (2007–2010), auxquels nous avons eu le privilège de participer. Le 12^e Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale à Salvador de Bahia, au Brésil, en a pris acte en 2010 (cf. *General report of the Permanent Latin America Committee for the revision and actualization of the Minimum rules of the United Nations for the treatment of prisoners*, Brasilia, National Council of Justice, 2010, volume distribué au 12^e Congrès). Sur cette base, les Nations Unies viennent d'entreprendre la réforme de leurs vénérables Règles minima de 1955/57. Notre contribution à cette entreprise a été inspirée par quelques principes tirés de la longue expérience de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire en la matière, que nous allons évoquer ci-dessous.

Tout d'abord, en élaborant des normes au plan international ou régional, il faut se garder de répondre aux seuls besoins des pays développés, et se référer aux réalités et besoins des pays en voie de développement. Placer la barre trop haut, trop se plonger dans les détails et les spécificités nationales, ne se référer qu'aux réalisations les plus sophistiquées des pays riches ont des effets contreproductifs. Bref, il faut que les normes proposées soient applicables partout au monde. L'expérience faite avec les Règles minima des Nations Unies de 1955 a été amère : les pays en voie de développement n'ont cessé de répéter qu'ils ne pouvaient appliquer des chapitres entiers de ces Règles, non faute de volonté politique ou d'incompatibilité de ces normes avec leur propre ordre juridique interne, mais parce qu'ils ne disposaient pas suffisamment de moyens humains, institutionnels, techniques et financiers, ainsi qu'en termes d'infrastructures. La prudence et la modestie s'imposent donc ; et si ces normes doivent être assez consistantes pour être intéressantes et stimulantes

pour attirer l'attention des responsables, leur ensemble doit être assez vague pour être applicable partout.

Ensuite, les normes à élaborer doivent être abordées, puis appliquées dans une perspective dynamique, et ne pas reprendre en détail un système modèle. Elles se rapportent en effet à un domaine où les concepts et les réalités sont en constante et rapide évolution. Elles ne régissent pas seulement les situations et pratiques actuelles, mais ouvrent la voie à la réforme, à condition, bien sûr, que cette réforme soit conforme à la sauvegarde de la dignité humaine.

En outre, ces normes doivent tendre à l'égalité de toutes les personnes pénalement privées de liberté devant la loi pénale et la réglementation carcérale et pénitentiaire. Cet impératif d'égalité de traitement, ou impératif de non discrimination, doit être inspiré par des objectifs réalistes, et non théoriques ; et l'égalité visée est ici plus matérielle que formelle. Autrement, on exclurait du même coup toute possibilité d'individualisation des sanctions privatives de liberté et de leur exécution.

Ajoutons encore que pour assurer son impact et son rayonnement, la *soft law* doit être rigoureusement élaborée, selon des principes et des méthodes aussi exigeants, sinon davantage, que ceux de la légistique de la *hard law*. Sinon, elle court le risque de ne pas être prise au sérieux par ceux auxquels elle s'adresse et auxquels elle n'impose que des obligations morales.

Enfin, il faut savoir que dans le domaine de la sauvegarde des droits de l'Homme en prison, l'ancienne conception qui régnait aux Nations Unies et qui avait inspiré les pères des Règles minima de 1955, selon laquelle un instrument de *soft law* y relatif devait tendre à l'universalité, a été abandonnée en 1997, puis en 1999, quand l'ECOSOC adopta coup sur coup deux résolutions sur la politique pénitentiaire en Afrique (Déclaration de Kampala sur les conditions de détention en Afrique : ECOSOC Rés. 1997/36, et Déclaration d'Arusha sur la bonne pratique pénitentiaire : ECOSOC Rés. 1999/27), sans pour autant toucher à l'ensemble de 1955, dans le souci de ne pas révéler et consacrer officiellement que, dans de nombreux pays, les Règles minima ne sont pas, ou ne sont plus adaptées aux réalités, donc, pas respectées. La crainte s'est estompée que la régionalisation de telles règles porterait atteinte à un concept fondamental des droits de l'Homme et du droit humanitaire : l'universalité des droits de l'Homme. Pendant des décennies, on avait prétendu que régionaliser les droits de l'Homme, c'était les relativiser, donc les affaiblir. C'est dans cette optique que les Règles pénitentiaires européennes de 1973, 1987 et 2006 ont été accueillies plutôt fraîchement dans les cercles onusiens. Désormais, la conception novatrice n'est consacrée que si les droits de l'Homme sont, et restent universels. Les voies et moyens d'en assurer la sauvegarde peuvent très bien être régionaux, nationaux, voire locaux. Il n'y a à cela aucune incohérence; bien au contraire, il faut y voir l'expression d'un sain pragmatisme et d'un authentique souci d'efficacité, ceux qui doivent inspirer les pères de la réforme actuellement en cours des Règles minima.

Compte tenu de ce qui précède, voici, à titre d'exemple, les grands principes légistiques retenus par les auteurs de l'Ensemble des règles relatives à la privation pénale de liberté en Amérique Latine et aux Caraïbes.

I. Détermination du champ d'application de l'instrument de *soft law*

Pratiquée en Europe à trois reprises déjà (1973, 1987 et 2006), l'élaboration d'un tel corpus régional est une nouveauté absolue pour le sous-continent sud-américain. Sa nécessité se fait sentir à travers les carences en appareil législatif et réglementaire, en infrastructures, en structures et normes administratives et d'ordre financier dont souffrent à des degrés divers tous les États concernés. A cela s'ajoute pour la plupart le lancinant problème de la surpopulation carcérale et pénitentiaire. Enfin, la doctrine en la matière y est relativement peu développée, laissant le champ libre à la publication et à la diffusion d'informations scientifiquement non fondées et à des manipulations idéologiques qui causent du tort à l'État, à ses autorités et agents, à la population et en fin de compte, aux personnes pénalement privées de liberté elles-mêmes. D'où l'importance de bien poser le problème et d'analyser soigneusement la situation avant d'élaborer une telle résolution.

En tout premier lieu, il s'agit de faire le point sur les efforts de la communauté internationale dans ce domaine, qui couvrent plus d'un demi siècle, et qui ont démarré avec la fameuse Résolution 663 C (XXIV) de l'ECOSOC, adoptée le 31 juillet 1957 et qui avait été élaborée en 1955 à Genève par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, sur proposition et avec l'assistance de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, à l'époque toute jeune fille de la défunte Commission internationale du même nom, et héritière des travaux préparatoires menés en son sein.

En 1955, l'intitulé de la Résolution : « Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus » était parfaitement correct, adapté et judicieux, puisqu'il s'agissait avant tout d'imposer aux autorités et au personnel carcéraux et pénitentiaires, soit à l'administration, un socle de règles auxquelles on ne pouvait déroger qu'en faveur des détenus (règles minima), donc, de déterminer et d'affirmer le plus petit dénominateur commun universel en la matière. Il s'agissait aussi de proposer un modèle aux autorités compétentes (législatives, administratives et judiciaires) et à leurs agents : des directives, une orientation pour parvenir à ce minimum et s'y maintenir, dans les États où tel n'était pas encore le cas, et dans les États plus avancés, pour consolider l'acquis et maintenir le cap.

Même s'il était déjà à l'époque parfaitement clair que le but de la Résolution était aussi et avant tout de sauvegarder la dignité humaine en prison,

l'Ensemble de règles minima ne s'adressait pas, sinon indirectement, aux détenus, qui ne pouvaient – et ne peuvent toujours pas – les invoquer pour faire valoir, garantir et sauvegarder leurs droits, à moins que ces règles n'aient été introduites entre temps dans la législation nationale.

Si la dignité humaine était ainsi affirmée et pouvait être sauvegardée, ce n'était pas, en 1955, un but en soi, supérieur, ainsi qu'elle l'est devenue aujourd'hui dans des normes garantistes des droits de l'Homme, comme le Pacte ONU II sur les droits civils et politiques. Elle était avant tout un moyen du régime pénitentiaire, soit, une condition essentielle de leur prise en charge dans un processus psychosocial de réintégration à la vie libre : le traitement des détenus.

II. Définition des concepts de base

Jusque dans les années '80, les instruments de *soft law* en la matière étaient centrés sur le concept de traitement des détenus. Or, ce concept, en français comme en anglais, en espagnol, en italien ou en portugais, n'est pas clair, du moins dans la compréhension qu'on en a aujourd'hui. Il y a équivoque.

D'une part, par traitement, notion utilitaire régie au niveau légal, on entend la prise en charge psychosociale des personnes emprisonnées, impliquant l'ensemble des méthodes et moyens moralisateurs, éducatifs et (re)socialisateurs, dont le but est de permettre et/ou de favoriser la réintégration de ces personnes dans la société libre. C'était la conception prioritaire des pères des Règles minima.

D'autre part, par traitement des personnes pénalement privées de liberté, notion garantiste consacrée au niveau constitutionnel, on entend la façon de les traiter, une façon de se comporter à leur égard pour l'administration et ses agents. C'est dans ce sens que ce terme est utilisé à l'article 7 du Pacte ONU II précité (abolition de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants). En ce sens, le traitement est garantiste des droits des personnes pénalement privées de liberté, dont il doit sauvegarder la dignité humaine, une dignité qui devient donc un but en soi de la norme ou de l'ensemble de normes. Quoiqu'elle n'implique pas d'évacuer la première conception, qui demeure valable et utile, cette seconde acception s'impose de plus en plus, sous l'effet d'une double évolution, que nous allons exposer en bref.

Primo, et nous nous plaçons au plan constitutionnel, l'affirmation des droits de l'Homme en prison, dont l'évidence est aujourd'hui incontestable et incontestée, est de plus en plus puissante. On parle même, dès le milieu du XX^e siècle, de dignité humaine en prison. Connue et utilisée depuis longtemps par les philosophes et les moralistes, la notion de dignité humaine est devenue juridique, distincte de celle des droits de l'Homme. Alors que ceux-ci constituent la quintessence des droits subjectifs d'une personne, leur noyau

dur, le catalogue de ses droits fondamentaux, la dignité humaine appartient à l'humanité tout entière, qui en est le titulaire, la personne humaine n'en étant que le vecteur, le détenteur en quelque sorte. Une violation des droits de l'Homme en prison lèse la personne pénalement privée de liberté, et à travers cette personne, c'est l'image de l'humanité qui est ternie. En revanche, le non respect de la dignité humaine en prison a pour victime l'humanité, l'ensemble des êtres humains vivants et ce préjudice se concrétise, s'incarne dans la personne pénalement privée de liberté en cause. La Cour européenne des droits de l'Homme en a pour la première fois expressément reconnu l'existence en novembre 2000 (arrêt Kudła c. Pologne).

Secundo, au plan légal, de nombreux régimes pénitentiaires contemporains ont fait de plus en plus de place au consensualisme et deviennent très participatifs, au point qu'il est parfaitement concevable et admis de ne prendre en charge par un traitement psychosocial que ceux qui le veulent et/ou le peuvent, et d'y renoncer pour les autres, étant entendu que la dignité humaine de ceux-ci doit être respectée (traitement humain).

Compte tenu de ce qui précède, il semble peu judicieux, voire inutile de conserver l'intitulé de l'instrument de 1955. Comme nous l'avons vu, il ne s'agit pas seulement d'un ensemble de règles « minima », et maintenir dans le titre de l'instrument le terme de « traitement » est équivoque et peut prêter à confusion, surtout chez ceux qui ne sont pas des spécialistes de notre domaine. D'ailleurs, il nous semble pertinent de renoncer au terme de « traitement » pour qualifier l'ensemble des méthodes et moyens utilisés dans le cadre du régime pénitentiaire pour permettre et/ou favoriser la réintégration sociale des personnes emprisonnées, et de parler de « prise en charge psychosociale ». Ainsi disparaîtrait tout risque de confusion.

En revanche, il est utile de maintenir dans l'intitulé de l'instrument, le terme d' « ensemble », même s'il est exclu d'avoir l'ambition d'y faire figurer toutes les règles sur la privation pénale de liberté, du moins les plus importantes. Cette ambition était certes celle des pères de la Résolution de 1955, et cela était justifié : il s'agissait du premier et du seul instrument universel en la matière.

III. Insertion du nouvel instrument dans le corps des normes adoptées en la matière par la communauté internationale

En plus d'un demi-siècle, la production de *soft law* internationale en matière de privation pénale de liberté est devenue abondante, même si l'on peut regretter qu'elle ne l'ait pas été davantage et de façon mieux coordonnée. Cette production se compose des instruments adoptés par l'Assemblée générale et par l'ECOSOC, des travaux et décisions des douze Congrès des

Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, puis pour la prévention du crime et la justice pénale, enfin des rapports de session de la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale. Mais ce n'est pas tout : à cette production spécifiquement pénale et pénitentiaire s'ajoutent quantité d'instruments de l'Assemblée générale et de l'ECOSOC consacrés à d'autres matières, par exemple la sauvegarde des droits de l'Homme, l'abolition de la torture ou les règles de conduite des agents d'application de la loi, qui font référence aux Règles minima ou, de toute autre façon, touchent à la privation pénale de liberté. La consultation de ce vaste ensemble est facilitée par la deuxième édition du Recueil des règles et normes de l'Organisation des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale (New York, 2007). A titre d'exemple de ces instruments exogènes à la privation pénale de liberté, mais qui s'y appliquent en partie, citons ceux sur la prévention et l'abolition de la torture (A/RES/39/46, 55/89 et 57/199), le Code international de conduite des agents de la fonction publique (A/RES/51/59) et, bien sûr, le Pacte ONU II et ses deux protocoles additionnels (A/RES/2200 A(XXI) et A/RES/44/128).

Cette profusion des sources et leur hétérogénéité rendent leurs consultation et exploitation difficiles pour les autorités compétentes et leurs agents, et quasi impossibles pour les personnes pénalement privées de liberté. Il faut remédier à cette situation. La solution la meilleure – mais ce n'est pas la plus facile – serait de regrouper toutes ces règles en un ensemble, après avoir éliminé celles qui sont devenues de la *hard law* grâce à l'entrée en vigueur postérieure d'une convention à portée universelle, et celles qui, antérieures, sont contraires à de nouvelles règles de *soft law*. Même s'il n'est pas exhaustif, un tel ensemble remplirait mieux ses fonctions utilitaires (informatives, didactiques, pédagogiques, formatrices) et garantistes (protectrices des droits et de la dignité des personnes pénalement privées de liberté), qu'une profusion éclectique d'instruments épars.

IV. Prise en considération et respect des spécificités et contingences régionales

Emanant de l'ONU, un tel ensemble a vocation universelle. Or, personne n'ignore que les systèmes pénaux, notamment les prisons, sont au monde fort différents et que leurs niveaux de développement sont incomparables, sans qu'il soit concevable d'imputer cette disparité et des carences à qui que ce soit, sinon aux circonstances et à l'histoire. Cela implique que la voie vers l'universalité est tortueuse et malaisée. Forcer les faits têtus tient de l'utopie, donc du rêve. La logique, la prudence et le réalisme veulent que l'on procède par étapes, et il y a alors deux façons d'y parvenir.

On peut tout d'abord disséquer la matière, y choisir et en extraire ce qui est susceptible d'être harmonisé, voire unifié, et laisser le reste à plus tard. Cette méthode peut au début se révéler efficace et fructueuse. Par exemple, l'abolition de la torture et des mauvais traitements en prison, ou le droit des personnes pénalement privées de liberté à une promenade quotidienne, sont universels. Mais on aboutira bien vite dans un cul-de-sac.

La seconde façon de procéder revient à adopter une approche régionale, par exemple à l'échelle d'un continent ou sous-continent. En 1955, cette méthode n'avait pas été suivie, même si les pères des Règles minima étaient parfaitement conscients des disparités nationales ou régionales des « conditions juridiques, sociales, économiques et géographiques » de la privation pénale de liberté (cf. 2^e paragraphe des Observations préliminaires des Règles minima). Ils en avaient simplement déduit que là où ces règles n'étaient pas (encore) appliquées et/ou ne pouvaient pas l'être, elles serviraient de modèles à l'avenir. Cette déduction s'est révélée infondée, et cela pour au moins trois raisons.

La première raison est juridique : simple résolution onusienne, qui plus est, prise non par l'Assemblée générale, mais par l'ECOSOC, les Règles minima sont par nature de la *soft law*. Avec le temps qui passe, leur actualité, donc l'opportunité de s'en inspirer, s'estompent aux yeux des autorités nationales compétentes

La deuxième raison est politique : désireux de faire mieux et d'aller plus loin au plan régional, le Conseil de l'Europe adopta en 1973 ses propres Règles minima, devenues Règles pénitentiaires européennes en 1987, puis en 2006 pour leur dernière version, rejetant en Europe dans l'ombre les vénérables Règles minima des Nations Unies.

Enfin, la troisième raison est d'ordre pratique : dans de nombreux États, voire dans certaines régions (par exemple en Afrique ou en Amérique Latine et dans les Caraïbes), l'état des infrastructures et des systèmes carcéraux et pénitentiaires, mais aussi, de façon plus générale, des difficultés économiques et financières, ont rendu – et rendent parfois encore – totalement impossible le respect d'une bonne partie des Règles minima. Et l'instabilité politique, les crises économiques et les conflits armés n'ont pas arrangé les choses. Toute réforme dans notre domaine est alors abandonnée et le temps qui passe ne fait que creuser le fossé qui existe entre les réalités et les exigences posées par les Règles minima.

Il fallut attendre les années '90 (fin de la guerre froide, liquidation des dernières séquelles du colonialisme) et un changement notable de la culture socio-juridique dans les pays les moins avancés en la matière, pour que ces derniers proposent à l'ONU et y fassent adopter par l'ECOSOC une approche régionale en Afrique. C'est ainsi que ce Conseil adopta coup sur coup deux résolutions (ECOSOC Rés. 1997/36 et 1999/27) : la Déclaration de Kampala sur les conditions de détention en Afrique, et la Déclaration d'Arusha sur la

bonne pratique pénitentiaire. On peut y voir les prémices, bien succinctes et imparfaites, de l'Ensemble susmentionné de règles sur l'exécution de la privation pénale de liberté en Amérique Latine et aux Caraïbes.

V. Adoption d'une conception dynamique

Plus d'un demi siècle nous sépare de 1955. Pourtant, avant 2010, personne n'avait vraiment réclamé la réforme des Règles minima, et surtout pas leur remplacement par un nouvel ensemble. On s'était contenté d'invoquer sporadiquement ces Règles au Comité pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, puis à la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, au cours des Congrès quinquennaux des Nations Unies ou à l'ECOSOC. Bien sûr, les Règles étaient maintenues dans les programmes de travail et les rapports d'activité de ces organes, mais sans qu'il en résultât autre chose que des soubresauts d'intérêt poli. Il ne faudrait pas voir dans cet état des choses une manifestation de désintérêt pour le monde des prisons. Il s'agit plutôt d'un changement de politique au sein des Nations Unies : suite à l'abolition de la torture et de tous traitements inhumains ou dégradants, priorité absolue avait été donnée à la sauvegarde des droits des personnes pénalement privées de liberté (objectifs garantistes), au détriment de l'amélioration des régimes des prisons (objectifs utilitaires). Preuve en est l'adoption coup sur coup par l'Assemblée générale – et non plus par l'ECOSOC ! – de deux résolutions en 1988 et 1990 : l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement (A/RES/43/173), puis les Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus (A/RES/45/111).

La seconde de ces Résolutions est particulièrement décevante. Elle se résume à onze principes constitués de banalités qui tiennent davantage de l'exercice alibi que de l'activité politique responsable. Sans cohérence ni nouveauté, elle ne tient même pas compte, dans sa terminologie, de la première, adoptée seulement deux ans auparavant. Comme dans la première, des principes garantistes et utilitaires y figurent dans la confusion, au point que l'on peut se demander si, sans portée nouvelle, elle ne nuit pas à l'application éclairée de la première.

Si elle souffre des mêmes incohérences et confusions, la première de ces Résolutions est plus substantielle. Elle a surtout l'avantage de proposer une terminologie simple et utile dont les législateurs nationaux et internationaux feraient bien de s'inspirer. L'élaboration, l'adoption et l'application de leur production en seront facilitées. C'est ce qui fut fait lors de la préparation de l'instrument régional précité, consacré à l'Amérique Latine et aux Caraïbes.

VI. Adoption d'une terminologie claire et sans référence contraignante à un système juridique national

Tout le monde s'accorde sur la nécessité de distinguer les personnes pénalement privées de liberté avant et après condamnation. Encore faut-il les qualifier correctement et suffisamment clairement, cela d'autant plus que les législateurs nationaux n'ont pas adopté de terminologie exempte d'équivoque et de confusion ; les termes sont fluctuants, provoquant ainsi des malentendus et compliquant l'application des normes. D'où l'impératif de se référer aux définitions tirées du préambule de la Résolution précitée de 1988, sous la rubrique « Emploi des termes », qui sont les suivantes :

- Personne emprisonnée : est dite « emprisonnée » toute personne privée de sa liberté à la suite d'une condamnation pour infraction. Nous suggérons d'ajouter l'adjectif « exécutoire » après le terme de « condamnation », pour ne pas couvrir, en cas de recours avec effet suspensif, la période de privation de liberté entre la décision de première instance et la décision définitive sur recours. Ainsi, une personne emprisonnée est celle qui est en train de subir une sanction pénale privative de liberté.
- Personne détenue : est qualifiée de « détenue » toute personne pénalement privée de liberté, sauf à la suite d'une condamnation (exécutoire) pour infraction. Sont ici visées les personnes arrêtées par la police, placées en garde à vue, détenues provisoirement ou préventivement, enfin en détention extraditionnelle, c'est-à-dire toutes celles qui, par décision d'une autorité pénale autre qu'une condamnation exécutoire pour infraction, sont privées de liberté. C'est ce qu'on appelle en légistique une définition négative. En procédant ainsi, les pères de la Résolution ont fait preuve d'habileté; c'est ce qui leur a permis d'échapper aux pièges résultant du fait que, dans les différents ordres juridiques, ces types de privation de liberté font l'objet de définitions qui ne concordent pas.

De ces définitions découlent celles de l'emprisonnement et de la détention :

- Emprisonnement : condition des personnes emprisonnées, telles que définies supra.
- Détention : condition des personnes détenues, telles que définies supra.

Ces définitions ont un élément commun : la privation pénale de liberté, termes dorénavant consacrés qualifiant une notion commune à l'humanité, dont les règles, garantistes et utilitaires, peuvent être réunies en un ensemble logique et cohérent. L'avantage de l'amalgame de règles de ces deux natures est le suivant :

Certaines règles sont tout à la fois garantistes et utilitaires. D'autres sont difficiles à classer. Enfin, ventiler les règles en deux groupes distincts n'est pas juridiquement indifférent, puisque les principales règles garantistes – celles qui touchent aux droits de l'Homme et à la dignité humaine –, sont de niveau constitutionnel, tandis que toutes les règles utilitaires, sans exception,

sont de niveau légal. Vouloir les distinguer formellement mènerait infailliblement à des débats, voire à des controverses dogmatiques, certes d'un intérêt scientifique incontestable, mais compliquerait indéniablement l'élaboration, l'adoption puis l'application de ces normes.

Compte tenu de ce qui précède, tout ensemble de *soft law* dans notre domaine pourrait s'intituler : Ensemble de règles sur l'exécution de la privation pénale de liberté, sans que personne n'y trouve à redire.

Une autre difficulté d'ordre terminologique a retenu notre attention : dans les instruments des Nations Unies, on utilise, indifféremment semble-t-il, les termes de « règles » (par exemple, Règles de 1955 précitées, Règles de Tokyo, de Beijing, de Riyadh) et de « principes » (par exemple, Résolutions A/43/173 de 1988 et A/45/111 de 1990, précitées). Il se peut que cette distinction soit strictement stylistique, ou de pure opportunité. Pour nous, juriste, les principes sont contenus dans les règles, et les règles sont l'expression normative des principes. Retenir les deux est quelque peu pléonasmique : en toute bonne logique, le choix doit se porter sur le terme de « règles ».

Contrairement à l'habitude, nous avons complété les termes consacrés de « privation de liberté », par le qualificatif de « pénale ». L'idée était de bien la distinguer de toutes les autres formes de privation de liberté dont l'État dispose à l'encontre de ses citoyens, comme la prison pour dette et les différents types d'internement, administratif et pour raison de déficience mentale, y compris dans le cadre de cures de désintoxication pour alcooliques et toxicomanes. Si, en 1955, il pouvait encore se justifier de se référer à la prison pour dette, ou contrainte par corps, cette institution est aujourd'hui heureusement de l'histoire du droit. Quant aux internements administratifs (par exemple, en vue d'un refoulement à la frontière ou de l'expulsion d'un étranger en situation irrégulière dans le pays) ou de santé (cf. A/RES/46/119 de 1991 sur la protection de telles personnes), ils s'exécutent aujourd'hui dans des institutions distinctes des pénales et selon des règles différentes de la privation pénale de liberté. Vouloir étendre à ces cas le champ d'application d'un instrument pénal, mènerait au mieux à la confusion et au malentendu, et au pire, à l'inutilité de pans entiers de l'instrument et à la paralysie des autorités compétentes.

VII. Sources d'inspiration et références

Il serait absurde, irresponsable et contreproductif de faire tabula rasa des réalisations onusiennes, régionales et nationales. Il s'avère juste et utile de s'en inspirer, mais de façon critique, et de tenir compte des progrès socio-juridiques, médicaux, psychologiques et psychiatriques, techniques et technologiques, ainsi que dans le domaine de la gestion et du management (bonne gouvernance) des services publics.

Quant aux sources nationales, elles sont innombrables, et il s'agira d'opérer un choix, d'ordre qualitatif, bien sûr, mais aussi d'opportunité. C'est ainsi que nous avons procédé en mettant l'accent sur les législations d'Amérique Latine et des Caraïbes, dans la mesure où elles étaient récentes, consistaient en des lois générales sur la privation pénale de liberté, et traduisaient une authentique politique criminelle en la matière, rationnelle, cohérente et raisonnable. Nous avons également tenu compte de législations de même type venant d'ailleurs, comme les belge et canadienne, connues pour leurs qualités techniques, leur clarté, leur contenu systématique et surtout leurs références à des valeurs démocratiques.

VIII. Structure et forme de l'instrument de *soft law*

Deux modèles sont ici envisageables. Le premier est celui des Règles minima onusiennes de 1955, et européennes de 1973. L'instrument consiste en une partie générale où figurent les règles applicables à toutes les formes de privation pénale de liberté, suivie de parties spéciales, chacune d'entre elles étant consacrée aux spécificités de certains types de cette privation, par exemple à la détention (privation pénale de liberté avant jugement exécutoire), à la privation de liberté réservée aux femmes, aux malades mentaux, aux intoxiqués ou encore à ceux qui se sont révélés particulièrement violents et dangereux.

Le second modèle est celui des Règles pénitentiaires européennes de 1987 et de 2006, et des Résolutions RES/43/173 et 45/111, précitées, de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui contiennent en un seul amalgame, les principes applicables à toutes les formes de privation pénale de liberté, étant entendu que les spécificités de telle ou telle forme sont mentionnées au fil du texte.

Nous plaidons résolument pour le premier modèle, et voici pourquoi.

Si le second modèle satisfait davantage la logique juridique fondée sur des concepts abstraits, il présente aux yeux des praticiens, même juristes, du législateur au juge, du directeur de prison à l'avocat, du médecin à l'assistant social, du surveillant de prison à la personne pénalement privée de sa liberté, l'inconvénient d'être peu accessible et d'une apparente incohérence : la recherche d'une règle implique souvent l'étude de tout ou d'une bonne partie de l'instrument. Bref, il est peu pratique.

En revanche, l'élaboration, la consultation et l'application des règles contenues dans un instrument du premier type sont plus faciles : en cours d'élaboration du texte, distinguer entre une règle applicable à toutes les formes de privation pénale de liberté, et une règle spécifique à une forme de cette privation, ne présente pas de difficulté majeure. Certes, il peut y avoir risque de redite, parfois même d'incompatibilité entre une règle générale et

une règle spécifique. Si une redite heurte avant tout l'esthétique et ne porte pas réellement à conséquence, dans la mesure où elle ne rend pas le texte confus, les principes généraux de l'interprétation des lois (*lex specialis derogat generali*, principe de hiérarchie des normes, etc.) permettent de parer au second danger.

La structure et la présentation d'un instrument de *soft law* sont très importantes et doivent permettre d'en faciliter la consultation et le respect. Or, les instruments non contraignants les plus importants des Nations Unies, comme les ensembles de règles ou les codes de conduite, constituent des annexes à des résolutions et, en cette qualité, n'ont pas de préambule, qui figure dans la résolution proprement dite. Cette façon de rédiger des instruments, certes conforme aux règles et pratiques du droit des traités, a un effet néfaste : comme, souvent, lors de leur diffusion dans les milieux intéressés, ces ensembles et codes ne sont pas munis de la résolution dont ils constituent l'annexe, la matière du préambule sombre dans l'oubli, alors que sa connaissance est utile à l'interprétation et à l'application des normes en cause. Il faut donc munir tout instrument de *soft law* d'un préambule, même si celui-ci ne fait que reprendre la matière, voire la lettre de la résolution de chapeau.

Or, ce n'est pas tout : pour être utile à la pratique, ce préambule doit être concis, mais, au moins, mentionner les rapports de l'instrument avec ceux des Nations Unies, la justification de l'approche régionale s'il y a lieu, l'explication de la structure de l'instrument, la mention de quelques règles essentielles d'interprétation et surtout, la possibilité de déroger aux règles dans la seule mesure où cette dérogation est en faveur des personnes pénalement privées de liberté.

Chaque règle du dispositif de l'instrument doit être flanquée d'une note marginale, ce qui améliore la lisibilité du texte et en facilite la consultation, surtout pour ceux qui ne sont pas juristes et/ou n'ont pas de connaissances en matière de privation pénale de liberté. Telles se présentent les Règles de 1955 et les Règles pénitentiaires européennes.

Ensuite, des dispositions finales de l'instrument doivent être consacrées au champ d'application et à la mise à jour de l'instrument. Quant au champ d'application, il serait utile de préciser que si les normes ne s'appliquent pas directement aux formes non pénales de privation de liberté (cf. supra), elles peuvent le faire *mutatis mutandis*. De même, il pourrait s'avérer judicieux dans le même but d'évoquer la détention et le placement en institution des mineurs délinquants, au sujet desquels les Nations Unies ont déjà élaboré des règles très garantistes, de la Convention des Nations Unies sur la garantie des droits de l'enfant, aux Règles de Beijing (A/RES/40/33), aux Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté (A/RES/45/113) et à la Résolution de l'ECOSOC 1997/30 : Directives relatives aux enfants dans le système de justice pénale.

Quant à la mise à jour de l'instrument, elle doit être périodique et fréquente, compte tenu de l'évolution accélérée des idées en matière de privation pénale de liberté et des rapides progrès des sciences humaines et techniques, ainsi que de la situation et des conditions sociopolitiques et économiques, notamment au plan régional ou national. On peut ici s'inspirer utilement de la règle 3 de l'Ensemble de 1955 et de la règle 108 des Règles pénitentiaires européennes.

Un dernier point mérite réflexion : faut-il intégrer dans la résolution des règles certes essentielles à la privation pénale de liberté, mais qui sont déjà consacrées dans un instrument contraignant (charte, convention, pacte, etc.) des Nations Unies, spécifique ou non au domaine pénal, comme l'abolition de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants (cf. art. 7 du Pacte ONU II et la Convention contre la torture, de 1984 : A/RES/39/46) ?

En bonne logique juridique, cette mention est redondante, donc inutile, mais pour les seuls États parties à ce ou ces instruments contraignants. Qu'en est-il si un ou plusieurs États ne sont pas liés par ce ou ces instruments ? On peut alors invoquer les instruments non contraignants des Nations Unies (*soft law*). Par exemple, la torture est interdite au plan international par l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, qui a une portée morale déterminante pour tous les États membres de l'Organisation. Bien sûr, cette conséquence juridique ne s'impose que dans la mesure où le nouvel instrument reprend simplement et fidèlement l'instrument antérieur ou reste en deçà de ses exigences. Mais si le nouvel instrument va plus loin, l'objection tombe.

Quoi qu'il en soit en théorie, nous proposons de ne pas en rester à des considérations strictement juridiques, et d'introduire ces principes essentiels dans le nouvel instrument, comme le font d'ailleurs beaucoup d'autres instruments relatifs à la privation pénale de liberté. En effet, il ne faut pas oublier la portée pratique d'une résolution et le fait qu'elle s'adresse certes à des autorités nationales, supposées connaître les instruments des Nations Unies, mais aussi à leurs simples agents d'application des lois, comme les surveillants de prison, et indirectement aux citoyens, donc également aux personnes pénalement privées de liberté qui, dans leur grande majorité, les connaissent peu ou prou. Il s'agit alors de remplir au mieux une mission informative, éducative et formatrice.

Conclusion

En conclusion, ce qui précède montre bien que participer à l'élaboration d'un instrument de *soft law*, à quelque titre que ce soit, au sein d'une ONG ou pour le compte d'une institution ou d'une organisation nationale, régionale ou internationale, n'est pas une sinécure et implique un investissement personnel fait de rigueur scientifique et de clairvoyance, de connaissances et d'expérience, mais aussi de générosité et de dévouement, toutes qualités dont Martin Killias n'est pas dépourvu, comme le montrent les missions qu'il a brillamment remplies à travers le monde. Qu'il en soit, au nom de tous, très sincèrement remercié.