



Chapitre de livre

2021

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'économie du droit pénal

Kuhn, André

How to cite

KUHN, André. L'économie du droit pénal. In: Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal : mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani. Jeanneret, Yvan ; Sträuli, Bernhard (Ed.). Genève : Schulthess éditions romandes, 2021. p. 183–195. (Collection genevoise. Recueils de textes)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160026>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 16.03.2023 07:20

L'économie du droit pénal*

ANDRÉ KUHN

Professeur aux Universités de Neuchâtel et de Genève

La Professeure Ursula Cassani, tout le monde le sait bien, est l'une des plus grandes spécialistes en matière de droit pénal économique que connaisse actuellement notre pays. S'aventurer, dans le cadre de mélanges en son honneur, sur des terrains tels que corruption, blanchiment d'argent ou crime organisé n'est ainsi pas sans risque... Sans compter qu'il en va de même pour toute une série de domaines du droit pénal connexes, voire hors du champ économique et financier proprement dit, à l'instar du délit d'expression, de l'éthique médicale, du droit pénal international, de la restitution d'avoirs illicites et bien d'autres encore.

C'est ainsi qu'une réflexion menée autour de la matière qui pourrait être traitée ici a généré en l'auteur de ces lignes la tentation de procéder à un retournement des concepts. De « droit pénal économique » la thématique est alors naturellement devenue « économie du droit pénal ».

Mais il ne suffit pas de jouer avec l'ordre des mots pour que le sens de l'ensemble devienne limpide. En effet, sous le titre « Économie du droit pénal », il aurait été possible de développer la question de l'éventuelle compensation des deux millions de francs que coûte chaque jour à la population suisse son système carcéral¹ par les amendes et autres pécuniaires prononcées sans sursis dont s'acquittent quotidiennement les justiciables de ce pays au nom du droit pénal. Mais là encore, des connaissances limitées en économie et en comptabilité

* Certaines parties du présent texte – et surtout les idées qui y sont véhiculées – ont déjà été publiées par l'auteur dans des écrits antérieurs. Là où certains utiliseront peut-être la notion ridicule d'« auto-plagiat », l'auteur considère qu'il s'agit plutôt d'un phénomène positif, puisqu'il est le reflet d'un mode de pensée logique, cohérent et surtout constant.

¹ La Suisse compte, bon an mal an, quelque 7'000 détenus – et quelque 7'400 places de détention [n.d.a. : mais où donc est le surpeuplement dont on ne cesse de nous parler ?] – qui, si l'on considère qu'une personne détenue coûte à la société environ CHF 300.– par jour, représentent approximativement une somme de CHF 750 millions par année (soit 7'000 détenus x 300 francs x 365 jours), c'est-à-dire quelque deux millions de francs par jour.

– couplées à des bases de données peu fiables et à une absence d'intérêt pour les questions d'argent – incitent l'auteur à éviter d'explorer ce terrain.

Sous le titre « Économie du droit pénal », il aurait également pu être traité de toutes ces procédures spéciales que le législateur a inséré dans le Code de procédure pénale suisse² ou autres lois³ et dont l'objectif est d'accélérer les procédures pour les rendre moins lourdes pour le système et moins chères pour les contribuables. Cela se fait bien entendu au détriment de quelques principes dits fondamentaux, mais dont le non-respect est impropre à offusquer quiconque. C'est ainsi que la procédure ordinaire (c'est-à-dire une instruction suivie d'un jugement devant un tribunal) est appliquée dans largement moins de 10% des quelque 110'000 affaires pénales menant annuellement⁴ à une condamnation d'une personne adulte pour un crime ou un délit⁵, et donc que la principale procédure spéciale prévue par le CPP, soit celle de l'ordonnance pénale (c'est-à-dire une proposition de jugement faite à la personne prévenue par le ministère public), permet de régler plus de 90% du contentieux pénal de gravité moyenne et importante du pays⁶. Si l'on ajoute à cela que seulement 10% des condamnés par la voie de l'ordonnance pénale ont eu un contact direct avec un procureur, on observe que quelque 80% des condamnations délictuelles et criminelles rendues en Suisse et inscrites au casier judiciaire le sont sur la seule base des investigations de la police et sans que la personne condamnée n'ait été entendue, ni par un juge, ni par un procureur⁷...

Mais finalement, sous le titre « Économie du droit pénal », il a été décidé de traiter de tout autre chose : soit de la question de savoir si nous ne pourrions pas, dans notre société, faire l'économie du droit pénal et donc nous en passer

² CPP ; RS 312.0.

³ Telles que la Loi sur les amendes d'ordre (LAO ; RS 314.1) par exemple.

⁴ Depuis l'entrée en vigueur du CPP, le 1^{er} janvier 2011, on compte approximativement 110'000 condamnations par année pour quelque 100'000 personnes condamnées annuellement pour la commission d'un crime ou d'un délit.

⁵ Selon l'art. 10 CP (RS 311.0), est un crime toute infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans, et est un délit toute infraction passible d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire uniquement. À ces deux catégories d'infractions pénales vient s'en ajouter une troisième : les contraventions, passibles d'une amende comme seule peine (art. 103 CP).

⁶ À ce propos, voir PIETH, MARC, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 3^e éd., Bâle 2016, 249 et 251, ainsi que CR CPP-GILLIERON, GWLADYS / KILLIAS, MARTIN, art. 352 N 3, qui évoquent l'usage de la procédure de l'ordonnance pénale dans plus de 90% des procédures non classées, alors que Riklin parle de « largement plus que 90% », et mentionne que 95% des infractions commises seraient susceptibles d'être jugées par ordonnance pénale (BSK StPO-RIKLIN, FRANZ, *Vorbemerkungen zu Art. 352-356 N 2-3*, ainsi que RIKLIN, FRANZ, *Strafbefehlsverfahren – Effizienz auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit ?*, RJB 2016, 475-500, 476) ; le même auteur indique par ailleurs que, dans certains cantons et pour certaines années, la proportion d'affaires réglées par ordonnance pénale peut aller jusqu'à 99% (RIKLIN, FRANZ, *Urteilsöffnung beim Strafbefehl*, in ZEN-RUFFINEN PIERMARCO (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, Bâle/Genève/Munich 2006, 115-127, 115 s.).

⁷ À ce propos, voir KUHN, ANDRÉ / BERGER-KOLOPP, LÉA, *Regard criminologique sur l'ordonnance pénale*, in BOHNET, FRANÇOIS / DUPONT, ANNE-SYLVIE / KUHN ANDRÉ (édit.), *10 ans de Code de procédure pénale*, Bâle/Neuchâtel 2020, 193-226, N 44 et 62.

complètement. Non, non la lectrice et le lecteur ne rêvent pas... partant du constat que la principale utopie en matière pénale est de poursuivre sur une voie qui s'est avérée sans issue jusqu'ici puisqu'impropre à éradiquer la criminalité, nous tenterons de scier la branche sur laquelle les pénalistes sont confortablement assis•es et développerons la question d'une autre « utopie » : celle de la société sans droit pénal...

I. Le droit pénal est-il une construction sociale nécessaire ?

A. Le droit pénal en tant que construction sociale

La criminalité peut être définie comme étant la transgression des normes pénales en vigueur dans un système social donné. Quant à la notion de normes, elle fait référence à des règles qui peuvent soit être physiquement données, soit être socialement produites. Elles sont physiquement données (on les dit alors objectives) lorsqu'elles sont universelles et qu'elles existent toujours et partout⁸ ; elles sont socialement produites (ou subjectives, ou encore relatives) lorsqu'elles sont définies par l'être humain et qu'elles peuvent donc être différentes dans le temps et dans l'espace, c'est-à-dire d'une époque à l'autre et d'un endroit à l'autre⁹.

Pour ce qui est de la norme pénale (comme l'ensemble des autres normes juridiques d'ailleurs), force est de constater qu'elle n'a rien d'objectif¹⁰ et qu'elle n'est qu'une production sociale¹¹ pouvant varier en fonction de décisions – de politique criminelle – du moment et de l'endroit. En d'autres termes, cela signifie que **le crime en tant que tel n'existe pas**. C'est parce que certains

⁸ Par exemple, le fait que dans notre environnement terrestre tout corps libre chute en direction du sol.

⁹ C'est ainsi que la notion d'excès de vitesse (liée aux limitations de vitesse) peut être définie différemment à travers le temps dans un État donné, ainsi que varier d'un pays à l'autre, soit à travers l'espace.

¹⁰ Certain•e•s lecteurs et lectrices rétorqueront probablement qu'il est pourtant des normes pénales qui existent toujours et partout (et qui sont dès lors objectives), telles que par exemple l'interdiction de tuer autrui. Mais l'interdiction de tuer en tant que telle n'existe pas ; toutes les législations ont introduit de bonnes raisons de tuer autrui, comme la légitime défense, l'état de guerre, l'avortement, l'euthanasie, l'exécution capitale dans les États connaissant la peine de mort, etc. La norme en question prévoit dès lors plutôt l'interdiction de tuer autrui *sans raison valable* ; et cet ajout introduit clairement un élément subjectif, puisque les raisons valables de tuer sont le fruit d'une définition sociale qui diffère dans le temps et dans l'espace.

¹¹ Mentionnons toutefois ici que, selon certaines conceptions du monde, il existerait également des normes pénales émanant de la divinité. Celles-ci ne pouvant alors pas être modifiées par l'être humain, elles se rapprocheraient de normes objectives, mais néanmoins pas applicables toujours et partout. Vu d'une société qui ne partage pas ce genre de conceptions du monde, ces dernières seraient elles-mêmes des constructions sociales. Une telle approche est cependant totalement inaudible pour les personnes vivant dans une culture versée dans de telles certitudes. Nous nous abstenons de prendre ici une quelconque position sur la question, qui revient ultimement à se demander si Dieu créa l'Homme ou si l'Homme créa Dieu...

comportements se sont vu attribuer l'étiquette « crime » qu'ils sont devenus interdits. Il serait dès lors erroné de penser que la société sanctionne ce que l'on appelle « crime » ; la réalité est bien plutôt que l'on appelle « crime » ce que la société a décidé de sanctionner.

La question qu'il convient dès lors de se poser est celle de savoir pourquoi toutes les sociétés connues ont toujours construit du crime.

B. La normalité durkheimienne

En 1895, le sociologue Émile Durkheim¹² écrit : « Partout et toujours, il y a eu des hommes qui se conduisaient de manière à attirer sur eux la répression pénale... Il n'est donc pas de phénomène qui présente de la manière la plus irrécusée tous les symptômes de la normalité, puisqu'il apparaît comme étroitement lié aux conditions de toute vie collective... [Le crime] est un facteur de santé publique, une partie intégrante de toute société saine... Le crime est donc nécessaire ; il est lié aux conditions fondamentales de toute vie sociale... il est utile car... indispensable à l'évolution normale de la morale et du droit... Contrairement aux idées courantes, le criminel n'apparaît plus comme un être radicalement insociable, comme une sorte d'élément parasitaire, de corps étranger et inassimilable, introduit au sein de la société ; c'est un agent régulier de la vie sociale »¹³.

Ainsi, selon Durkheim, il n'existe pas de société humaine sans crime, ce dernier étant considéré comme un **élément inévitable et nécessaire à la survie même de la société**. Pour illustrer son propos, l'auteur prend l'exemple du cloître « exemplaire et parfait » dans lequel les comportements généralement érigés en crimes sont inconnus, mais où des fautes insignifiantes pour le commun des mortels (tel le fait de parler sans permission ou de manger en dehors des heures de repas) sont érigées en infractions et provoquent le même scandale que des délits ordinaires auprès de consciences ordinaires.

C'est donc au XIX^e siècle qu'apparaît l'idée que les normes pénales sont socialement produites et que le crime et son châtement comportent aussi des aspects positifs, puisqu'ils permettent de marquer la limite entre ce qui est permis et ce qui est interdit et de créer de la *cohésion sociale*, ciment nécessaire à l'existence de toute société. Cette dernière a dès lors besoin de la personne criminelle comme d'une sorte de bouc émissaire autour duquel se crée la cohésion sociale, bouc émissaire qui est ainsi utile à la société et qui en devient même en quelque sorte un bienfaiteur. Durkheim ne prône pourtant pas le

¹² Émile Durkheim est né à Épinal, en 1858, et décédé à Paris, en 1917. Il a été professeur de pédagogie et sciences sociales à Bordeaux, puis à la Sorbonne où son poste devint la chaire de sociologie en 1913.

¹³ DURKHEIM, ÉMILE, Les règles de la méthode sociologique, Paris 1895, chapitre III , § III.

fatalisme et l'inaction à l'encontre de la criminalité. Au contraire, il écrit : « De ce que le crime est un fait sociologique normal, il ne suit pas qu'il ne faille pas le haïr » et donc le combattre, de manière à générer de la cohésion sociale, chacun•e étant d'accord avec l'idée de sanctionner la personne qui a fauté.

C. La cohésion sociale a-t-elle besoin du crime ?

Partant du constat qu'une société sans cohésion sociale ne serait plus une société, puisqu'elle se disloquerait, nous nous permettons une question à l'attention de la lectrice et du lecteur de la présente contribution : pourriez-vous énumérer les éléments qui font que vous vous sentez appartenir à votre groupe social, que vous vous sentez être citoyen•ne de votre État d'origine ? Parmi les réponses, on trouvera sans doute le drapeau, l'hymne national, la monnaie nationale, un mets ou une friandise typique, un lieu historique, un paysage unique, etc. Mais penserait-on à répondre : « le code pénal » ? Probablement pas !

En d'autres termes, la cohésion sociale peut être générée par d'autres éléments que le crime et sa répression. Le ciment nécessaire à toute société peut ainsi exister même si le crime n'existait pas. Durkheim a dès lors probablement tort lorsqu'il affirme que le crime est *nécessaire*, car il crée la cohésion sociale.

Mais si tel est le cas, à quoi d'autre peut bien servir la création de normes pénales, la poursuite et la condamnation de ceux et celles qui les outrepassent, ou encore l'exécution des sanctions ainsi prononcées ?

II. Les fonctions de la réaction sociale au crime

Les fonctions de la sanction pénale¹⁴ peuvent être subdivisées en deux grandes catégories, à savoir les fonctions *morales* et les fonctions *utilitaires*. Parmi les premières, on trouve l'expiation et la rétribution. Ces fonctions morales n'ont toutefois aucune utilité sociale. Ainsi, considérant que toute peine devrait être profitable à la société et exécutée de manière à servir de « leçon », on lui attribue également d'autres fonctions, plus utilitaires. Parmi celles-ci, outre le maintien de la cohésion sociale dont nous venons de traiter, on trouve la resocialisation, l'intimidation et l'élimination¹⁵.

¹⁴ Pour des précisions sur des éléments de ce chapitre, voir KUHN, ANDRÉ, *Peut-on se passer de la peine pénale – Un abolitionnisme à la hauteur des défis contemporains*, RThPh 2009, 179-192, dont le présent chapitre est largement inspiré.

¹⁵ Mentionnons encore qu'une même sanction peut viser plusieurs buts à la fois et que, d'autre part, toutes les sanctions ne sont pas susceptibles de réaliser tous les buts. C'est ainsi que le paiement d'une amende ou une assignation à résidence non assortie d'un suivi thérapeutique ne pourront pas être resocialisants et qu'en aucun cas une peine capitale n'aura d'effet de prévention spéciale. En outre, les finalités de la sanction ne sont pas les mêmes au moment du jugement (où la rétribution,

A. L'expiation

La notion d'*expiation* recouvre l'idée que la peine doit être une souffrance imposée à la suite d'une faute et être fixée en fonction de celle-ci. Elle a sa raison d'être dans un système qui craint la colère du/ des dieu(x) ou de la/ des déesse(s) à la suite d'une transgression de la norme et qui requiert donc un sacrifice afin de se prémunir contre l'ire divine. La sanction sert alors à purifier une âme souillée par la commission de l'infraction et à restaurer un équilibre mis à mal par l'acte commis, non seulement entre les membres d'un groupe social, mais également entre les humains et les forces occultes¹⁶. Cette notion est aujourd'hui considérée comme désuète, puisque la distinction entre crimes et péchés – faite en 1764 par Beccaria¹⁷ – a été intégrée au mode de pensée contemporain.

B. La rétribution

La *rétribution* est une « récompense négative » (soit une punition) faisant suite à une mauvaise conduite. En d'autres termes, on part de l'idée que la violation d'une règle sociale cause un préjudice à la société dans son ensemble et que cette dernière doit réagir en infligeant à l'auteur un mal d'intensité identique, destiné à rétablir un certain équilibre. Elle vise à éviter que le ou la délinquant•e ne profite du tort causé à la victime et requiert donc de lui ou d'elle un sacrifice équivalent. Dans cette optique, la peine pénale n'est que la transposition de la réciprocité que l'on imagine dans tous les rapports humains entre des êtres supposés égaux.

La rétribution est ainsi sous-tendue par le ressentiment et n'a de ce fait d'autre ambition que de permettre à la société de se venger. L'illustration la plus claire de cette fonction de la peine est la loi du talion, qui consiste à infliger au ou à la coupable le même traitement qu'il ou elle a fait subir à sa victime¹⁸. Il

le maintien de la cohésion sociale et l'intimidation seront les buts principaux) que lors de son exécution (lors de laquelle on tentera essentiellement de resocialiser ou d'éliminer).

¹⁶ MERLE, ROGER/VITU, ANDRÉ, *Traité de droit criminel*, tome 1 : Problèmes généraux de la science criminelle – Droit pénal général, 7^e éd., Paris 1997, N 54.

¹⁷ BECCARIA, CESARE BONESANA, *Des délits et des peines*, Livourne 1764, § VII.

¹⁸ À ce propos, les citations suivantes tirées de l'Ancien Testament sont d'ailleurs éloquentes : « Celui qui répandra le sang de l'homme, le sang de ce meurtrier sera aussi répandu par l'homme » (Genèse IX, 6) ; « Ton œil sera sans pitié pour le coupable : vie pour vie, œil pour œil, dent pour dent, main pour main, pied pour pied » (Deutéronome XIX, 21). Il en va de même des citations suivantes tirées du Coran : « La loi du talion vous est prescrite en cas de meurtre : l'homme libre pour l'homme libre ; l'esclave pour l'esclave ; la femme pour la femme » (Sourate II, 178) ; « Nous leur avons prescrit, dans la Tora : vie pour vie, œil pour œil, nez pour nez, oreille pour oreille, dent pour dent » (Sourate V, 45). On retrouve en outre la loi du talion dans certaines dispositions du Code de Hammurabi (1750 avant J.-C.), tels les § 116 et 230 (« enfant pour enfant »), ainsi que notamment les § 196 (« œil pour œil ») et § 200 (« dent pour dent »). À propos de ce système vindicatif, BAKER, CATHERINE (Pourquoi faudrait-il punir ?, Lyon 2004, 42) écrit avec un brin de sarcasme : « Pour se venger, il faut avoir une conception claire du temps des conjugaisons. Quelqu'un pense [n.d.a. : au présent] à un drame futur capable de le dédommager d'un drame passé ». Une citation généralement

convient néanmoins de souligner que ce système a représenté, à ses origines, un progrès puisqu'il canalisait le recours à la violence en imposant une compensation s'élevant à un mal pour un mal, alors que, jusque-là, la compensation pouvait aller jusqu'à dix fois le mal initial¹⁹. De surcroît, elle marquait une évolution importante dans les conceptions sociales puisque son application visait à éviter les injustices prévues auparavant suivant que les protagonistes (victime et coupable) étaient riches ou pauvres²⁰.

L'interprétation actuelle de la loi du talion n'en a toutefois retenu que l'aspect moral destructeur – et donc hautement douteux – et oublié son éventuel aspect « positif » consistant à penser que seule une peine d'argent est susceptible de « réparer » un crime à caractère économique tel que le vol. Mais cette fonction de la peine n'en est pas pour autant absente de nos cours de justice ; en effet, bon nombre de codes pénaux disposent aujourd'hui encore que la peine doit être fixée en fonction de la gravité du délit, gravité elle-même mesurée à l'aune des dommages causés à la victime²¹, ce qui, dans un droit pénal fondé sur la faute et la culpabilité, est hautement critiquable.

Enfin, imaginer que la rétribution pourrait aider la victime à faire le deuil de ce qui lui est arrivé est un leurre²². Les victimes elles-mêmes ne s'y trompent d'ailleurs pas, puisque les recherches empiriques montrent depuis longtemps qu'elles ne sont pas plus punitives que les personnes qui n'ont pas subi d'infraction²³.

C. La resocialisation

La *resocialisation* est une autre fonction utilitaire de la sanction, dont le but est de tenter d'adapter ou de réadapter la personne déviante aux normes de son environnement, afin qu'elle (re)devienne conforme. On tentera donc de « corriger » l'auteur•e d'une infraction et d'annuler ses tendances non conformes pour lui donner toutes les chances de pouvoir vivre en société sans

attribuée au Mahatma Gandhi mentionne en outre avec un bon sens certain que « Œil pour œil est une loi qui finira par rendre le monde aveugle ».

¹⁹ Ainsi, le système du talion implique non pas tellement que la société de l'époque était dominée par un esprit de vengeance, mais bien plutôt que cette vengeance était contrôlée et devait s'exercer dans un certain cadre.

²⁰ Voir LEMAIRE, ANDRÉ, La peine en droit hébraïque antique, *in* La peine/Punishment, Première partie, l'Antiquité, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelles 1991, 52-75.

²¹ CUSSON, MAURICE, Le sens de la peine et la rétribution, RICPT 1985, 271-285, 280.

²² À ce propos, voir également LANGUIN, NOËLLE/ROBERT, CHRISTIAN-NILS, Quel rôle pour la victime dans le procès pénal ?, *Plädoyer* 3/2008, 56-61.

²³ Les victimes ont en effet d'autres revendications à faire valoir que celle de réclamer des peines plus sévères à l'encontre des auteur•e•s ; elles semblent bien plus chercher à comprendre ce qui leur est arrivé et à se voir reconnaître dans leur statut de victime. À ce propos, voir déjà KILLIAS, MARTIN, Les Suisses face au crime, *Grüsch* 1989, 180-182.

commettre de nouvelles infractions. Cette conception part ainsi de l'idée que la personne délinquante est un•e « malade social•e » qu'il faut soigner, le traitement étant la sanction. Cette approche a d'ailleurs donné lieu à ce que l'on a appelé le *modèle médical*, selon lequel la détermination de la sanction devrait être attribuée à un•e médecin et non à un•e juge²⁴.

Néanmoins, non seulement cette conception fait d'une personne criminelle un•e malade, mais elle fait surtout de la société un tout immuable, une immense machine à assimiler les individus et à annuler toute tendance non conforme, de manière à désamorcer toute possibilité de déséquilibre ou de conflit. Elle omet en outre que le crime est souvent le produit de la situation dans laquelle se trouve son auteur•e, en présupposant que les contraintes sociales ne jouent aucun rôle dans l'émergence des comportements qualifiés de déviants ou de criminels. Cette optique dite *intégrationniste* part donc de l'idée que la société et ses normes sont des données préalables et immuables auxquelles doit se conformer l'ensemble des membres du groupe. Dès lors, toute déviance sera dévalorisée puisqu'elle représente l'échec à l'insertion dans le système social préexistant.

C'est ainsi qu'ayant longtemps été considérée exclusivement comme un « mal », la déviance a reçu une connotation purement négative. Le XIX^e siècle – sous l'impulsion une fois encore de Émile Durkheim – a néanmoins vu apparaître une conception nouvelle, soit celle de la déviance en tant que moyen d'adaptation et moteur du changement. Dans ce second modèle, le système social est produit et défini par celles et ceux qui y participent. Les normes sociales ne sont plus préalablement données et postulées, mais résultent de l'interaction entre les membres de la société. Autrement dit, elles sont le produit de négociations entre les partenaires sociaux et sociales. Dans ce cadre, la déviance perd son caractère négatif et devient *adaptative*, dans la mesure où elle permet l'innovation et le changement ; non seulement la déviance n'est plus dévalorisée, mais elle est même perçue comme nécessaire au bon fonctionnement de la société²⁵. Ainsi, si nous sommes aujourd'hui libres de concubiner, de contracter des mariages interconfessionnels, d'interrompre certaines grossesses, de vivre des relations aussi bien hétérosexuelles qu'homosexuelles, de nous prononcer politiquement quel que soit notre sexe, etc., c'est principalement **grâce à des criminel•le•s de hier qui ont généré des changements législatifs** par rapport aux lois en vigueur de leur temps.

Il ne s'agit évidemment pas ici de faire l'apologie de la déviance ou du crime, mais simplement de se demander si ceux-ci ne sont pas, dans certaines

²⁴ À ce propos, voir par exemple MACNAMARA, DONAL E. J., *The Medical Model in Corrections : Requiescat in Pace*, *Criminology* 1977, pp. 439-448.

²⁵ Pour des développements supplémentaires sur cette question, voir par exemple DESCHAMPS, JEAN-CLAUDE, *Déviance et conflit*, *Bulletin de criminologie* 1983, 5-9.

circonstances et à certains moments de l'évolution d'une société donnée, des facteurs de « progrès » – ou à tout le moins des facteurs de changement – qui permettent à cette société de réadapter ses normes. En effet, il semble aller de soi que, même si les normes pénales sont préexistantes à l'arrivée d'un individu dans une société donnée, elles restent néanmoins modifiables, puisque relatives.

D. L'intimidation

Parmi les fonctions utilitaires de la peine, on trouve également l'*intimidation*. Selon cette conception, un effet dissuasif pourrait s'exercer sur deux catégories de personnes : d'une part, sur les délinquant•e•s condamné•e•s et, d'autre part, sur l'ensemble de la population. Ainsi, en infligeant une sanction à un•e délinquant•e, le tribunal estime qu'elle lui permettra de prendre conscience de la gravité de son acte et lui enlèvera toute envie de recommencer ; c'est ce que l'on appelle la *prévention spéciale*. Mais la connaissance de la sanction pénale peut également dissuader l'ensemble des auteur•e•s potentiel•le•s (c'est-à-dire chacun•e de nous) de commettre des infractions ; c'est ce que l'on appelle la *prévention générale*. La question qui se pose ici est donc de savoir si ces effets d'intimidation (spéciale et générale) tiennent du mythe ou de la réalité.

Pour ce qui est de la *prévention spéciale*, elle se mesure généralement par le taux de récidive après une condamnation. On observe ainsi, dans les États occidentaux, un taux de récidive générale²⁶ de quelque 50% après l'exécution de la sanction infligée. Mais un tel taux de récidive de 50% est-il un taux d'échec de 50% ou un taux de réussite de 50% ? Si notre attente vis-à-vis des sanctions est de voir tou•te•s les condamné•e•s « guéri•e•s », nous parlerons d'un taux d'échec. Si, par contre, on pense que la sanction pénale doit être réservée à des criminel•le•s graves qui présentent de très mauvaises perspectives de réinsertion sociale – soit une *ultima ratio* –, on devrait alors admettre qu'un taux de récidive de 50% est une immense réussite. On le comprend donc aisément, il n'est pas facile de déterminer si une sanction a véritablement un effet de prévention spéciale et les recherches²⁷ concluantes sur ce sujet sont relativement rares.

²⁶ C'est-à-dire en considérant comme récidiviste tout individu qui a commis une nouvelle infraction quelle qu'elle soit. C'est ainsi qu'un violeur commettant une ivresse au volant après sa sortie de prison sera un récidiviste au sens où on l'entend lorsqu'on parle d'un taux de récidive d'environ 50%. Si on applique une définition plus restrictive, ce taux de récidive chute très fortement. À ce propos, voir l'étude particulièrement intéressante de KENSEY, ANNIE/TOURNIER, PIERRE, *Libération sans retour ?*, Paris 1994, dans laquelle les auteur•e•s appliquent des définitions différentes du mot « récidive » à une cohorte de sortant•e•s de prison et recalculent à chaque fois les taux de récidive par types d'infractions.

²⁷ Pour une revue de littérature sur le sujet, voir par exemple KILLIAS, MARTIN/AEBI, MARCELO F./KUHN, ANDRÉ, *Précis de criminologie*, 4^e éd., Berne 2019, 413-465.

Quant à la *prévention générale*, il a pu être observé que, dans le domaine de la circulation routière, un abaissement des limitations légales de vitesse était immédiatement suivi d'une diminution de la vitesse moyenne²⁸ effective sur les routes et qu'une obligation d'attacher la ceinture de sécurité – accompagnée de sanctions à l'égard des contrevenant•e•s – était propre à augmenter très significativement le nombre de personnes s'attachant²⁹. Néanmoins, lorsque l'on quitte le domaine de la criminalité de masse, on observe que les études les plus récentes sur l'effet de la peine capitale³⁰ arrivent à la conclusion que les États ne connaissant pas la peine capitale ont un taux d'homicide significativement plus bas que ceux qui condamnent certain•e•s criminel•le•s à mort³¹ et que des États qui ont réintroduit la peine capitale ont vu leur taux d'homicide augmenter à la suite de cette réintroduction. Il peut ainsi être démontré que les peines extrêmes n'intimident pas davantage que des peines plus douces ; au contraire même, elles semblent diminuer l'effet dissuasif de la sanction. Ce constat est connu en criminologie sous le terme de « brutalisation »³², soit l'effet de la force d'exemple que représente l'État³³ qui désinhibe les citoyen•ne•s et qui permet probablement aussi d'expliquer pourquoi certains parents enferment leur enfant dans sa chambre lorsqu'il ou elle fait une bêtise – ce qui pénalement parlant n'est rien d'autre qu'une séquestration.

Il y aurait donc prévention générale au bas de l'échelle des sanctions et « brutalisation » – c'est-à-dire encouragement au crime et donc effet inverse de celui de la prévention générale – au haut de l'échelle. La question reste toutefois ouverte en criminologie de savoir à quel moment la courbe de l'effet préventif en fonction de la sévérité de la peine s'incurve, passant de l'intimidation à l'encouragement au crime.

Les quelques développements présentés ci-dessus montrent donc clairement que, dans le domaine de l'intimidation et, plus particulièrement, de la prévention générale, les certitudes de l'époque, ainsi que certaines croyances

²⁸ Cela ne signifie pas pour autant que les limitations de vitesse sont respectées, mais simplement qu'un abaissement de la limite autorisée de 10 km/h engendre une baisse de la vitesse moyenne effective de 10 km/h.

²⁹ Pour d'autres exemples encore, voir KILLIAS, MARTIN/AEBI, MARCELO F./KUHN, ANDRÉ, Précis de criminologie, 4^e éd., Berne 2019, 398-404.

³⁰ Études effectuées aux États-Unis.

³¹ <https://deathpenaltyinfo.org/facts-and-research/murder-rates/murder-rate-of-death-penalty-states-compared-to-non-death-penalty-states> (consulté le 04.08.2021).

³² Cette hypothèse de la « brutalisation » a par exemple été vérifiée dans l'État d'Oklahoma par BAILEY, WILLIAM C., Deterrence, Brutalization, and the Death Penalty : Another Examination of Oklahoma's Return to Capital Punishment, Criminology 1998, 711-733.

³³ État qui cherche d'ailleurs à être un exemple lorsqu'il salarie les fonctionnaires de la même manière quel que soit leur sexe ou qu'il instaure une semaine de vacances de plus que le secteur privé.

bien ancrées aujourd'hui encore, ont de plus en plus de mal à résister aux connaissances scientifiques nouvelles...

E. L'élimination

L'élimination peut se définir comme étant le retrait – plus ou moins définitif – de la société de ses éléments dangereux et/ou gênants. Outre la peine capitale, cette élimination peut prendre plusieurs formes. Il y a eu l'exil et le bannissement, qui consistaient à chasser la personne condamnée de la société dans laquelle elle vivait ; dans le même ordre d'idées, certains États connaissent aujourd'hui encore la sanction pénale d'expulsion des ressortissant•e•s de nationalité étrangère. Finalement, le concept d'élimination recouvre également ce que l'on appelle la *neutralisation*, qui consiste à retirer les délinquant•e•s de la société en les enfermant pendant de très longues périodes. Cette dernière forme d'élimination est concrétisée par des politiques criminelles ayant pour slogans «*three strikes and you're out*»³⁴ (trois fautes / trois infractions et tu es éliminé•e), voire «*two strikes and you're in for life*» (deux fautes et tu es dedans pour la vie), «*lock them up and throw away the key*» (enfermez-les et jetez la clé), etc.

Sachant que les effets de ce genre de politiques criminelles sur le taux de criminalité sont infiniment modestes³⁵ (pour des raisons aussi diverses que le fait que l'on ne peut neutraliser un•e délinquant•e qu'après la commission d'un premier méfait, qu'on ne neutralise pas forcément les personnes présentant les plus grands risques de récidive, que certain•e•s auteur•e•s neutralisé•e•s sont simplement remplacé•e•s sur le marché du crime, etc.), il n'est pas non plus justifié de fonder la sanction pénale sur ce but utilitaire qui ne déploie pas les effets escomptés.

III. L'abolition

L'abolitionnisme est un courant de pensée remontant au XVIII^{ème} siècle et qui, à son origine, visait la suppression de l'esclavage, pour ensuite être étendu à l'abolition de la torture, de la peine de mort, de la prison, voire du droit pénal dans son ensemble.

Au vu de ce qui précède, il ne paraît pas totalement absurde et illogique d'envisager – comme le font certain•e•s criminologues dit•e•s « critiques » – l'abolition de la loi pénale, puisque celle-ci semble inutile, ou à tout le moins impropre à répondre aux attentes placées en elle. En effet, d'une part, nous

³⁴ Expression empruntée au base-ball.

³⁵ Depuis celle de VAN DINE, STEPHAN/CONRAD, JOHN PHILLIPS/DINITZ, SIMON, (*Restraining the Wicked : The Incapacitation of the Dangerous Criminal*, Lexington/Toronto 1979), qui fut la première en son genre, de nombreuses études l'ont démontré.

n'avons pas besoin de lois pour savoir qu'un meurtre est inadmissible et catastrophique ; mais surtout, d'autre part, cela fait des milliers d'années que l'être humain édicte des lois interdisant de tuer autrui ; depuis des milliers d'années, on sanctionne les meurtriers et les meurtrières ; pourtant, aujourd'hui comme hier, on observe que certains individus commettent des homicides³⁶... Ne vivons-nous donc pas en pleine utopie, utopie virant même à la dystopie³⁷ ?

Il n'est d'ailleurs point nécessaire d'être abolitionniste pour admettre qu'avant de livrer la guerre, on doit faire appel aux diplomates et leur donner le temps et les moyens d'obtenir un règlement du conflit qui satisfasse les deux parties. La pensée pénale nouvelle est empreinte de ce même esprit. Ainsi, d'une justice rétributive (fondée sur l'*attribution* de la responsabilité pénale par un agent extérieur), on préconise, avec de plus en plus d'insistance, le passage à une justice restaurative (fondée sur la *prise* de responsabilité par les protagonistes eux-mêmes). La justice violente d'aujourd'hui est ainsi appelée à disparaître et à faire place à des modes plus amiables de résolution des conflits pénaux.

Ce d'autant plus d'ailleurs que l'on sait aujourd'hui que la décriminalisation peut avoir des effets très positifs en matière de criminalité. C'est ainsi – par exemple – que, contrairement à toute attente, le fait d'avoir aboli l'ensemble de la signalisation routière sur un carrefour de la ville de Drachten (aux Pays-Bas) semble avoir accru le « savoir SE conduire » et ainsi diminué le nombre d'accidents et d'infractions au code de la route...

L'abolition du droit pénal, idée totalement ridicule pour certain•e•s, hypothèse de travail pour d'autres, semble dès lors bien s'imposer si l'on se place dans la perspective de la construction d'une société meilleure.

À ceux et celles qui ne pourraient concevoir une société sans prison, sans sanction et sans loi pénale, il est utile de rappeler qu'il fut un temps, pas si lointain, où l'aveu était nécessaire pour condamner un individu et où le « bon » fonctionnement du système était dépendant de l'existence de la torture pour obtenir (ou extirper) cet aveu. En ce temps-là, une société sans torture n'était simplement pas concevable... Avec l'œil averti d'un humain du XXI^e siècle, nous regardons pourtant le droit de nos aïeux avec condescendance. Mais quel regard portera l'humain du XXV^e siècle sur les pratiques pénales de ses propres aïeux ?

Rien n'est donc éternel... ni la prison, ni les sanctions formelles, ni même le droit pénal probablement... Une chose est en effet certaine et notre système pénal ne l'a manifestement pas encore intégré : « On ne peut garantir la vie en

³⁶ BAKER, CATHERINE, Pourquoi faudrait-il punir ?, Lyon 2004, 169.

³⁷ À ce propos, voir KUHN, ANDRÉ, Droit suisse des sanctions : de l'utopie à la dystopie, RPS 2017, 235-255.

donnant la mort, on ne peut défendre la liberté en enfermant des milliers d'individus, on ne peut refuser la violence en utilisant la violence »³⁸ ; notre droit pénal est donc indubitablement destiné à se réformer en profondeur, voire à disparaître.

³⁸ BAKER, CATHERINE, Pourquoi faudrait-il punir ?, Lyon 2004, 176 s.