

Peut-on se passer de la peine pénale ?

Un abolitionnisme à la hauteur des défis contemporains

André Kuhn*

Texte paru dans la *Revue de Théologie et de Philosophie*, N° 2/2009, 179-192

1. Introduction

Aucune guerre n'a jamais servi la paix! Pourquoi en irait-il autrement en matière de criminalité? Si la «guerre» contre le crime avait la moindre chance d'éradiquer ou de faire diminuer la criminalité, nous vivrions depuis longtemps dans une société sans crime.

En effet, depuis des milliers d'années, l'être humain édicte des lois interdisant de tuer autrui. Depuis des milliers d'années, on sanctionne les meurtriers. Pourtant, aujourd'hui comme hier, on observe que certains individus commettent des homicides.

Au-delà de la question de savoir si la prison a encore la moindre raison d'être¹, on doit donc se demander si la sanction, voire la loi pénale elle-même, bénéficient encore d'une légitimité. La société n'a en effet pas besoin de lois pour savoir qu'un meurtre est inadmissible et catastrophique.

Ainsi, partant du constat que bon nombre d'atrocités commises dans le courant du XX^e siècle l'ont été au nom de la loi, certains criminologues proposent l'abolition pure et simple de cette loi et donc une société sans droit pénal. C'est ce que l'on appelle la criminologie «critique» ou «radicale»².

Ces abolitionnistes avancent que les sanctions informelles (c'est-à-dire celles qui ne sont pas contenues dans des textes de loi, telles que le blâme, l'exclusion du groupe d'amis, la réprobation sociale, etc.) seraient suffisantes pour réguler notre société. Par opposition, les sanctions formelles (soit celles qui sont infligées par les autorités, au nom de la loi) seraient donc inutiles.

À cela, d'autres criminologues répondent que les sanctions informelles seraient insuffisantes, voire inexistantes, si elles n'étaient pas précédées par une réaction sociale formelle à la suite de la commission d'une infraction. Cette seconde conception est aujourd'hui dominante, raison pour laquelle le législateur édicte encore et toujours des lois pénales en imaginant ainsi régler des

* Professeur de criminologie et de droit pénal aux Universités de Lausanne et de Neuchâtel.

¹ Thématique abordée par le superbe texte de C.-N. ROBERT, «L'abolition», in: *Comment sanctionner le crime?*, Ramonville: Erès, 2002, p. 35ss.

² À ce propos, cf. par exemple L. HOULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues: le système pénal en question*, Paris: Le Centurion, 1982.

problèmes sociaux dont on ignore souvent la source, mais dont on croit savoir comment les combattre efficacement. Criminaliser de nouveaux comportements procure peut-être le sentiment de s'attaquer à un phénomène et donne surtout bonne conscience, alors qu'en réalité, toute criminalisation équivaut à un aveu d'échec d'une politique sociale. Ce n'est en effet que parce que d'autres moyens de résoudre un problème échouent que l'on criminalise. C'est ainsi notamment que la consommation de stupéfiants n'est pas un problème pénal, mais bien un problème de santé publique géré de façon désastreuse par le politique, et qu'il ne serait pas nécessaire de criminaliser la circulation routière si des politiques de préventions adéquates³ étaient enfin mises en œuvre.

Sachant qu'avant de conclure à l'inutilité d'un objet ou d'un concept, il semble nécessaire de se poser la question de ses buts et de sa capacité à les atteindre⁴, nous nous proposons de nous arrêter, dans un premier temps, sur les fonctions de la peine pénale, avant de nous pencher sur le concept même de justice.

2. Les fonctions de la sanction pénale

Les fonctions de la peine pénale 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 on trouve le maintien de la cohésion sociale, la resocialisation, l'intimidation, l'élimination, la réparation et la conciliation⁵.

2.1. 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

³ Nous entendons ici autant la prévention par la conscientisation des automobilistes que la prévention situationnelle consistant par exemple à limiter physiquement la vitesse à laquelle peut rouler un véhicule automobile sur un certain tronçon routier, ou à rendre impossible de mettre en marche une voiture sans avoir à souffler dans un éthylomètre relié au système d'allumage du véhicule. Pour d'autres exemples, cf. M. KILLIAS, «Prévenir la violence par la répression pénale?», *Revue Pénale Suisse* 4/2006, p. 374ss, plus particulièrement p. 383s.

⁴ Ce n'est en effet que si les buts ou les fonctions dudit objet ou concept sont irréalistes ou qu'il est empiriquement démontré qu'il n'est pas en mesure de les atteindre que l'on est en droit de conclure à son inutilité.

⁵ 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 resocialisantes 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, 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, éliminer, réparer et éventuellement réconcilier).

du/des dieu(x) à la suite d'une transgression de la norme et qui requiert donc un sacrifice afin de se prémunir contre l'ire divin. La sanction sert alors à purifier une âme souillée par la commission de l'infraction. On punit donc parce que la personne a commis une infraction, et cette punition poursuit le but d'améliorer le délinquant et de réinstaurer un équilibre mis à mal par l'infraction, non seulement entre les membres d'un groupe social, mais également entre les hommes et les forces occultes⁶. Cette notion est aujourd'hui considérée comme désuète, puisque la distinction entre crimes et péchés – faite en 1764 par Beccaria⁷ – est intégrée au mode de pensée contemporain.

2.2. La rétribution

Quant à la *rétribution*, il s'agit d'une sorte de «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 délinquant ne profite du tort causé à la victime et requiert donc de lui 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 donc 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 talion⁸. Il convient néanmoins de souligner que celle-ci a représenté, à ses origines, un progrès puisqu'elle canalise 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 initial⁹. De surcroît, elle marquait une évolution importante dans les conceptions sociales puisque son

⁶ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome1: Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Paris : Cujas, 1997, 7^{ème} éd., n° 54.

⁷ Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, § VII.

⁸ Loi du talion: châtimeut qui consiste à infliger au coupable le même traitement qu'il a fait subir à sa victime. 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.), tel 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, C. BAKER (*Pourquoi faudrait-il punir?*, Lyon: Tahin Party, 2004, p. 42) écrit avec un brin de sarcasme: «Pour se venger, il faut avoir une conception claire du temps des conjugaisons. Quelqu'un pense à un drame futur capable de le dédommager d'un drame passé». Une citation généralement attribuée au Mahatma Gandhi mentionne en outre avec un bon sens certain que «Oeil pour œil est une loi qui finira par rendre le monde aveugle».

⁹ Ainsi, le système du talion implique, non pas 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.

application visait à éviter les injustices prévues auparavant suivant que les protagonistes (victime et coupable) étaient riches ou pauvres¹⁰.

La vision actuelle de la loi du talion n'en a toutefois retenu qu'une fonction morale destructrice et donc hautement douteuse. Mais elle 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 victime¹¹, 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 leurre¹². Les victimes elles-mêmes ne s'y trompent d'ailleurs pas, puisque les recherches empiriques montrent qu'elles ne sont pas plus punitives que les personnes qui n'ont pas subi d'infraction¹³.

2.3. Le maintien de la cohésion sociale

Parmi les fonctions utilitaires de la sanction pénale, celle que le sociologue Emile Durkheim¹⁴ appelait le *maintien de la cohésion sociale et de la conscience commune*¹⁵ entend marquer, par l'intermédiaire de la sanction, le pouvoir de l'État sur les justiciables, ainsi que les limites de ce qui est permis dans une société.

En conséquence, toute société humaine aurait besoin du crime pour survivre. C'est ainsi qu'en 1895, Durkheim écrivait: «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. Faire du crime une maladie sociale, ce serait admettre que la maladie n'est pas quelque chose d'accidentel, mais, au contraire, dérive, dans certains cas, de la constitution fondamentale de l'être vivant; ce serait effacer toute distinction entre le physiologique et le pathologique... [Le crime] est un facteur de santé publique, une partie intégrante de toute

¹⁰ Cf. A. LEMAIRE, «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: De Boeck, 1991, p. 52-75.

¹¹ M. CUSSON, «Le sens de la peine et la rétribution», *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1985/3, p. 280.

¹² À ce propos, cf. également N. LANGUIN et C.-N. ROBERT, «Quel rôle pour la victime dans le procès pénal ?», *Plädoyer* 3/2008, p. 56-61.

¹³ Les victimes ont en effet d'autres revendications à faire valoir que celle de réclamer des peines plus sévères à l'encontre des auteurs ; 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, cf. par exemple M. KILLIAS, *Les Suisses face au crime*, Grösch: Rüegger, 1989, p. 180ss.

¹⁴ Emile Durkheim est né à Epinal en 1858 et décédé à Paris en 1917. Il a été professeur de pédagogie et de sciences sociales à Bordeaux, puis à la Sorbonne, où son poste devint la chaire de sociologie en 1913.

¹⁵ Cf. A. CHAUVENET et F. ORLIC, «Sens de la peine et contraintes en milieu ouvert et en prison», *Déviance et Société* 26/4, 2002, p. 443ss.

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»¹⁶.

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 et à son évolution¹⁷. Pour illustrer son propos, l'auteur prend l'exemple du cloître «exemplaire et parfait»¹⁸ dans lequel les crimes proprement dits 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) provoquent le même scandale que des délits ordinaires auprès de consciences ordinaires. Durkheim affirme que «si donc cette société se trouve armée du pouvoir de juger et de punir, elle qualifiera ces actes de criminels et les traitera comme tels».

C'est donc au XIX^e siècle déjà qu'est apparue 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 bien marquer la limite entre ce qui est permis et ce qui est interdit.

Nous sommes néanmoins d'avis qu'il existe probablement bien d'autres manières de maintenir la cohésion sociale que celle passant par l'usage de la force et de l'oppression des justiciables par l'État. Cette fonction de la sanction pénale ne suffit donc pas à elle seule à justifier le maintien de la justice pénale.

2.4. La resocialisation

La *resocialisation* est une autre fonction utilitaire de la sanction, dont le but est de tenter d'adapter ou de réadapter le déviant aux normes de son environnement, afin qu'il (re)devienne conforme. On tentera donc de «corriger» l'auteur d'une infraction et d'annuler ses tendances non conformes pour lui donner toutes les chances de pouvoir vivre en société sans commettre de nouvelles infractions. Cette conception part ainsi de l'idée que le délinquant est un «malade social» 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*

¹⁶ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris: Alcan, 1895, chapitre III, § III.

¹⁷ Durkheim ajoute néanmoins que «de ce que le crime est un fait sociologique normal, il ne suit pas qu'il ne faille pas le haïr».

¹⁸ Nous prions donc le lecteur de ne pas penser ici à un monastère tel que décrit dans le roman de Umberto ECO intitulé *Le nom de la rose*, Paris: Grasset, 1982.

médical, selon lequel la détermination de la sanction devrait être attribuée à un médecin et non à un juge¹⁹.

Néanmoins, non seulement cette conception fait du criminel un 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 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 doivent se conformer tous les 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 XX^e siècle 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 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. 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 société²⁰.

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 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. C'est ainsi que des infractions très graves à une certaine époque perdent de leur gravité au fil du temps, en raison d'événements particuliers ou du non-respect croissant d'une norme. Il en va ainsi, par exemple, de l'objection de conscience, de l'avortement et de l'homosexualité. La commission de crimes est donc susceptible d'avoir un effet adaptatif et ne doit dès lors pas être considérée exclusivement sous l'angle du

¹⁹ Cf. par exemple M. CUSSON, *Le contrôle social du crime*, Paris: PUF, 1983, p. 32ss.

²⁰ Pour des développements supplémentaires sur cette question, cf. par exemple J.-C. DESCHAMPS, «Déviance et conflit», *Bulletin de criminologie* 1/1983, p. 5ss.

«mal». En d'autres termes, la resocialisation à tout prix ne peut pas être le but unique de la sanction pénale.

2.5. L'intimidation

Parmi les fonctions utilitaires de la peine, on trouve également l'*intimidation*. Un effet dissuasif peut en effet s'exercer sur deux catégories de personnes: d'une part, sur les délinquants condamnés et, d'autre part, sur l'ensemble de la population. Ainsi, en infligeant une sanction à un délinquant, le juge 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 auteurs potentiels (c'est-à-dire chacun de nous) de commettre la même infraction; 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 général²¹ de quelque 50% dans les cinq ans après l'exécution de la sanction infligée. De plus, on doit se demander si un taux de récidive de 50% est un taux d'échec de 50% ou un taux de réussite de 50%²²... En effet, si notre attente vis-à-vis des sanctions est de voir tous les condamnés «guéris», nous parlerons alors d'un taux d'échec. Si, par contre, on pense que la sanction pénale doit être réservée à des criminels graves qui présentent de très mauvaises perspectives de réinsertion sociale, 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 recherches²³ concluantes sur ce sujet sont relativement rares.

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 moyenne²⁴ effective sur les routes et qu'une obligation d'attacher la ceinture de sécurité –

²¹ 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, cf. l'étude particulièrement intéressante de A. KENSEY et P. TOURNIER, *Libération sans retour ?*, Paris: Ministère de la justice, 1994, dans laquelle les auteurs appliquent des définitions différentes du mot "récidive" à une cohorte de sortants de prison et recalculent à chaque fois le taux de récidive par type d'infractions.

²² Il s'agit de la question du verre à moitié vide ou à moitié plein.

²³ Pour une revue de littérature sur le sujet, cf. par exemple M. KILLIAS, *Précis de criminologie*, 2^e édition, Berne: Stämpfli, 2001, p. 477ss.

²⁴ 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.

accompagnée de sanctions à l'égard des contrevenants – était propre à augmenter très significativement le nombre de personnes s'attachant²⁵. Néanmoins, lorsqu'on quitte le domaine de la petite criminalité de masse, on observe aussi qu'une large majorité des recherches menées sur le sujet de la peine capitale²⁶ arrivent à la conclusion que la présence ou l'absence de la peine de mort dans l'arsenal de sanctions à la disposition des juges n'influence en rien le nombre de crimes violents commis. En effet, les États ne connaissant pas la peine capitale ne diffèrent pas de ceux qui la connaissent, de même qu'une abolition et/ou une réintroduction de la peine capitale dans les textes de loi d'un État ne modifient généralement pas le taux de crimes de sang qui y sont commis. Il peut ainsi être démontré que les peines extrêmes n'intimident pas davantage que des peines plus douces. Au contraire même, certaines recherches ont permis d'observer que, lorsque l'État procède lui-même à des exécutions capitales, il désinhibe les citoyens en les confortant dans l'idée que la violence est une manière adéquate de résoudre les conflits, augmentant ainsi le nombre de crimes violents. Ce dernier effet est connu en criminologie sous le terme de «brutalisation»²⁷. 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.

Ce constat nous oblige une fois encore à concéder qu'en l'état actuel des connaissances, la sanction pénale ne peut pas tirer sa justification de son effet intimidateur, puisque celui-ci n'est que très partiellement démontré.

2.6. 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. Dans l'histoire, il y a eu tout d'abord l'exil et le bannissement, qui consistaient à chasser le condamné de la société dans laquelle il vivait. Dans le même ordre d'idées, certains États connaissent aujourd'hui encore la peine pénale d'expulsion des ressortissants étrangers. Il existe aussi ce que l'on appelle la neutralisation, qui consiste à retirer les délinquants de la société en les enfermant pendant de très longues périodes. Cette dernière forme d'élimination, particulièrement appliquée aux États-Unis, est concrétisée par des politiques criminelles ayant pour slogans «*three*

²⁵ Pour d'autres exemples encore, cf. M. Killias, Précis de criminologie, 2^e édition, Berne: Stämpfli, 2001, p. 452ss.

²⁶ Etudes effectuées aux États-Unis.

²⁷ Cette hypothèse de la «brutalisation» a par exemple été vérifiée dans l'État d'Oklahoma par W.C. BAILEY, «Deterrence, Brutalization, and the Death Penalty: Another Examination of Oklahoma's Return to Capital Punishment», *Criminology*, vol. 36, 1998, p. 711ss.

*strikes and you're out*²⁸ (trois fautes et tu es dehors), 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 modestes²⁹ (pour des raisons aussi diverses que le fait que l'on ne peut neutraliser un délinquant qu'après la commission d'un premier méfait, qu'on ne neutralise pas forcément les personnes présentant les plus grands risques de récidive, que certains auteurs neutralisés sont simplement remplacés 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.

2.7. La réparation

La *réparation* peut également entrer en ligne de compte en tant que fonction utilitaire de la sanction. Dans ce cas, il s'agit d'obliger ou d'inciter l'auteur d'une infraction à réparer le dommage qu'il a causé. Cette réparation peut prendre la forme d'un dédommagement direct de la victime, d'une contribution à une association d'aide aux victimes, d'un travail fourni au profit de la victime ou de la communauté, etc.

La réparation passe ainsi souvent par le paiement d'une somme d'argent et donc par une sanction à caractère pécuniaire. Historiquement, et contrairement à une croyance très répandue, il n'a pas fallu attendre les premiers détracteurs de la peine privative de liberté pour voir apparaître la peine pécuniaire dans l'arsenal des sanctions pénales. Bien au contraire, historiquement, la peine pécuniaire précède largement la sanction privative de liberté. On peut, sans grande crainte de se tromper, affirmer que les peines pécuniaires sont les plus anciennes et même qu'il «fut un temps où toutes les peines étaient pécuniaires»³⁰. En effet, après l'idée de simple *vengeance*³¹, la notion de *compensation* et de *réparation* du préjudice causé par un délit a fait son apparition. C'est ainsi que, dans bon nombre de législations, le système de la composition pécuniaire est venu rapidement clore le règne de la vengeance privée³². Contrairement à la situation actuelle, les juristes de l'Antiquité

²⁸ Expression empruntée au base-ball.

²⁹ Depuis celle de S. VAN DINE, J.P. CONRAD et S.DINITZ, (*Restraining the Wicked. The Incapacitation of the Dangerous Criminal*, Lexington (Mass.)/Toronto: Lexington Books, 1979), qui fut la première en son genre, de nombreuses études l'ont démontré.

³⁰ Cesare Beccaria, cité sans indication de source dans BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, tome II, Paris: Cosse et Marchal, 1864, p. 260.

³¹ Exprimée à travers la loi du talion; à ce propos, voir ci-dessus, note n° 8.

³² On en trouve d'ailleurs la trace dans HOMERE, *L'Iliade*, L. IX, vers 632: «On reçoit la compensation pour le meurtre d'un père ou d'un fils. Le meurtrier reste parmi les siens, ayant payé une large compensation et l'offensé ainsi dédommagé s'apaise et renonce à son ressentiment».

grecque³³ et romaine considéraient que la peine pécuniaire était la peine principale et fondamentale, la prison n'étant utilisée que comme «détention avant jugement» et comme une forme particulière de supplice³⁴. Au VI^{ème} siècle, les Germains créèrent une sanction pécuniaire, le «Wergeld»³⁵, qui était lui-même composé de deux parts: le «Faidus»³⁶, soit les deux tiers de la somme, qui représentait la compensation versée à la victime et à sa famille pour que celles-ci renoncent à la vengeance privée, et le tiers restant, le «Fredum»³⁷, somme payée aux agents de l'autorité, destinée aussi bien à apaiser le trouble public engendré par le crime qu'à garantir à l'auteur que la société ferait respecter le traité de paix conclu par le moyen du «Wergeld».

À n'en point douter, la sanction pénale – mais est-ce véritablement encore du droit pénal? – trouve dans la réparation du préjudice causé une raison d'être et une justification. Réparer et remettre les choses dans un état aussi proche de celui qui existait avant la commission de l'infraction est probablement la plus noble et la plus utile des tâches qui pourrait être assignée à un mode de résolution des conflits pénaux. Nous y reviendrons donc plus avant.

2.8. La réconciliation

Finalement, on peut ajouter à la liste des fonctions utilitaires de la sanction pénale – qui n'est évidemment pas exhaustive – la fonction de *réconciliation*. Il s'agit alors de mettre en contact l'auteur et la victime consentante, afin qu'ils puissent tenter de s'expliquer, de se comprendre, voire que l'auteur puisse s'excuser. Cette réconciliation peut soit se faire par l'intermédiaire d'une conciliation, soit par l'intermédiaire d'une médiation³⁸.

Tirant son origine de la justice réparatrice (dite également restaurative) et plus particulièrement du mouvement américain des années 1960 appelé «*Alternative Dispute Resolution*» et des «*Victim-Offender Reconciliation Programs*» qui en découlèrent dans les années 1970, la médiation pénale peut se définir³⁹ comme étant un «processus permettant à la victime et au délinquant de participer

³³ Cf. E. KARABELIAS, «La peine dans Athènes classique», in : *La peine/Punishment*, Première partie, l'Antiquité, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelles : De Boeck, 1991, p. 77-132, sp. 104 ss.

³⁴ À ce sujet, cf. B. BOULOC, *Pénologie*, Paris: Dalloz, 3^{ème} éd., p. 11.

³⁵ Également appelé «Mannbuße», «Sühnegeld» ou «Compositio» par certains auteurs. Sur ce sujet, cf. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris: PUF, 2000, 2^{ème} éd., p. 99-100, ainsi que, pour de nombreuses illustrations, M. CUSSON, *Pourquoi punir ?*, Paris: Dalloz, 1987, p. 47-48.

³⁶ De «Faida», la vengeance.

³⁷ Également appelé «Friedensgeld», «Fredus», «Fretus», «Pax» ou «Poena pacis» par certains auteurs.

³⁸ Pour une distinction entre conciliation et médiation, cf. par exemple J. KNOEPFLER, «Quelles sont les possibilités actuelles de médiation dans la justice pénale en Suisse? Quelles sont les évolutions envisageables?», in: *Médiation: une voie à suivre dans la justice pénale*, Lucerne: Caritas, 2001, p. 103ss.

³⁹ Conseil de l'Europe, Recommandation (99) 19 du 15 septembre 1999. Pour une liste détaillée des éléments de la définition de la médiation, cf. A. KUHN, «La Médiation pénale», in: *La mise en œuvre et la protection des droits*, Lausanne: UNIL et JdT, 2002, p. 99ss.

activement, s'ils y consentent librement, à la solution des difficultés résultant d'un délit, avec l'aide d'un tiers indépendant (médiateur)».

Ce tiers médiateur doit alors se restreindre à favoriser l'émergence d'une solution librement consentie par les deux parties. Ainsi, par la conduite de réunions, il devra établir et maintenir une communication, ce qui implique la création d'un climat de confiance et d'un espace de dialogue et d'écoute mutuelle. À la différence de la conciliation (négociation entre les parties en présence de l'autorité judiciaire, en vue de trouver un arrangement permettant un retrait de la plainte pénale), la médiation doit donc faire émerger une solution qui vient des parties et non leur proposer une solution extérieure, même acceptable pour les deux antagonistes. En termes de management, la médiation pourrait être caractérisée par un résultat de type «*win-win*» (tous les protagonistes étant gagnants), alors que les concessions mutuelles exigées par une solution proposée de l'extérieur engendreraient un résultat de type «*lose-lose*» ou, au mieux, «*win-lose*».

Dans le but de trouver des justifications à la sanction pénale, nous sommes donc contraint de nous éloigner de manière significative de la justice que nous connaissons... Y aurait-il dès lors éventuellement deux formes de justices ?

3. Justice du glaive *versus* justice de l'aiguille

Nous le mentionnions plus haut, la sanction pénale a, selon certains criminologues, une fonction de *réconciliation*. Mais s'agit-il véritablement d'un but susceptible d'être atteint par notre justice pénale qui ne fait aucune place au pardon ?

Sans aller aussi loin que l'abolition totale du système formel, certaines sociétés ont des manières très différentes des nôtres de résoudre les conflits nés d'une infraction pénale. C'est ainsi que, dans certaines sociétés dites «primitives», le crime est considéré comme un déséquilibre introduit dans le groupe et la peine a dès lors pour fonction première de rétablir l'équilibre rompu. «En effet, si étonnant que cela paraisse, on rencontre des populations où la peine – mais mérite-t-elle encore ce nom? – consiste simplement dans l'intégration du coupable dans le groupe de la victime, dont il prend la place, par exemple en épousant sa veuve, ou à la suite d'une adoption à titre de fils ou de frère»⁴⁰. Il s'agit en fait d'une espèce de talion sans l'élément destructeur qu'est la vengeance, où l'auteur perd son identité et disparaît au profit de la victime qui renaît. À l'opposé de nos sociétés

⁴⁰ H. LEVY-BRUHL, «Ethnologie juridique», in: *Ethnologie générale*, Bruges: Gallimard (Encyclopédie de la Pléiade n° 24), 1968, p. 1170ss. Sur ce que l'on appelle «l'abandon noxal», cf. également G. KELLENS, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Liège: Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1991, p. 28.

marginalisantes écartant les déviants du groupe social, il existe donc des sociétés où les criminels et les déviants font partie intégrante du groupe et y tiennent une place bien précise, à l'image du «tapagoille»⁴¹, chargé de taper dans les gouilles et les marais pour faire taire les crapauds.

Dans de telles sociétés «intégratives», l'emprisonnement est considéré comme la perte d'une force de travail et l'amende comme une escroquerie de la part de l'État, puisque ce dernier ne rétrocède pas son montant à la victime de l'infraction. Dès lors, on comprend mieux pourquoi les peuples colonisés par l'Occident hésitent à faire usage du droit du colonisateur et recourent encore aux droits traditionnels. Ailleurs, on trouve des compromis, tels que le «village pénitentiaire»⁴² dans lequel on place des personnes condamnées selon le droit du colonisateur, mais où chaque «détenu-villageois» se voit octroyer une tâche très précise, nécessaire à la bonne marche de l'ensemble du village. Ce dernier fait donc office de centre de détention, mais ne comporte aucun mur, ni aucune barrière destinés à éviter les éventuelles évasions.

À ce jour, notre justice occidentale, plus particulièrement notre droit pénal, suppose l'existence d'intérêts individuels distants les uns des autres, le conflit intervenant lorsque les intérêts des uns se rapprochent trop de (voire empiètent sur) ceux des autres. La justice est ainsi appelée à trancher le point de rencontre avec le glaive et à replacer les intérêts de chacun sur une balance afin de rétablir l'équilibre⁴³.

Une autre conception de la justice – à la base de nombreux systèmes légaux non occidentaux – considère que les divers intérêts individuels s'imbriquent et forment les fibres d'un tissu social. Le conflit correspond alors à un éloignement des intérêts individuels, soit à une déchirure du tissu social. Telle une couturière munie d'un fil et d'une aiguille, la justice doit alors recoudre les intérêts séparés par la crise⁴⁴.

Ces deux conceptions montrent clairement que la justice est un concept polysémique et qu'il est donc possible de rendre justice de plusieurs façons. Nos tribunaux appliquent la «justice du glaive»⁴⁵, alors que d'autres sont plus sensibles à une forme de «justice de l'aiguille». Si notre

⁴¹ Tapagoille: personnage à intelligence limitée dont le rôle était primordial pour les habitants du village, puisqu'il leur permettait de dormir sans être gênés par le bruit incessant des crapauds. Cela se passait au XX^e siècle, en Valais (Suisse).

⁴² On trouve par exemple un tel village au Mali; à ce propos, cf. S. ANDRIAMIRADO, «Mali, pourquoi les partis ont peur...», *Jeune Afrique*, 1-7 janvier 1997, p. 9.

⁴³ Métaphore empruntée à A. C. SALBERG et J. KNOEPFLER, «Le glaive, le miroir et l'Autre. Expériences de médiation transculturelle en Suisse romande», in: *Les défis migratoires à l'aube du troisième millénaire*, actes du 4^e colloque CLUSE, Neuchâtel 2000, p. 526.

⁴⁴ Métaphore empruntée à K. K. A. AFANDE, «Les sanctions pénales en Afrique: entre tradition et modernité», in: *Entre médiation et perpétuité: Nouvelles voies dans la lutte contre la criminalité*, Coire: Rüegger, 2002, p. 275ss.

⁴⁵ De vengeance privée, la justice a passé aux mains de l'État, en conséquence de quoi la victime a progressivement perdu sa place au procès pénal au profit de l'État. Dans cette conception de la justice, le crime est ainsi perçu

logique judiciaire propose de trancher un litige en donnant raison à l'une des parties en conflit au détriment de l'autre, la seconde conception vise, quant à elle, à permettre aux parties de trouver – si possible consensuellement – une solution à leur conflit grâce à l'intervention d'un tiers qui sera davantage médiateur⁴⁶ que juge.

On le voit donc, une société sans sanction ne semble pas exister (puisque'il existe au moins des sanctions informelles), mais des philosophies de la peine très différentes peuvent mener à des systèmes de sanctions totalement dissemblables.

4. Conclusion

On attribue souvent à Einstein cette phrase ô combien intelligente selon laquelle «on ne peut pas résoudre un problème au même niveau de pensée que celui qui a permis de le créer». Le système pénal étant manifestement davantage un problème en soi plutôt qu'une solution aux problèmes sociaux pour la résolution desquels il a été créé, il devient urgent de le repenser.

Il n'est 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 du glaive, on préconise, avec de plus en plus d'insistance, le passage à une justice de l'aiguille. 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.

À ceux 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... Si l'on avait dit à des pénalistes de l'époque que, au XXI^e siècle, on pourrait condamner un individu sans qu'il avoue son méfait, ils auraient simplement répondu que nous sommes des barbares, puisque nous prenons le risque de condamner des innocents... Avec l'œil averti d'un humain du XXI^e siècle, nous regardons pourtant le droit de nos aïeux avec sarcasme. Mais quel regard portera l'humain du XXV^e siècle sur les pratiques pénales de ses propres aïeux?

comme une atteinte à l'État plutôt qu'à la victime. Cela ne laisse évidemment que peu de place à une justice couturière.

⁴⁶ À propos de la médiation pénale, cf. A. KUHN, «La médiation pénale, in: *La mise en œuvre et la protection des droits*, Lausanne: UNIL et JdT, 2002, p. 99ss.

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 compris: «On ne peut garantir la vie en 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»⁴⁷; notre droit pénal est donc indubitablement destiné à se réformer en profondeur, voire à disparaître.

⁴⁷ C. BAKER, *Pourquoi faudrait-il punir?*, Lyon: Tahin Party, 2004, p. 176s.