

Zeitschrift: Reihe Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie =
Collection criminologie / Groupe suisse de travail de criminologie

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 12 (1994)

Artikel: Le projet suisse de réforme des sanctions pénales en perspective
internationale

Autor: Kellens, Georges

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051326>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 30.03.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

GEORGES KELLENS

**LE PROJET SUISSE DE RÉFORME DES SANCTIONS
PÉNALES EN PERSPECTIVE INTERNATIONALE**

C'est évidemment un honneur pour moi d'avoir été appelé à porter un regard international sur vos avant-projets de Code pénal, même si je ne partage avec l'éminent collègue qui avait été pressenti d'abord pour cette tâche, le professeur Günther KAISER, actuellement souffrant, que les initiales, la haute estime et l'amitié.

Je réponds d'autant plus volontiers présent que je garde le meilleur souvenir du séminaire résidentiel de la Commission belge pour la révision du Code pénal qu'avait animée le professeur Hans SCHULZ, chargé dans une première phase de poser les jalons de votre réforme.

Quelques précautions oratoires sont néanmoins utiles avant de répondre à une mission qui pourrait être périlleuse.

D'abord, je me limiterai au droit sanctionnel des majeurs, qui occupe l'essentiel du temps de ce congrès. Le droit pénal des mineurs est un monde en soi et un noeud d'interrogations: ainsi, la Belgique, qui a été une pionnière du droit protectionnel des mineurs, excluant, depuis 1912, en principe toute sanction pénale, s'oriente pour l'instant vers un droit sanctionnel gardant une visée éducative, en s'entourant d'ailleurs des grands modèles étrangers. Je m'arrêterai donc à la limite du jeune adulte, c'est-à-dire du majeur pénal susceptible de bénéficier d'un traitement particulier, qui fait actuellement l'objet de toute l'attention du Conseil de l'Europe.¹

Une autre précaution est de dire que, dans l'effort de situer un travail pré législatif en perspective internationale, ma tâche est facilitée par les références explicites aux droits étrangers et aux tendances du droit com-

paré, dont le rapport établi sur base du rapport final de la commission d'experts, est parsemé. Il est clair, par ailleurs, que, dans la mesure où personne ne peut être sûr de connaître parfaitement son droit national, je ne me targuerai que d'une connaissance très limitée du droit comparé.

Je m'attacherai à un certain nombre de points qui m'ont particulièrement frappé.

1. Un modèle complexe.

Dans un commentaire récent du Code pénal français qui est entré en vigueur ce 1er mars 1994, Françoise TULKENS situe ce mouvement législatif «ni art nouveau, ni classique pur. Post-moderne sans doute, comme (trop) d'architecture de ce temps en quête d'une nouvelle inspiration, d'une nouvelle identité». Les premiers commentateurs en France, évoquent, plus sobrement, «l'esprit de continuité, d'évolution et de conciliation» (citant Pierre COUV RAT), voire même «un conservatisme ... qui prend des allures modernes» (citant Jean PRADEL).²

Si l'on adopte le modèle d'analyse des politiques criminelles proposé par Mireille DELMAS-MARTY, seuls des droits de pays autoritaires répondent à des logiques monolithiques: ainsi, les codes russes de 1922 et de 1924/26 étaient de véritables codes de défense sociale, répondant par des mesures de sûreté aux attaques contre le régime qui étaient définies comme des pathologies sociales. Mais déjà en 1958/60, la Russie revenait, apparemment à tout le moins, dans le rang des néoclassiques. Inversement, dans tous les droits de pays démocratiques, soumis à des influences diverses dont il faut faire la part, on peut retrouver du libéral et de l'autoritaire, du juridique et du sociétal: ainsi, dans les avant-projets suisses, le «traitement institutionnel», prévu comme modalité thérapeutique d'une peine, mais qui peut – sans doute sous le contrôle d'un juge – se muer en internement de durée illimitée (art. 68, comment. p. 85 et 86) pourrait-il fort bien (comme les mesures de défense sociale belges) trouver leur place dans des politiques criminelles de pays autoritaires, comme celles

qu'avait décrites DONNEDIEU de VABRES. Mais l'angoisse du juriste néoclassique réapparaît lorsqu'il fait appel, même pour les mesures, au principe de proportionnalité, même si, en l'occurrence, la proportionnalité de la mesure «est également dépendante du degré de besoin de traitement de l'intéressé» et si, dans ces conditions, elle est ordonnée, à dire l'expert, «pour le bien de la personne concernée».

En ce qui concerne plus spécifiquement les sanctions, le commentaire indique que la commission d'experts a renoncé à formuler le but de l'exécution des peines d'une manière explicite, en raison de la multiplicité et de l'ambivalence des buts et des objectifs dont il faut tenir compte, et qui «excluent une formulation complète et brève à la fois» (art. 76, comment. p. 92). Pour reprendre l'exemple d'un système dualiste conjuguant une peine et une mesure de sûreté (art. 59 à 69 des avant-projets, comment. p. 75 et sv.), inspiré du mouvement de défense sociale dont Norval MORRIS, en préface de la traduction de l'ouvrage d'ANCEL réalisée par Thorsten SELLIN, a bien montré qu'il était spécifiquement européen – n'éveillant aucun écho aux Etats-Unis –,³ il encourrait la critique de von HIRSCH et des inspirateurs du Criminal Justice Act anglais de 1991: «Preventive penal strategies, by contrast, seem ethically troublesome. For example, giving someone extra punishment on the basis of a prediction that he will reoffend looks like penalizing him for an offence he is yet to commit.»⁴

En revanche, la recherche d'unités de mesure de gravité, intervenant par exemple dans ce que la commission d'experts appelle la «condamnation conditionnelle» – la suspension simple ou probatoire du prononcé en droit belge – dans la ligne du droit anglais, est une manière tout à fait intéressante de limiter l'arbitraire du juge, qui ne sera pas tenu par le «genre» de sanction, mais bien par sa «mesure» (art. 36, comment. p. 47).⁵

«Many reformers are attracted by the idea of proportionate punishments, but wish to include other aims as well. In a 1987 essay, Paul Robinson began to explore the idea of «hybrid» schemes – particularly, those that rely on desert primarily, but with limited deviations permitted to achieve other

objectives»⁶: à l'égal de la plupart de leurs collègues d'autres pays, la commission d'experts suisse a opté pour un modèle «hybride» dans ce sens-là, où «on vise essentiellement à créer un système de sanctions qui soit approprié et raisonnable mais également humain. En raison de leurs aspects souvent délétères, les peines privatives de liberté fermes ne devraient être infligées que lorsque la protection de la collectivité le requiert expressément et que le but de la peine ne peut être garanti de la même manière par d'autres sanctions qui ne limitent pas autant la liberté du condamné. On peut espérer qu'un système de sanctions élaboré dans cet esprit réalise mieux l'objectif de prévention du droit pénal. La révision ne vise pas à instaurer un régime juridique plus clément mais un régime qui réponde mieux aux objectifs du droit pénal: elle tend à remplacer les sanctions qui se sont avérées inadéquates par d'autres sanctions» (p. 3).

Trois grands objectifs donc: des sanctions appropriées, adéquates, d'abord. On songe, par exemple, à la peine d'interdiction de conduire, qui serait «topique», c'est-à-dire limitée aux contraventions à la circulation routière (art. 45 à 48, comment. p. 61), mais la notion d'adéquation peut également faire appel à l'éclairage scientifique en termes d'efficacité, qui est souvent invoqué dans le rapport. Le système de peines doit aussi être raisonnable, ce qui est d'une certaine manière un tempérament du rationnel: c'est la raison pratique opposée à la raison pure. La commission d'experts invite à être pragmatique, en tenant compte de la culture: on sait que le droit est un élément d'une culture, et que dans ce sens il ne peut pas revêtir une forme universelle: à cet égard, les critères de détermination de la peine faisant référence à la situation concrète de l'auteur en relation avec l'acte (art. 49, comment. p. 67) me paraissent une remarquable illustration d'un modèle dominant en criminologie actuelle, celui de l'«acteur social», particulièrement le délinquant pour qui le droit n'est qu'un signe auquel il donne, en fonction notamment de son expérience propre, une signification particulière.⁷ Cette référence est plus symbolique encore lorsqu'on la combine avec le rejet de l'expulsion comme peine accessoire (comment. p. 89). Puis, à titre de troisième objectif, on revient à un inconditionnel des instruments internationaux: la peine doit être humaine. Mais un livre troublant de Graeme NEWMAN a montré récemment que la noti-

on héritée du Bill of Rights de 1689 n'est pas si simple à manier.⁸ Les errements de la jurisprudence de la cour suprême américaine voire de la commission européenne des droits de l'homme ne rassurent pas toujours davantage.⁹

2. La diversification des sanctions.

La première préoccupation qui apparaît dans la proposition de réforme est d'étendre la palette du juge. «Certes, le droit actuel prévoit des possibilités d'intervention adéquates pour les infractions graves et surtout pour les actes de violence qui frappent plus particulièrement le public. Toutefois ces infractions ne constituent qu'une petite partie de l'ensemble de la criminalité. Pour combattre les infractions de gravité moyenne et légère, le système prévu offre de nouvelles possibilités d'intervention et met à la disposition des autorités de poursuite et des tribunaux un éventail plus large de sanctions pénales» (p. 3).

Dès le premier moment, la commission d'experts invoque la «pauvreté marquante» du droit suisse dans le domaine des sanctions, dont le choix limité ne permet pas de répondre aux «multiples facettes de la criminalité».

En cela, les avant-projets suisses rejoignent le souci de nombreux législateurs étrangers, et suivent particulièrement le modèle de politique criminelle dominant en Europe du nord et spécialement chez le voisin germanique.¹⁰ On mettra à cet égard malicieusement en parallèle, le thème d'une partie de ce congrès «Punir autrement?», «Anders strafen?» et le titre d'une récente livraison de la revue du service de documentation et de recherche du ministère néerlandais de la justice, traitant spécialement des travaux d'intérêt général, «Anders strafen»¹¹ – seule l'absence de point d'interrogation faisant différence.

Le problème éternel de l'«alternative» est de savoir si vraiment elle remplace, ou si elle se surajoute, à ce qui existait. Est-ce que l'introduction de

peines de type nouveau, destinées à remplacer les courtes peines d'emprisonnement, apparemment partout honnies, va contribuer vraiment à les faire reculer? L'exemple de la Finlande, qui en utilisant notamment ce moyen a été l'un des très rares pays à faire refluer, ces dernières années, leur population pénitentiaire, serait encourageant.¹² Il reste que, dans la plupart des cas, l'expérience nous donne des démonstrations de l'hypothèse de l'extension et du resserrement du filet pénal («net widening and narrowing»), même si le simple énoncé de l'hypothèse hérisse bon nombre de nos collègues: comment un juge, éclairé par l'esprit exprimé de la loi, pourrait-il ainsi la détourner de son but? Parmi d'autres, l'expérience du contrôle judiciaire, destiné à l'origine à remplacer partiellement, en France et plus récemment en Belgique, la détention provisoire ou préventive, a été une cruelle déception. Un livre hollandais récent énonce, après un vaste tour d'horizon, les conditions pour qu'une politique d'alternatives atteigne effectivement son but, à la fois humain et financier, qu'il s'agisse, notamment du recours aux jours amendes, à la surveillance électronique, ou aux programmes de surveillance intensive.¹³

Sans doute, le rapport suisse est bien argumenté: non seulement le catalogue actuel est pauvre (p. 30), le choix limité (p. 37), mais il expliquerait le nombre exceptionnellement élevé de courtes peines privatives de liberté, d'ailleurs, pour 50% d'entre elles, exécutées en semi-détention (p. 31) et très souvent conditionnelles (p. 47). Les peines disponibles s'adresseraient mal au délinquant moyen «qui occupe quotidiennement et en grand nombre, les autorités chargées de la poursuite pénale et qui a souvent besoin d'une aide sociale» (p. 29).

Une garantie du choix qu'opérera le juge peut être donnée par le système de peines «graduées» (p. 36), que prônait notamment HOGARTH au Canada et qui, contrairement au système traditionnel, ne propose pas d'abord les peines les plus fortes, mais demande de justifier spécialement l'usage de peines qui ne sont pas les plus faibles. Depuis une loi de 1987, la Cour de cassation belge s'est engagée dans un contrôle relativement rigoureux de la motivation du choix de la peine: ainsi a-t-elle cassé récemment une décision qui prononçait sans justification un emprisonnement et une

amende, alors que la loi ajoutait la possibilité de prononcer l'une ou l'autre de ces peines.

Il faut ajouter que certaines alternatives impliquent dans la pratique peu de changements d'habitudes: ainsi la pratique des juges allemands, depuis l'introduction du système des jours-amendes, reste-t-elle de fixer d'abord le résultat, puis l'unité, et d'opérer en réalité une division alors que la loi prévoit une multiplication.¹⁴

Soyons néanmoins optimistes pour les jours-amendes, pour les travaux d'intérêt général et, dans un domaine spécifique, pour les interdictions de conduire, encore que, pour d'autres matières, comme le sursis, le prélegislateur suisse soit sensible aux risques d'effets pervers des bonnes intentions législatives (pp. 34–35 du rapport). Il n'est pas dans nos traditions, comme les législateurs anglais ou canadien l'avaient fait par exemple pour la peine de mort, de faire l'essai pendant cinq ans d'un nouveau système, pour voir s'il apporte ou non les effets attendus. C'est, idéalement, avec un effort considérable de «marketing» auprès des juges, ce qu'il faudrait pouvoir faire.

Un autre obstacle, observé spécialement en matière de probation, est la difficulté de réaliser de bonnes greffes de tissus étrangers: on a vu en Belgique le rejet relatif du greffon de la pure probation anglaise, ce que les avant-projets suisses appellent la «condamnation conditionnelle», comme Sir Léon RADZINOWICZ avait pu montrer le rejet du «sursis continental» franco-belge (introduit en 1888 en Belgique sous le nom de «condamnation conditionnelle») outre-Manche.¹⁵ Il est vrai que la construction du «chunnel» n'était pas encore envisagée à l'époque. Une statistique récente du nouveau «service social d'exécution des décisions judiciaires» montre en Belgique le recours très différencié aux ressources du droit pénal dans les différentes juridictions.¹⁶ Séverin-Carlos VERSELE avait consacré aux raisons de cette diversité de pénétrants travaux de sociologie judiciaire.¹⁷

3. Le cas du sursis partiel.

Le passage du rapport consacré au sursis mérite un commentaire.

Nous ne nous étendrons pas sur l'extension du sursis aux peines privatives de liberté jusqu'à trois ans, qui «se justifie(rail) aujourd'hui sans autre» (p. 34): «Les critères ont évolué au fil des années. En 1942, le sursis était exclu pour les peines de réclusion allant au-delà d'une année. La révision de 1971 l'a étendu aux peines privatives de liberté jusqu'à 18 mois alors que déjà à ce moment-là, la commission du Conseil national avait opté pour deux ans. Par rapport à d'autres pays, les 18 mois sont actuellement plutôt bas. De nombreux pays ont relevé la limite sans que l'on puisse y imputer une augmentation de la criminalité». On sait que la Chine, par rapport à une culture qui lui est propre, connaît même, depuis 1980, la peine de mort avec sursis, le temps que le condamné montre qu'il est un bon citoyen et qu'il mérite la vie.

L'introduction en Belgique en 1964 de la possibilité proposée en Suisse – contrairement à ce qu'indique le rapport, nous en sommes toujours à trois ans maximum¹⁸ – avait suivi l'issue d'un procès retentissant dont on a gardé le souvenir sous le nom de l'affaire du «Softénon»: ce produit, prescrit à des femmes enceintes comme analgésique, s'était avéré tératogène, et un enfant «phocomélique» avait été en toute conscience «euthanasié» par le médecin de famille à la demande des parents. Si la possibilité avait existé, la cour d'assises de Liège aurait prononcé trois ans, c'est-à-dire la peine minimum du meurtre en tenant compte de toutes les circonstances atténuantes, avec sursis. Comme ce n'était pas possible, la cour d'assises avait prononcé l'acquittement – illustrant une fois de plus qu'une loi trop sévère ou trop rigide a les effets contraires de ceux qu'on attend –, et les avocats de la défense avaient été portés en triomphe sur l'esplanade du palais de justice. Cela avait fait scandale et stimulé l'action législative.

Plus problématique est la question du sursis partiel. Il me paraît excessif de dire que «l'une des raisons de l'introduction de cette institution en Belgique et en France était de justifier a posteriori la détention préventive

subie ou d'assortir du sursis des peines qui avaient déjà en partie été purgées sous forme de détention préventive» (p. 34). Que ce soit l'un des usages qui a été faits de cette possibilité est vrai, mais ce doit avoir, ici encore, été un effet inattendu du législateur. Sans doute reste-t-il peu apprécié en milieu judiciaire qu'une détention préventive ne soit pas couverte par un titre de détention à titre de peine, alors que l'objet des deux détentions est entièrement différent. Un législateur bien informé aurait dû prévoir cette dérive.

Lorsque la possibilité de sursis partiel a été introduite en Belgique, elle n'a pas été accueillie avec enthousiasme par la doctrine. Le Baron CONSTANT l'avait présentée comme une anomalie, et le professeur Paul CORNIL avait explicité: «En effet, si la partie de la peine prononcée sans sursis est brève, on réintroduit la courte peine de prison que Jules Le Jeune et ses successeurs avaient précisément voulu éviter. Si, au contraire, la partie exécutoire de la peine est longue, la décision judiciaire qui accorde le sursis pour le restant de la peine constitue une forme de libération conditionnelle judiciaire, décidée dès le moment du jugement et sans que le magistrat qui la décide puisse disposer d'informations sur la situation dans laquelle se trouvera le délinquant au moment où cette libération aura lieu» (Déclin ou renouveau de la répression pénale, *Rev. Dr. pén.*, 1965–1966, p. 718).

Le danger n'est pas théorique: on a pu remarquer, dans la pratique des tribunaux, l'utilisation du sursis partiel pour réaliser, effectivement, une sorte de reprise en main de la libération conditionnelle par les magistrats qui interviennent comme présidents des commissions de probation appelées à décider du cours d'une période de probation s'ajoutant à une peine effective.

Bien entendu, le pouvoir de fractionner le sursis ne modifie en rien la loi sur la libération conditionnelle et ne porte aucune atteinte aux droits du Ministre de la Justice en cette matière. Le condamné doit être libéré après avoir purgé la partie de la peine prononcée sans sursis. Pour le surplus, le délai d'admissibilité à la libération conditionnelle doit être calculé en ne

prenant en considération que la durée de cette partie de la peine prononcée sans sursis. Il n'est pas rare qu'une libération conditionnelle soit accordée sur la peine ferme, aux conditions fixées pour la période probatoire.

Fort heureusement, à mon sens, votre commission d'experts opte pour une présence importante du juge au niveau de l'exécution de la peine. Nous y reviendrons.

Pour le surplus, il ne me paraît pas que l'expérience belge du sursis partiel soit défavorable. Si j'en juge par son livre récent,¹⁹ André KUHN devrait, dans son rapport à ce congrès, apporter des arguments dans ce sens.

4. La mesure qui vient après la peine.

Dans son rapport général au 7ème colloque criminologique du Conseil de l'Europe (1985), le professeur Jacques BERNHEIM évoquait le sort judiciaire de personnes «qui ne sont pas réellement malades, qui présentent des troubles graves du caractère, avec des formes d'inadaptation et de déséquilibre qualifiées parfois de «psychopathiques». Il s'agit d'une sorte de déficience ou d'infirmité qui ne porte pas sur les facultés intellectuelles, mais plutôt sur le contrôle des désirs et des émotions et sur la manière de voir sa propre identité. le DSM III présente ces «personnalités pathologiques» sous la dénomination de troubles de la personnalité et décrit entre autres une personnalité dite «antisociale», définie sur la base de critères objectifs en relation avec l'histoire de la vie du patient.

«Lorsque les anomalies qui caractérisent ces personnalités atteignent une intensité spectaculaire, il n'est pas exceptionnel que les juges ou les administrations pénitentiaires acquièrent la conviction que les institutions ordinaires du système pénal n'offrent pas de solution appropriée pour leur prise en charge. Les psychiatres, de leur côté, relèvent qu'il ne s'agit pas de malades mentaux; souvent, il n'ont pas leur place dans les programmes ordinaires des hôpitaux ou des consultations ambulatoires.

«L'expertise des personnes atteintes de troubles graves de la personnalité conduit ainsi fréquemment à des conclusions peu satisfaisantes, et à une situation que l'on pourrait comparer à un «conflit négatif de compétence»: ni le système pénal, ni les instances médico-sociales, ni le patient lui-même ne sont prêts à un essai d'entreprise utile».²⁰

J'imagine que cette position n'est pas restée étrangère aux travaux de la commission d'experts, dont le professeur Bernheim fait partie: le «psychopathe» des Allemands, exclu de la maladie mentale par les Anglais, transformé en «sociopathe» par les Américains, est le perpétuel «inclassable» que décrivait Jacques HOCHMANN. Il n'a sa place nulle part. Il reste ambigu et face à son cas, la tentation est forte de le garder sous contrôle institutionnel après un séjour pénitentiaire.

En Belgique, la bien connue «loi de défense sociale» permet d'interner en «établissement de défense sociale», pour une durée laissée à la discrétion des «commissions de défense sociale», aux côtés des «déments» et des «débiles» graves, des criminels ou des délinquants qui «se trouvent dans un état grave de déséquilibre mental le(s) rendant incapable(s) du contrôle de (leurs) actions», à condition qu'ils soient considérés comme «dangereux». Cette décision peut intervenir à n'importe quel stade juridictionnel, voire même en cours de peine carcérale. Le système n'est rationnellement et juridiquement pas satisfaisant, si l'on s'en tient à la distinction à laquelle semble revenir le monde psychiatrique, entre des malades, justifiant un traitement, et des caractériels, qui peuvent être sensibles, au coeur d'une peine, à des conditions particulières de séjour que réalise par exemple la «Pâquerette» à Champ-Dollon.

Malgré son ambiguïté, la loi belge de défense sociale, dans son volet psychiatrique, ne cumule pas en principe la peine et la mesure de sûreté. Elle le fait en revanche dans son volet réservé aux multirécidivistes et délinquants d'habitude, à qui le juge peut (doit dans le cas de récidive criminelle seulement) imposer, après la peine, une «mise à la disposition du gouvernement»: cette mesure, rapidement tombée en désuétude parce que les juges renâclaient à prononcer une double sanction pour un même fait,

a donné à la Belgique l'occasion d'une procédure à Strasbourg, et le système a été considérablement modifié en 1990.

L'avant-projet suisse, et spécialement les commentaires de l'article 61, al. 3, donnés dans le rapport (pp. 79, 85, 87), me laisse perplexe, en me paraissant confondre des états qu'au départ on déclare distinguer (art. 61, rapp. p. 78), pour proposer ensuite, sans doute sous contrôle judiciaire, une double décision pour un même fait. Mais peut-être les travaux de ce congrès dissiperont-ils mes interrogations.

5. La contrainte et l'aide, chacun chez soi.

Dans son rapport général déjà cité, Jacques BERNHEIM rappelait que, selon la conception de Thomas SZASZ, le fonctionnement de la justice et l'exercice de la psychiatrie doivent, pour être efficaces, demeurer séparés.²¹

Les auteurs de l'avant-projet ne sont pas parvenus à répondre entièrement à cette aspiration, mais ont fait un effort louable pour assurer la meilleure indépendance, et dès lors l'efficacité, de l'intervention médico-psycho-sociale, à l'égard spécialement des alcooliques (art. 62) et des toxicomanes (art. 63), qui restent, dans tous nos pays, les principaux clients de la prison.

On sait que la 20e conférence de recherches criminologiques du Conseil de l'Europe (1993) s'est penchée récemment sur «les interventions psychosociales dans le système de justice pénale», et que l'adage mal compris de MARTINSON, que «rien ne marche», y a été pourfendu. Dans ses conclusions, Roger HOOD a constaté qu'on «dispose de suffisamment de données fournies par des méta-analyses et d'autres études qui prouvent que certaines interventions exercent une influence significative sur le taux de récidive ainsi que sur divers autres critères. Les incidences globales évaluées à partir des méta-analyses sont toutefois modestes dans tous les

cas (environ 10%) mais pas plus modestes que dans certains secteurs de la recherche médicale».

On peut donc encore croire, malgré les scepticismes dominants, à un certain mariage entre la justice et l'offre d'aide médico-psycho-sociale. Mais il faut qu'elle reste offre d'aide, avec juste la contrainte nécessaire.

Dans le droit fil du mouvement de défense sociale nouvelle et d'auteurs comme DE GREEFF ou DEBUYST, la responsabilité est moins une condition qu'un aboutissement d'intervention. «L'objectif de l'exécution des peines, écrivent joliment les auteurs du rapport suisse (p. 10), est de favoriser la capacité du détenu d'adopter un comportement social sans commettre de nouvelles infractions. A cet effet, on doit autant que possible tenter de responsabiliser le détenu et adapter les conditions de l'exécution aux réalités extérieures».

A la 20e conférence criminologique déjà citée, «la notion médicale de «traitement» est apparue comme inappropriée même dans la sphère psychiatrique pour décrire des modèles d'acquisition de connaissances en matière sociale relatifs aux comportements délictueux, alors que tout dans ce secteur dépend si visiblement des définitions et des valeurs sociales. Il a été convenu que «l'intervention psychosociale» pourrait mettre à la disposition des délinquants et des victimes une large gamme de services et que ces interventions pourraient servir à atteindre de nombreux objectifs et non pas seulement la diminution de la récidive. Par exemple: évaluer le degré de culpabilité, aider les personnes désavantagées, rétablir la santé mentale, améliorer le climat institutionnel, atténuer la victimisation, diminuer le taux de suicides et, dans le cas de la médiation, donner satisfaction aux victimes. Un long débat a eu lieu sur la question de savoir dans quelle mesure la récidive (malgré des lacunes bien connues) devrait être considérée comme la pierre de touche de l'efficacité».

Nous reviendrons au problème de la récidive.

En ce qui concerne l'intervention psychosociale, sans doute devrait-elle effectivement être offerte aussi à l'autre pôle du binôme pénal, la victime, spécialement dans le cadre de médiations. Avec raison, les mouvements de défense des victimes demandent à cet égard une «égalité des chances» entre la personne retenue comme l'auteur de l'infraction, et la victime qui en souffre. Mais incontestablement, l'essentiel est la réparation, qui peut, dans le projet suisse, enlever «l'intérêt public à la poursuite»: nous y reviendrons aussi.

L'un des éléments qui me paraissent les plus remarquables dans les avant-projets de la commission d'experts, est la manière dont le patronage devient assistance de probation, et se voit attribuer le caractère d'une aide sociale efficace servant à l'amélioration du comportement du détenu en liberté (p. 11): «Sur la base de l'avant-projet SCHULTZ ainsi que des propositions faites lors d'une audition par des spécialistes du patronage, et contrairement au droit du patronage en vigueur, seules des attributions d'aide doivent être imparties à l'assistance de probation, à l'exclusion de toute attribution de surveillance (contrôler le respect des règles de conduite, annoncer les cas de récidive). Lorsque le patronage remplit des fonctions de police, il résulte de ces tâches contradictoires un conflit de rôle qui affecte lourdement la relation de confiance avec la personne patronnée et, partant, met en danger l'efficacité de l'assistance de probation. Cette préoccupation est déjà prise en compte indirectement en ce sens que la violation des règles de conduite et le fait de se soustraire au patronage ne constituent plus, à la différence du droit en vigueur, une cause de révocation de la condamnation conditionnelle ou de sursis à l'exécution de la peine.

«Si l'on envisage le patronage, ajoutent les auteurs du rapport (p. 51), uniquement comme aide offerte à la personne concernée pour faciliter le succès de sa mise à l'épreuve, il se justifie de baptiser cette institution en fonction de ce rôle. C'est pourquoi on emploiera dorénavant l'expression

«assistance de probation» (en allemand: *Bewährungshilfe*, terme repris du droit pénal allemand) à la place du patronage (*Schutzaufsicht*)».

L'article 38 de l'avant-projet, élaboré dans cette perspective, me paraît un modèle à suivre, correspondant à l'aspiration de tous les services d'aide acceptant de collaborer loyalement avec la justice pénale. L'écho de ces revendications déontologiques se retrouve dans les «protocoles» signés en Belgique en février 1994 entre le département fédéral de la justice, et les services d'aide sociale au justiciable relevant des pouvoirs locaux, les premiers assumant les tâches de contrôle, les seconds les offres d'aide.

6. Un nouveau regard sur la récidive.

Cette image renouvelée de l'aide médico-psycho-sociale correspond, très logiquement, à un bouleversement des conceptions de la récidive et de la réussite d'une intervention.

La distinction, opérée dans le projet, entre règles (*Anordnungen*), indicatives, et règles de conduite (*Weisungen*) obligatoires pour le condamné, tant dans le sursis à l'exécution de la peine (art. 43) que dans le sursis à l'exécution de l'interdiction de conduire (art. 48) et la libération conditionnelle (art. 87), représente un pari sur l'aide et traduit une foi dans des contours stricts de la légalité. Ainsi, «à la différence du droit en vigueur, le fait de se soustraire obstinément à l'assistance de probation (patronage) ne conduit pas à la révocation du sursis à l'exécution de la peine ou de la libération conditionnelle (rapport, p. 49 et la référence à l'art. 38; art. 88, a, rapp., p. 105, pour la libération conditionnelle). Les intervenants sociaux, qui reçoivent une certaine indépendance d'action, devront en contrepartie s'accommoder de l'inconfort résultant de l'absence de sanctions juridiques d'une partie de leur sphère d'action.

De même, que seule, au gré du juge, une infraction qui, par son rapport avec l'infraction antérieure, fournit un pronostic clairement négatif, puisse

être un motif de révocation (art. 39 a, rapport, pp. 53–54), est un choix qui honore un Etat de droit.

Qu'enfin, la récidive ne soit plus en soi circonstance aggravante (comme en droit français) ou cause personnelle d'aggravation (comme en droit belge), mais se fonde dans le concours d'infractions (art. 51, rapp. p. 70), est une proposition impressionnante, très logique par rapport au reste de cette construction juridique de l'échec, et source de réflexions que peut utilement alimenter l'histoire de la *consuetudo delinquendi*.²² La limite de cette belle construction est évidemment le régime, déjà commenté, réservé dans le projet aux «troubles sérieux de la personnalité» (art. 68, rapp. p. 85), que dénotent seulement des anomalies répétitives du comportement.

7. Une conception matérielle de l'infraction.

Selon le Code russe de 1958/60 dans la version française éditée par feu Marc ANCEL, «N'est pas considérée comme une infraction l'action ou l'inaction qui, bien que comportant dans la forme les éléments d'un acte quelconque prévu par la partie spéciale du présent Code, n'offre cependant aucun danger social, en raison de son peu d'importance» (art. 7, al. 2). C'est l'énoncé de ce qu'on appelle classiquement la conception matérielle de l'infraction, qui s'oppose à la conception formelle adoptée généralement dans les droits d'Europe occidentale, où la preuve des éléments constitutifs d'une infraction qui fait l'objet d'une poursuite, force le juge à une condamnation, même s'il peut moduler la peine. La Cour de cassation belge a explicitement constaté que l'adage «*De minimis non curat praetor*» ne fait pas partie du droit belge. La seule contrepartie du système formel est, dans les pays qui l'acceptent, l'opportunité des poursuites, laissée au ministère public dans les pays où il existe.

A titre d'application, le droit russe prévoit qu'«une personne qui a commis une infraction peut être exemptée de sa responsabilité pénale s'il est reconnu que, au moment de l'instruction ou de l'examen de l'affaire par le

tribunal, par suite d'une modification de la conjoncture, l'acte commis par le coupable a perdu son caractère socialement dangereux, ou si cette personne a cessé d'être socialement dangereuse».

De même, «la personne qui a commis une infraction peut être exemptée de peine s'il est reconnu que, en raison de sa conduite ultérieure irréprochable et de son attitude loyale au travail, cette personne, au moment où l'affaire passe devant le tribunal, ne peut être considérée comme socialement dangereuse» (art. 50).

Dans le cas d'exemption de responsabilité pénale comme dans le cas d'exemption de peine, le juge russe pouvait, jusque peu avant la chute du régime communiste, réaliser un transfert de l'affaire à une juridiction disciplinaire représentant les voisins ou les collègues de travail selon le cas, le «tribunal des camarades» (art. (51). Cette procédure, aujourd'hui révoquée, trouvait certaines analogies dans les droits d'Europe occidentale, notamment en Belgique en procédure pénale militaire, et dans l'avant-projet de Code pénal proposé par le professeur Robert LEGROS.

La proposition de la commission d'experts suisse transcende les clivages entre traditions juridiques d'Europe orientale et d'Europe occidentale, et entre les groupes de pays qui ont adopté la légalité (Allemagne fédérale, Italie, Russie par exemple) ou l'opportunité des poursuites: à l'instar du droit autrichien (qui est cité pp. 72–73), à tous les stades de la procédure pénale, il serait permis de faire une «économie de procédure» (selon l'expression du rapport, p. 70, à propos de l'art. 51 sur le concours), dès qu'il y a «absence d'intérêt à punir» (art. 54, rapp., p. 72 et sv.).

Magnifique expression, traduisant le rôle résiduaire que devrait jouer la répression, par rapport surtout à la réparation (art. 55, rapp., p. 73 et sv.). De nombreux travaux d'histoire du droit pénal de ces dernières années sont consacrés à la mauvaise habitude que l'Etat a prise, depuis peu de siècles, de considérer qu'un meurtre est d'abord un crime de lèse-majesté contre l'autorité de l'Etat, avant d'être la source d'un dommage dont les victimes doivent obtenir réparation. Le progrès du droit pénal n'est pas

linéaire, mais circulaire: le droit vindicatoire des origines était, à beaucoup d'égards, bien plus humain que le nôtre.

L'obligation de réparer de l'article 56 (rapp. p. 74) est dans cette ligne. Elle suit les incitations de Enrico FERRI, qui s'étaient moulées dans les droits qui avaient subi son influence, notamment le droit russe (art. 32 du Code russe).

8. Un droit légal de l'exécution des peines.

Selon une célèbre expression de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit ne s'arrête pas aux murs de la prison.

Il existe une série de règles internationales, notamment celles du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui dessinent les contours essentiels de la situation en droit du condamné. Un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaîtra peut-être prochainement certains droits additionnels aux personnes privées de leur liberté. Des règles plus précises, comme les Règles pénitentiaires européennes de 1987, n'ont cependant qu'une valeur incitative.

Peu de pays ont pris la peine de se doter d'une loi d'exécution des peines. C'est le cas de l'Allemagne ou des Pays-Bas par exemple. En Belgique, l'essentiel du droit pénitentiaire repose sur des circulaires du ministère de la Justice, dont la publication dans un «Code pénitentiaire» est actuellement assurée par une initiative privée.

Il y a incontestablement avantage à ce que l'exécution de la peine soit l'objet d'une loi et acquière de ce chef un statut qui lui est trop souvent refusé. On a pu remarquer notamment que nombre d'avocats considéraient leur mission terminée lorsque tombe la sentence.

L'effort de la commission d'experts est à cet égard tout à fait méritoire. On appréciera qu'un certain nombre de règles soient applicables à toutes les peines (p. 92, art. 76), qu'elles figurent dans le Code pénal (art. 91) et qu'elles évitent les formulations potestatives qui font l'essentiel des droits pénitentiaires: «il convient de renoncer aussi souvent que possible à l'inscription de «règles facultatives» (Kann-Vorschriften)» (p. 91).

Afin de ne pas allonger à l'excès le présent rapport, il faut renoncer à étudier ces textes dans le détail. Peut-être simplement une question pourra-t-elle être posée: le fait que le travail pénitentiaire ne ferait plus l'objet de simples gratifications mais d'une «rémunération» (art. 82 et 83, pp. 99–100) impliquerait-il une relation contractuelle entre l'Etat et le détenu, qui fonderait l'application du système de sécurité sociale lié à ce type de relations juridiques?

9. Libération conditionnelle ou anticipée?

Le débat entre peine déterminée et peine indéterminée suit un mouvement perpétuel et lancinant.

C'est surtout aux Etats-Unis que les oscillations sont puissantes: après une longue période d'indétermination où les juridictions avaient à décréter des titres d'exécution de peines presque indéterminées dans leur durée, les juges américains ont, ces dernières années, vu leurs sentences enserrées dans des abaquages de plus en plus étroites et rigides: la convergence de degrés de gravité de l'acte en abscisse, du passé judiciaire en ordonnée, détermine une zone d'action étroite que beaucoup de juges ressentent comme insupportable, au point que nombreux sont ceux qui envisagent une démission.²³ Lorsqu'on s'enrhumme à Washington, on éternue à Ottawa: les travaux de la commission canadienne sur le sentencing ont conclu, notamment, dans un souci de sécurité juridique, à la suppression de la libération conditionnelle. Cette proposition n'a cependant pas été suivie dans la nouvelle loi correctionnelle du Canada.²⁴

En Belgique, où la libération conditionnelle date de 1888 et peut être accordée, en l'absence de récidive légale, dès le tiers de la peine, le débat reste vif: une proposition du sénateur ERDMAN tendrait à remplacer la libération, qui survient, au gré du ministre de la Justice, dès la date d'admissibilité ou jamais, par un système inspiré de la libération anticipée hollandaise, où la libération est acquise à un certain stade de la peine, déterminé d'avance, avec la seule possibilité du recours du ministère public devant une juridiction spécialisée (aux Pays-Bas, la cour d'appel d'Arnhem) s'il y a contre-indication majeure. Ainsi mettrait-on fin à un jeu de dupe où le condamné comme le public peuvent être révoltés, le premier parce qu'il escomptait notamment, des réquisitions du ministère public à l'audience, une libération qu'il ne reçoit pas, l'autre parce qu'il se sent menacé par des libérations qu'il juge scandaleuses.

Le système que propose la commission garde le principe d'une libération anticipée, au terme classique des $\frac{2}{3}$ de la peine. La crainte d'une anticipation de la part du juge du risque de libération conditionnelle dans la mesure de la peine a amené la commission, contrairement à l'avant-projet SCHULTZ, à ne permettre qu'exceptionnellement la libération après la moitié de la peine (art. 86, rapp. p. 103).

Le souci de juridicité se marque de manière très heureuse dans l'avant-projet. D'abord, la libération conditionnelle ne dépendrait plus du comportement du condamné pendant l'exécution de la peine. Le seul critère décisif serait le pronostic; celui-ci se fonderait uniquement sur la question de savoir s'il y a lieu de penser que le détenu commettra d'autres crimes ou délits. Ensuite, le délai d'épreuve correspondrait à la durée du solde de la peine. On voudrait ainsi empêcher que le délai d'épreuve soit fixé en fonction de critères qui ne soient pas objectifs. Comme dans d'autres droits, en Belgique notamment, le délai d'épreuve après la libération conditionnelle représente un mode d'exécution par équivalent du solde de la peine privative de liberté.

Enfin, une seule hypothèse entraînerait l'échec pendant le délai d'épreuve. Pendant ce délai, le libéré devrait avoir commis un crime ou un délit qui

laisse à penser qu'il commettra vraisemblablement d'autres infractions. Le «succès de la mise à l'épreuve» ne dépendrait pas d'un jugement moralisateur sur la conduite du libéré conditionnellement. Le seul élément décisif serait l'absence d'actes criminels et ce serait un juge – innovation majeure – qui se prononcerait sur la réintégration et qui appliquerait les règles du concours, en ne se contenant pas de cumuler les deux peines comme jusqu'à présent mais en fixant une peine d'ensemble à laquelle s'appliqueraient à nouveau les règles relatives à la libération conditionnelle.

Belle construction, où le juge a sa place, et où l'incertitude des jugements moralisateurs est bannie au mieux.

La libération d'une mesure (art. 65, rapp. p. 81) reste pour sa part liée au pronostic beaucoup plus précaire, inspiré du Code pénal allemand, que le condamné se conduira bien en liberté.

10. L'interdiction pénale de conduire.

Malgré son intérêt, nous ne nous appesantirons pas sur cette peine nouvelle, qui est pourtant importante dans l'édifice.

A la lumière d'une petite étude de droit comparé réalisée récemment pour l'Institut belge pour la sécurité routière, ce mouvement vers la judiciarisation du retrait du permis de conduire va à contre-courant d'une tendance internationale qui semble davantage orientée vers le traitement administratif de ces matières.²⁵

Mais ce n'est là qu'une première comparaison, qui demanderait à être affinée.

11. Les peines accessoires à la lanterne.

Très importantes d'un oeil étranger, est la volonté de la commission d'experts de bannir de l'arsenal judiciaire toutes les peines accessoires prononcées (rapp., p. 88 et sv.).

La justification est soignée, et fait référence notamment à la gravité et à l'inefficacité de ces sanctions pénales trop peu étudiées. Le cas de la déchéance ou de la décharge de l'autorité parentale est, au sein de ce «septième cercle de l'enfer», une sanction civile très particulière qui effectivement, comme l'indique le rapport ne doit pas relever d'une logique pénale: l'histoire de cette mesure en Belgique mériterait, à titre de comparaison, d'être évoquée.

Le point auquel ne répond pas le rapport, et qui a fort retenu les travaux de mon service à l'Université de Liège, est ce que le professeur LEVASSEUR a appelé le «droit pénal occulte», c'est-à-dire ce monde d'interdictions et de déchéances déclenché automatiquement par le prononcé par le juge de certaines peines du chef de certaines infractions. Un rapport de recherche récent testant une proposition contenue dans l'avant-projet de Code pénal du professeur LEGROS voyait, pour ce grouillant droit pénal de l'ombre, un progrès possible précisément dans l'exigence pour toute interdiction ou déchéance, de la décision d'un juge.²⁶

12. Les projets de révision distincts.

Comme tous ses homologues de par le monde, le législateur suisse a été amené, dans le sillage de conventions internationales qui accentuent l'escalade de la lutte contre le trafic de drogue, le crime organisé et le blanchiment, à suivre des modèles américains notamment en matière de confiscation.

Sans reprendre ici le fond du débat qui nous amènerait trop loin, il faut remarquer que, dans la tourmente, la priorité n'est plus à la construction pa-

tiente de codes bien articulés, d'une logique cohérente à laquelle, depuis le siècle des Lumières, était attachée une image de progrès de l'humanité: nos législateurs sont condamnés à l'éparpillement, à l'incohérence parfois, et au maintien des apparences, à un certain point de saturation, par de savantes coordinations de normes hétéroclites.

Je serais tenté de poursuivre ce trop bref examen: la chance d'avoir pu consacrer un peu de temps à mettre les projets de votre commission d'experts en perspective internationale, laisse le goût amer de ces voyages où, à peine entrevus de vastes horizons, il faut reprendre son chemin.

De ce rapide regard sur votre projet de réforme des sanctions pénales, je conserve le sentiment d'un projet éclectique, tiraillé par des courants contraires de l'opinion et des sciences humaines, sous les contraintes des engagements internationaux et sous influences de différents modèles étrangers, mais de manière plus marquée du droit pénal de type allemand. Ces textes proposent des solutions souvent originales, énoncées dans des formules d'airain. Ce sera, en ce qui nous concerne, une référence privilégiée, comme l'est classiquement le Code de 1942. Dans son étude sur «cinquante ans de Code pénal suisse», le professeur SCHULTZ ne semblait pas particulièrement optimiste sur l'issue rapide des travaux législatifs en la matière.²⁷ Peut-être, comme l'écrivait récemment le professeur Robert ROTH, ce texte apparaîtra-t-il en définitive, au terme de processus généraux d'intégration, comme «un chapitre helvétique du premier Code européen»,²⁸ traduisant les éléments communs d'une culture européenne. Entretemps, il représente pour tout juriste des collines, des plateaux et des plaines à l'entour de la Suisse une magnifique source de réflexion et d'inspiration.

Remarques

- 1 Un comité d'experts a été chargé en 1993 d'assurer un suivi aux travaux du 10e Colloque criminologique (1991) dont le rapport introductif avait été présenté par Mme V. LENOIR-DEGOUMOIS, professeur honoraire à l'Université de Lausanne.
- 2 Françoise TULKENS, Le nouveau Code pénal français, *Journal des tribunaux* (Bruxelles), 1994, p. 186.
- 3 Marc ANCEL, *Social Defense: The future of penal reform*, Littleton, U.S.A., Rothman, 1987.
- 4 Andrew von HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 1.
- 5 Cf. von HIRSCH, p. 4, sur «the scaling of non-custodial sanctions».
- 6 Ibid., p. 4.
- 7 Acteur social et délinquance, Hommage à Christian DEBUYST, Liège-Bruxelles, Mardaga, 1990.
- 8 Graeme NEWMAN, *Just and Painful*, London, McMillan, 1983.
- 9 Paul MARTENS, Les droits de l'homme dans la crise, *Journal des Procès*, Bruxelles, 21 janvier 1994, p. 20 et sv.
- 10 Robert ROTH et Peter PIRKL, Dix ans de réforme pénale en Suisse, *Revue de droit pénal et de criminologie* (Bruxelles), 1993, p. 1118.
- 11 Justitiële Verkenningen, 19/9, décembre 1993.
- 12 Patrick TÖRNUDD, Fifteen years of decreasing prisoner rates in Finland, Helsinki, National Research Institute of Legal Policy, 1993.
- 13 Josine JUNGER-TAS, Alternatieven voor de vrijheidsstraf, *Lessen uit het buitenland*, La Haye, W.O.D.C., 1993.
- 14 Commission pour la révision du Code pénal, Rapport sur les principales orientations de la réforme, 1979, p. 69.
- 15 Sir Leon RADZINOWICZ, The equivocity of the suspended sentence: Recent English experience, in: *En hommage à Jean Constant*, Faculté de Droit de Liège, 1971.
- 16 Interventions sociales dans le cadre judiciaire, Bruxelles, Ministère de la Justice, 1993.
- 17 Séverin-Carlos VERSELE, *Le droit et la justice*, Ecrits, Editions de l'Université de Bruxelles, 1979.

-
- 18 La loi du 10 février 1994, qui n'est pas encore publiée, porte à cinq ans le maximum des peines susceptibles d'être assorties d'un sursis.
 - 19 André KUHN, *Punitivité, politique criminelle et surpeuplement carcéral*, Bern, Haupt, 1993.
 - 20 *Etudes sur la responsabilité pénale et le traitement psychiatrique des délinquants malades mentaux*, Strasbourg, Comité européen pour les problèmes criminels, 1986.
 - 21 *Etudes ...*, citées, p. 95.
 - 22 Bernard DURAND, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi*, Montpellier, Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 1993.
 - 23 Survey finds judges unhappy with mandatory sentencing, *Criminal Justice Newsletter*, 24/19, 1er octobre 1993, pp. 3–4; Henry Scott WALLACE, *Mandatory Minimums and the Betrayal of Sentencing Reform: A legislative Dr. Jekyll and Mr. Hyde*, *Federal Probation*, 57/3 (sept. 1993), pp. 9–19.
 - 24 Guy LEMIRE et André NORMANDEAU, *L'abolition des libérations conditionnelles aux Etats Unis (1976–1993): Bilan de la recherche*, *Revue canadienne de criminologie*, janvier 1994, pp. 63–78.
 - 25 Nathalie VANEMPTEN, *Les systèmes de répression en matière de circulation routière de différents pays européens*, *Etude bibliographique*, Université de Liège, Service de criminologie, 1994.
 - 26 Fabienne BAYARD et Françoise COSTER, *Traquer le droit pénal occulte*, *Rapport pour les Services de programmation de la politique scientifique*, Université de Liège, Service de criminologie, 1994.
 - 27 Hans SCHULTZ, *50 Jahre Schweizerischer Strafgesetzbuch*, *Revue pénale suisse*, 109 (1992), pp. 30–31.
 - 28 *Op. cit.*, p. 1118.

