

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

FACULTÉ DE DROIT ET DES
SCIENCES CRIMINELLES

La fixation de la peine

De l'homme *coupable* à l'homme *capable*

THÈSE

de licence et de doctorat

présentée à la Faculté de droit et des sciences criminelles

de l'Université de Lausanne

par

Loïc Parein

licencié en droit

Helbing Lichtenhahn

Bâle 2010

Lausanne, le 4 février 2010

Imprimatur

Le doyen de la Faculté de droit et des sciences criminelles, vu le préavis de la Commission de soutenance, a autorisé l'impression de la thèse de licence et de doctorat soutenue le 20 novembre 2009 par

Monsieur Loïc Parein

dont le titre est le suivant :

**"La fixation de la peine"
De l'homme *coupable* à l'homme *capable*.**

Sur proposition de la Commission de soutenance, le Conseil de faculté a accordé à ladite thèse, lors de sa séance du 4 février 2010, la mention

magna cum laude.

Le doyen de la Faculté
Laurent Moreillon



Remerciements

Au *Livre I des Pensées pour moi-même*, Marc-Aurèle s'attache à rendre hommage. Il établit en effet ce qu'il doit à chacun de ceux qui l'ont entouré, en particulier ses précepteurs, ses amis et ses proches. Qu'il me soit également permis d'emprunter le chemin de la reconnaissance en guise de préambule.

Tout d'abord à l'égard de mes co-directeurs. A Monsieur le Professeur André Kuhn d'une part, notamment pour sa disponibilité féconde. Qu'il est rassurant pour un doctorant de pouvoir frapper à la porte de son directeur pour lui livrer tout de go ses interrogations et ses idées en sachant avec certitude qu'au sortir du bureau, la perspective s'en trouvera toujours transformée. A Monsieur le Professeur Alain Papaux d'autre part, notamment pour sa bienveillante exigence. A l'instar de quelques sommets, certaines attentes apparaissent parfois trop élevées au regard de nos compétences actuelles mais c'est sans compter sur les capacités acquises en cours de route lorsque celle-ci est jalonnée d'encouragements.

Ce n'est pas encore la famille, mais ils en sont proches. Le présent doctorat doit effectivement beaucoup aux collaborateurs de l'Institut de Criminologie et de Droit pénal, version « Internef ». Il y règne non pas une banale ambiance de travail mais une atmosphère vivifiante où les échanges juridiques et non-juridiques nourrissent tant l'esprit que le cœur. Que chacun puisse lire entre ses lignes la reconnaissance personnelle que je lui porte pour ses années de complicité. Un remerciement particulier à Joëlle Vuille qui, hormis avoir fréquemment prêté assistance à l'auteur, s'est chargée de la relecture, « besogne qu'on ne fait pas soi-même ».

Enfin, il convient de se tourner vers les siens. Que mes grands-parents, mes parents et ma sœur soient remerciés pour l'affection intarrissable qu'ils m'ont témoignée durant cette période de rédaction. Un remerciement particulier à ma mère qui encore une fois est à l'origine, cette fois-ci de nombreuses corrections.

« Le crime ne dit rien, le crime est muet »

Jacques Vergès

Sommaire

Remerciements	V
Table des abréviations	XI
Introduction	1
Partie I : Aspects théoriques en matière de fixation de la peine	5
§ 1. <i>Généralités</i>	5
§ 2. <i>La peine passionnelle : le criminel, un bouc émissaire</i>	7
§ 3. <i>La peine rationnelle</i>	21
§ 4. <i>Conclusion</i>	100
Partie II : La fixation de la peine en droit suisse	105
§ 1. <i>Généralités</i>	105
§ 2. <i>La fonction de la peine</i>	110
§ 3. <i>La fixation de la peine selon l'art. 47 CP</i>	125
§ 4. <i>Conclusion : le criminel, un individu ?</i>	185
Partie III : La fixation de la sanction dans un droit pénal libérateur	191
§ 1. <i>Généralités</i>	191
§ 2. <i>Le criminel : individu submergé</i>	192
§ 3. <i>La sanction</i>	217
§ 4. <i>La fixation de la sanction</i>	221
§ 5. <i>Conclusion</i>	239
Conclusion	241
Annexe : Tableau récapitulatif des critères de fixation de la peine selon l'art. 47 CP	244
Table des matières	245
Bibliographie	249

Table des abréviations

aCP	version du Code pénal antérieure au 1 ^{er} janvier 2007
al.	alinéa
art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
cf.	<i>confer</i>
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
chap.	chapitre
cons.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DPMIn	Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 20 juin 2003 (RS 351.1)
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948
etc.	<i>et cetera</i>
FF	Feuille fédérale
if.	<i>in fine</i>
JT	Journal des Tribunaux
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (RS 741.01)

Table des abréviations

LFIS	Loi fédérale sur l’investigation secrète du 20 juin 2003 (RS 312.8)
lit.	lettre
LStup	Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (RS 812.121)
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
n°	numéro
p.	page(s)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
ss	et suivant(e)s
SJ	Semaine judiciaire
T.	Tome
TF	Tribunal fédéral
vol.	volume

Introduction

« Il prit une plume, écrivit sur le brevet le nom de d'Artagnan, et le lui remit.

– Je n'aurai donc plus d'amis, dit le jeune homme ; hélas ! plus rien, que d'amers souvenirs...

Et il laissa tomber sa tête entre ses deux mains, tandis que deux larmes roulaient le long de ses joues.

– Vous êtes jeune, vous, répondit Athos, et vos souvenirs amers ont le temps de se changer en doux souvenirs. »¹

Une fin pour un début, étrange paradoxe. Ces dernières lignes d'un des romans phares d'Alexandre Dumas résonnent toutefois comme l'amorce d'une nouvelle histoire, de celle qui mène de l'amertume à la douceur. Mais le réconfort amical d'Athos aurait-il été apporté si d'Artagnan n'avait pas su dire sa détresse ? Sans cette capacité, ce dernier aurait peut-être déchiré avec violence le livret, tenu son ami pour responsable de sa tristesse ou encore provoqué en duel le premier venu afin d'extérioriser sa colère. Rien de tout cela, rien que des larmes. Et des mots.

De telles conséquences en cas d'une hypothétique incapacité induisent une certaine intuition. Il existerait a priori une relation inversement proportionnelle entre la richesse du vocabulaire et l'usage de la violence. Plus un individu disposerait d'un vocabulaire riche, moins il aurait recours à la brutalité. En effet, l'acte violent apparaît souvent comme l'expression maladroite d'un besoin ou d'un sentiment en raison d'une incapacité à le formuler autrement.

Il est possible de transposer le présupposé en matière pénale. Celui-ci revient à affirmer que la commission d'une infraction dépend parfois du vocabulaire du délinquant : moins il dispose d'un vocabulaire étoffé, plus il est enclin à commettre des délits. Il ne s'agit cependant pas de généraliser. Bien des personnes violent la loi alors qu'elles disposent d'un lexique standard voire dense. Il n'empêche que l'approche semble être pertinente à l'égard de certains délinquants.

¹ DUMAS, p. 699.

L'intuition de départ est à l'origine du programme « *1000 mots* » en France. A l'initiative de l'écrivain Alexandre Jardin, ce programme a pour but d'élargir le vocabulaire de jeunes en difficulté et de développer leur pratique de la lecture. Une première opération fut lancée en 2001 dans la maison d'arrêt de Villepinte. Elle consistait à faire lire, en compagnie de bénévoles, *Les Trois Mousquetaires* à un détenu mineur à raison de deux séances par semaine, celui-ci notant les mots qu'il ne comprenait pas dans un cahier². Le but de l'action n'était pas de faire la morale au jeune mais au contraire, de lui donner la force nécessaire pour s'en sortir. En lui offrant les moyens de formuler verbalement ce qu'il désire, peut-être évitera-t-il de recourir à la violence ?

L'équipe a travaillé durant six mois et l'adolescent a rempli deux cahiers. *1000 mots* n'en a pas fait un agneau mais quelque chose a radicalement changé dans son comportement. Il s'est mis à écrire, à participer avec plus d'aisance en classe et, plus imprévu, à assurer la promotion du programme auprès de ses codétenus. Vers la fin du roman, il a même ralenti le rythme de la lecture pour faire durer le plaisir...³

Outre l'aspect anecdotique, le pressentiment a été confirmé sous l'angle scientifique. Des recherches menées sur la communication interpersonnelle ont démontré que le détour par le langage permet non seulement de structurer la pensée mais également de prendre conscience de comportements adoptés de manière plus ou moins automatique et ainsi exercer sur eux un meilleur contrôle⁴. Le développement des propriétés régulatrices du langage constitue ainsi un recours contre la violence dans la mesure où les procédures d'autocontrôle engageant la conscience vont pouvoir se substituer à des automatismes⁵. L'individu acquiert ainsi les compétences l'autorisant à sortir de ce que l'on pourrait appeler l'« analphabétisme émotionnel ». Récemment, une étude parue dans la revue *Criminology* a également mis en évidence le lien direct entre le langage et la maîtrise de soi⁶. Des compétences diminuées en matière d'expression conduiraient effectivement à une baisse du niveau de contrôle.

Quels enseignements tirer au regard du sujet traité, à savoir la fixation de la peine ? Sanctionner le délinquant de manière à lui fournir les moyens d'exprimer ce qu'il ressent et d'obtenir ce dont il a besoin par un autre

² JARDIN, p. 114.

³ JARDIN, p. 115.

⁴ LARIVÉE, p. 1ss ; WERTSCH, p. 79ss.

⁵ FAVRE, p. 44.

⁶ BEAVER/DELISI/VAUGH/WRIGHT/BOUTWELL, p. 939s.

moyen que la violence favorise dans certains cas la prévention du crime. Une telle dynamique exige néanmoins de réprimer en fonction de l'incompétence de l'individu. Autrement dit, d'« individualiser » au sens strict du terme.

Avant de parvenir à une telle conclusion, il convient d'évoquer dans un premier temps les multiples spires théoriques autour du phénomène criminel (Partie I). Les considérations à propos de la figure du criminel conditionnent en effet la réaction répressive. Si l'on estime notamment que ce dernier est un malade, la peine a dès lors pour fonction de le soigner. En outre, le critère de fixation de la peine découle directement de sa fonction. Toujours dans le même exemple : si la peine doit guérir, elle est déterminée selon la maladie dont souffre le criminel. Ainsi, le schéma ternaire « Figure-Fonction-Fixation » fournit une grille de lecture adéquate pour comprendre la logique répressive d'une pensée. C'est pourquoi, le débat doctrinal est passé au crible des trois « F ».

Dans un deuxième temps, il s'agit de se pencher sur la peine en droit suisse, et en particulier sur sa détermination (Partie II). Au-delà des questions d'ordre spéculatif formant le terreau duquel surgissent les critères de mesure, la maîtrise du principe de fixation présente un intérêt tout à fait pragmatique⁷. Pour le praticien, exposer de manière structurée et complète l'appréciation de l'infraction ainsi que la situation personnelle de l'accusé participe à la construction d'une ligne de défense solide, d'un réquisitoire convaincant ou d'un jugement irréprochable. Une bonne connaissance de l'art. 47 CP est par conséquent indispensable pour celui qui ne prend pas le parti de l'acquiescement.

Un illogisme apparaît néanmoins au défenseur, au procureur ou au juge qui tente l'acquisition de ce savoir. La loi commande en effet de tenir compte de deux paramètres malaisément conciliables : l'acte et l'auteur. Et avec Gisel-Bugnion, « il est permis de s'étonner qu'une opération aussi absurde du point de vue logique soit pratiquée si fréquemment et depuis si longtemps sans susciter davantage de protestations [...] Cet illogisme qui préside actuellement à la détermination de la peine contribue à entretenir un profond malaise de la justice pénale, même s'il n'en est pas la seule cause »⁸. Par ailleurs, l'incohérence engendre pour les juristes des obstacles également propres au langage, les difficultés d'expression n'étant pas l'apanage des détenus. De l'aveu même du Tribunal fédéral, le juge est

⁷ La jurisprudence mentionnée à ce propos s'arrête au 31.01.2010.

⁸ GISEL-BUGNION (Punir), p. 159 et 160.

confronté aux difficultés de verbalisation au moment de motiver la peine⁹. Partant, l'exercice actuel consisterait au fond à mettre des mots qui persuadent sur une appréciation qui relève du « nez ».

Au vu de ce qui précède, il n'est pas irrévérent d'écrire que « longtemps je me suis couché de bonne heure », fatigué par la recherche d'une logique qui, précisément, s'est avérée que peu logique. Toutefois la critique est un luxe qui se paie en propositions. Aussi faut-il dans un troisième temps envisager quel pourrait être le mode de fixation qui rendrait une harmonie à ce qui paraît plutôt disharmonieux (Partie III). Or, une telle entreprise nécessite de repenser la définition de la sanction, son fondement, sa finalité, sa fonction. De cet effort global se dégage un autre critère d'individualisation selon lequel le criminel apparaît moins comme un homme *coupable* qu'il s'agit de punir que comme un homme *capable* de ne plus commettre d'infraction¹⁰.

⁹ ATF 118 IV 17.

¹⁰ Cf. Partie III, § 2, V, 1.

Partie I : Aspects théoriques en matière de fixation de la peine

§ 1. Généralités

Comme chaque institution juridique, le droit pénal s'est construit sous l'influence conjuguée des réactions instinctives du corps social et des idéologies doctrinales¹¹. L'approche théorique de la fixation de la peine est dès lors une discipline mariant constamment l'histoire et la doctrine. Il est nécessaire d'opérer, à chaque fois que cela s'avère possible, un constant va-et-vient entre les faits et les idées afin de cerner l'évolution chronologique des idéologies doctrinales et leur influence sur la technique abstraite que constitue la mesure de la peine.

Les doctrines punitives s'apparentent étrangement à une nuée de papillons. Celles-là volettent de manière aléatoire, leur trajectoire saccadée éclaboussant ponctuellement la représentation que l'on s'en fait d'une tache floue et bigarrée. Et même si elles se posent, parfois, mais toujours brièvement, leurs ailes battent encore. Ainsi, les étudier n'est pas chose facile. Il faut les rassembler, les réunir dans un même espace illusoirement clos, voire les immobiliser, avant d'observer les couleurs, les formes, les tailles de chacune d'entre elles et de recenser tant les similitudes que les différences.

Cette gymnastique intellectuelle apparaît parfois impossible. Elle se heurte en effet à un phénomène mystérieux et inquiétant : même épinglés, les savoirs sur la peine continuent à s'agiter. Chaque lecture d'un auteur approfondit la compréhension de sa pensée, invalide une partie de l'interprétation antérieure, brise ou établit un lien avec l'opinion d'un autre. Et plus le champ d'observation s'étend, plus l'inquiétude s'intensifie.

Or si la peur arrêtaient les hommes, il n'y aurait de grand sportif. Alors il faut courir le risque et tenter de retracer, succinctement et dans l'impermanence, les efforts de l'intelligence en la matière.

De manière générale, la sanction pénale se définit comme la réaction face au crime. En dehors d'une approche globale, cette réaction semble être commandée soit par la passion soit par la raison. Aussi, de façon imagée,

¹¹ MERLE/VITU, p. 101.

est-il possible de classer nos théories punitives selon qu'elles répondent aux ordres du « ventre » ou de la « tête ».

Dans le premier cas, la peine apparaît comme une pure vengeance venue des tripes. L'intelligence se veut ici sceptique, ou lucide, appréhendant le droit pénal comme le masque dont se parent les ressentiments, comme un corpus de règles qui institutionnalise plus ou moins officiellement le sacrifice. Derrière l'hypocrisie des réflexions se cache une réaction mue principalement par l'émotion que provoque le crime. Le criminel est un bouc émissaire sur lequel se déchaîne plus ou moins ouvertement une fureur. Dans ce contexte, la peine est essentiellement « passionnelle ».

Dans le second cas, la sanction a pour mère la raison. La répression est le fruit d'un raisonnement qui cherche à conceptualiser une notion. La peine se comprend comme une entité objectivable. Elle se justifie, se fixe et s'exécute par le biais d'un dispositif qui dénie à la vengeance sa place dans la constitution de la Justice pénale. Le crime, et a fortiori le criminel, sont les supports d'un discours organisé de sorte que la peine devient avant tout « rationnelle ».

L'intitulé de cette partie mentionne les aspects « théoriques » de la peine et non, par exemple, sa nature « philosophique », et cela pour deux motifs. D'une part, les auteurs abordés viennent de différents horizons. Il n'est pas question que de philosophes. Des idées d'ordre religieux, anthropologique ou sociologique sont abordées. D'autre part, le discours sur les concepts choisis est celui d'un pénaliste, et non celui d'un philosophe, d'un théologien, d'un anthropologue ou d'un sociologue, qui s'adresse au surplus à des pénalistes. Ne sont dès lors considérés comme pertinents que les éléments théoriques ayant directement trait à l'objet, à savoir la fixation de la peine, au risque probablement de ne pas restituer une pensée dans son intégralité. Par conséquent, le lecteur est prié de garder en mémoire qu'il s'agit moins d'une réduction que d'une sélection au regard du sujet étudié.

De l'approche du criminel découle le critère de mesure. Qu'il soit question de la peine « passionnelle » ou de la peine « rationnelle », il convient de passer successivement par la figure du délinquant, la fonction de la peine et sa fixation afin d'épuiser la matière avec logique. Beccaria avait peut-être déjà pressenti ce lien en avertissant que « quiconque lira avec un œil philosophe les codes et les annales des nations trouvera que, presque toujours, les noms [...] de *bon citoyen* ou de *criminel* prennent un autre sens au cours des siècles, non par suite de changements survenus dans la

situation des pays [...] mais en raison des passions et des erreurs qui ont entraîné successivement les différents législateurs »¹².

§ 2. La peine passionnelle : le criminel, un bouc émissaire

I. Le criminel

Chez les Grecs, la peine devait assouvir le cœur de la victime et lui procurer un certain plaisir¹³. Dans *Prométhée enchaîné*, Eschyle dresse le portrait de Zeus animé par la haine après s'être fait dérober le feu par Prométhée à qui il inflige, par l'intermédiaire d'Héphaïstos, le supplice du pilori aux confins de la terre. L'auteur de l'infraction est la cible d'une peine satisficatoire faisant de lui un bouc émissaire. Autrement dit, le droit pénal répondrait à un « impératif sacrificiel »¹⁴.

Le mythe du bouc émissaire a ressurgi par le biais de l'anthropologie. Entre 1911 et 1915, Frazer publie les douze volumes du *Rameau d'or*, dont l'un a pour titre *Le Bouc émissaire*. Compilation de rites, de coutumes et de folklore, l'ouvrage est plus proche de la description que de la synthèse. Toutefois, Frazer met en évidence le transfert qui s'opère sur la victime expiatrice du courroux social : « Il arrive, en effet, qu'on place les malheurs et les péchés accumulés de tout un peuple sur le dieu qu'on immole et qui est censé les emporter à jamais avec lui, laissant les vivants innocents et heureux »¹⁵.

Dès le début des années quarante, la figure du bouc émissaire éveille en psychologie un intérêt tout particulier. Cette attention se transforme rapidement, trop peut-être pour éviter certains malentendus, en théorie d'application générale. Dollard consacre par exemple une étude à l'explication du comportement agressif adopté à la suite de frustrations¹⁶. Son modèle, celui du *scapegoat*, décrit la nécessité d'une victime contre laquelle s'exerce une agressivité déviée de sa véritable source frustrante. Il

¹² BECCARIA, ch. VI, p. 74.

¹³ PRADEL, p. 8.

¹⁴ ROBERT, p. 7ss.

¹⁵ FRAZER, p. 423.

¹⁶ Cf. DOLLARD.

est par ailleurs parmi les premiers à avoir cerné une certaine analogie entre le processus pénal et la figure du bouc émissaire, soit celle du *scapegoat*.

Les travaux de Dollard stimulent les scientifiques. Ceux-ci lui empruntent son modèle et l'utilisent comme grille de lecture de certains phénomènes. En pointe, des chercheurs américains tentent d'expliquer plusieurs persécutions nationales, soit celles dont ont fait l'objet les Noirs, les Indiens, les communistes ou certaines minorités ethniques, au moyen de la théorie générale. De cette émulation, l'image du bouc émissaire en ressort plus nette, moins brouillonne et semble se construire au terme de trois étapes¹⁷ :

1. Existence ou naissance de frustrations ;
2. Création ou accumulation d'agressivité (ou d'hostilité) ;
3. Déplacement de l'hostilité :
 - a) sur une victime plus ou moins innocente ;
 - b) par le jeu d'une projection de culpabilité ;
 - c) et par référence à des stéréotypes culturels, sociaux, économiques, confessionnels, raciaux, préférablement attribués à une (des) minorité(s) numérique(s), économique(s), politique(s).

Enfin, les écrits de Girard marquent la plus importante résurgence du bouc émissaire¹⁸. La figure de ce dernier acquiert définitivement le statut d'hypothèse de travail. Tendante à une théorisation, l'œuvre girardienne fait du sacrifice, lui-même violence sacrée, l'articulation centrale de la violence. L'élection d'un bouc émissaire paraît inévitable dans certaines situations caractérisées par trois éléments¹⁹.

Premièrement, les persécutions collectives marquent les temps de crise. Le processus de désignation victimaire est conjoncturel, c'est-à-dire lié aux conditions, aux tensions personnelles, sociales, politiques ou économiques. La famine, les épidémies, les périodes de dépression économique ou les conflits collectifs favorisent la victimisation émissaire. Les persécutions des premiers Chrétiens ont par exemple eu lieu dans une époque durant laquelle les institutions politiques étaient bousculées ; la chasse aux sorcières dans

¹⁷ ROBERT, p. 15

¹⁸ ROBERT, p. 16.

¹⁹ Cf. GIRARD ; ROBERT, p. 16s.

l'Europe du XVII^e siècle eut pour contexte les diverses luttes idéologiques²⁰. Selon Bucher²¹, les catastrophes aériennes, les explosions ou les tornades constituent également un terreau fertile pour des désignations victimaires. Enfin, la crise financière que vit le monde depuis 2007 connaît également ses désignations. Les frustrations collectives sont transférées sur les *traders* et, à un plus haut degré hiérarchique, sur les présidents des conseils d'administration dont on réclame la tête dès lors qu'ils sont considérés comme la cause de l'effondrement du système.

Deuxièmement, les stéréotypes d'accusation sont basés sur une absence d'imagination chez les persécuteurs plutôt enclins à une idéologie d'hostilité. Ces derniers choisissent une cible contre laquelle décharger une agressivité de manière effective et symbolique. De même, Allport définit le *scapegoating* comme un « phénomène caractérisé par la focalisation d'énergies agressives d'une personne ou d'un groupe sur un individu, groupe ou objet, la puissance de l'agressivité et l'intensité du blâme étant partiellement ou totalement injustifiées »²². Quant à la redondance des stéréotypes, il existe de nombreux exemples qui témoignent du manque d'imagination : le racisme et ses prétendus fondements biologiques, le complexe du colonisateur face au colonisé, le diabolisme de telle religion, etc. Le recours récurrent à des archétypes d'accusation provient d'un besoin de répondre dans l'urgence au crime. La peur que celui-ci suscite rend intolérable la présence de son auteur dans la société. A cet effet, tout est propre à persécuter : fautes impardonnables, vices incurables ou encore tares génétiques. L'acte de la victime émissaire génère l'accusation qui ne s'achève que par la reconnaissance d'une culpabilité.

Troisièmement, le choix victimaire s'opère sur des personnes par le truchement d'un critère de sélection qui, sur le plan tant moral que pénal, se retrouve sous le terme de « culpabilité ». En général, il se porte sur un individu jugé nocif pour la société : « Le plus souvent, du reste, c'est la personne entière qui constitue pour l'accusateur ce scandale d'une réalité qui reste irrécusable... »²³. Le processus s'achève par la mise en rapport de la présence de l'accusé au sein du groupe avec le déséquilibre qu'il entraîne : la boucle est « bouclée », le couperet peut tomber.

²⁰ Cf. MUCHEMBLED.

²¹ BUCHER, p. 467 à 475.

²² ALLPORT, p. 9 (traduction reprise in ROBERT, p. 52).

²³ TRICAUD, p. 25.

Dès la fin des années soixante, la criminologie s'est penchée sur la figure du bouc émissaire. Le terme de *scapegoating* se retrouve de façon particulièrement intense dans la littérature scientifique anglo-saxonne. Dollard souligne par exemple que « les criminels sont ressentis comme la personnification du mal et de l'odieux et, comme tels, on voudrait qu'ils subissent un sort encore pire que celui qui leur est réservé. Ils deviennent des boucs émissaires du groupe entier et sont habituellement considérés comme des êtres pas tout à fait humains »²⁴. L'angle des recherches criminologiques s'est dès lors modifié. Celles-ci ne se concentrent plus sur la relation entre le criminel et la loi mais plutôt sur la réaction sociale en tant que mécanisme de régulation du crime.

Parmi les nombreux auteurs, Durkheim est l'un des sociologues qui a eu, et a encore, une forte influence sur la vision du crime et de la peine²⁵. Fasciné par le rôle de la punition en tant qu'instrument maintenant la cohésion sociale, il n'a jamais utilisé expressément la figure du bouc émissaire. Le fonctionnalisme durkheimien constitue néanmoins le point de départ d'une tradition criminologique qui s'inscrit dans un courant dont le bouc émissaire fait figure de symbole.

Après ces quelques considérations d'ordre général, il est permis de se demander si l'on retrouve des traces « tangibles » de l'origine sacrificielle du droit pénal actuel. Tel est effectivement le cas s'agissant en particulier des règles procédurales.

Le droit de la procédure a permis, avant même la création du droit de fond, la naissance du droit pénal au sens large²⁶. Les règles à suivre afin d'obtenir justice sont en effet bien souvent antérieures aux dispositions matérielles. De cette antériorité historique, la procédure conserve un formalisme rassurant. En tant que trace de la nécessité du rituel, le respect scrupuleux d'un processus formel participe à la formation du sentiment d'équité vis-à-vis de la sanction. Les nombreuses réticences exprimées lors de modifications législatives soutiennent à ce titre que la mécanique ancestrale garantit la réussite d'une bonne Justice pénale, c'est-à-dire en partie l'expulsion de la haine sociale par un transfert sur l'accusé désigné en tant que cause²⁷ : « Cette histoire de la procédure pénale, à laquelle il convient

²⁴ DOLLARD, p. 121.

²⁵ Cf. Partie I, § 3, XIV.

²⁶ ROBERT, p. 119.

²⁷ « Entre l'accusé et le public se nouent des liens subtils. L'accusé est le personnage central du drame judiciaire. Même si son rôle à l'audience n'est pas le plus important, c'est à lui en définitive que tout se ramène, c'est lui que l'on verra disparaître, passer de

d'ajouter celle de l'organisation judiciaire, doit nous retenir par sa fascinante et constante révélation d'une obsédante préoccupation des formes : tant leur multiplication, dans la diachronie, que leur respect dans la synchronie, paralysent l'acteur judiciaire, et fascinent le profane, au point que le système paraît, à qui prend quelque distance, pathologique tant il est phobique de l'imprévu, de l'imaginaire, de l'innovation »²⁸.

Lorsque l'on compare le schème du bouc émissaire et la procédure pénale, se dégagent plusieurs similitudes de sorte à rendre le rapprochement assez troublant. L'étude du déroulement de la procédure fournit en effet un certain nombre de preuves en faveur d'un possible caractère vindicatif de la répression. A ce propos, il convient d'envisager brièvement le fonctionnement général avant d'aborder des points particuliers.

Clavreul souligne à ce propos que « la majesté de la Justice est affirmée par la lenteur de l'appareil, la minutie de l'enquête, la distinction faite entre Justice et Police, Justice et Système pénitentiaire, Justice et Appareil d'Etat, par l'affirmation que l'inculpé est *présumé innocent*, que la décision sera prise *sans passion et sans haine*. Parallèlement, la liturgie de la cérémonie du jugement, le costume traditionnel des magistrats, l'usage d'un langage peu compréhensible, la médiation obligée de l'avocat, la présence d'un public spectateur venu le plus souvent comme on va aux jeux du cirque, la silencieuse présence des policiers, le juge qui tonne sa colère sacrée, la décision remise aux jurés populaires, tout témoigne qu'on associe tradition et modernisme, afin de montrer que la chétive personne appelée à comparaître participe à son corps défendant à l'un de ces grands moments où une société procède aux cérémonies propiatoires et expiatoires où doit être conjuré le mal qu'il incarne »²⁹.

Plus spécialement, l'absence de l'accusé, potentielle victime du cérémonial judiciaire, forme un obstacle au transfert du désir vindicatif³⁰. Cette

l'autre côté, dans l'univers pénitentiaire, au moment où, la sentence lue, tombe la dernière réplique : "Gardes, emmenez le condamné !" à moins qu'il ne soit acquitté. Mais l'acquiescement, en justice, a toujours quelque chose de miraculeux, comme le lépreux soudain guéri qui retrouverait la communauté des hommes. » (BADINTER, p. 84).

²⁸ ROBERT, p. 119.

²⁹ CLAVREUL, p. 54 ; à ce sujet, cf. également ROBERT, p. 118ss.

³⁰ « La haine était partout. Je me sentais comme traversé par les ondes qui de toutes parts enveloppaient le box des accusés. La haine est pesante. Elle pesait ce jour-là de tout son poids sur ces deux hommes. Et nous, les avocats, nous étions là, devant eux, avec l'impression d'impuissance de ceux qui essaient de toutes leurs forces d'arrêter de leurs mains un véhicule trop lourd qui, freins cassés, a commencé à descendre la grande pente et vous entraîne avec lui, irrésistiblement, vers l'abîme » (BADINTER, p. 112).

nécessité est soulignée par « l'extrême rareté des procédures par contumace [...] et le manque quasi-total d'intérêt du public, donc de la communauté, pour de telles procédures, [qui] sont là pour nous rappeler qu'il faut une victime qui soit convenable dont la culpabilité puisse faire l'affaire »³¹. A ce titre, le risque de fuite est une condition du placement en détention préventive. Si le droit pénal ne poursuivait absolument pas le sacrifice du criminel, l'existence de preuves accablantes pourrait constituer un motif de libération même en cas d'un éventuel défaut³². Dans les mêmes circonstances, la direction de la procédure pourrait se passer de décerner un mandat d'amener. La présence de l'accusé au procès ne serait en effet pas nécessaire si le tribunal dispose de suffisamment d'éléments pour établir la commission de l'infraction. Or, ce motif n'est généralement pas prévu dans les codes de procédure³³.

Une fois le criminel interpellé, il s'écoule un certain temps entre sa désignation comme bouc émissaire et son sacrifice. Pour que la « magie expiatoire » du sacrifice pénal se réalise, il faut en effet que la victime ait été préparée : « Il s'agit de l'induire à se laisser sacrifier paisiblement... »³⁴. En l'absence d'un rituel rigoureusement formalisé, le transfert du désir vindicatif sur l'accusé, et partant son apaisement, ne s'opère pas. L'instruction est dès lors organisée de façon à faire la lumière sur une éventuelle culpabilité, condition indispensable au dit transfert, par le truchement de preuves. Les diverses mesures tendent à construire une vérité acceptable par le public, « judiciariable » par le juge et surtout indéniable pour le prévenu.

Cette dernière qualité est d'ailleurs la récompense suprême. La confession obsède chaque participant de l'instruction : « Vouloir l'aveu par la force physique ou morale, c'est vouloir que l'accusé accepte d'être jugé selon les normes représentées par l'effort qui exige l'aveu. Et plus que cela, c'est vouloir que l'accusé se reconnaisse comme son propre juge [...] il se condamne donc lui-même [...] il assume donc seul, ou plutôt on lui fait assumer à lui seul, la responsabilité du jugement. »³⁵. A défaut d'aveux, c'est tout le processus qui est mis en danger. Le malaise est pratiquement toujours palpable lorsque, malgré l'évidence, le condamné maintient ses

³¹ ROBERT, p. 138.

³² Les conditions du risque de collusion ou de danger pour l'ordre public étant mis à part (art. 221 lit. b et c CPP).

³³ A titre d'exemple, cf. art. 207 CPP.

³⁴ HUBERT/MAUSS, p. 230.

³⁵ ROBERT, p. 134.

dénégations. Le sentiment de gêne est d'autant plus perceptible que la peine prononcée est lourde, notamment au moment de l'exécution d'une peine capitale.

La procédure pénale ressemble au rituel vindicatoire à un degré quelque peu déroutant lorsqu'il s'agit de soutenir un simple hasard des formes. Or, l'organisation liturgique ne pose peut-être pas au fond de problème en elle-même dès lors que l'émergence d'une force inhabituelle en dépend. Par analogie, Cazeneuve retient que « le fatras dont s'entoure la sorcellerie ne lui est nullement accessoire, il fait au contraire sa puissance »³⁶. A ce titre, le premier geste de justice reviendrait à la délimitation d'un espace propice à son accomplissement³⁷.

Au vu de ce qui précède, la question suivante ne paraît pas dénuée de pertinence : le droit pénal ne serait-il pas en réalité le dernier lieu où, en toute légalité, le sacrifice est encore cultivé ? Force est de constater qu'à bien des égards, il convient de répondre par l'affirmative. Partant, si le criminel est considéré comme un bouc émissaire, l'action de punir se confond avec la volonté de se venger, c'est-à-dire de compenser l'offense par une autre offense.

II. La fonction de la peine

Le rapport entre la vengeance et la peine continue d'être l'objet des affirmations les plus contradictoires, les uns voyant la vengeance comme un repoussoir de la justice pénale, les autres la considérant au contraire comme son fondement³⁸.

A première vue, Courtois semble avoir raison en estimant que la vengeance est soumise depuis bien longtemps à un refoulement répété de sorte qu'elle n'est évoquée que pour lui dénier une existence juridique³⁹. Toutefois, une approche sceptique du droit pénal permet de douter de la totale efficacité de ce refus. Ainsi, au-delà des apparences, un paradoxe terrible achèverait les maigres espoirs confiés abstraitement à l'institution judiciaire. Prétendument établie dans le but de subroger la vengeance parmi les moyens de résolution des conflits, la justice pénale enjoindrait au final de

³⁶ CAZENEUVE, p. 199.

³⁷ GARAPON, p. 24.

³⁸ CUSSON, p. 29.

³⁹ COURTOIS (Vengeance), p. 9.

faire ce qu'elle dit et non ce qu'elle fait⁴⁰. Ceci fait dire à Stephen que le droit criminel serait à la passion vindicative ce que le mariage est au désir sexuel⁴¹ : une manière de rendre acceptable une pulsion.

Avant de soupçonner le droit pénal de se confondre avec la vengeance, il convient tout d'abord de définir en quoi consiste celle-ci avant d'envisager son lien avec la peine.

Toujours selon Courtois, la vengeance *pure* se caractérise par quatre traits, celle-ci étant intemporelle, interminable, improductive et indéterminée⁴².

En premier lieu, la vengeance pure est *intemporelle*. Si l'on considère qu'il s'agit du traitement des conflits le plus archaïque, cette dynamique forme une notion repoussoir pour l'édification d'une « Histoire du droit pénal ». Le sens de l'évolution se réduirait à un maquillage plus ou moins soigné du procédé qui atteindrait le plus haut degré de perfection avec la confiscation du droit de punir des mains des privés.

La vengeance pure est en deuxième lieu un processus *interminable*. Elle constitue une réponse violente à un comportement agressif qui précipite le conflit dans une escalade de brutalité sans fin. La procédure se déroule indéfiniment puisque la punition provoque un désir vindicatif chez celui qui en fait l'objet. Autrement dit, le sacrifice n'éteint pas le litige⁴³.

La troisième caractéristique définit la vengeance pure comme une réaction *improductive*, c'est-à-dire dénuée d'intention prospective. Ne prêtant aucune attention à l'avenir, la répression cherche à soulager l'urgence engendrée par la souffrance consécutive à l'atteinte. La prévention du crime ou la réparation matérielle n'est que très secondaire. Il s'agit de suivre sans esprit critique ce que commande le sentiment de haine.

Enfin, le quatrième élément porte sur l'*indétermination* de la vengeance pure, à savoir l'absence d'étalon. Celle-ci est en effet indéterminée car elle s'exécute en dehors d'une équivalence fixe garantissant une égalité de traitement des délinquants. L'étendue du désir vindicatif fixe l'intensité de la réponse à l'infraction. Il n'y a pas une même répression entre deux

⁴⁰ Dans une vision moins pharisienne que celle-ci, l'Etat monopoliserait bel et bien la vengeance sans toutefois se cacher d'y faire recours.

⁴¹ « *The criminal law stands to the passion of revenge in much the same relation as marriage to the sexual appetite* » (STEPHEN, p. 98-99).

⁴² COURTOIS (Vengeance), p. 9ss.

⁴³ Sous l'angle de la relation entre privés, la victime de la vengeance chercherait à son tour à se venger tandis que sous l'angle du rapport entre l'Etat et le criminel, ce dernier tenterait de se venger de l'offense que la société lui a infligée par le biais de l'institution.

crimes identiques puisque le sacrifice est proportionnel à la souffrance éprouvée, celle-ci étant éminemment individuelle.

Ainsi, il existe pour Girard un principe structurant caché, le sacrifice, dans lequel le système plonge ses racines : l'auteur de l'infraction est une impureté qu'il faut exclure. Par le jeu d'une équivalence, on lui octroie la peine qu'il mérite : « Il n'y a, dans le droit pénal, aucun principe de justice qui diffère réellement du principe de vengeance. C'est le même principe qui est à l'œuvre dans les deux cas, celui de la réciprocité violente, de la rétribution⁴⁴. Ou bien ce principe est juste et la justice est déjà présente dans la vengeance, ou bien il n'y a de justice nulle part »⁴⁵. Aussi le fait de sacrifier l'auteur constituerait-il le ressort essentiel d'une répression « juste », soit de la réaction qui revient à imposer une souffrance à celui qui en a provoqué une.

Véritable « camouflage dogmatique »⁴⁶, les postulats doctrinaires cachent efficacement l'origine sacrée de la peine en se gardant bien d'évacuer l'expulsion passionnelle qu'ils engendrent⁴⁷.

Deux auteurs ont en particulier dénoncé l'artifice. En se référant aux travaux de Steinmetz⁴⁸, Mauss d'une part développe un argument qui relève la « non-finalité de la peine primitive »⁴⁹. Basée sur une impulsion passionnelle, la peine n'assume pas les fonctions sociales prétendues par les doctrines rationalistes et ce n'est que bien indirectement qu'elle produit des effets préventifs : « La répression est foncièrement instinctive, elle est religieuse dans ses motifs, religieuse dans sa forme. On ne pourrait mieux la comparer qu'aux actions d'une foule fanatique contre celui qui vient heurter les sentiments qui la meuvent »⁵⁰. L'essence instinctive de la peine a d'autre part été étudiée par Durkheim. Dans sa théorie sur la cohésion sociale, il explique combien la peine n'assume que de manière résiduelle un

⁴⁴ Rétribuer signifie rendre à quelqu'un ce qu'il mérite. C'est par le biais de ce ressort que l'infliction d'une peine s'effectue après la commission d'une faute.

⁴⁵ GIRARD, p. 32.

⁴⁶ Expression prise dans LEGENDRE, p. 6.

⁴⁷ Il convient néanmoins de relever que les règles procédurales notamment posent des limites aux passions. Ainsi, le premier « geste » de la justice est architectural et symbolique puisqu'il délimite un espace qui tient à distance l'indignation morale et la colère publique, dégage un temps pour cela, arrête une règle du jeu, convient d'un objectif et institue des acteurs (GARAPON, p. 19).

⁴⁸ Cf. STEINMETZ.

⁴⁹ MAUSS, p. 269-295 (la 2^e partie de cet article est publiée dans le même ouvrage aux pages 31 à 61).

⁵⁰ MAUSS, p. 53.

rôle d'amendement : « Elle ne sert pas, ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles ; à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas, médiocre. Sa vraie fonction est de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune »⁵¹.

Or la réaction sacrificielle n'est plus en odeur de sainteté. Et la prétendue prévention par la peine cache en réalité la vengeance du sacré. Sous couvert d'une volonté prospective, les « penseurs de la peine » ont profané le système en faisant de la prévention la fonction principale : « Les idées du grand philosophe sur l'efficacité salutaire de la peine quant à l'amendement du condamné ne sont pas moins dignes d'attention. Elles prouvent que Platon, dans ses spéculations en apparence exclusivement morales, entrevoyait déjà, au siècle de Périclès, la base rationnelle du système pénitentiaire qui devait (...) surgir de la philanthropie chrétienne, et qui est aujourd'hui l'une des gloires des nations occidentales»⁵². Et les partisans de cette rationalisation ont dû recourir à des arguments souvent spécieux pour celer les motivations sacrificielles de la peine et, « malgré les exagérations inévitables et la griserie des principes, ils ont fait œuvre qui dure »⁵³.

La vengeance pure aurait été progressivement édulcorée afin d'être présentée sous des traits acceptables. Afin de fournir une institution compatible avec l'apparition progressive des droits fondamentaux, force a été de rendre son expression éthique. Tel a été le cas des quatre traits de la vengeance pure.

En ce qui concerne le caractère intemporel, la vengeance n'a pas disparu mais a simplement été monopolisée par l'Etat. Le sacrifice au nom de l'intérêt public intervient en effet en tant que dernière étape après les périodes de vengeance privée, de compositions pécuniaires et de compositions légales. L'introduction d'une loi formelle en matière de procédure pénale constitue un des corollaires de la monopolisation étatique de la répression. Celle-ci garantit une égalité de traitement entre accusés, à tout le moins en matière des droits de la défense, ce qui rend en partie la répression acceptable. Certes le titulaire du droit de se venger change mais le mécanisme vindicatif, lui, demeure.

⁵¹ DURKHEIM (Division), p. 52 et 76.

⁵² THONISSEN, p. 439.

⁵³ GLOTZ, p. 415.

En ce qui concerne le caractère d'infinitude, la loi instaure des conditions d'extinction de l'action pénale⁵⁴. Au terme des Grandes Invasions, le droit barbare institue par exemple des délais au-delà desquels les représailles ou une vengeance « licite » ne sont plus possibles. Il instaure également un catalogue d'actes ayant un prix objectif dont le paiement éteint le droit de se venger, le criminel s'acquittant d'un montant en fonction de ce qu'il a commis⁵⁵. Le droit de vengeance souffre enfin de limites tant s'agissant de la qualité de son titulaire que de ses modalités⁵⁶. Ce droit peut par exemple être intransmissible ou être invoqué uniquement vis-à-vis de l'auteur du premier mal.

En ce qui concerne l'improductivité, il faut attendre 1495 pour que le droit de guerre privé soit définitivement aboli par Maximilien I^{er} dans tout le Saint-Empire, et donc également en Suisse⁵⁷. Dès la constitution d'un système répressif, la peine sert d'instrument gouvernemental tendant à l'annihilation d'un facteur de désordre et à la dissuasion⁵⁸. De la sorte, on espère intimider suffisamment l'auteur et les autres membres de la société et éviter que le mal ne se reproduise. La notion de peine dissuasive est dès lors intrinsèquement liée à l'émergence d'un Etat moderne fort et à la pacification de la société⁵⁹.

En ce qui concerne la quatrième caractéristique de la vengeance pure, il s'agit de celle liée à l'absence de critère de mesure. Le droit pénal prête moins le flanc à la critique dite humaniste lorsque la punition est censée avoir des vertus intimidantes : punir pour prévenir apparaît plus acceptable que pour rétribuer⁶⁰. Qu'en est-il dans ce contexte de l'indétermination lors de la fixation de la peine ?

⁵⁴ Il est possible de faire ici l'analogie avec certaines conditions d'extinction de l'action répressive prévues par le Code pénal. Ainsi le délai pour porter plainte du lésé (art. 30 CP) ou les délais de prescription de l'action pénale (art. 97 CP) font penser à une limitation du caractère infini de la vengeance qu'elle soit privée ou étatique. La comparaison peut même s'étendre à d'autres conditions de la répression qui modulent la réaction pénale, comme la légitime défense (art. 15 CP) ou l'état de nécessité licite (art. 17 CP).

⁵⁵ LANGUI, p. 32.

⁵⁶ CUSSON, p. 30.

⁵⁷ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 110.

⁵⁸ CARBASSE, n° 31.

⁵⁹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 112.

⁶⁰ Même si, on le verra avec Kant en particulier, la rétribution pure peut être considérée comme le seul traitement humain du criminel (cf. Partie I, § 3, X).

III. La fixation de la peine

La commission d'une infraction engendre un désir de vengeance. De deux choses l'une : soit ce désir est refoulé, soit il est exprimé. Dans le premier cas, les pulsions sont au fur et à mesure accumulées, et ne demeurent celées au fond que rarement. Dans le second cas, l'objet sur lequel se polarise la pulsion est aisément identifiable en matière pénale. Il s'agit évidemment de l'auteur. Par le jeu des principes de légalité et de culpabilité⁶¹, le criminel devient un bouc émissaire « officiel » attirant sur lui licitement les foudres passionnelles.

Dès lors se pose la question de la satisfaction du désir de vengeance. Si le comportement de l'auteur fait de lui un bouc émissaire « légal », il reste à déterminer comment s'opère la traduction de la pulsion en terme de peine, soit d'envisager son éventuelle commensurabilité.

Une première réponse se résume à l'inexistence d'une règle. La peine, en tant que produit d'une vengeance pure, est indéterminée. Chaque expression est particulière et concrète, indépendante d'une volonté d'harmonisation. Totalement arbitraire, la décision relative à la mesure appartient à celui qui inflige la peine. Dans ce cadre, l'auteur d'un vol peut tout à fait être condamné à mort en raison de son forfait.

Une seconde réponse dépend de l'escamotage de la vengeance. Dans une optique de vengeance acceptable, l'interdiction d'un traitement inégal de crimes identiques rend impératif l'introduction d'un critère harmonisant la répression. A ce titre, seul un étalon commun autorise une équivalence reproductible de manière générale et abstraite.

Dans un système quelque peu adouci, la peine correspond à la souffrance de la victime⁶². Le désir de vengeance se satisfait d'une identité entre le résultat de l'infraction et le châtiment. Il s'agit typiquement d'une rétribution selon la loi du talion : œil pour œil, dent pour dent.

Le talion demeure une forme de règlementation de la vengeance puisqu'il impose une réaction proportionnelle⁶³ : le lésé ne doit pas se venger au-delà de la mesure de son atteinte. Le système instaure une tarification des

⁶¹ *Nulla poena sine culpa.*

⁶² TARDE, p. 498.

⁶³ CARBASSE, n° 30.

compensations empêchant que les querelles ne se perpétuent indéfiniment⁶⁴.

Ainsi, le recours à la vengeance est-il limité au préjudice : le dommage est un appauvrissement de la victime que l'auteur doit compenser⁶⁵. La naissance de la composition pécuniaire intervient avec la tarification du prix du sang (*wergeld*)⁶⁶ et d'un système « pénal »⁶⁷ imperméable à toute considération individuelle du délinquant. Ignorant la personne de l'offenseur, le droit pénal se concentre sur l'offensé : sa race, son rang, sa place ou sa fonction sont autant de critères dont dépend le montant. Dans la loi salique par exemple, le *wergeld* du Gallo-Romain équivaut à la moitié de celui du Franc⁶⁸. S'il y a une forme d'individualisation de la peine à cette époque, elle n'est pas fonction de l'auteur mais de la victime.

Au surplus, dans les cas où il n'est pas possible de forcer la victime à accepter la réparation financière du dommage, la vengeance est limitée par le principe de l'équivalence : on inflige au bourreau le mal similaire à celui qu'il a lui-même causé.

Dans un système encore plus raffiné, la peine est déterminée par la gravité de l'infraction⁶⁹. La pulsion punitive ne se calque plus sur les conséquences individuelles mais sur une appréciation de l'acte pour lui-même. La fixation du châtiment s'opère selon une rétribution fondée sur des critères évaluant l'importance du crime. Le montant de la peine financière se détermine notamment selon la manière d'agir⁷⁰. Celui qui vole en commettant des actes de violence est puni plus sévèrement que celui qui dérobe furtivement.

Le bénéficiaire de la peine est un indicateur du raffinement de la vengeance. Avec l'émergence d'un Etat plus ou moins central, le caractère

⁶⁴ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 109.

⁶⁵ Par du bétail, des céréales ou des lingots métalliques.

⁶⁶ Le terme de « pécuniaire » vient du latin *pecus* qui signifie « petit bétail ».

⁶⁷ Le terme est un dérivé de *poena* en latin et du grec *poiné* qui désignent tous deux la composition pécuniaire.

⁶⁸ CARBASSE, n° 48 ; LANGUI, p. 32.

⁶⁹ TARDE, p. 500 ; à ce propos, l'art. 47 al. 2 CP commande par exemple au juge de tenir compte de la gravité de la lésion ou de la mise en danger et du caractère répréhensible de l'acte.

⁷⁰ En droit pénal suisse, la peine pécuniaire et l'amende sont déterminées par la culpabilité de l'auteur (art. 34 al. 1 et 106 al. 3 CP), celle-ci étant notamment fonction de la gravité de la lésion ou de la mise en danger et du caractère répréhensible de l'acte (art. 47 al. 2 CP).

privé de la somme exigée par le particulier en raison du dommage s'estompe. Une partie⁷¹, et par la suite l'intégralité de celle-ci, est prélevée par l'autorité. A mesure que l'institution étatique renforce sa position de défenseur de la paix sociale, elle réclame sa part. Celle-ci se calcule désormais au cas par cas dans une optique d'exemplarité, la liberté d'appréciation des juges remplaçant progressivement le système de peines égales et fixes.

Rappelant étrangement le paradigme caché de Girard, le Conseil fédéral a affirmé, lors de la réforme de la partie générale du Code pénal entrée en vigueur en 2007, que la punition doit demeurer en arrière-plan⁷². Est-ce là l'aveu, tant désiré cette fois-ci par ceux qui font le procès de l'institution pénale afin de révéler l'origine sacrée de la peine, d'un refoulement perpétuel du désir de vengeance, à tout le moins en Suisse⁷³ ?

Comme le souligne Ricoeur, il faudrait peut-être prendre garde à notre penchant naturel à nous satisfaire de la logique de l'équivalence et discerner, jusque dans la punition la plus juste, l'inquiétante figure de la colère et de la vengeance⁷⁴ : « La punition en tant que peine rouvre la voie à l'esprit de vengeance en dépit du fait qu'elle est passée par une médiation, ajournée, criblée par la procédure entière du procès, mais non point supprimée, abolie »⁷⁵.

Avec Cusson, il est enfin permis de suggérer qu'au fond, ce qui donne à la peine une coloration sacrificielle ne lui est probablement pas intrinsèque mais tient plutôt au bras qui frappe⁷⁶, à l'intention répressive, voire à la rationalité qui masque un embarrassant désir⁷⁷.

⁷¹ Appelée *fredus*.

⁷² FF 1999 p. 1791.

⁷³ L'adoption des initiatives pour l'internement à vie (FF 2006 p. 869ss) et l'imprescriptibilité des crimes pédophiles (FF 2007 p. 5099ss) révèle que si la pulsion de vengeance est reléguée par le législateur, elle a nettement meilleure presse auprès du peuple.

⁷⁴ RICOEUR (Equivalence), p. 168.

⁷⁵ RICOEUR (Justice), p. 264.

⁷⁶ CUSSON, p. 40.

⁷⁷ « Je connais les traits de la haine. Les hommes de ma génération ont souvent eu l'occasion de la rencontrer. Mais elle revêt son pire visage quand elle se pare du masque de la justice. La haine furieuse fait peur. La haine justicière fait honte » (BADINTER, p. 166).

§ 3. La peine rationnelle

I. *Sapere aude*⁷⁸ !

En tant que réaction systématique au crime, se venger devient un automatisme. Tantôt indéterminée tantôt proportionnée, la vengeance constitue d'abord la réponse à un stimulus externe. L'infraction coïncide avec l'atteinte à un bien ou une valeur protégée entraînant une riposte individuelle ou étatique. Une fois l'émotion aux commandes, le sacrifice du criminel est souvent teinté de haine. Le crime engendrant une urgence, le bouc émissaire est désigné, ritualisé, sacrifié et le désir vindicatif satisfait.

La fureur potentielle de la réaction dérange⁷⁹. Le côté naturel, instinctif, presque « animal » du comportement, inquiète, notamment ceux qui pensent la société. Le règne des hommes est présumé au-dessus de celui des bêtes. Comme l'a souligné Rousseau dans le *Second discours*⁸⁰, l'homme se distingue de l'animal par sa perfectibilité. L'évolution l'ayant pourvu de la capacité de réfléchir, sa réaction face au crime doit logiquement se distancer d'un pur automatisme satisficatoire, être tirée hors de l'état de nature. Il faut que la raison ait une prise sur le corps, qu'elle justifie logiquement la répression pour prévenir toute vengeance. Il paraît en aller de la survie du genre humain.

Alors la réflexion est investie d'une mission : trouver une rationalité punitive. Afin d'en éliminer les caractéristiques vindicatives, la pensée doit donner à la peine une limite, une forme, une mesure⁸¹. Punir de manière indéfinie, en ne suivant aucune procédure et sans introduire de graduation, n'était déjà pas toléré chez les Grecs, notamment par Platon⁸². Puis, la réflexion s'est progressivement intensifiée à partir du XVIII^e siècle. Kant encourage dès lors tous ceux qui relèvent le défi par une formule latine : « *Sapere aude* ! Aie le courage de te servir de ton propre entendement ! Voilà la devise des Lumières »⁸³.

⁷⁸ La traduction de l'expression sera faite ci-dessous.

⁷⁹ Cf. notamment Sénèque (Partie I, § 3, IV).

⁸⁰ Cf. ROUSSEAU.

⁸¹ GERNET, p. 141.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ KANT (Lumières), p. 93.

Si la raison a un rôle à jouer, quel est-il ? L'Eglise n'ayant plus le monopole de la Vérité, Hegel s'interroge⁸⁴ : « Si tout préjugé et toute superstition ont été bannis, alors vient la question : *Que reste-il donc ? Quelle est la vérité que l'Aufklärung a divulguée à leur place ?* »

Chaque courant, voire chaque auteur, construit sa propre conception de la peine. Il est constamment exigé qu'un *sens* soit attribué au châtement du délinquant : « Comme tout est utile à l'homme, l'homme est également utile à l'homme ; et sa destination est également de faire de lui-même un membre de la troupe utile à la communauté, et universellement serviable. Autant il s'occupe de soi-même, autant il doit également se prodiguer pour autrui ; et autant il se prodigue pour autrui, autant il s'occupe de soi-même ; une main lave l'autre. Partout où il se trouve, il s'y trouve à propos ; il utilise les autres et est utilisé »⁸⁵.

La quasi inextricabilité des inventions doctrinales prohibe le cloisonnement des idées. Ces dernières se retrouvent chez plusieurs penseurs, parfois simplement sous d'autres termes. Comme le rappelle Constant, il faut effectivement « se garder de considérer les divers stades de l'évolution des doctrines relatives aux fonctions de la peine comme des périodes absolument distinctes séparées par des cloisons étanches. En fait, le schéma : vengeance, expiation, intimidation, amendement, défense sociale se borne à énoncer le caractère dominant des institutions répressives dans l'ordre chronologique où elles se sont succédées. Ainsi, il n'est pas douteux que les idées d'expiation (fonction rétributive de la peine) et d'intimidation (fonction utilitaire) existaient déjà chez les tribus primitives et que, d'autre part, la notion d'amendement n'était étrangère ni à certains philosophes de l'[A]ntiquité, ni aux institutions pénitentiaires des ordres religieux du [M]oyen [Â]ge »⁸⁶. Toutefois, un parcours synthétique des idées par le biais de certains auteurs permet de se représenter l'évolution de la pensée pénale autour de la peine, le schéma ternaire criminel-fonction-fixation servant encore une fois de fil conducteur.

⁸⁴ HEGEL (Phénoménologie), T. II, p. 109

⁸⁵ HEGEL (Phénoménologie), T. II, p. 113.

⁸⁶ CONSTANT, p. 23, n° 1.

II. Le criminel : un individu désaccordé

1. Le criminel

Sur un navire, chacun se voit assigner une tâche. Le matelot besogneux nettoie le pont, hisse, borde et règle la voilure. Il y a le marin bagarreur qui se tient prêt à défendre l'embarcation, sa cargaison et ses compagnons. Quant au capitaine, calme et réfléchi, l'équipage lui fait, par hypothèse ou par obligation, une confiance absolue parce qu'il le sait garant de la cohésion du tout. Chaque membre appartient en somme à une unité qui dépend d'un respect scrupuleux des limites de sa vocation. Se mêler des affaires des autres, c'est perturber les manœuvres.

L'une des questions fondamentales dont la philosophie s'est occupée est comment vivre selon le Bien⁸⁷. L'organisation de la vie en communauté, de la *polis*, se tient par conséquent au cœur de la réflexion philosophique amorcée notamment par Platon (427 à 347 av. J.-C.). La jeunesse de celui-ci est marquée par les troubles politiques ayant secoué Athènes à cette époque, en particulier la guerre du Péloponnèse qui s'achève en 404 av. J.-C. avec l'anéantissement de l'empire maritime athénien. Ces événements ont probablement stimulé sa réflexion, à tout le moins s'agissant de la manière de gouverner.

A l'instar de celle du navire, la vision platonicienne de la Cité s'inscrit en droite ligne d'une répartition arrêtée des rôles. Chacun est destiné à faire son œuvre propre en suivant une ordonnance de toutes les personnes⁸⁸. Chaque citoyen occupe une place selon son « tempérament ». Il y a les travailleurs, les guerriers et les gardiens. Unité de complémentarité, la Cité est à l'image de l'âme de ceux qu'elle regroupe, une âme composée par le désir⁸⁹, le courage⁹⁰ et la raison⁹¹. Sous sa forme élémentaire, elle n'est dès lors pas la réunion d'êtres égaux et semblables mais d'êtres inégaux et dissemblables⁹².

Telle est la composition et le fonctionnement d'une société idéale. Toutefois, avant d'aboutir à cette proposition, Platon dévoile la source de

⁸⁷ HERSCH, p. 35.

⁸⁸ WAHL, p. 494.

⁸⁹ Les matelots besogneux.

⁹⁰ Les marins bagarreur.

⁹¹ Le capitaine.

⁹² BREHIER (I), p. 133.

son inspiration. Alors que Socrate tente d'amener chaque homme à se rendre compte de ce qu'il est par la maïeutique⁹³, son disciple recourt au même procédé afin d'établir ce qu'il appelle l'« Idée », c'est-à-dire ce dont on se sert comme d'un terme de comparaison pour déclarer que deux choses sont pourvues de la même qualité⁹⁴. Le philosophe a eu connaissance de l'organisation « idéale » de la Cité. Or, la recherche de ce caractère est impossible si l'on ignore entièrement ce que l'on recherche. Par conséquent, nul ne peut reconnaître une vérité sans la posséder déjà en lui-même. Par le biais de la nécessité du ressouvenir, Platon établit la théorie de la réminiscence⁹⁵. Cette théorie implique néanmoins l'affirmation d'une autre hypothèse tout aussi importante, à savoir celle de la préexistence de l'âme. Condition *sine qua non* de la science, l'âme a une existence propre, indépendante du corps. Et c'est en accompagnant les dieux avant son « incarnation » dans un lieu au-delà du monde sensible que celle-ci a pu contempler les Idées, en particulier celle de la Cité parfaite, et partant, s'en souvenir.

Sortir du champ de ses compétences, c'est porter atteinte à la stabilité du tout. Celui qui ne respecte par son « cahier des charges » met en péril l'unité. Et comme son propre « bien » dépend de l'harmonie générale, il se met également en danger. Autrement dit, son bonheur « individuel » est consécutif à la cohésion de l'unité⁹⁶.

Le phénomène criminel est similaire à cela. En violant la loi, le citoyen engendre une injustice, la Justice étant entendue comme l'harmonie de l'ensemble. La Cité, par le biais de ses organes, est dès lors légitimée à le punir afin de mettre un terme au désaccord du Bien commun garantissant le bonheur de chacun. Or, si le délinquant a troublé l'ordre établi, c'est parce que son âme elle-même est plongée dans la disharmonie. Partant, le criminel est un individu désaccordé.

⁹³ BREHIER (I), p. 84.

⁹⁴ BREHIER (I), p. 100.

⁹⁵ BREHIER (I), p. 105.

⁹⁶ Partant, le terme d'« individu » est inadéquat en ce qui concerne Platon. Selon lui, il y a d'abord des citoyens qui ne reçoivent leur qualité d'individu que par leur appartenance à la Cité. Toutefois, infidélité est ici faite à la pensée de l'auteur au motif de présenter les aspects théoriques de la fixation de la peine avec une certaine permanence entre les différentes doctrines.

2. La fonction de la peine

Avant d'étudier la fonction logiquement « accordante » de la peine, il convient de rappeler le rôle que celle-ci n'assume en tout cas pas. Dans *La République*, Platon met en scène son maître Socrate dans une série de dialogues. Ce dernier accouche ses interlocuteurs de leur vision, notamment celle de la Justice, en leur faisant découvrir par la dialectique les errances auxquelles conduisent les sens. Il y décrie notamment les fonctions erronées de la peine, que ce soit l'exécution d'une dette ou la satisfaction d'un impératif sacrificiel.

Au *Livre I*, Socrate croise Céphale qui souffre de pléonexie⁹⁷, et l'interroge sur sa définition personnelle de la Justice. Ce dernier lui avoue alors être en paix avec lui-même parce qu'il est en règle avec les autres. Dans cette perspective, la Justice se confond avec une égalité comptable. L'injustice, ou l'infraction, engendre une dette de l'âme devenue injuste lorsqu'elle est déficitaire. Et, à l'instar d'une comptabilité, il s'agit de la redresser. Socrate ne peut toutefois admettre cette définition et demande ironiquement si, à l'ami devenu fou, il faut rendre l'arme qu'il a mise en dépôt. Le scandale de la peine non-transcendante est ainsi dénoncé. En d'autres termes, la Justice selon Platon ne se réduit pas au simple rééquilibrage d'un bilan.

Polémarque se substitue ensuite à Céphale, son père. Questionné à son tour, il déclare à Socrate considérer la Justice comme le devoir des amis de faire du bien à ceux qui leur sont chers⁹⁸. Il ne s'agit que de s'abstenir de faire du mal à ceux que l'on aime et diriger la souffrance vers ceux dont on a horreur. Polémarque propose dès lors une Justice vengeresse, une coalition des sentiments de haine contre leur cause, l'infraction étant l'occasion de faire preuve d'amitié. A cette affirmation, Socrate demande : « Les hommes ne s'abusent-ils pas sur ce point, et ne tiennent-ils pas souvent pour gens de bien tels qui ne le sont pas, et souvent le contraire ? »⁹⁹ Mais Polémarque n'en démord pas et toute la puissance de la maïeutique est nécessaire pour faire la lumière sur la contradiction morale : « – Mais un dommage à des chevaux les rend-il meilleurs ou pires ? – Pires. – Est-ce dans le sens de ce qui est la vertu propre des chiens ou dans le sens de ce qui est celle des chevaux ? – Dans le sens de celle des chevaux. [...] – Or pour des hommes, camarade, ne faut-il pas que, pareillement, nous disions qu'un dommage à eux causé les rend pires ? – Assurément. – Eh bien ! La

⁹⁷ Vie entièrement dominée par l'ambition personnelle.

⁹⁸ PLATON (*République*), I, 332a.

⁹⁹ PLATON (*République*), I, 334c.

justice n'est-elle pas la vertu de l'homme ? – Nécessairement encore ce point. – Aussi, ceux des hommes, mon cher, à qui on fait dommage, il est nécessaire que cela les rende plus injustes. – Il me semble bien »¹⁰⁰. Ainsi, c'est à la vengeance pure que mène la Justice fondée uniquement sur l'émotionnel. La souffrance infligée aux criminels augmente moins leur sentiment de justice que leur désir de révolte. Critique est ainsi faite de l'aporie du droit pénal répondant à un impératif sacrificiel.

Le crime provoque une disharmonie de la Cité. Platon attribue dès lors une fonction accordante globale à la peine sans toutefois l'y réduire¹⁰¹. Le châtement profite également à celui qui fait l'objet de la répression. Aussi faut-il percevoir les effets « supérieurs » de la peine sans se laisser aveugler par la souffrance qu'elle cause indirectement : « que leur attention [aux hommes] aille se porter sur le mal que cela fait, tandis que, à l'égard de ce que cela a d'utile, ils se comportent en aveugle, méconnaissant à quel point c'est un pire malheur, pire de ne pas avoir un corps en bonne santé, de s'unir avec une âme qui, au lieu d'être en bonne santé, est pourrie d'injustice et d'impiété »¹⁰².

Il est indéniable que la peine inflige une souffrance. Et ce n'est pas sans honte qu'un citoyen punit un autre citoyen¹⁰³. Châtier, c'est faire subir une douleur à celui qui a commis une infraction et « en un sens, assurément, c'est pour nous un déshonneur de légiférer sur tout cela »¹⁰⁴. Or, cette souffrance sauve de l'injustice, c'est-à-dire d'une disposition injuste de l'âme¹⁰⁵.

Le juge a dès lors pour tâche d'accorder l'âme du criminel en lui infligeant certes une douleur mais pour le rendre meilleur. En prévoyant la correction de la discordance générale, le droit criminel « idéal » rectifie également le désaccord individuel. La peine est en quelque sorte une éducation de l'âme¹⁰⁶, celle-ci étant devenue criminelle parce qu'elle est troublée. Par conséquent, « la juste peine est de rentrer dans le ton »¹⁰⁷.

¹⁰⁰ PLATON (République), I, 335b-c.

¹⁰¹ MERLE/VITU, n° 55.

¹⁰² PLATON (Gorgias), 479b.

¹⁰³ GROS, p. 102.

¹⁰⁴ PLATON (Lois), XII, 853b.

¹⁰⁵ GROS, p. 101 ; VAN DE KERCHOVE (Sens), p. 48.

¹⁰⁶ GROS, p. 96.

¹⁰⁷ PLATON (Critias), 106b.

3. La fixation de la peine

Une Cité juste est une Cité stable. Or le crime opère une rupture intolérable de l'ordre¹⁰⁸. Et le rétablissement de l'harmonie, tant celle de la société que celle de l'âme individuelle, passe par l'infliction d'une douleur par le biais de l'équivalence. La rétribution est la réparation nécessaire d'une brisure dans un ordre ontologique dont l'expression sensible est sociale¹⁰⁹. En matière de compensation, Platon n'écarte pas la dimension matérielle. Il faut aussi que le préjudice concret soit réparé. La punition a donc deux objectifs : la réparation du dommage (*blabê*) et la rectification d'une injustice (*adikia*).

Tout d'abord, il est nécessaire de réparer le dommage. La victime et le criminel peuvent ainsi passer du dissentiment à l'amitié¹¹⁰. Aussi le second est-il tenu de procéder à une indemnisation, à savoir diminuer les pertes occasionnées et rembourser les avantages indus¹¹¹.

A peine cette opération terminée, la restauration de l'âme devient l'unique préoccupation¹¹². Dans cette perspective, il convient de rétribuer le criminel, soit de lui infliger une peine exactement identique au délit¹¹³. L'intensité du crime fournit par exemple un critère de fixation. L'esclave qui vole des figes ou du raisin reçoit autant de coup de fouet qu'il en pris¹¹⁴.

En ce qui concerne le type de peine, l'amendement du coupable requiert un traitement très sévère dans les cas d'infractions particulièrement graves. Platon recommande notamment, outre le fouet, certaines postures humiliantes, l'exposition à la porte d'un temple, l'emprisonnement et l'amende¹¹⁵.

L'harmonie de l'âme et l'harmonie de la Cité entretiennent un rapport étroit. Un désaccord de la première entraîne un trouble de la seconde. De ce présupposé la peine platonicienne tire une double fonction : maintenir

¹⁰⁸ MERLE/VITU, n° 55.

¹⁰⁹ CHANTEUR, p. 28.

¹¹⁰ PLATON (Lois), IX, 862c.

¹¹¹ PLATON (Lois), IX, 862b-c.

¹¹² GROS, p. 101

¹¹³ PRADEL, p. 10.

¹¹⁴ PLATON (Lois), VIII, 845a.

¹¹⁵ PRADEL, p. 11.

l'ordre tout en relevant le coupable moralement¹¹⁶. Le lien entre le criminel et le Bien commun demeure toutefois dans un rapport d'autorité. Une telle conception s'oppose à celle d'Aristote pour qui le juge intervient moins pour rectifier une relation verticale que pour rétablir une égalité entre les parties à l'infraction.

III. Le criminel : un individu en (infr)action

1. Le criminel

Chez Platon, l'offensé est tenu à l'écart de la peine. Le rétablissement de l'harmonie dans l'âme du criminel s'opère par une rétribution proportionnée uniquement au délit. Il ne s'agit pas de tenir compte du préjudice occasionné dont la réparation s'obtient par le biais de la réparation du dommage. De même, la plupart des doctrines punitives postérieures évacue la victime au risque que son inclusion signifierait la réintroduction de la satisfaction sacrificielle¹¹⁷.

Or, tenir compte de la victime lors de l'édification d'une théorie sur la peine ne conduit pas nécessairement à une logique sacrificielle. Aristote (385 à 322 av. J.-C.) soutient en effet, au terme de sa déambulation philosophique, une peine directement liée au déséquilibre engendré par l'infraction entre l'auteur et la victime. Aussi, et sans tomber dans l'apologie d'une vengeance haineuse entre particuliers, la justice pénale est-elle intrinsèquement sociale¹¹⁸.

Etudier ce qui existe au moyen de concepts est une méthode scientifique héritée en partie de la pensée aristotélicienne. Les sciences et la philosophie diffèrent toutefois par leur objet. Alors que les premières s'occupent des quantités et des qualités des choses, la seconde se veut l'étude des causes premières¹¹⁹. Et pour Aristote, l'être en tant qu'être est la cause première de tout. Cela revient à poser un problème très concret : qu'est-ce qui fait qu'un être est ce qu'il est¹²⁰?

¹¹⁶ CHANTEUR, p. 32.

¹¹⁷ PRADEL, p. 11.

¹¹⁸ ARISTOTE (Ethique), V, n° 1129b ; tel n'est en revanche pas le cas chez Kant pour qui la justice s'attache moins à la relation entre individus qu'à celle entre le moi-idéal et le moi-empirique d'un seul individu (cf. Partie I, § 3, X, ch. 1).

¹¹⁹ HERSCH, p. 55.

¹²⁰ BREHIER (I), p. 166.

Selon Aristote, l'être en tant que tel est appelé « substance ». Celle-ci se distingue des « attributs » qui sont obtenus au terme d'un processus d'acquisition. Si la substance dont il s'agit est nous-mêmes, il est facile d'éliminer de l'essence des attributs comme le fait d'être « musicien » ou « vêtu de blanc »¹²¹. Au terme du processus d'abstraction, ne demeure que l'essence.

Si l'essence est le principe premier, c'est qu'elle est un acte et que l'acte est toujours antérieur à la puissance¹²². Autrement dit, l'acte est à la puissance ce que la statue est au marbre. La première est une quiddité « en acte » tandis que le second est une statue « en puissance ». Toutefois, la notion de puissance n'a pas de sens en elle-même. Elle est avant tout relative. Raison pour laquelle l'acte incarne la référence par rapport à laquelle sont situés les êtres en puissance.

Le passage de l'être en puissance à un être en acte s'opère par le biais de la « forme ». Toujours en matière de sculpture, l'union de la forme de statue avec le marbre par le sculpteur engendre la statue en acte. Ainsi, l'être en puissance (la possibilité d'une statue) devenu un être en acte après avoir reçu la forme (la statue) est proprement ce qu'Aristote appelle la « matière », soit l'ensemble des conditions qui doivent être réunies pour que la forme puisse apparaître¹²³ ; la statue en puissance, ou la matière de la statue, c'est le marbre.

Qu'en est-il de la justice (*dikaïosunè*) ? En premier lieu, celle-ci n'est pas dans un rapport d'extériorité avec le juste (*to dikaion*). Elle ne le produit pas comme l'artiste sculpte une statue. Au contraire, c'est le juste qui produit la justice. En cela, la justice aristotélicienne est pareille à un chercheur d'or qui « invente » un gisement¹²⁴.

En second lieu, la justice est une vertu¹²⁵. Il s'agit d'un *habitus* de l'âme tel que l'individu¹²⁶ agit conformément à une règle de production du juste. Une telle disposition n'existe cependant en chacun qu'en tant que potentialité.

¹²¹ BREHIER (I), p. 173.

¹²² BREHIER (I), p. 177.

¹²³ BREHIER (I), p. 178.

¹²⁴ VULLIERME, p. 179.

¹²⁵ ARISTOTE (Ethique), V, n° 1129b.

¹²⁶ Toujours dans un souci de cohérence, la notion d'individu est également reprise dans les développements ayant trait à la peine chez Aristote bien que sa pensée n'ait pas connu le concept, à tout le moins tel qu'il est compris aujourd'hui. A l'instar de Platon, l'homme est considéré d'abord comme un citoyen avant d'être un individu, cette dernière qualité étant dépendante de l'appartenance à la Cité.

Dans ce contexte, l'appartenance à la Cité est une condition *sine qua non* à l'actualisation de cette potentialité¹²⁷. L'éducation que les individus y reçoivent permet la réalisation de leur capacité à se comporter conformément au juste. En ce sens, la Cité poursuit un seul objectif : l'actualisation collective du but singulier de chaque individu entendu comme citoyen¹²⁸.

Etant entièrement finalisé, le processus d'éducation permet de digérer une quantité d'aléas dont le crime fait partie¹²⁹. Celui-ci consiste en une injustice, soit l'avènement d'une inégalité entre les individus¹³⁰. La violation d'une règle permettant l'actualisation du juste entraîne une inégalité dans les rapports, une partie recevant par exemple plus que l'autre. Le juge doit dès lors intervenir pour corriger la disproportion provoquée par l'acte contraire à la loi au sens large : le criminel est un individu en (infr)action¹³¹.

2. La fonction de la peine

Une des formes de la justice, dite particulière, seule pertinente au regard du sujet, est celle qui règle les rapports des citoyens entre eux, et dans les relations volontaires et dans les relations involontaires¹³². Aussi faut-il distinguer les formes que la relation peut prendre qui sont au nombre de deux. D'une part, il y a les relations issues d'un accord mutuel comme les contrats (la vente, le prêt à usage, le prêt à consommation, la location, etc.)¹³³. D'autre part s'établissent des relations qui ne se forment pas de manière bilatérale comme les rapports consécutifs à la commission d'une infraction¹³⁴.

Ces derniers rapports sont évidemment involontaires pour la victime de l'acte frauduleux. A ce propos, celui qui commet cet acte peut s'exécuter de façon cachée ou violente. Dans la première catégorie se trouvent le vol, l'empoisonnement, le proxénétisme, la corruption d'esclave, le meurtre par ruse ou par trahison et le faux témoignage. Dans la seconde catégorie, on

¹²⁷ VULLIERME, p. 180.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ GROS, p. 123 ; VULLIERME, p. 181.

¹³¹ Le terme d'infraction vient du latin « *infractura* » désignant l'acte qui brise la loi.

¹³² ARISTOTE (Ethique), V, n° 1131b ; HENRIOT, p. 38.

¹³³ ARISTOTE (Ethique), V, n° 1131a.

¹³⁴ *Ibidem*.

retrouve les coups et blessures, l'emprisonnement, le meurtre, la rapine ou le pillage, la mutilation, la diffamation et l'outrage ou l'insulte¹³⁵.

Qu'il soit clandestin ou violent, le délit rompt l'équilibre initial. Et le mouvement de rééquilibrage est engagé par un trouble de l'être chez la victime causé par l'infraction, à savoir la colère qui est « un désir impulsif et pénible de la vengeance notoire d'un dédain notoire en ce qui regarde notre personne ou celle des nôtres, ce dédain n'étant pas mérité »¹³⁶.

Aristote avertit toutefois qu'il ne faut pas confondre la « colère » avec la « haine ». Alors que la première est une reconquête de la dignité atteinte, la seconde tend à la destruction. Dans ce contexte, l'impératif punitif procède d'une colère à honorer¹³⁷. Et c'est la manière dont la rétorsion s'effectue qui permet de qualifier la réaction de « vengeance » d'éthique ou de passionnelle : « La colère est un désir de faire de la peine ; la haine un désir de faire du mal ; celui qui est en colère veut être témoin de cette peine ; cela n'importe aucunement à la haine »¹³⁸.

Si la haine est un tempérament de l'âme à bannir, la colère, elle, est à cultiver¹³⁹. Celle-ci est une énergie propre à restaurer une image extérieure mise à mal par l'infraction en tant que mépris¹⁴⁰. Sans elle, l'individu est privé de courage, livré à la volonté d'autrui, rendu à l'état d'esclave. L'homme qui ne sait pas se mettre en colère, n'est pas un homme libre : « Car ceux qui ne s'irritent pas pour les choses où il se doit sont regardés comme des niais, ainsi que ceux qui ne s'irritent pas de la façon qu'il faut, ni quand il faut, ni avec les personnes qu'il faut : de pareilles gens donnent l'impression de n'avoir de la position où ils se trouvent ni sentiment, ni peine, et faute de se mettre en colère, d'être incapables de se défendre : or endurer d'être bafoué ou laisser avec indifférence insulter ses amis, est le fait d'une âme vile »¹⁴¹.

La répression est éthique selon la source dont elle découle. Lorsqu'elle est motivée par la haine, elle est passionnelle et ne cherche qu'à détruire. En revanche, la sanction est respectable et salutaire si elle est présidée par la colère : « Mais ce qui du moins est clair, c'est l'appréciation favorable que

¹³⁵ HENRIOT, p. 39.

¹³⁶ ARISTOTE (Rhétorique), II-2, 1378a.

¹³⁷ GROS, p. 124.

¹³⁸ ARISTOTE (Rhétorique), II-4, 1382a.

¹³⁹ A l'opposé, Sénèque s'inscrit en faux même contre la colère (cf. Partie I, § 3, IV).

¹⁴⁰ GROS, p. 124.

¹⁴¹ ARISTOTE (Ethique), IV, n° 1126a.

mérite la disposition moyenne, selon laquelle nous nous mettons en colère avec les personnes qu'il faut, pour des choses qui en valent la peine, de la façon qui convient, et ainsi de suite, et que, d'autre part, l'excès et le défaut sont également blâmables, blâme léger pour un faible écart, plus accentué si l'écart est plus grand, et d'une grande sévérité enfin quand l'écart est considérable »¹⁴².

Ainsi, Aristote transpose et rationalise le sentiment de colère qui anime les victimes. Il ne s'agit plus uniquement d'apaiser la souffrance de ceux qui ont été touchés par l'infraction mais de faire en sorte que les règles permettant le juste soient respectées. Le juge inflige une « perte » à l'auteur de l'infraction pour compenser celle subie par la victime.

Quelle est alors la forme du juste en matière pénale ? Pour Aristote, l'homme est une cause de son acte, c'est-à-dire une condition de sa réalisation. Lorsqu'une infraction est réalisée, une inégalité apparaît. Le criminel obtient un avantage indu et la victime est pour sa part lésée. La peine a dès lors pour fonction d'égaliser la relation¹⁴³.

3. La fixation de la peine

C'est dans cette dynamique qu'intervient le juge. Il a pour mission de mettre en action la forme du juste comme correctif de la relation¹⁴⁴. Ce juste est destiné à diminuer le statut de l'auteur en infligeant une souffrance (*pathos*) équivalente à celle éprouvée par la victime¹⁴⁵. La sanction (*zèmia*) est un moyen arithmétique consistant à égaliser, par le jeu de la rétribution, le rapport en compensant le gain de l'infraction par une perte : « C'est encore pour cette même raison que la justice, seule de toutes les vertus, est considérée comme étant un *bien étranger*, parce qu'elle a rapport à autrui : elle accomplit ce qui est avantageux à un autre, soit à un chef, soit à un membre de la communauté »¹⁴⁶.

Il est à noter que la *zèmia* signifie tant l'indemnité réparatrice et l'amende ou la peine publique¹⁴⁷. Aristote ne fait pas la différence moderne entre la réparation civile et l'action répressive. La terminologie ne distingue pas les

¹⁴² ARISTOTE (Ethique), IV, n° 1126b.

¹⁴³ HENRIOT, p. 40

¹⁴⁴ ARISTOTE (Ethique), V, n° 1132a.

¹⁴⁵ HENRIOT, p. 41.

¹⁴⁶ ARISTOTE (Ethique), V, n° 1130b.

¹⁴⁷ HENRIOT, p. 46.

dommages-intérêts et la peine. Le but est de priver l'auteur de quelque chose, que ce soit de ses biens, de sa liberté ou de sa vie pour compenser la perte sans pour autant tomber dans une loi du talion formelle¹⁴⁸ : « Dans l'opinion de certains, c'est la réciprocité qui constitue purement et simplement la justice : telle est la doctrine des Pythagoriciens, qui définissent le juste simplement comme la réciprocité. Mais la réciprocité ne coïncide ni avec la justice distributive, ni même avec la justice correctrice »¹⁴⁹.

Alors que Platon fait du juge un médecin de l'âme, Aristote confie au magistrat la tâche d'un géomètre chargé d'égaliser à nouveau la relation¹⁵⁰. Présupposé indispensable à cet exercice, les choses doivent être commensurables, c'est-à-dire comparables entre elles. En matière contractuelle, l'argent est en général la mesure de la valeur du bien¹⁵¹. Le prix de vente est une estimation de la valeur de l'objet vendu.

En matière pénale, Aristote se heurte toutefois à une difficulté. Si la valeur d'un objet est aisément estimable, qu'en est-il de la perte d'un enfant ? De la mutilation d'un membre ? De l'honneur bafoué ? Cela contraint le disciple de Platon à recourir à une approximation entre une « sorte de gain » et une « sorte de perte »¹⁵². Il fait appel à une hypothèse selon laquelle même si les choses sont incomparables, elles peuvent être tout de même comparées « d'une certaine manière ». Toute la rationalité de la peine est d'ailleurs constituée autour de cette équivalence¹⁵³ : la peine doit correspondre « d'une certaine manière » au préjudice¹⁵⁴.

¹⁴⁸ La même critique est formulée par Hegel à l'égard d'une loi du talion vissée sur une identité du dommage et de la peine (cf. Partie I, § 3, XII, ch. 3).

¹⁴⁹ ARISTOTE (Ethique), V, n° 1132b.

¹⁵⁰ HENRIOT, p. 41, n° 7.

¹⁵¹ ARISTOTE (Ethique), V, n° 1133a.

¹⁵² ARISTOTE (Ethique), V, n° 1132b.

¹⁵³ RICOEUR, p. 349.

¹⁵⁴ De nos jours, le juge pénal effectue encore une perpétuelle approximation malgré des tentatives de standardisation. La loi formule guide en effet son appréciation par le biais de l'art. 47 CP en particulier. Pour ce faire, il jouit d'une large marge de manoeuvre, le contrôle du Tribunal fédéral se limitant en principe à l'arbitraire (cf. Partie II, § 3, V). Raison pour laquelle, comme déjà relevé dans l'Introduction, la fixation de la peine apparaît souvent comme relevant du « nez ».

La médiation pénale rejoint « d'une certaine manière » le concept d'une justice considérant l'infraction comme la rupture d'un rapport¹⁵⁵. Cette opération cherche à équilibrer à nouveau la relation entre l'offenseur et l'offensé en permettant à ce dernier de retrouver son honneur, à se voir reconnaître la qualité d'égal. Toutefois, cette logique répressive s'inscrit dans le cadre d'une justice pensée à l'horizontale. L'injustice relève du rapport entre deux citoyens et non pas de celui entre l'auteur et la Loi si favorable à la fonction de dissuasion.

IV. Le criminel : un individu passionné

1. Le criminel

Le droit pénal romain est très imparfaitement connu. L'antiquité n'a pas transmis de témoignage révélant une prise de conscience claire de la vocation de la peine¹⁵⁶. Non seulement aucune véritable systématisation n'a été retrouvée mais aucune oeuvre complète illustrant la pensée de l'époque n'a été récupérée. Les quelques rares fragments ayant survécu énoncent bien quelques règles. Toutefois, il est difficile de dire s'ils contiennent une opinion personnelle ou des solutions conformes au droit pénal romain¹⁵⁷.

Aussi est-il difficile d'édifier une théorie générale du droit pénal romain¹⁵⁸. Les changements de régimes, les modifications territoriales et les querelles religieuses rendent l'étude du régime répressif nébuleux. L'approche de ce régime est en outre compliquée par une distinction juridique obsolète de nos jours. Les sources distinguent en effet deux droits distincts, à savoir celui qui régit les intérêts privés et celui qui régit les intérêts publics¹⁵⁹. Les premiers sont atteints par les violations appelées « délits privés »¹⁶⁰ dont le règlement est soumis à une procédure civile tendant à la réparation¹⁶¹ tandis

¹⁵⁵ Aristote utilise même le terme de « médiateur » pour désigner parfois le juge (ARISTOTE (Ethique), V, n° 1132a) ; sur la médiation pénale, cf. notamment BONAFE-SCHMITT ; FAGET ; ZEHR.

¹⁵⁶ HUMBERT, p. 135.

¹⁵⁷ GAUDEMET, p. 66.

¹⁵⁸ HUMBERT, p. 135.

¹⁵⁹ CARBASSE, n° 11.

¹⁶⁰ Comme le vol, l'enlèvement par force, le dommage à la propriété, les atteintes à autrui ou à l'honneur (LANGUI, p. 25).

¹⁶¹ MOMMSEN (I), n° 61 ; la peine est une compensation proportionnelle au préjudice subi comme c'est le cas lors de lésion corporelle, de vol ou de dommage à la propriété (LANGUI, p. 24).

que les seconds, les « délits publics »¹⁶², relèvent d'une instance publique qui vise la prévention du crime¹⁶³. Par conséquent, il est apparu nécessaire de se concentrer sur un des courants philosophiques ayant le plus traité de la peine : le stoïcisme.

Les Stoïques se sont frottés au conflit entre l'idée de Providence (version philosophique du *fatum*) qui implique des lois immuables et nécessaires auxquelles les faibles mortels ne peuvent échapper et la notion de responsabilité individuelle, « seule condition d'une peine juste »¹⁶⁴. A l'opposé de l'épicurisme qui conçoit un monde entièrement mécanique, ils confèrent à l'Univers une cohérence, une raison divine, une âme. Et c'est cette âme du monde qui régit la nature toute entière, et même plus : elle fait partie de la réalité. A l'instar d'Héraclite ou de Hegel¹⁶⁵ plus tard, la doctrine stoïcienne entrevoit que tout est Dieu et que Dieu est tout : il s'agit ici du panthéisme¹⁶⁶. Aussi l'enchaînement des causes relève-t-il d'une cohérence divine. Partant, peut-on dire de l'homme qu'il est libre ? A cette question, les stoïciens répondent qu'il existe bien une liberté, celle-ci étant entendue comme la soumission acceptée à l'ordre naturel. L'homme doit reconnaître la nécessité parfaite du monde et y adhérer afin d'être libre¹⁶⁷.

Chrysippe, philosophe stoïcien, illustre le problème par un exemple, celui d'une pierre ronde. Si l'on lance cette pierre sur une pente, elle va rouler en fonction du parcours (ici le destin). Mais si elle roule, c'est en raison de sa forme (homme). Aussi convient-il selon lui d'autoriser les juges à repousser l'excuse d'un quelconque déterminisme en fonction du destin : « Il ne faut pas dire que les hommes ne sont pas responsables. C'est à tort qu'ils invoquent le destin, comme un lieu d'asile »¹⁶⁸. Il y a certes une influence des circonstances extérieures mais l'homme conserve une part de responsabilité dès lors qu'il constitue également un facteur du mouvement.

¹⁶² MOMMSEN (I), n° 10 ; tel est le cas du meurtre, des atteintes aux moeurs, des faux, des crimes politiques ou de la corruption électorale (LANGUI, p. 25).

¹⁶³ MOMMSEN (I), n° 59.

¹⁶⁴ CARBASSE, n° 37 ; une peine est ici considérée comme juste lorsqu'elle frappe celui qui est en mesure de ne pas commettre une infraction. En ce qui concerne les enfants d'un certain âge ou les personnes atteintes d'une folie profonde les privant de leurs facultés cognitive ou volitive, il ne serait pas possible de leur imputer une quelconque responsabilité pénale et partant, prononcer une peine à leur encontre.

¹⁶⁵ Il s'agit du principe d'« immanence absolue » (cf. Partie I, § 3, XII, ch. 1).

¹⁶⁶ HERSCH, p. 82.

¹⁶⁷ HERSCH, p. 83.

¹⁶⁸ GAUDEMET, p. 68 ; selon la vision extrême de Chrysippe, la question de la responsabilité pénale n'est par conséquent pas relevante en ce qui concerne le prononcé d'une peine juste.

Quant à Sénèque (4 av. J.-C.-65), il se rallie à une position plus nuancée du déterminisme cosmique. Sa doctrine punitive souffre cependant de quelques contradictions. Lorsqu'il est question de lecture et d'écriture, celui-ci recommande de butiner : « Nous devons, comme on dit, imiter les abeilles : elles volent de fleur en fleur et choisissent celles qui leur permettent de faire le miel »¹⁶⁹. En la matière, il a certainement suivi son précepte au détriment de la cohérence, comme le relèvent certains commentateurs¹⁷⁰.

Selon lui, l'ordre de l'Univers est soumis à une loi imprescriptible établie pour l'éternité. Aussi tout ce qui arrive aux hommes leur arrive précisément en raison du dessein éternel de la volonté divine¹⁷¹. Toutefois, Sénèque reconnaît la figure d'un homme libre : « L'action de l'âme est plus efficace que la fortune »¹⁷². Et c'est par la possibilité du suicide dont il fait souvent l'éloge que le stoïcien affirme sa liberté¹⁷³ : « Dans ce bâtiment [...] habite une âme libre [...] quand bon me semblera, je romprai avec cet associé »¹⁷⁴.

Se pose ensuite la question : comment penser le mal dans une dynamique en partie déterministe¹⁷⁵ ? Sénèque affirme que « le mal n'est pas dans les choses, il est dans l'âme »¹⁷⁶. A cet égard, il insiste sur les passions qui, lorsqu'elles ne sont pas endiguées, entraînent l'homme jusqu'au fond de l'abîme¹⁷⁷. Insistant sur la colère, il la décrit comme une « enflure » qui ne renferme rien que du vent et du vide¹⁷⁸.

Les passions placent un écueil devant le stoïcisme pour qui Dieu¹⁷⁹ constitue la substance du monde. Il s'agit d'ailleurs du seul véritable mal qu'il faut combattre. Le chagrin, la peur, le plaisir ou le désir sont en effet des troubles de l'âme poussant l'homme passionné à désirer comme des

¹⁶⁹ SENEQUE (Lucilius), lettre 84.

¹⁷⁰ BONGERT, p. 100.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² SENEQUE (Lucilius), lettre n° 98.

¹⁷³ BONGERT, p. 104.

¹⁷⁴ SENEQUE (Lucilius), lettres n° 65, 92 et 117.

¹⁷⁵ BONGERT, p. 106 ; HERSCH, p. 84.

¹⁷⁶ SENEQUE (Lucilius), lettre n° 17.

¹⁷⁷ BONGERT, p. 107.

¹⁷⁸ COURTOIS (Sénèque), p. 108 ; en ce sens, Sénèque ne fait aucun compromis. Il s'oppose en effet à Aristote pour qui la colère, à la différence de la haine, est une qualité indispensable de l'homme véritablement libre (cf. Partie I, § 3, III, ch. 2).

¹⁷⁹ Ou la raison ou la nature, ces termes ne faisant qu'un pour les Stoïciens (BREHIER (I), p. 289).

biens ou à fuir comme des maux ce qui pour l'homme réfléchi n'est en réalité ni bien ni mal¹⁸⁰. Toutefois, les stoïciens estiment l'homme capable de soumettre ces passions à la raison. A l'inverse, il est capable de donner son assentiment à ses passions au détriment de la raison. Il lui appartient de choisir de vivre d'accord ou de vivre avec conséquence. L'adhésion à la colère autorisant l'expression de celle-ci, il suffit à l'homme de lui opposer un refus net pour s'en prémunir. Aussi lui incombe-il d'être assez fort pour refuser les passions¹⁸¹ : je n'obéis pas à Dieu, j'adhère à ce qu'il a décidé¹⁸². Partant, le criminel est un individu passionné dès lors qu'il adhère à un emportement contraire aux lois de l'Univers.

Alors que chez Aristote la peine tend à rééquilibrer la relation entre la victime et l'auteur, la figure de la victime s'efface au profit de celle de l'auteur chez Sénèque¹⁸³. A l'instar de Platon, la peine consiste en une intervention directe sur l'âme du criminel. Il recourt à cet effet à une analogie entre le médecin et le magistrat : « Il faut accueillir les sanctions [...] (des) juges comme le scalpel, la diète et toutes souffrances utiles »¹⁸⁴. Cureter l'âme de la passion qui l'emporte satisfait manifestement l'exigence punitive.

2. La fonction de la peine

Les querelles doctrinales actuelles à propos des fonctions de la peine ne sont pas nouvelles. Celle qui s'élève déjà à l'époque romaine entre le philosophe Favorinus et le juriste Sextus Caecilius Africanus en fournit un exemple¹⁸⁵.

Le premier soutient que la valeur la plus ancienne de la peine est la fonction réparatrice. La peine sert à compenser le dommage subi par la victime. Raison pour laquelle le principe de proportionnalité en matière de compensation des maux est fondamental. Si une disproportion intervient dans un sens ou dans l'autre, c'est toute la logique qui est rompue. L'inadéquation entre le coup porté et le coup rendu est un scandale qui met en péril le système répressif.

¹⁸⁰ BREHIER (I), p. 287

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² « *Non pareo Deo sed assentior* » (SENEQUE (Lucilius), lettre 97).

¹⁸³ COURTOIS (Sénèque), p. 111.

¹⁸⁴ SENEQUE (De ira), 2, 27, 3.

¹⁸⁵ Pour plus de détails, cf. HUMBERT, p. 144 à 146.

A l'opposé, le second défend l'exemplarité des peines dans une optique de dissuasion. Le trouble du lésé n'est pas un paramètre lors de la fixation de la peine. L'auteur doit souffrir d'un mal dans un but de prévention. L'exemple du supplice auquel est soumis le débiteur insolvable, mis à mort puis découpé en morceaux est des plus instructifs : la peine a pour vocation d'effrayer. Mais elle s'exécute également sous couvert d'une vertu éducative, une éducation qui s'effectue encore et toujours par le biais de l'intimidation.

En ce qui concerne Sénèque, il rejoint le second avis. Il confère à la peine la fonction de prévention du crime tant sur le plan individuel que sur le plan général¹⁸⁶.

En ce qui concerne la prévention de la récidive, elle s'exerce en premier lieu par la menace. Et si celle-ci n'est pas suffisante, il convient de recourir à la violence. Ainsi Sénèque affirme qu'« il faut [...] corriger le coupable, tantôt par des avertissements, tantôt par la violence »¹⁸⁷. A cet égard, il s'élève contre la peine rivée sur la rétribution en affirmant qu'il ne faut pas punir parce qu'il y a eu faute mais pour qu'il n'y en ait plus : *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*¹⁸⁸. Raison pour laquelle, il s'agit de punir pour corriger l'auteur (prévention spéciale¹⁸⁹), améliorer les autres (prévention générale¹⁹⁰) et, effet indirect de la prévention, assurer la sécurité de la Cité¹⁹¹.

Une telle vision prête cependant le flanc à la critique. Victime d'une confusion, Sénèque oppose deux propositions qui ne sont en réalité pas comparables. Alors que la punition s'effectue en raison de la commission d'une infraction (« on punit *parce que* »), la prévention du crime relève d'une finalité (« *pour* qu'il n'y en ait plus »). La première proposition traite de la raison d'être de la peine, la seconde du but qu'elle poursuit. Autrement dit, l'effet punitif ne saurait fournir à la peine son fondement et Kant notamment ne se prive pas de relever cette impossibilité¹⁹².

En ce qui concerne la prévention du public, le stoïcien se montre particulièrement sévère : « Les suppliciés seront un exemple pour tous, et

¹⁸⁶ BONGERT, p. 109s. ; GAUDEMET, p. 66.

¹⁸⁷ SENEQUE (De ira), 1, 15, 1.

¹⁸⁸ SENEQUE (De ira), 1, 19, 7 et 2, 31,8.

¹⁸⁹ Dissuasion du criminel de récidiver.

¹⁹⁰ Dissuasion des autres membres de la société à commettre le même crime.

¹⁹¹ SENEQUE (De clementia), 3, 20, 1 ; COURTOIS (Sénèque), p. 113.

¹⁹² Cf. Partie I, § 3, X, ch. 1.

puisqu'ils n'ont pas voulu se rendre utiles à qui que ce soit, que du moins ils servent la chose publique par leur mort »¹⁹³.

3. La fixation de la peine

Dès lors que la cure de l'âme criminelle passe par la peine, la mesure de la peine se modifie. Il s'agit moins de punir selon l'infraction que d'après le degré de l'endurcissement du coupable¹⁹⁴. Raison pour laquelle, les incurables doivent être condamnés à mort : « Ton âme est incurable, ta vie est un tissu de crime [...] tu as toute honte bue et le vice si bien enraciné dans tes entrailles qu'il n'en peut sortir d'elles ; voilà longtemps que tu souffres et cherches à mourir ? Nous te rendrons le service de t'ôter cette folie qui fait le malheur des autres et le tien, et après les supplices où tu plonges et plonge autrui, il en reste un qui peut être bon et nous te l'infligerons : la mort [...] parfois la meilleure manifestation de la pitié est de tuer »¹⁹⁵.

La souffrance consécutive à la peine est logique, tout comme la médecine se révèle parfois douloureuse. A l'instar de Platon, la répression est ainsi à l'abri de la critique relevant que la peine inflige un mal. A ce titre, infliger une punition constitue le seul moyen par lequel prévenir le crime : « Si nous en venons à la vengeance comme à un remède, venons-y sans colère, avec l'idée non qu'elle est douce mais qu'elle est utile »¹⁹⁶.

Dans ce contexte, la volonté de l'auteur constitue un indice sur le degré d'endurcissement¹⁹⁷. Il convient de prendre en compte non seulement le résultat objectif mais également l'aspect subjectif, à savoir l'intention coupable de l'auteur¹⁹⁸. S'inscrivant en faux contre une peine en fonction uniquement de l'acte, Sénèque fait expressément référence à la subjectivité du délinquant¹⁹⁹ : « Tous considèrent non les intentions mais l'acte seul. Or c'est l'auteur qu'il faut considérer »²⁰⁰.

¹⁹³ SENEQUE (De ira), 1, 6, 4.

¹⁹⁴ COURTOIS (Sénèque), p. 112 et 114.

¹⁹⁵ SENEQUE (De ira), 1, 16, 3.

¹⁹⁶ SENEQUE (De ira), 2, 33, 1.

¹⁹⁷ Critère de fixation selon l'art. 47 CP, la prise en considération de l'intensité de la volonté délictuelle de l'auteur plonge probablement ses racines dans une telle approche (cf. Partie II, § 3, II, ch. 1, lit. f).

¹⁹⁸ GAUDEMET, p. 66.

¹⁹⁹ BONGERT, p. 118.

²⁰⁰ SENEQUE (De ira), 3, 12, 2.

Chez Sénèque, il n'y a pas de place pour la vengeance dictée par la colère. Ce sentiment est totalement prohibé au risque de paraître inhumain. Quant à la peine, elle vise la correction de l'âme. Selon Courtois, sa doctrine punitive incarne le passage à une raison au-dessus du corps social annonçant ainsi l'Etat moderne avec sa coupure de la société civile²⁰¹. De la sorte, le stoïcien se détourne d'Aristote pour qui le sentiment de colère occupe une place dans le droit pénal d'une société à qui appartient le citoyen avant d'être un individu.

Avec l'émergence d'une doctrine patristique, le droit pénal se tourne définitivement vers l'amendement du criminel. Le châtiment acquiert une fonction d'expiation censée contribuer à la régénération du coupable²⁰². Raison pour laquelle, en parallèle, et c'est d'une logique implacable, le refoulement de la vengeance s'accroît sous l'influence du christianisme de sorte que la relation entre le criminel et le lésé ne présente dès lors plus guère d'intérêt.

V. Le criminel : un individu coupable

1. Le criminel

Punir, c'est rappeler le comportement attendu, le juste, le bien. Sans une telle faculté, la législation serait meurtrie, exposée à une mort lente et douloureuse. Autrement dit, les sanctions sont là pour donner des dents à la Loi²⁰³. Et cette fonction symbolique et moralisatrice est essentiellement assurée par le juge au moment où il prononce la peine²⁰⁴.

Dans cette logique, l'effectivité de la Loi dépend de l'existence de la punition. Et si la première est considérée comme l'œuvre d'une volonté divine, l'activité transgressive du criminel fait de lui un pécheur auquel est imposée une sanction afin qu'il expie sa faute. Pour ceux qui étudient le crime, le délinquant est identique au pécheur tel qu'il apparaît aux yeux des théologiens²⁰⁵. Confirmée par le Concile de Trente, la figure du criminel en tant qu'individu coupable traverse l'histoire du droit pénal jusqu'à ce

²⁰¹ COURTOIS (Sénèque), p. 114.

²⁰² GAUDEMET, p. 77-78.

²⁰³ CUSSON, p. 2.

²⁰⁴ BOULOC, n° 7.

²⁰⁵ LANGUI, p. 104.

qu'elle soit bousculée par l'Ecole italienne et son criminel-né²⁰⁶. Aussi, une telle approche est-elle largement religieuse²⁰⁷.

L'autorité qui prononce le châtement invoque la violation d'un interdit. Jusqu'au XVIII^e siècle, le devoir d'abstention promulgué par une entité supérieure, Dieu ou l'autorité qui prétend le représenter (« *a Deo rex, a rege lex* »), confère à la Loi un caractère extrinsèque. Le coupable a porté atteinte à une volonté suprême qui lui est par là-même extérieure.

Dans la Somme théologique, Saint Thomas d'Aquin (1225-1274) décrit le péché comme une souillure dans l'âme du coupable²⁰⁸. Celle-ci est comme tachée par le péché²⁰⁹. Par son geste, il est rendu *reus*, c'est-à-dire débiteur d'une peine²¹⁰ : l'obligation à la peine est l'effet du péché²¹¹. Pareille à l'idée grecque d'ordre cosmique, toute action est suivie par une réaction²¹² : « C'est un fait, qui des réalités de la nature passe à celles de l'humanité, que tout ce qui s'élève contre une chose doit subir à son détriment la revanche de cette chose »²¹³. Il n'en va pas autrement de la peine consécutive à l'action violente contre la volonté supérieure.

2. La fonction de la peine

Comme précédemment évoqué, Platon et Aristote considèrent le criminel d'abord comme un citoyen. Celui-ci n'acquiert la qualité d'individu que de par son appartenance à la Cité. Toutefois, sous l'influence du christianisme, la logique se fissure²¹⁴. Il en ressort une indépendance progressive de l'individualité qui devient même, renversement suprême, une condition préalable à la citoyenneté. Ainsi, avec l'idée de péché propre à la pensée chrétienne, on assiste à un renouvellement considérable de la fonction de la peine²¹⁵.

²⁰⁶ Cf. Partie I, § 3, XIII ; la figure du criminel coupable n'est d'ailleurs toujours pas dépassée. En cas de condamnation, le tribunal reconnaît toujours un individu « coupable » d'avoir commis une infraction. En ce qui concerne la fixation de la peine, l'art. 47 CP commande de la fixer d'après la « culpabilité » de l'auteur.

²⁰⁷ KELLENS, p. 22.

²⁰⁸ VILLEY (Rétribution), p. 66.

²⁰⁹ SAINT THOMAS, question 86, art. 1.

²¹⁰ VILLEY (Rétribution), p. 66.

²¹¹ SAINT THOMAS, question 87, art. 1.

²¹² VILLEY (Rétribution), p. 67.

²¹³ SAINT THOMAS, question 87, art. 1.

²¹⁴ GROS, p. 24 ; SALAS (Procès), p. 12

²¹⁵ PRADEL, p. 12.

L'expiation devient le mode d'évacuation de la faute. Le criminel est un coupable qu'il s'agit de purifier. Résolvant un conflit moins entre des individus qu'entre le criminel et la Loi, la peine revient à une astreinte douloureuse consécutive au viol d'une interdiction promulguée par une autorité externe. Or l'expiation, en particulier lorsqu'elle est violente et publique, satisfait également le but de prévention. Les autres membres de la société sont avertis des risques encourus à la suite d'une infraction. Aussi, d'un point de vue théorique, faut-il parler d'un double effet en ce qui concerne l'expiation ou d'un rôle « théologico-politique »²¹⁶ : punir l'individu coupable permet à la fois de purger la faute et de prévenir le crime.

Par l'infraction, le délinquant viole la Loi en touchant au sacré. De manière générale, son acte appelle un sacrifice effaçant la faute en tant que péché : « Expier, c'est souffrir soi-même pour la punition de sa propre faute. C'est expulser par la douleur physique ou morale les impuretés de son âme : *magnis flatibus et laboribus*, à force de larmes et de durs travaux. *Laissez-moi déchirer mon corps, le mater jusqu'au dernier moment de ma vie où je me verrai enfin séparé de lui* suppliait Sainte Marguerite de Cortone »²¹⁷. Il convient dès lors que faute et châtement correspondent, qu'il y ait une sorte de *sunallagma*, de *commutatio*, entre délit et châtement²¹⁸.

La séparation des qualités de citoyens et d'individus entraîne d'autres déchirements : « Le temps est venu des oppositions massives : opposition de l'âme et du corps, opposition du spirituel et du temporel, opposition, chez Luther, de l'homme intérieur et de l'homme extérieur, opposition chez Kant, plus tard, du devoir-être et de l'être, du moi empirique et de l'ego transcendantal »²¹⁹. Une certaine forme de cloisonnement général s'installe jusque dans la pensée pénale.

Ces disjonctions importantes permettent néanmoins de conférer à l'expiation un effet différent selon l'objet de la sanction. La vieille distinction du droit canon est consacrée : le for externe relève de la compétence étatique alors que le for interne est du ressort de l'Eglise²²⁰. Tandis que la première entité cherche essentiellement à intimider les criminels par la rétribution, la seconde tend à obtenir leur rachat, leur

²¹⁶ Expression de Kellens *in* KELLENS, p. 22.

²¹⁷ KELLENS, p. 22

²¹⁸ VILLEY (Rétribution), p. 67.

²¹⁹ GROS, p. 24.

²²⁰ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 9.

repentir, leur amendement²²¹ : « De toutes les théories sur le fondement du droit de punir, aucune ne se montra plus respectueuse de la dignité de l'homme et de sa liberté, si ce n'est, à l'extrême opposé, car c'est ici surtout qu'il est vrai de dire que les extrêmes se touchent, la doctrine positiviste. Le droit de punir n'appartient qu'à Dieu ; nul n'a de mainmise sur l'homme, nul n'a de pouvoir sur sa liberté, ni sur sa vie, pas même la société, si ce n'est par délégation divine [...] Car punir, c'est plus encore qu'exercer un pouvoir et une mainmise d'homme à homme, c'est vouloir pénétrer les consciences, juger de ce qui est le fond même de la personnalité et, en vertu de ce jugement porté sur la conscience, disposer de la vie et de la liberté »²²². Aussi est-il fondamental de retenir cette différence de sorte à distinguer l'effet de la peine (for externe) de celui de la pénitence (for interne).

D'une part, la peine est censée prévenir les infractions. Dans son sermon sur *L'autorité temporelle*, Luther évoque la dualité que connaît le XVI^e siècle en rappelant que la sauvegarde des apparences appartient au châtement public : « La punition s'adresse au méchant, en tant qu'il est méchant, et non pour le rendre bon, ce qu'on ne saurait attendre d'une opération extérieure comme l'est la punition par l'Etat »²²³. La juridiction pénale temporelle a pour mission d'assurer la prévention générale et spéciale du crime²²⁴.

La peine est un enseignement à des fins d'édification du public²²⁵. L'exemplarité de la peine est censée dissuader les délinquants en puissance²²⁶. Par le truchement de l'expiation, le juge ordonne la mutilation des corps dans un but de prévention par « l'exemple et la terreur » comme l'a formulé plus tard Bruneau dans les *Observations et maximes sur les affaires criminelles* en 1715²²⁷. La correction, au sens le plus étroit, passe par le supplice physique afin d'effrayer ceux qui auraient l'idée de commettre une infraction. Autrement dit, on cherche à marquer les

²²¹ CARBASSE., n° 86bis ; VILLEY (St Thomas), p. 129.

²²² SALEILLES, p. 38.

²²³ LUTHER, p. 87.

²²⁴ La prévention du crime n'est néanmoins pas étrangère à la pensée chrétienne en matière de répression. A tout le moins chez Saint Thomas, « il est évident que la peine [...] est ordonnée à l'amendement : ainsi, le fait même de subir du souci et du dommage en commettant le mal, est de nature à détourner les hommes du péché » (SAINT THOMAS, question 87, art. 2).

²²⁵ CARBASSE, n° 138.

²²⁶ LANGUI/LEBIGRE, p. 116.

²²⁷ Cité dans *in* MERLE, p. 72.

consciences : tant celle du criminel que celle du public. Dans le cas particulier de la peine de mort, le châtement a pour but d'intimider en même temps qu'il élimine²²⁸. L'exécution de cette peine terrorise ceux qui y assistent, le condamné pouvant être successivement décapité, coupé en morceaux dispersés aux portes de la ville.

D'autre part, la pénitence assure essentiellement la rédemption de l'âme²²⁹. L'Eglise se réserve les procès qui de près ou de loin touchent aux intérêts religieux. Et son action judiciaire cherche à redresser le délinquant par l'effacement des péchés qui ne passe que par la condamnation du délinquant par lui-même²³⁰. Le poids de sa conscience doit l'engager dans une souffrance intérieure tournée vers un retour à Dieu. Fonction expiatrice certes, la pénitence n'est toutefois pas dépourvue de valeur perfectionnelle puisqu'elle permet de corriger et d'améliorer le criminel²³¹.

Peine et pénitence ont ceci de commun : la fonction d'expiation. Mais, à mesure que la religion perd de son influence en philosophie pénale, la répartition des compétences disparaît. Tant qu'un pouvoir ecclésiastique œuvre comme autorité du for intérieur, l'Etat s'attache, quant à lui, au bon ordre des fors extérieurs. Or, en cas de disparition du premier, qui récupère la compétence en matière de salut des âmes ?

Bien que fondé sur un droit laïc, l'Etat moderne s'est naturellement proposé de reprendre le flambeau. Il s'est déclaré compétent en matière de régénération de l'âme des coupables. Le caractère sacré de la peine étatique apparaît évident à ceux qui observent les modalités répressives. Dépêchés en éclaireurs aux Etats-Unis au XIX^{ème} siècle, Tocqueville et Beaumont constatent combien la peine publique est empreinte de régénération morale : « En Amérique, le mouvement qui a déterminé la réforme des prisons a été essentiellement religieux (...) aussi la religion reste-elle encore aujourd'hui, dans toutes les prisons nouvelles, un des éléments fondamentaux de la discipline et de la réforme »²³².

Depuis lors, la justice temporelle a charge d'âme. Il est stupéfiant de remarquer la particularité du mouvement qui s'est opéré. En croyant vider l'autorité de son caractère sacré, la démocratie s'est, dans un mouvement

²²⁸ LANGUI, p. 71.

²²⁹ CARBASSE, n° 86bis.

²³⁰ TARDE, p. 490.

²³¹ MERLE/VITU, n° 57 ; SAINT THOMAS, question 87, art. 2.

²³² TOCQUEVILLE, p. 325.

inverse, appropriée une tâche essentiellement religieuse. L'Etat n'a, en quelque sorte, jamais été aussi religieux que depuis sa laïcisation.

Ce renversement est également relevé par Foucault²³³. Celui-ci distingue en effet deux types de « gouvernementalité » réunies dans l'Etat laïc et démocratique. D'un côté, la « gouvernementalité de la raison d'Etat » s'attache à conserver la coexistence d'intérêts particuliers dans leur globalité. Les supplices infligés sont censés sauvegarder l'ordre public. De l'autre, une « gouvernementalité pastorale » tendant à la rédemption individuelle des âmes. Sous cet angle, les peines favorisent la rémission des fautes par le biais de l'expiation.

3. La fixation de la peine

De même que chez Platon, l'individu coupable est puni en fonction du délit. Plus l'infraction est considérée comme grave, plus la faute est lourde et partant, la peine sévère. La répression poursuit l'exacte compensation afflictive et expiatoire de la faute²³⁴. Aussi faut-il apprécier la gravité de l'acte afin de déterminer la sévérité de la peine : la justice pénale demeure rétributive.

Le droit pénal canonique a été le premier à connaître le principe de la légalité des délits et des peines et ce, dès les premières compilations officielles²³⁵. Ce n'est toutefois que dès le XIV^{ème} siècle que la doctrine s'est mise sérieusement à discuter de cette problématique, notamment en rapport avec la peine de mort. Auparavant, le pouvoir d'appréciation du juge est en principe très peu limité, essentiellement afin de ne pas entraver l'action judiciaire. Usage des cours, la coutume ne fait que hiérarchiser les biens juridiquement protégés selon leur valeur sans lier la commission de l'infraction à une certaine sanction²³⁶ : « la loi peut bien dire que le meurtre en soi est plus grave que le vol, parce que la vie des citoyens est plus précieuse que leurs biens ; mais comment peut-elle prévoir la gravité de chaque meurtre en particulier ? »²³⁷.

La notion d'« arbitraire », dans acception négative, n'a été véritablement critiquée qu'à la fin du XVIII^e siècle. Avant, elle avait au contraire une

²³³ Cf. notamment FOUCAULT (Sécurité).

²³⁴ MERLE/VITU, n° 57.

²³⁵ CARBASSE, n° 86bis.

²³⁶ CARBASSE, n° 120.

²³⁷ SALEILLES, p. 47.

excellente réputation puisqu'elle autorisait le juge à « arbitrer » les peines, c'est-à-dire à choisir la peine la plus adéquate par rapport à l'affaire²³⁸. Imaginer cependant un droit entièrement soumis aux incertitudes de l'arbitraire serait aussi faux qu'absurde puisque s'est constitué, dans le silence de la loi, un ensemble de règles formant un fond commun dans lequel puisent les juges²³⁹.

Que son appréciation soit limitée ou pas, le juge, investi par les puissances supérieures, incarne le défenseur de la société qui rétribue les perturbateurs en fonction leur faute²⁴⁰. Laisser une marge de manœuvre au magistrat est indispensable dès lors que la peine doit correspondre à la matérialité de l'acte. Il faut que la punition soit à la mesure de l'horreur de l'infraction, ou plus précisément de la répulsion qu'inspirent les faits. A défaut d'une peine fixe, il y a dès lors une singularisation de la peine puisque cette dernière est proportionnelle à l'acte. Ainsi il faut tenir compte non seulement de la gravité du résultat mais également de l'intensité de la volonté délictuelle, celle-ci étant une des premières caractéristiques subjectives appréciées. Et ce n'est qu'à la fin du XVIII^e siècle avec les propositions de Bentham en particulier que les facteurs extérieurs à l'infraction sont considérés²⁴¹. Raison pour laquelle il est possible d'affirmer que c'est en quelque sorte au cœur du droit pénal de l'acte que ce qui donnera plus tard le droit pénal de l'auteur prend ses racines.

La fixation s'opère toujours selon le principe de rétribution qui constitue un axiome de la morale traditionnelle occidentale²⁴². Que ce soit dans son acception morale ou religieuse, ce principe désigne la « récompense » qui est due à celui qui commet une infraction. La réciprocité entre le crime et la punition a notamment été poussée jusqu'au développement des *Spiegelstrafen*, c'est-à-dire des peines dites « réfléchissantes ». Le délinquant est puni par où il a péché : les blasphémateurs, faux témoins ou calomniateurs sont condamnés à avoir la langue percée ou coupée.

Le juge ne peut néanmoins pas prononcer n'importe quel type de sanction. A défaut d'une compilation ou d'un usage, celle-ci dépend de la finalité et la fonction de la peine, lesquelles sont individuelle et sociale, expiatoire et exemplaire²⁴³. Il faut avoir cependant à l'esprit la logique d'un tel système

²³⁸ CARBASSE, n° 116ss.

²³⁹ LANGUI/LEBIGRE, p. 5.

²⁴⁰ MERLE/VITU, n° 56.

²⁴¹ Partie I, § 3, IX, ch. 3.

²⁴² LANGUI, p. 67.

²⁴³ CARBASSE, n° 134.

et ses conséquences comme la violence voire la barbarie qu'a connue l'Ancien Régime, pour comprendre le mouvement révolutionnaire.

L'influence religieuse est très marquée lors de la mesure de la peine. La pensée chrétienne, notamment celle de Saint Thomas, commande une absolue rétribution des fautes. Le thomisme soutient en effet une justice établissant une proportion (*aequalitas*) entre la faute et la peine : *poena proportionatur peccato*²⁴⁴. Il s'agit de faire en sorte que le mal infligé par la peine corresponde à la tache que laisse le péché dans l'âme²⁴⁵.

Dans ce cadre, il convient de rappeler que la première cause du péché, et partant de l'infraction, est une volonté mauvaise (*malitia*)²⁴⁶. L'acte coupable est supposé être le reflet de l'intention de l'auteur. Dès lors, le juge inflige une souffrance proportionnelle à la gravité du comportement de l'accusé lui permettant d'expier le mal dont pâtit son âme. En ce sens, ce droit pénal ne s'intéresse qu'aux faits et reste attaché à la conception primitive ne définissant les incriminations que par leur résultat matériel²⁴⁷.

Cette volonté peut toutefois être diminuée par certaines causes. Il existe des circonstances atténuantes telle qu'une mauvaise influence sociale ou certaines maladies²⁴⁸. Les causes de non imputabilité sont notamment la démence, l'âge, l'ignorance et la contrainte²⁴⁹. La rétribution n'est de ce fait pas totalement absolue dès lors que la répression ne relève pas d'un impératif catégorique.

La fiction du criminel en tant qu'individu coupable conduit à la fusion, voire la confusion, de la pénitence et la peine. La mauvaise volonté étant constitutive d'une faute, le pécheur, et partant le criminel, est le débiteur d'une peine²⁵⁰. Le délit implique l'infliction d'une peine prononcée par la justice par le jeu d'une proportion entre la faute et la peine. Dans ce contexte, la question du genre de peines apparaît pertinente. Les idées d'expiation et de faute promues par le christianisme favorisent en effet l'institution des peines pécuniaires. Ainsi, le rachat de la faute par l'exécution de la peine devient manifeste au plus haut degré.

²⁴⁴ SAINT THOMAS, question 87, art. 4 ; VILLEY (Rétribution), p. 67.

²⁴⁵ SAINT THOMAS, question 87, art. 4.

²⁴⁶ PRADEL, p. 14 ; SAINT THOMAS, question 87, art. 2, VILLEY (St Thomas), p. 121.

²⁴⁷ CARBASSE., n° 125.

²⁴⁸ VILLEY (St Thomas), p. 124.

²⁴⁹ LANGUI, p. 90.

²⁵⁰ PRADEL, p. 14.

VI. Le criminel : un individu prédateur

1. Le criminel

Le terme de « politique » est d'usage courant, d'où la difficulté d'arrêter une unique définition. Outre les difficultés polysémiques, le temps ne fait rien à l'affaire quand on sait que le contexte participe à la création du sens. Il faut pourtant bien définir un contenu à ce terme de sorte à permettre le discours. Selon Mairet, est politique au sens moderne toute pensée qui repose sur trois principes : le principe de fondement, le principe du consentement et le principe du Souverain²⁵¹. Dans cette acception, Hobbes (1588-1679) fait figure de précurseur²⁵².

En premier lieu, le principe de fondation pose les jalons qui marquent la création mythique de la société. Selon Hobbes, au début était la guerre. Dans sa vision matérialiste et mécanique, les individus à l'état de nature sont en perpétuelle tension entre un besoin de défendre et d'acquiescer. Tel un prédateur : l'homme est un loup pour l'homme²⁵³. Partant, la Loi est une condition de la civilité²⁵⁴. La règle de l'état civil a pour but de sortir les hommes de cette misérable condition de guerre de tous contre tous qui s'attache nécessairement, à cause des passions humaines, à la liberté naturelle quand il n'existe pas de puissance capable de modérer ces passions par la terreur des châtiments²⁵⁵. La Loi résume et exprime l'essence de l'Etat, à savoir l'union des individus au sein d'un même corps et leur sujétion à la même norme²⁵⁶.

En deuxième lieu, le principe du consentement légitime la présence d'un Souverain tout puissant²⁵⁷. Si au début était la guerre, une décision de tous les hommes de jurer obéissance à l'Etat y a mis un terme. Par le contrat social, Hobbes est celui qui place le peuple, entendu comme somme d'individualité, en tant que source originaire de l'Etat²⁵⁸. Malgré la représentation fabulée d'une grande réunion à laquelle, un jour, les hommes auraient participé spontanément afin de mettre un terme à l'insécurité, il ne

²⁵¹ MAIRET, p. 45.

²⁵² MAIRET, p. 42.

²⁵³ HOBBS (De cive), Dédicatoire.

²⁵⁴ MAIRET, p. 45.

²⁵⁵ HOBBS (Léviathan), XVII, p. 140.

²⁵⁶ MAIRET, p. 45.

²⁵⁷ BREHIER (II), p. 133.

²⁵⁸ MAIRET, p. 53.

faut pas perdre de vue que la convention consiste en une fiction du consentement de tous si indispensable à la construction rationnelle de la société moderne. Et c'est notamment par ce biais que les hommes abandonnent leur droit d'attaquer autrui²⁵⁹.

En troisième lieu, le principe de la souveraineté tient à l'état intrinsèquement instable de la société. La mise en communauté de désirs électrise en effet la coexistence des individus. Cette fragilité appelant un régulateur, la cité est maintenue par l'engagement volontaire des hommes au moyen de pactes par lesquels ils promettent d'obéir à une assemblée²⁶⁰. Dans le *Léviathan*, Hobbes montre que si la société humaine veut accéder à la paix et à la prospérité, elle doit recourir à un pouvoir souverain supérieur à n'importe quel individu ou groupe d'individus²⁶¹. Préserver l'ordre social devient la première des missions de ce pouvoir dont la qualité varie selon sa capacité à demeurer effectif malgré le déséquilibre permanent provoqué par les sujets. Pour instaurer l'ordre à la place du désordre, les hommes se dessaisissent de tous leurs droits au profit de l'Etat, laissant, en dehors de l'assujettissement contractuel, régner le chaos : « La société désigne cet état où l'homme gagne sa paix à la sueur de son obéissance »²⁶². Le souverain reçoit la puissance de contraindre, de punir, de décider de la guerre, de faire des lois²⁶³. Aussi, ce processus exprime-t-il le principe essentiel de la modernité politique : les hommes décident par leur faculté propre de vouloir et de penser, de se doter d'une Loi commune, artificielle, qu'un individu ou une assemblée a pour tâche d'élaborer et de mettre en œuvre²⁶⁴.

Dans ce contexte, la transgression d'une loi revient à un mépris du pouvoir législatif²⁶⁵. En violant la Loi, le délinquant s'exclut de la société civile (principe de fondation). Faisant un usage illicite de son instinct de conservation, il viole son engagement à l'égard des autres membres du groupe (principe du consentement). En outre, il se soustrait à la volonté du souverain, seule garantie du maintien de l'état civil (principe de la souveraineté). Son acte transgressif le ramène en quelque sorte à l'état sauvage : le criminel redevient un prédateur.

²⁵⁹ HOBBS (*Léviathan*), ch. XXVIII, p. 229.

²⁶⁰ HOBBS (*Léviathan*), XVIII, p. 146.

²⁶¹ ACTON, p. 411.

²⁶² GROS, p. 76.

²⁶³ BREHIER (II), p. 135.

²⁶⁴ MAIRET, p. 51.

²⁶⁵ HOBBS (*Léviathan*), ch. XXVII, p. 217.

2. La fonction de la peine

La sûreté publique est recherchée par les hommes²⁶⁶. Raison pour laquelle, selon les termes du contrat social, l'Etat dispose du droit de punir. Remis lors de la conclusion, ce pouvoir est légitimé par la préservation d'une cohésion convenue, et partant artificielle. Chacun ayant abandonné son droit de punir au détenteur du pouvoir suprême, le gouvernement dispose d'une force suffisante pour pouvoir user de son droit « naturel »²⁶⁷ à préserver les citoyens²⁶⁸.

De manière prioritaire, la punition a pour vocation de protéger la société fragile. Il s'agit de lutter contre l'individu devenu prédateur par la commission de son crime. Hobbes définit dès lors le châtement comme un mal infligé par l'autorité publique au transgresseur de la loi et dont le but est de réduire à l'obéissance les volontés des citoyens par la terreur qu'il inspire²⁶⁹.

Aussi le philosophe anglais apparaît-il, avant Beccaria, comme le précurseur en matière de peine « utile ». Dans le *Léviathan*, il est en effet déjà question d'une répression aux effets matériels, et non plus cosmiques ou religieux. Le châtement constitue moins une réparation qu'une prévention de la désobéissance. A cet effet, la rétribution devient l'instrument principal d'une politique criminelle utilitaire.

3. La fixation de la peine

Tout d'abord, le droit hobbesien connaît le principe de légalité. La légalité des peines est prévue dans le *Léviathan*. Les sanctions sont prescrites et déterminées par la loi elle-même²⁷⁰.

Quant à la mesure, elle doit correspondre au mal causé. Si le mal imposé au criminel est inférieur au résultat de l'infraction, il ne s'agit pas d'une peine mais du prix du crime²⁷¹. Le châtement qui comporte moins de désagrément que le crime ne contient d'agrément conduit à la désobéissance. A l'inverse, c'est un acte d'hostilité si le mal imposé est supérieur à la gravité

²⁶⁶ PRADEL, p. 21.

²⁶⁷ Dès lors que les individus cèdent leur droit naturel à punir au Souverain, celui-ci semble exercer *mutatis mutandis* un droit issu de la nature (BREHIER (II), p. 134).

²⁶⁸ HOBBS (*Léviathan*), ch. XXVIII, p. 230.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ *Ibidem*.

de l'infraction²⁷². Ainsi est-il possible d'affirmer que la fixation hobbesienne de la peine s'opère selon le principe de la rétribution en fonction de la gravité de l'infraction²⁷³.

Enfin, en ce qui concerne le genre de peine, Hobbes prévoit différents châtiments. L'autorité humaine inflige en effet des châtiments corporels, des châtiments pécuniaires, l'infamie, l'emprisonnement, l'exil ou une combinaison de plusieurs d'entre eux²⁷⁴.

Le châtiment corporel est celui qui est infligé sur le corps, tel que la mort, la flagellation, les fers, les blessures ou la privation de choses agréables dont l'auteur jouissait antérieurement²⁷⁵.

Le châtiment pécuniaire est celui par lequel on prive le criminel d'une somme d'argent mais également de n'importe quelle chose échangeable contre de l'argent²⁷⁶.

L'infamie est l'affliction d'un mal considéré comme déshonorant dans la cité. La loi peut prévoir que soient ôtés les insignes, les titres, les charges ou tout signe remis afin d'honorer l'individu²⁷⁷.

L'emprisonnement s'entend comme la privation de la liberté corporelle. La cité la prévoit dans les cas où elle a peur que l'accusé prenne la fuite ou lorsqu'elle constitue la punition du condamné²⁷⁸.

Il y a exil quand un citoyen est condamné à quitter le territoire à la suite d'un crime. Il peut être temporaire ou définitif²⁷⁹.

Les individus sont tous de potentiels prédateurs. Raison pour laquelle il est nécessaire que la société se défende contre le crime. Le système répressif lutte contre les ennemis qui sont dans ses murs : de la guerre de tous contre tous, on passe à la guerre des citoyens contre les criminels. Pour ce faire, le législateur doit mettre en place un arsenal de sanctions qui frappe suffisamment pour dissuader et le délinquant de récidiver et ses semblables de commettre des infractions. Le droit pénal hobbesien institue dès lors une

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ *Contra* PRADEL, p. 21.

²⁷⁴ HOBBS (Léviathan), ch. XXVIII, p. 231.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ HOBBS (Léviathan), ch. XXVIII, p. 231-232.

²⁷⁷ HOBBS (Léviathan), ch. XXVIII, p. 232.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ *Ibidem*.

logique punitive fondée sur l'intimidation par la terreur : « Les châtiments et les récompenses [...] sont comme les nerfs et les tendons par lesquels sont mus les membres de la cité »²⁸⁰.

VII. Le criminel : un individu hostile

1. Le criminel

Que ce soit dans le *Léviathan* ou dans le *Traité des délits et des peines*, la société civile est supposée constituer le seul refuge pour celui qui désire échapper à l'insécurité propre à l'état de nature. Or entre Hobbes et Beccaria, Locke (1632-1704) tente de repenser une rationalité punitive en partant des hypothèses déjà présentées : un état de nature menant à la guerre, un contrat social, le passage à un état civil²⁸¹. Il s'agit cependant pour lui d'augmenter sensiblement les aspects utilitaires de la peine hobbesienne.

Partant de l'état de nature, Locke trace le cheminement hypothétique de la société en examinant la condition naturelle des hommes. Cet état est celui où ils sont parfaitement libres d'ordonner leurs actions ou disposer de leurs biens ou de leur personne comme ils l'entendent sans demander l'autorisation d'aucun homme mais dans la limite du droit naturel²⁸².

Dès sa naissance, l'homme est muni d'un titre de liberté parfaite et en pleine jouissance de tous ses droits donnés par la nature, notamment de préserver ce qui lui appartient. Il jouit d'une liberté incontrôlable par autrui sur sa personne ou sur ses biens²⁸³.

Toutefois, il reste soumis à un droit de nature en vertu duquel nul ne doit léser autrui dans sa vie, sa santé, sa liberté ou ses biens. Tous les hommes sont l'ouvrage d'un seul Créateur tout puissant et infiniment sage ayant pourvu les individus d'une même valeur. Il n'y a pas de hiérarchie entre les hommes qui justifierait une « entre-destruction »²⁸⁴.

²⁸⁰ HOBBS (*Léviathan*), ch. XXVIII, p. 234.

²⁸¹ GROS, p. 81.

²⁸² LOCKE, chap. II, n° 4.

²⁸³ LOCKE, chap. VII, p. 183, n° 87.

²⁸⁴ En effet selon Locke, les individus sont tous dotés de facultés semblables. Ils sont donc égaux de sorte qu'aucune hiérarchisation ne saurait être affirmée afin de légitimer une éventuelle atteinte à autrui (LOCKE, chap. II, n° 6).

L'infraction est une atteinte à un bien juridiquement protégé. Elle déclenche le processus pénal qui s'achève par la punition. Ce passage de l'action à la réaction nécessite pour Locke l'existence de deux droits : celui de propriété et celui de punir.

Le droit de propriété constitue un droit fondamental et inaliénable de posséder non seulement son corps mais aussi les fruits qu'il engendre. Les hommes ont droit dès leur naissance à la conservation et à la nourriture, à la boisson et à tous les objets dispensés par la nature afin d'assurer leur subsistance²⁸⁵. Par leur travail, ils produisent des fruits et c'est naturellement qu'ils acquièrent un droit sur le résultat de leurs efforts.

Pour garantir la conservation de la propriété et, à plus grande échelle, l'égalité entre individus, chacun a le devoir d'assurer l'exécution de ses droits naturels. Le Créateur a offert le monde à ses créatures à condition qu'elles y maintiennent la paix et la conservation de l'humanité. De par son comportement illicite, le criminel est par conséquent un individu hostile à l'ordre. Raison pour laquelle les hommes ont le droit de punir ceux qui enfreignent les lois dans le but de prévenir les actes malveillants.

2. La fonction de la peine

Les lois civiles permettent le passage à l'état civil. Or celui qui commet une infraction déclare implicitement vivre sous l'empire d'une autre règle, il devient un ennemi et est, par conséquent, dangereux pour la société civile²⁸⁶. C'est pourquoi il se trouve punissable.

Tout homme a le droit de tuer un assassin dans l'état de nature pour détourner les autres de causer un dommage semblable²⁸⁷. Mais il n'est pas raisonnable que les hommes soient à la fois juge et partie dans l'état civil. La vengeance et les passions peuvent entraîner des punitions qui ne respectent pas le principe de proportionnalité²⁸⁸. Il faut donc que chacun se défasse de son droit de punir au profit de la communauté²⁸⁹.

En ce qui concerne la fonction de la peine, Locke soutient qu'il s'agit de châtier pour prévenir. Le châtiment a pour but d'empêcher que l'infraction

²⁸⁵ LOCKE, chap. V, p. 152, n° 25.

²⁸⁶ LOCKE, chap. II, p. 141, n° 8.

²⁸⁷ LOCKE, chap. II, p. 143, n° 11.

²⁸⁸ LOCKE, chap. II, p. 144, n° 13.

²⁸⁹ LOCKE, chap. VII, p. 183, n° 87.

ne se reproduise²⁹⁰. Dans le sillon creusé par Hobbes, l'utilité de la peine est ici expressément radicalisée.

3. La fixation de la peine

En ce qui concerne la gradation des peines, Locke ne souhaite pas entrer dans les détails. De manière générale, il conçoit parfaitement que les lois puissent instituer un rapport entre la gravité de l'infraction et la peine²⁹¹. A ce titre, il promeut une rétribution en fonction de la gravité de la violation : le mal infligé doit être proportionnel à l'infraction²⁹².

Il n'est pas nécessaire de s'étendre longuement sur la punition chez Locke. Celle-ci est somme toute assez proche de celle de Hobbes. Tous deux invoquent le contrat social comme élément fondateur de toute société. Toutefois, ils ne semblent pas percevoir la même tendance naturelle de nuire à son prochain. Chez Locke, l'individu est un animal social créé pour vivre en société. L'hostilité découle de la violation de la loi et non de la condition humaine. En ce qui le concerne, Hobbes est moins « optimiste » quant à la nature de l'homme dont le propre n'est pas d'entrer en communauté. Il y est en quelque sorte contraint s'il veut sortir de l'état de guerre permanent dans lequel il est plongé sans un pouvoir souverain. Raison pour laquelle, étudier la pensée de Locke permet de manière générale un passage « en douceur » à la pensée de Beccaria dont l'humanité constitue le principal attrait²⁹³.

A cela s'ajoute le fait que, au regard du sujet traité, la fonction utile de la peine chez Locke est renforcée par rapport au châtement hobbesien. Bien que le critère de fixation demeure encore et toujours la rétribution selon l'acte, l'effet préventif est davantage mis en avant. Et il faut attendre l'influence déterminante de Beccaria pour que cette fonction soit définitivement consacrée.

²⁹⁰ LOCKE, chap. II, p. 142, n° 11.

²⁹¹ LOCKE, chap. II, p. 143, n° 12.

²⁹² LOCKE, chap. II, p. 141, n° 8.

²⁹³ PIRES (Beccaria), p. 97.

VIII. Le criminel : un individu despotique

1. Le criminel

A l'état de nature, l'homme est constamment en alerte. Il doit lutter pour se défendre et se battre pour progresser. L'insécurité totale à laquelle il est confronté fait naître chez lui le désir d'un peu de paix. La peur le contraint à se rapprocher des autres membres de son espèce et à fonder avec eux une communauté à laquelle il confie le soin de le protéger. Or l'autorité suprême manquerait à son devoir, en particulier lorsqu'elle rend justice. L semble que la répression des crimes est en effet souvent marquée par une violence étatique à l'égard du citoyen, par une disproportion entre les délits et les peines²⁹⁴.

Les grands acteurs du siècle des Lumières plaident pour un Etat de droit qui garantit le maintien de la société, plaçant ainsi le droit répressif au centre des préoccupations des fondateurs des premières politiques criminelles²⁹⁵. Agé de vingt-six ans au moment de monter aux barricades, Beccaria (1738-1794) part en guerre contre l'inhumanité et l'arbitraire de la justice pénale de l'Ancien Régime²⁹⁶.

Pour marquer le début de sa lutte, il rédige son fameux *Des délits et des peines*, « cet opuscule, d'apparence anodine [qui] contenait la charge explosive qui devait faire sauter tout le système du vieux droit criminel et le désintégrer »²⁹⁷. Depuis, son traité est considéré comme *le* temps fort de la rationalité pénale moderne²⁹⁸. L'auteur s'y interroge notamment sur l'origine du droit de punir, sur le cercle des personnes punissables, sur le but de la peine et sa mesure.

Beccaria s'accorde avec l'hypothèse initiale d'insécurité dans laquelle l'homme se retrouve sans société. Toutefois, il ne considère pas les hommes comme motivés par la peur mais plutôt par un désir de plus de liberté : « Fatigués de vivre dans un état de guerre continuelle et dans une liberté rendue inutile par l'incertitude, ils sacrifèrent une partie de cette liberté pour jouir du reste avec plus de sûreté et de tranquillité »²⁹⁹. L'Etat

²⁹⁴ C'est typiquement ce que Hobbes appelle un « acte d'hostilité » (cf. Partie I, § 3, VI, ch. 3).

²⁹⁵ VARVAELE, p. 12.

²⁹⁶ PIRES (Beccaria), p. 90 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 6.

²⁹⁷ GRAVEN (Beccaria), p. 117.

²⁹⁸ PIRES (Beccaria), p. 93.

²⁹⁹ BECCARIA, ch. I, p. 62

n'a pas pour vocation de rassurer mais de favoriser les conditions minimales à la jouissance maximale de la liberté.

Mais la « prestation » n'est pas gratuite. Si l'individu souhaite profiter de l'infrastructure, il doit payer. Et la monnaie en vigueur est justement la liberté dont il dispose³⁰⁰. Raison pour laquelle, comme chez Hobbes et Locke, il en abandonne une partie au Souverain qui l'autorise, en retour, à jouir des services de protection conformément aux termes du contrat social³⁰¹. A ce titre, il a l'obligation de céder une portion particulière, précisément son droit de punir, afin d'obtenir le droit d'entrer en société.

Inspiré par la vision de Montesquieu, Beccaria entrevoit une loi chargée d'apporter de la douceur dans une société dans laquelle les membres vivent ensemble et non pas les uns contre les autres³⁰². Après avoir chassé les intérêts minoritaires, un législateur impartial doit instituer des règles produisant « le plus de bonheur possible réparti sur le plus grand nombre »³⁰³.

L'état naturel de l'homme est insupportable car il est en proie à une part de lui-même qui ne cherche que son propre profit, indépendamment du respect de celui des autres. Beccaria nomme cette tendance « l'esprit despotique »³⁰⁴. Passionnellement égoïste, l'homme a besoin de l'Etat pour le prémunir de sombrer dans la négation de l'autre « car l'homme cherche toujours à prélever sur la masse commune non seulement la part qui lui revient, mais à s'approprier en outre celle des autres »³⁰⁵.

Au fond, le délinquant est celui qui tente de profiter du service étatique sans payer. Pis encore, il met en péril la liberté des autres. En petit despote avare, il est plus gourmand en liberté que ses congénères³⁰⁶. Et même si le déséquilibre est minime, son acte appelle néanmoins un châtement pour dissoudre sa volonté de toute-puissance. Partant, le criminel est un individu despotique.

³⁰⁰ Le terme de « liberté » est ici entendu au sens des Modernes, c'est-à-dire comme une indépendance totale et individuelle précédant l'adhésion à la communauté, par opposition à celle des Anciens qui la perçoivent plutôt comme une conséquence de l'appartenance au corps collectif (cf. CONSTANT (Liberté)).

³⁰¹ PIRES (Beccaria), p. 101.

³⁰² Beccaria se distingue ici de Hobbes dont la vision est plus pessimiste (cf. Partie I, § 3, VI, ch. 3).

³⁰³ BECCARIA, Introduction, p. 60.

³⁰⁴ BECCARIA, § I, p. 62.

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 14.

2. La fonction de la peine

Beccaria ne dramatise cependant pas la punition. Pour lui, c'est un mal nécessaire qui se doit d'être le plus modéré possible³⁰⁷. Le pouvoir souverain ne doit pas devenir à son tour tyrannique : « Tout acte d'autorité d'homme à homme qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique. Le droit qu'a le souverain de punir les délits est donc fondé sur la nécessité de défendre contre les usurpations particulières le dépôt constitué pour le salut public. Et les peines sont d'autant plus justes que la sûreté est plus sacrée et inviolable, et plus grande la liberté que le souverain laisse à ses sujets »³⁰⁸.

Dans la pensée beccarienne, la création d'un code est un élément décisif en vue de la transformation et de l'humanisation du droit pénal³⁰⁹. Néanmoins, il ne suffit pas d'enfermer la législation pénale dans un « corset de légalité »³¹⁰. En tant que finalité du contrat social, le bonheur exige du législateur qu'il mette en place le système répressif dissuasif³¹¹. La fonction de la peine est de dissuader tant les criminels de récidiver que les autres citoyens de passer à l'acte³¹².

La force du raisonnement repose sur la « nécessité » historique de la peine³¹³. Celle-ci est constitutive du système puisqu'elle conserve l'union des particuliers en prévenant les infractions. Et ce qui mérite d'être étudié au regard du sujet, c'est moins la légitimité du droit de punir que la manière dont il se manifeste. A ce propos, est inique ce qui dépasse le nécessaire sous l'angle de la prévention spéciale et générale : « Le but des châtiments ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables »³¹⁴.

Révolutionnaire pour l'époque, la doctrine pénale beccarienne engage à ne point exécuter le coupable si une réclusion s'avère tout aussi utile pour la conservation de la liberté des autres. Cet engagement répond à la sauvagerie de la justice qui souhaite punir afin de « condamner d'aucuns

³⁰⁷ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 16.

³⁰⁸ BECCARIA, § II, p. 63

³⁰⁹ DUNAND/TRITTEN, p. 13.

³¹⁰ MERLE/VITU, n° 61.

³¹¹ PIRES (Beccaria), p. 115.

³¹² TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 17.

³¹³ BECCARIA, § II, p. 63.

³¹⁴ BECCARIA, § XII, p. 87.

pour l'avertissement des autres » (expression de Montaigne³¹⁵) ou « afin de donner crainte et terreur à tous autres de ne choir » (expression de François I^{er}³¹⁶) et qui a suscité de nombreuses réactions humanistes.

3. La fixation de la peine

Sous l'Ancien Régime, l'imprécision des incriminations et des sanctions présentait de graves inconvénients, notamment du point de vue de l'égalité de traitement des condamnés. L'absence d'une législation commune à toutes les juridictions pénales conduisait à une répression dénuée de véritables lignes directrices à l'attention des juges. Pour mettre un terme à l'arbitraire, Beccaria transpose une institution déjà présente notamment en droit canon ainsi que chez Hobbes et Locke, à savoir la légalité des peines. Le travail des juges est dès lors réduit à lire la loi, sans aucun pouvoir d'interprétation. Beccaria ne laisse en effet aux magistrats aucun pouvoir, pas même celui d'interpréter les dispositions pénales ou d'en rechercher l'esprit, ces derniers devant l'appliquer littéralement³¹⁷ : les juges ne sont que les « bouches de la loi ». Ainsi, il forge l'armature legaliste sur laquelle repose la théorie générale du droit pénal classique dont découle l'adage « *nulla poena sine lege* »³¹⁸.

En ce qui concerne le critère de mesure, Beccaria est partisan de « la proportion entre les délits et les peines »³¹⁹. Il s'agit en effet de rétribuer le criminel en fonction de la gravité de l'infraction, soit « le dommage causé à la société »³²⁰.

Rompant définitivement avec ses prédécesseurs, il souligne les erreurs de ceux qui soutiennent notamment une rétribution selon le préjudice subi par la victime ou la gravité du péché³²¹. Aussi affirme-t-il qu'« il est de l'intérêt général qu'il ne se commette pas de délits, ou du moins qu'ils soient d'autant plus rares qu'ils causent plus de mal à la société. Ainsi donc, plus les délits sont nuisibles au bien public, plus forts doivent être aussi les

³¹⁵ Citée in KELLENS, p. 25.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ CARBASSE, n° 211.

³¹⁸ CASADAMONT/PONCELA, p. 24

³¹⁹ TARDE, p. 500 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 20 ; VAN DE KERCHOVE (Sens), p. 37.

³²⁰ BECCARIA, § VIII, p. 77.

³²¹ BECCARIA, § VII, p. 75.

obstacles qui les écartent. Il doit donc y avoir une proportion entre les délits et les peines »³²².

L'instauration du principe de légalité au sens strict provoque néanmoins une égalité de traitement choquante : « [Le système] se résumait dans cette formule. La peine, pour un même crime, devait être la même, car la responsabilité était la même. C'était un système de responsabilité objective, appréciée par le mal extérieur qui avait été produit et nullement d'après l'état d'âme de celui qui l'avait produit »³²³. Les criminels sont traités indépendamment de leurs caractéristiques personnelles : délinquants, multirécidivistes, jeunes, vieux ou malades, tout le monde est logé à la même enseigne.

Or une égalité stricte entre deux individus au libre arbitre identique mais au passé et au présent différents est illusoire. Le quotidien judiciaire contredit rapidement l'abstraction théorique du comportement et les praticiens redoublent d'ingéniosité pour contourner le système. Il existe des criminels dont la capacité d'autodétermination est manifestement limitée. Tel est par exemple le cas des délinquants souffrant de trouble mentaux ou des mineurs. Une restriction de la faculté de discernement, qu'elle soit consécutive à une pathologie ou à l'âge, appelle un traitement singulier. Il faut dès lors tenir compte des caractéristiques personnelles de l'auteur.

En outre, la répression étatique étant fondée sur la cession d'une partie du droit de punir réduite au plus strict nécessaire, la liberté apparaît comme un bien non seulement divisible mais également transmissible. Abstraitemment, le raisonnement ne présente pas de grande aporie. Cependant, comment fractionner quelque chose qui n'existe matériellement pas ? Derrière le monnayage de la protection du Souverain conspire un utilitarisme qui envisage le criminel moins comme un despote que comme un être rationnel.

IX. Le criminel : un individu rationnel

1. Le criminel

C'est avec Bentham (1748-1832) et son *reasonable man* que la politique pénale acquiert définitivement un aspect « économique ». Il n'est plus question de notions insaisissables parce que trop éloignées de la réalité tangible telles que celles d'ordre cosmique ou de volonté divine. L'homme

³²² BECCARIA, § VI, p. 72.

³²³ SALEILLES, p. 58.

ne recherche que son propre bonheur, son intérêt direct, son plaisir personnel³²⁴.

En tant que bon calculateur, l'individu a vite compris que son profit augmente s'il coopère avec ses semblables³²⁵. Il n'y a plus de contrat social servant à assurer une égalité de droits et d'obligations. La mise en commun des intérêts est dictée par des préoccupations d'ordre transactionnel. Les conditions favorables à ces échanges sont maintenues par le biais de la répression qui donne à l'homme des motifs de soumettre son égoïsme à l'utilité de tous. Aussi appartient-il au droit de régler les rapports en vue de coordonner et d'optimiser le rendement des combinaisons³²⁶. La rigueur rationnelle du système permet, tant dans la morale que dans la législation, de formuler des décisions absolues sans laisser aucune marge à un idéal juridique³²⁷.

L'œuvre benthamienne n'est pas d'une parfaite limpidité³²⁸. D'une part, l'auteur est revenu sur plusieurs propositions, les reformulant à mesure que progressait sa réflexion. D'autre part, celle-ci est en rapport constant avec ce qu'il appelle les « fictions » en tant que propriété essentielle du langage. La compréhension du principe d'utilité par exemple s'inscrit dans une mise en perspective du fonctionnement cognitif. Il est dès lors nécessaire de préciser brièvement la notion de fiction avant d'aborder celle de l'utilité qui sert de compas au législateur, notamment en matière pénale.

Avant de réformer le monde, Bentham entend bousculer la construction de la représentation de celui-ci³²⁹. La démarche est au fond logique : si le jugement de ce qui est profitable guide le comportement, il faut au préalable comprendre comment fonctionne ce jugement qui est dès lors pensé comme un artifice du langage susceptible de réguler la production de la douleur et du plaisir.

Les fictions sont les conditions dans lesquelles se construit le monde d'individus rationnels. De tradition tout aussi nominaliste³³⁰ que Locke,

³²⁴ GROS, p. 84.

³²⁵ CLERO/LAVAL, p. 15.

³²⁶ GROS, p. 85.

³²⁷ BREHIER (II), p. 445.

³²⁸ LAVAL, p. 95

³²⁹ LAVAL, p. 97.

³³⁰ Doctrine philosophique selon laquelle les concepts en tant que collection n'ont pas d'existence propre mais servent à désigner des réalités singulières qui elles en revanche se rencontrent matériellement.

Bentham considère que la communication propulse les hommes dans un monde partiellement fictif. Lorsqu'ils ne désignent aucun corps particulier, les mots deviennent des « entités fictives » par opposition aux « entités réelles ». Parmi les entités fictives, on retrouve le « corps politique », la « propriété », la « faculté », le « pouvoir » ou le « droit »³³¹. Ne pouvant être matérialisées, ces fictions sont « définies » par leurs traductions matérielles et sensibles, à savoir la douleur et le plaisir. Nous agissons dès lors dans la crainte de la douleur ou dans la recherche du plaisir en fonction de l'évaluation de la situation³³². Notre choix s'opère en fonction des conséquences possibles représentées au moyen des entités immatérielles.

Comme chez Beccaria, le but naturellement recherché par l'homme est le bonheur. Ce bonheur, Bentham le définit comme la différence positive entre la somme des plaisirs et celle des douleurs durant une quantité de temps déterminée³³³. Toujours à l'instar de Beccaria³³⁴, il estime que le plaisir et la douleur sont les mobiles des êtres sensibles. Le législateur a par conséquent pour mission de mettre en place des lois qui orientent les comportements vers une production de plaisir qui dépasse celle de la douleur. Les dispositions visent à fixer clairement les récompenses et les punitions afin de garantir les droits et les obligations, procurant ainsi la sécurité aux sujets³³⁵.

Dans cette perspective, assurer le plus grand bonheur du plus grand nombre nécessite la conceptualisation de « l'utilité »³³⁶. Un comportement est approuvé s'il participe à la création du plus grand bonheur de la majorité alors qu'il est désavoué s'il y porte atteinte. Partant, est « utile » ce qui augmente le bonheur de la majeure partie des individus.

L'évaluation de la production commande le jugement que l'on porte sur une activité³³⁷. Etant gouverné par la recherche du plaisir et la fuite de la douleur, l'homme opte à coup sûr pour le comportement qui favorise le premier au détriment de la seconde. Et s'il est criminel, de deux choses l'une : soit il est mauvais en mathématiques, soit la législation répressive n'a pas prévu de peines suffisamment sévères pour le dissuader. Mais quoiqu'il en soit, le criminel reste un individu fondamentalement rationnel.

³³¹ CLERO/LAVAL, p. 36.

³³² VAN DE KERCHOVE (Sens), p. 33.

³³³ CLERO/LAVAL, p. 14.

³³⁴ BECCARIA, ch. VI, p. 75.

³³⁵ LAVAL, p. 101.

³³⁶ L'« utilité » constitue un autre exemple d'entité fictive.

³³⁷ LAVAL, p. 103.

2. La fonction de la peine

Matière désormais rattachée aux « lois du marché », le droit pénal se conçoit à partir du plaisir et de la douleur. Le crime est un mal, un mal qui touche à la fois les intérêts de la victime et la sécurité de la société : « On appelle délit tout acte que l'on croit devoir être prohibé à raison de quelque mal qu'il fait naître ou tend à faire naître »³³⁸. L'infraction s'inscrit au passif du délinquant nécessitant une « écriture » répressive qui cherche à annuler le crime futur tant sur le plan individuel que général³³⁹. Pour parvenir à ce but de prévention, la répression doit influencer la volonté du délinquant par la crainte. La peine se doit d'être un instrument efficace : réformer ou amender un délinquant signifie modifier ses inclinations, ses motifs, ses habitudes, son caractère³⁴⁰.

Le défi à relever est de mûrir une peine qui n'inflige pas un mal pour un mal. La loi du talion n'apporte en effet qu'une aggravation de la situation de la société, la souffrance de ses membres n'étant pas fondamentalement souhaitée³⁴¹. Dès lors, la transformation de la peine en actif s'opère pour Bentham à travers trois principes structurants : le principe d'impunité, le principe de prévention et le principe de proportionnalité.

Le principe d'impunité relativise le devoir de punir. Alors même qu'il est admis que la peine rétablit un équilibre comptable individuel tout en augmentant le profit général, il arrive que la condamnation soit inefficace, superflue ou trop dispendieuse³⁴². Un être à qui on ne pourrait faire ressentir de souffrance ou de plaisir serait dans une entière indépendance face au législateur³⁴³. Le châtement n'est pas productif et, partant, l'accusé pas punissable en cas d'irresponsabilité par exemple : « J'appelle *inefficaces* les peines qui ne pourraient produire aucun effet sur la volonté, qui par conséquent ne serviraient point à prévenir des actes semblables »³⁴⁴. Quant au caractère superflu de la pénalité, d'autres moyens d'actions sont imaginables en tant que solution alternative : « Les peines seraient superflues dans les cas où l'on pourrait atteindre le même but par des

³³⁸ BENTHAM, T. II, première partie, ch. I, p. 2.

³³⁹ BENTHAM, T. II, seconde partie, chap. I, p. 55.

³⁴⁰ JUNG, p. 118.

³⁴¹ GROS, p. 86 ; se retrouve ici le même argument développé à l'égard d'une justice trop « émotive » déjà décriée par Platon au cours du dialogue entre Socrate et Polémarque (cf. Partie I, § 3, II, ch. 2).

³⁴² JUNG, p. 122.

³⁴³ BENTHAM, T. I, ch. VII, p. 43.

³⁴⁴ BENTHAM, T. II, troisième partie, ch. I, p. 140.

moyens plus doux, l'imitation, l'exemple, les invitations, les récompenses »³⁴⁵.

Lié au principe précédent, le principe de prévention exige quant à lui l'infliction de peines intimidantes. Tout comme le criminel qui calcule, le droit pénal cherche aussi son profit³⁴⁶. Bentham considère que la finalité d'un système parfait réside dans la prévention du crime³⁴⁷ : « Le but principal des peines c'est de prévenir des délits semblables »³⁴⁸. Le succès d'une législation des peines dépend en effet de son potentiel d'intimidation des délinquants : « Il y a des actions nuisibles : comment faut-il s'y prendre pour les prévenir ? La première réponse qui se présente à tout le monde est celle-ci : *Défendez ces actions, punissez-les*. Cette méthode pour combattre les délits étant la plus simple et la première adoptée, toute autre méthode pour arriver au même but est pour ainsi dire un raffinement de l'art, et sa partie transcendante. Cette partie consiste à trouver une suite de procédés législatifs pour prévenir les délits mêmes, en agissant principalement sur les inclinations des individus, afin de les détourner du mal et de leur imprimer la direction la plus utile à eux-mêmes et aux autres »³⁴⁹. Quant au principe de proportionnalité, il se rapporte à la mesure de la punition.

3. La fixation de la peine

Le principe de proportionnalité exige que soit introduite une base de calcul dès lors que le délinquant est présumé rationnel. Aussi la légalité des délits et des peines répond-t-elle à une première nécessité en dressant un catalogue des infractions, c'est-à-dire une tarification des peines à subir selon le délit³⁵⁰. De la sorte, le futur criminel peut effectuer une rapide évaluation du coût avant d'agir et constater, au terme de l'opération, que la peine est plus lourde que le profit de l'infraction. Fondement d'une proportion entre les délits et les peines, le principe de légalité satisfait avant tout à un impératif lié à la prévention générale, soit à l'intimidation de tous. A ce propos, Bentham formule cinq règles³⁵¹.

« Règle n°1 : Faites que le mal de la peine surpasse l'avantage du délit ;

³⁴⁵ BENTHAM, T. II, troisième partie, ch. I, p. 141.

³⁴⁶ JUNG, p. 119.

³⁴⁷ JUNG, p. 118.

³⁴⁸ BENTHAM, T. II, seconde partie, ch. I, p. 54.

³⁴⁹ BENTHAM, T. II, quatrième partie, introduction, p. 193-194.

³⁵⁰ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 18.

³⁵¹ BENTHAM, T. II, troisième partie, ch. II, p. 143ss ; JUNG, p. 145.

Règle n°2 : Plus il manque à la peine, du côté de la certitude, plus il faut y ajouter du côté de la grandeur ;

Règle n°3 : Si deux délits viennent en concurrence, le plus nuisible doit être soumis à une peine plus forte, afin que le délinquant ait un motif pour s'arrêter au moindre ;

Règle n°4 : Plus un délit est grand, plus on peut hasarder une peine sévère pour la chance de le prévenir ;

Règle n° 5 : La même peine ne doit pas être infligée pour le même délit à tous les délinquants sans exception ; il faut avoir égard aux circonstances qui influent sur la sensibilité. »

Selon la dernière de ces règles, le rapport au plaisir et à la douleur n'apparaît pas identique d'un individu à l'autre. Chacun réagit en effet de manière différente selon ses caractéristiques personnelles et les circonstances. Le législateur ne pouvant pas fixer d'avance ce qui intimiderait réellement le délinquant, la peine légale est partiellement imparfaite sous l'angle de l'utilité. Raison pour laquelle, il appartient en réalité au juge de fixer concrètement la peine en tenant compte de la sensibilité du criminel³⁵². Aussi est-ce par la peine judiciaire que la fonction de prévention spéciale, la dissuasion d'un criminel en particulier, s'accomplit véritablement.

Dans cette perspective, le juge doit acquérir la connaissances des peines et des plaisirs du criminel. En premier lieu, il lui faut prendre en compte son tempérament, sa santé, ses forces et ses faiblesses, ses imperfections corporelles, son degré de lumière³⁵³, la force de ses facultés intellectuelles, la fermeté de son âme, son degré de persévérance, la pente de ses inclinations, son rapport aux notions d'honneur ou de religion, son sentiment de sympathie ou d'antipathie, son état d'esprit et sa situation financière³⁵⁴. Plus secondaires, le sexe, l'âge, le rang, l'éducation, les occupations habituelles, le climat, la race, le gouvernement, la profession religieuse sont également des paramètres modifiant la sensibilité des

³⁵² BENTHAM, T. I, ch. IX, p. 52 ; JUNG, p. 121.

³⁵³ Soit ses connaissances ou ses idées.

³⁵⁴ BENTHAM, T. I, ch. IX, p. 53ss.

criminels³⁵⁵. Ainsi Bentham a jeté les prémises de ce qui deviendra le principe d'individualisation de la peine³⁵⁶.

A l'instar de la « main invisible » d'Adam Smith plus tard³⁵⁷, le bras répressif selon Bentham brandit le bâton afin de diriger l'attitude des individus. Récompenses et punitions, telles sont les armes de son système qui manœuvre les comportements humains au moyen des cordons du plaisir et de la douleur. La conception de la peine utile tend à la diminution de la marge décisionnelle du criminel calculateur en l'état virtuel. Réduit à la poursuite du plaisir, celui-ci est présumé calquer son comportement sur la probabilité de profit. Quant à la peine judiciaire, elle doit frapper le criminel là « où ça fait mal ». C'est pourquoi le juge individualise la sanction selon les caractéristiques personnelles du délinquant.

Il existe néanmoins des rationalités punitives qui apparaissent encore plus rigoureuses. La cruauté des peines fondée sur la rétribution morale du sujet atteint en effet des sommets et fascine tant par sa rigueur que par son esthétisme philosophique.

X. Le criminel : un individu schizophrène

1. Le criminel

Le rigorisme kantien effraie les esprits contemporains. Le droit pénal qui en découle propose en effet des réponses aux crimes apparemment incompatibles avec les droits de l'homme, principalement avec l'abolition de la peine de mort. Mais, au risque d'un raccourci probablement facile, faut-il vraiment se fier aux apparences ? Autrement dit, la punition kantienne est-elle seulement le fruit d'un esprit « masochiste » en parfaite opposition avec les intentions pénales d'aujourd'hui, bienveillantes et si respectueuses de la dignité humaine ?

Dès sa naissance, Kant (1724-1804) a mené une vie plutôt austère. Issu d'une famille piétiste et modeste, il a remis en cause les prétentions à la vérité de la métaphysique traditionnelle en cherchant à établir notamment les fondements de la loi morale comprise comme les règles générales et

³⁵⁵ BENTHAM, T. I, ch. IX, p. 60ss ; on constate que la religion apparaît dans les deux listes sans qu'il soit véritablement possible d'énoncer la différence que Bentham opère entre les « notions de religion » et la « profession religieuse ».

³⁵⁶ En ce sens également, cf. JUNG, p. 184.

³⁵⁷ Cf. notamment SMITH.

abstraites « que tout sujet raisonnable entend immédiatement et qui commandent absolument »³⁵⁸. Fondateur de la philosophie moderne, il renouvelle l'approche des problèmes de son époque en les abordant à partir d'une théorie de la connaissance reposant sur une hypothèse : nous ne pouvons connaître que ce qui nous est connaissable, et notre connaissable est nécessairement conforme à notre faculté de connaître³⁵⁹.

Ses propositions marquent une alternative philosophique par rapport aux théories empiriques et cartésiennes. Elles dépassent l'empirisme en niant une connaissance basée uniquement sur l'observation sans pour autant prôner un innéisme des idées. Les expériences fournissent certes des éléments de compréhension mais ceux-ci doivent être traités par l'entendement.

La compréhension de la théorie morale de Kant est une tâche difficile. Or, elle n'est pas la seule porte d'entrée lorsqu'il s'agit de saisir « sa » peine. La théorie politique qu'il développe constitue également un accès au rétributivisme, notamment par le biais de la nécessité du droit³⁶⁰.

Selon lui, l'individu est soumis à des forces l'empêchant de se conformer de manière permanente à l'ordre de la morale. Il est exposé à des impulsions et des inclinations. C'est pourquoi, à l'instar de Hobbes, Kant admet un état pré-étatique, l'état de nature, où règne un désordre permanent³⁶¹. De cet état où chacun n'en fait qu'à sa tête les hommes doivent sortir en s'unissant pour se soumettre à une contrainte extérieure publiquement légale³⁶².

En revanche, sa conception du contrat social tranche avec la vision hobbesienne. Contrairement à Hobbes, Kant tient à l'intégralité de la liberté individuelle, celle-ci étant protégée par le contrat social³⁶³. Aussi l'homme n'est-il vraiment libre que dans un Etat de droit. Les individus n'abandonnent pas leur liberté ni même une partie de leur liberté en entrant en civilisation : « Et l'on ne peut pas dire que [...] l'homme dans l'Etat ait sacrifié à une fin une partie de sa liberté extérieure innée, mais qu'il a complètement dépouillé la liberté sauvage et sans loi pour trouver intacte dans une dépendance légitime, c'est-à-dire dans un état juridique, sa liberté

³⁵⁸ WILFERT, p. 59.

³⁵⁹ BELAVAL, p. 790.

³⁶⁰ PIRES (Kant), p. 149.

³⁶¹ BREHIER (II), p. 493 ; PIRES (Kant), p. 149 ; WILFERT, p. 42.

³⁶² KANT (Droit), 2^e partie, § 44.

³⁶³ PIRES (Kant), p. 150ss.

en général, puisque cette dépendance émane de sa propre volonté législatrice »³⁶⁴.

Kant est partisan d'une intervention minimale de l'Etat. Une des principales fonctions du gouvernement et des lois est négative : imposer des devoirs et des contraintes pour permettre aux gens de vivre en liberté et en paix dans une communauté³⁶⁵. A cet égard, il enjoint d'adopter une ligne de conduite selon laquelle nos actes puissent répondre à une règle générale et abstraite compatible avec l'état de civilisation : « Est *juste* toute action qui peut ou dont la maxime peut laisser coexister la liberté de l'arbitre de chacun avec la liberté de tout le monde d'après une loi universelle »³⁶⁶.

Afin d'imposer ces devoirs et ces contraintes, il convient de légiférer. L'homme a besoin d'un maître qui sait briser sa volonté et l'oblige à respecter la volonté générale³⁶⁷. A ce titre, la définition du droit public kantien est très large : « L'ensemble des lois qu'on a besoin de promulguer universellement pour produire un état juridique est le droit public »³⁶⁸. Aussi le droit public est-il ce qui existe une fois le contrat social passé. Toutefois, lorsqu'il est question de droit pénal, l'adjectif n'a plus la même signification. La loi « publique » devient synonyme de la loi « criminelle ».

Que se passe-t-il dès lors que cette loi publique est violée ? Dans la *Doctrin du droit*, Kant condamne les pédérastes et les violeurs à la castration parce que ces crimes sont commis à l'encontre de l'humanité elle-même³⁶⁹. Or encore une fois, s'arrêter aux conclusions ponctuelles d'une métaphysique pour en évaluer la pertinence globale est plutôt réducteur. La punition kantienne mérite que l'on s'y intéresse, notamment en raison de son opposition à l'utilitarisme. Aussi faut-il la sonder plus en profondeur afin d'en extraire la richesse à l'aide de quatre questions : qui punit-on ? à qui appartient le droit de punir ? pourquoi punit-on ? comment punir³⁷⁰ ?

En premier lieu, il convient de déterminer la cible de la punition. Découper l'homme en morceaux est une pratique classique pour un philosophe. Elle lui permet d'illustrer fictivement un être complexe et de manière

³⁶⁴ KANT (Droit), 2^e partie, § 47.

³⁶⁵ PIRES (Kant), p. 153.

³⁶⁶ KANT, Introduction à la doctrine du droit, § C.

³⁶⁷ NAUCKE, p. 75.

³⁶⁸ KANT (Droit), 2^e partie, § 43.

³⁶⁹ KANT (Droit), Appendice, § 5.

³⁷⁰ Questions reprises dans un autre ordre que celui de Gros (GROS, p. 35).

pédagogique son propos. Kant ne se prive pas du procédé de sorte que l'individu apparaît être atteint de schizophrénie : il est tiraillé entre sa part rationnelle (*homo noumenon*) et sa part empirique (*homo phaenomenon*).

L'homme doit être guidé par son moi-rationnel. C'est d'ailleurs cette partie qui, irradiée par le devoir de justice, participe à l'établissement de la loi. A celui-ci s'oppose un moi-empirique obsédé par son intérêt personnel. Dès que la volonté se tourne vers le crime, le moi-sensible prend le pas sur le moi-pur. Et, comme les lois pénales, et par conséquent les peines, sont exigées par le moi-rationnel, punir le délinquant revient à honorer son être raisonnable : « Personne ne subit une peine parce qu'il l'a voulue, mais parce qu'il a voulu une *action pénalisable* ; car il n'y a pas peine lorsque arrive à quelqu'un ce qu'il veut, et il est impossible de *vouloir* être puni [...] Quand je rédige une loi pénale contre moi en tant que criminel, c'est alors en moi la pure raison juridiquement législatrice (*homo noumenon*) qui, avec tous ceux qui sont associés en une union civile, me soumet à la loi pénale en tant que je suis un individu capable de crime, par conséquent une autre personne (*homo phaenomenon*) »³⁷¹. Pour Kant, « punir l'homme, c'est rendre justice à cette exigence de justice qu'il porte en lui, en tant qu'être raisonnable et moral, quelles que soient les vicissitudes de sa vie particulière »³⁷². Il sépare donc le sujet législateur du sujet coupable, le second étant puni au nom du premier : le criminel est un individu schizophrène.

En deuxième lieu, il s'agit d'attribuer le droit d'infliger une peine. Trois candidats entrent en lice de manière exclusive lorsqu'il s'agit d'attribuer la compétence de punir. Dans une logique de vengeance, ou punitive, il y a d'abord la victime. Lésée, elle réclame que justice soit faite, que la peine se mesure à la hauteur du préjudice. Vient ensuite la société qui, horrifiée par le crime, inflige un mal pour un mal dans le but de satisfaire les exigences de prévention. Enfin, et c'est celle retenue par Kant, le droit de punir appartient à l'Etat : « Le droit de punir est le droit qu'a le chef, envers celui qui lui est soumis, de lui infliger une peine en raison de son crime »³⁷³. En ce qui concerne la raison d'être du châtement, il permet de mieux cerner le rôle de celui-ci.

³⁷¹ KANT (Droit), 2^e partie, § 49, E

³⁷² GROS, p. 40.

³⁷³ KANT (Droit), 2^e partie, § 49, E.

2. La fonction de la peine

En troisième lieu, il convient de se tourner vers la logique punitive. A la question pourquoi punir, Kant invoque le crime, le crime et uniquement le crime, défini comme la transgression de la loi publique³⁷⁴. L'apologue de l'île abandonnée soutient qu'avant de quitter leur bout de terre, les habitants doivent exécuter le dernier condamné³⁷⁵. Peu importe que la communauté soit sur le point de se disloquer et que le criminel ne puisse plus dès lors la menacer, la mise à mort doit servir d'édification morale : « La loi pénale est un impératif catégorique »³⁷⁶. Même si les effets de prévention ou d'amendement sont souhaitables, ils ne doivent en aucun cas justifier l'intervention pénale. Le droit rétributif kantien veut se présenter comme un pouvoir non utilitaire, et par conséquent légitime³⁷⁷.

Selon Kant, « la peine juridique (*poena forensis*), qui est distincte de la peine naturelle (*poena naturalis*), par laquelle le vice se punit lui-même et dont le législateur ne tient pas compte, ne peut jamais être infligée uniquement comme un moyen de restaurer le bien sous une autre forme, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit toujours être prononcée contre lui pour la seule raison qu'il a commis un crime. En effet, l'homme ne peut jamais être traité comme un simple moyen pour les desseins d'autrui ni être confondu avec les objets de droit réel, ce contre quoi le protège sa personnalité innée, quoiqu'il soit bel et bien susceptible d'être condamné à perdre sa personnalité civile. Pour qu'on songe à retirer de sa peine quelque utilité pour lui-même ou ses concitoyens, il doit préalablement être trouvé *punissable*. La loi pénale est un impératif catégorique, et malheur à qui se glisse dans les méandres de la doctrine du bonheur pour y découvrir quelque chose qui, par l'avantage qu'il promet, le délivrerait de la peine ou l'atténuerait, selon la sentence pharisienne : mieux vaut la mort d'un homme que la corruption de tout un peuple ; car si la justice sombre, le fait que les hommes vivent sur la terre n'a plus aucune valeur »³⁷⁸.

Ce dernier passage s'inscrit en faux contre le droit pénal soutenu notamment par Beccaria affaibli par sa « sensiblerie sympathisante d'une

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ KANT (Droit), 2^e partie, § 49, E.

humanité affectée »³⁷⁹. Dans un système répressif purement utilitariste, la peine est justifiée par la fin qu'elle poursuit, en l'occurrence la prévention du crime. La finalité légitime ici en quelque sorte les moyens bien que la loi cadre la répression. Or Kant s'oppose à un châtement tenant plus de la prédiction que d'une rétribution morale. Il annonce la fin d'un système si la justice devait se convertir à l'utilitarisme pénal. Il faut punir pour punir, c'est-à-dire rétablir la moralité par la souffrance du coupable³⁸⁰.

Pour Kant, l'auteur d'une infraction est puni *parce qu'il a* commis un crime et non *pour qu'il* n'en commette plus. Une logique punitive fondée sur le passé était déjà vivement critiquée par Sénèque reprenant Platon : « [Parce qu'] aucun homme raisonnable ne punit parce qu'une faute a été commise, mais pour qu'elle ne le soit plus ; car le passé est irrévocable, l'avenir se prévient »³⁸¹. Or, si les stoïciens ont raison, le philosophe allemand compare alors le travail du juge à celui d'un voyant chargé de prédire l'avenir au lieu de rechercher le juste. Il pousse le raisonnement jusqu'à l'affirmation qu'une peine relevant de la logique utilitariste viole la dignité de l'auteur. Ce dernier ne doit jamais être l'instrument de la paix sociale ou faire l'objet d'un châtement tendant à redresser son âme³⁸². Il est un être moral et pur que l'action pénale souille en lui appliquant une peine censée l'orienter dans une direction, en le privant de sa faculté intrinsèque d'être le seul à diriger sa vie.

Le Souverain est le détenteur du droit de punir. Légitimée par un impératif catégorique, la punition n'a comme fondement que le crime et non l'effet qu'elle pourrait produire. Elle est exigée par le devoir de justice du « moi pur » et législateur qui s'oppose au moi « empirique et criminel ». Se pose enfin la question du comment punir.

3. La fixation de la peine

En quatrième lieu, il faut se pencher sur la mesure de la peine. A ce propos, Kant opte pour la rétribution : « Seule la loi du talion [...] peut fournir avec précision la qualité et la quantité de la peine »³⁸³. Il faut punir pour punir, payer la souffrance par la souffrance.

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ PIRES (Kant), p. 167.

³⁸¹ SENEQUE (De ira), 1, 19, 7 ; cf Partie I, § 3, IV, ch. 2.

³⁸² GROS, p. 38.

³⁸³ KANT (Droit), 2^e partie, § 49, E.

Dans cette perspective, la rétribution sert de critère de fixation de la peine. La dignité de l'homme étant absolument protégée, le principe d'équivalence met à l'abri le criminel d'un traitement inhumain par le droit pénal affranchi désormais de tout but³⁸⁴. La peine ne saurait être plus lourde que la gravité de l'infraction ne l'exige pour des motifs de prévention. Cela étant, ce critère de mesure fournit une garantie essentielle, à savoir celle d'assurer le principe d'égalité : « Mais quel est le mode et quel degré de châtement la justice publique doit-elle prendre pour principe et pour mesure ? Il n'en est point d'autre que le principe de l'égalité (figuré par la position de l'aiguille dans la balance de la justice), et qui consiste à n'incliner pas plus d'un côté que de l'autre »³⁸⁵.

Le critère de fixation relève toutefois d'une identité *approximative* entre le crime et la peine³⁸⁶. La réalité sociale est en effet composée d'inégalités qui entraînent nécessairement des aménagements. Il existe des différences de classes. Si une insulte est proférée par un citoyen riche, l'amende sera accompagnée d'excuses formulées en public par l'insulteur qui sera en outre contraint de baiser la main de la victime malgré qu'il soit d'un rang plus élevé³⁸⁷. Un privilégié qui aurait frappé un innocent sera condamné à une détention solitaire et pénible même s'il a réparé le dommage³⁸⁸. Ainsi, Kant individualise la loi du talion afin de l'adapter aux réalités économiques et sociales. Ses propositions ne sont dès lors pas si éloignées du système actuel³⁸⁹.

Il faut retenir que la théorie kantienne considère l'atteinte au bien juridique privé comme une atteinte à celui de la société toute entière : « Que signifie cette expression : *si tu voles, tu te voles toi-même* ? Celui qui vole rend incertaine la propriété de tous les autres ; il se ravit donc à lui-même (d'après la loi du talion) la sécurité pour toute propriété possible ; il n'a rien et ne peut rien acquérir »³⁹⁰. Et elle va même plus loin. Par un jeu de miroir, l'auteur d'une infraction porte atteinte à ses propres droits en violant ceux des autres : « Le mal immérité que tu infliges à un autre dans le peuple, tu te le fais à toi-même. Si tu l'outrages, c'est toi-même que tu outrages ; si tu

³⁸⁴ NAUCKE, p. 81.

³⁸⁵ KANT (Droit), 2^e partie, § 49, E.

³⁸⁶ PIRES (Kant), p. 181 ; une telle approximation a déjà été mentionnée par Aristote (cf. Partie I, § 3, III, ch. 3).

³⁸⁷ KANT (Droit), 2^e partie, § 49, E.

³⁸⁸ *Ibidem*.

³⁸⁹ Cf. Partie II, § 3.

³⁹⁰ KANT (Droit), 2^e partie, § 49, E.

le voles, tu te voles toi-même ; si tu le frappes, tu te frappes toi-même ; si tu le tues, tu te tues toi-même »³⁹¹. Aussi n'y a-t-il rien que le délinquant puisse faire pour racheter sa conduite. Une éventuelle compensation offerte à la victime n'a aucune valeur vis-à-vis de la justice essentiellement rétributive.

XI. Le criminel : un individu hors-la-loi

1. Le criminel

S'inscrivant dans la lignée du postkantisme, Fichte (1762-1814) a vécu une existence en deux temps. A l'âge de trente-trois ans, il connaît un succès considérable avec un ouvrage intitulé *Principes de la doctrine de la science* dans lequel il tente d'élever la science kantienne à son apogée. Puis, il connaît la chute en étant accusé d'athéisme avant que son livre ne soit publiquement désavoué par Kant lui-même³⁹².

L'influence kantienne est omniprésente dans sa philosophie, s'agissant notamment des principes de la pensée et de la raison. Or Fichte et Kant ont une opinion radicalement différente sur une série de questions fondamentales autour de la Révolution française. Fichte défend en effet l'effort de la nation française en s'inscrivant en faux contre son maître³⁹³. Alors que Kant distingue les citoyens actifs des citoyens passifs, Fichte consacre la valeur inconditionnelle de l'homme. Alors que Kant affirme que l'Etat est une fin en soi, Fichte ne le considère que comme un moyen. Alors que Kant condamne toute révolution, Fichte justifie le mouvement en accordant au citoyen un droit de contester le régime politique auquel il est soumis. Enfin, alors que Kant rejoint Hobbes sur la notion d'état de nature, Fichte ne peut se résoudre à la méchanceté originelle de l'homme.

L'hypothèse fondatrice de la pensée fichtéenne paraît être la notion de conflit³⁹⁴. Il semble que tout système puisse être compris comme le produit d'un antagonisme. Partant, l'essence du droit est essentiellement relationnelle³⁹⁵ et l'existence d'autrui un élément indispensable à notre propre existence : « L'individu n'a de droits dans l'Etat que dans la mesure

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² BREHIER (II), p. 502.

³⁹³ PHILONENKO, p. 905.

³⁹⁴ PHILONENKO, p. 907.

³⁹⁵ GROS, p. 129.

où il reconnaît les droits de tous les autres individus »³⁹⁶. Il n'y a pas de droit ni même de morale sans une altérité. L'intersubjectivité est la condition d'apparition de la liberté entendue comme la faculté de choisir ses fins³⁹⁷.

Cette reconnaissance de l'autre doit être active et s'étendre à chaque moment de la vie de sorte qu'elle soit à l'abri de tout changement de volonté³⁹⁸. Il arrive néanmoins que cette volonté change, voire s'inscrive contre cette reconnaissance. Raison pour laquelle il convient de mettre en place une loi telle que cette volonté demeure la même³⁹⁹. Rejoignant Beccaria sur ce point, le contrat social est une nécessité au terme duquel l'Etat garantit la permanence de la réciprocité.

Afin de maintenir les volontés, un pouvoir de contrainte est indispensable⁴⁰⁰. L'institution coercitive ne s'étend cependant qu'à la volonté extérieure, soit celle qui débouche sur un acte⁴⁰¹. Aussi la volonté interne reste-t-elle en dehors du champ d'action de l'autorité de contrainte. Cette dernière ne se préoccupe pas des souhaits intérieurs, tout comme le juge laïc durant l'Ancien Régime.

L'Etat devient un outil dans le maintien de la conscience externe d'intersubjectivité : il s'agit d'« extorquer un certain vouloir »⁴⁰². Ainsi, la loi est-elle définie comme un certain vivre ensemble de plusieurs êtres considérés libres dès lors que personne ne peut menacer leur liberté⁴⁰³. Fichte ne confond cependant pas le droit et la moralité, faisant du premier une condition de la seconde⁴⁰⁴. Le droit associe objectivement les individus alors que la moralité, ou la raison, réalise l'unité des consciences⁴⁰⁵.

Celui qui commet une infraction prouve qu'il n'est pas imprégné par la volonté du droit⁴⁰⁶. Comment peut-il dès lors prétendre bénéficier de ce droit ? Naturellement, celui qui viole le droit, que ce soit à dessein ou par

³⁹⁶ FICHTE, n° 123.

³⁹⁷ FICHTE, n° 126.

³⁹⁸ FICHTE, n° 123.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ GROS, p. 131.

⁴⁰¹ FICHTE, n° 124.

⁴⁰² FICHTE, n° 125.

⁴⁰³ FICHTE, n° 3.

⁴⁰⁴ FICHTE, n° 142.

⁴⁰⁵ PHILONENKO, p. 923.

⁴⁰⁶ FICHTE, n° 135.

négligence, est exposé à la perte de tous ses droits de citoyen⁴⁰⁷. Exclu dans les cas les plus extrêmes, le criminel devient un individu « hors-la-loi ».

2. La fonction de la peine

La peine est le gardien de la volonté externe. L'Etat associe dès lors la peine à la volonté injuste, c'est-à-dire contraire au droit⁴⁰⁸. Et, à l'instar de Bentham, la certitude de la réaction punitive constitue une condition indispensable à la coercition des volontés : « L'action non conforme au droit sera punie aussi inéluctablement que la chute des corps est inéluctable »⁴⁰⁹. S'il existe une probabilité de ne pas être découvert, le criminel pourrait supposer s'en sortir : « La simple probabilité de ne pas être découvert ne doit donc pas exister dans un Etat bien organisé »⁴¹⁰. Dans ce contexte, le principe de légalité est déterminant. Il faut que les hommes connaissent les conséquences en cas de délit : « Cette énonciation est la loi pénale »⁴¹¹.

En ce qui concerne les fonctions de la peine, Fichte admet volontiers la prévention générale : « L'homme puni doit-il servir d'exemple à d'autres ? Sans doute et entres autres choses »⁴¹². Il semble toutefois avoir une autre préoccupation lorsqu'il est question de punir. Les souhaits intérieurs étant hors d'atteinte, la peine constitue l'infliction d'un mal censé améliorer la volonté extérieure.

Aussi est-il favorable à l'amendement du délinquant : « J'espère qu'elle [la peine] permet l'amélioration du citoyen »⁴¹³. Or il doit s'agir uniquement du citoyen, soit une amélioration politique, une amélioration des mœurs, une amélioration des maximes pour l'agir effectif⁴¹⁴. Autrement dit, nul n'est juge de l'amélioration *morale* d'autrui.

A ce titre, il convient de mentionner le fondement de la punition. Bien que le citoyen perde tous ses droits en violant le contrat social et devienne par conséquent hors-la-loi au sens propre du terme, son exclusion systématique

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ FICHTE, n° 129.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

⁴¹⁰ FICHTE, n° 133.

⁴¹¹ FICHTE, n° 129.

⁴¹² FICHTE, n° 132.

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ FICHTE, n° 145 ; GROS, p. 131.

n'est pas nécessairement souhaitable. Il est en effet supposé qu'« il est autant de l'intérêt de l'Etat de conserver ses citoyens [...] qu'il est de l'intérêt de chaque individu de ne pas être déclaré sans droit pour un délit commis »⁴¹⁵. Raison pour laquelle, il apparaît plus approprié de remplacer par d'autres peines l'exclusion qu'exige une application rigoureuse de la loi dans tous les cas où la sécurité publique ne serait pas menacée⁴¹⁶. Par le biais de l'exécution de la peine, le délinquant « rachète » en quelque sorte son appartenance à la société.

Un tel principe exige l'établissement d'une convention. C'est ce que Fichte appelle le « contrat d'expiation ». Celui-ci est passé entre tous les hommes et devient par la suite la norme pour le pouvoir exécutif. Le contenu de celui-ci est le suivant : « Tous se promettent mutuellement, dans la mesure où cela est compatible avec la sécurité de l'Etat, de ne pas les exclure de l'Etat malgré leurs délits mais de les autoriser à s'acquitter de leur peine sous une autre forme »⁴¹⁷. Ainsi le contrat d'expiation ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour maintenir la sécurité publique. La punition résulte d'un pacte de nature politique : « Il existe un droit pour le citoyen à s'acquitter de sa peine »⁴¹⁸. Et, au terme de l'exécution de la peine, l'individu est réintégré dans ses droits de citoyens⁴¹⁹.

3. La fixation de la peine

En commettant l'infraction, le délinquant a fait preuve d'une volonté mauvaise, d'égoïsme en visant un résultat ou un profit. En retour, l'Etat lui adresse un message clair : non, tu perdras systématiquement ce que tu voulais gagner⁴²⁰. Aussi faut-il « donner un contrepoids équitable à une volonté injuste »⁴²¹.

La peine est fixée d'après le principe de la « perte équivalente ». Le criminel ne doit pas tirer profit de l'infraction. Dès lors, il s'agit de le priver des intérêts qu'il a obtenus. Celui qui a atteint la propriété d'autrui doit être spolié d'un montant équivalent au préjudice⁴²² ; celui qui a fait subir des

⁴¹⁵ FICHTE, n° 136.

⁴¹⁶ FICHTE, n° 137.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ *Ibidem*.

⁴¹⁹ *Ibidem*.

⁴²⁰ FICHTE, n° 132.

⁴²¹ *Ibidem*.

⁴²² FICHTE, n° 133.

mauvais traitements doit se voir infliger les mêmes mauvais traitements⁴²³ ; dans les cas les plus graves, le principe de perte équivalente n'est pas applicable et l'exclusion est la seule manière d'expier⁴²⁴.

Dans ce contexte, l'expiation des violations de l'intégrité corporelle par le paiement d'une amende ou par une peine d'emprisonnement est « l'expression d'un mépris barbare envers l'humanité en général »⁴²⁵. La seule peine acceptable est la *poena talionis*⁴²⁶. Toutefois, Fichte se révèle parfois pragmatique en étant notamment favorable à des peines de substitution. Il arrive en effet que le délinquant n'ait rien d'autre que sa force de travail. La perte équivalente n'est alors pas concevable, particulièrement en matière d'infractions contre le patrimoine. C'est pourquoi il peut se voir infliger une « peine de travaux forcés »⁴²⁷.

L'infraction réalise une volonté mauvaise en tant que principe actif. Par sa contrariété au droit, le criminel entre en conflit avec le contrat social dont il n'est plus partie et s'expose de ce fait à la punition. Or Fichte n'est pas le seul à recourir à la contradiction afin d'édifier un système répressif. En effet, Hegel recourt également à la négation.

XII. Le criminel : un individu qui dit non

1. Le criminel

Hegel (1770-1831) laisse une œuvre rare de par son ampleur et son caractère achevé. Celle-ci apparaît cependant touffue, voire parfois difficilement intelligible, ce qui lui a valu quelques critiques⁴²⁸. Aussi faut-il l'aborder, en particulier sa vision de la peine, par un autre angle. Ou plutôt en passant par une étape préalable. Que ce soit avec Platon, Hobbes ou Beccaria, l'approche du criminel s'est opérée directement par le

⁴²³ FICHTE, n° 139.

⁴²⁴ *Ibidem*.

⁴²⁵ FICHTE, n° 140.

⁴²⁶ FICHTE, n° 132.

⁴²⁷ FICHTE, n° 133.

⁴²⁸ Schopenhauer en particulier nourrissait une haine intense à l'égard de Hegel qu'il considérait comme « un charlatan plat, sans esprit, répugnant, ignorant » dont la philosophie est une « colossale mystification » et constitue « le verbiage le plus creux [...], le galimatias le plus stupide qui ait jamais été entendu, du moins en dehors de maisons de fous » (citations recueillies dans « Schopenhauer l'incompris », article de Roger-Pol Droit paru dans *Le Monde* du 25.07.03)

truchement de leur théorie politique. Avec Hegel, il apparaît opportun, avant d'aborder sa pensée sur l'Etat et sur le criminel, de s'attarder sur son système *panlogique*.

Pan, en grec, a le sens de « tout ». Panlogique signifie donc que « tout est logique ». Partant, Hegel affirme : « Tout ce qui est réel est rationnel et tout ce qui est rationnel est réel »⁴²⁹. Surgit alors immédiatement une première question : comment tout peut-il être logique alors qu'il existe des contraires ? Le jour et la nuit, le visible et l'invisible, le fini et l'infini, la vie et la mort, l'être et le non-être sont autant d'oppositions qui font obstacle *a priori* à toute rationalité universelle⁴³⁰. Il apparaît dès lors impossible d'affirmer une vérité générale et abstraite sans engendrer une discrimination.

Pour dépasser ces réalités apparemment contraires, la pensée hégélienne s'inscrit dans un courant similaire à celui d'Héraclite : « la vie et la mort sont une seule et même chose »⁴³¹. La réalité naît du combat des contraires : « Vivre de mort, mourir de vie »⁴³². D'un côté, l'homme vit alors que ses cellules meurent chaque jour. De l'autre, ce n'est que par le renouvellement cellulaire que l'homme est maintenu en vie. Le « dépassement par le haut » des contraires (*die Aufhebung*), jusqu'au cœur de l'être humain, forme le processus indispensable à la vie. Hegel recourt également, afin de rendre « logique » les contradictions, à un processus lié au devenir : l'histoire⁴³³.

La pensée de Hegel est calquée sur un schéma ternaire⁴³⁴. La coexistence des opposés donne naissance à une troisième entité qui les contient tous les deux. Une journée est par exemple composée du jour et de la nuit. Une telle vision revient ainsi à consacrer la célèbre triade de la thèse, l'antithèse et la synthèse.

La synthèse s'effectue par la rencontre des contraires. Cette rencontre est par conséquent fondamentale pour Hegel bien que négative. Et même plus : cette négation constitue le ressort de sa pensée. Autrement dit, si le jour n'est pas le contraire de la nuit, il n'y a pas de journée, et partant pas de

⁴²⁹ HERSCH, p. 260 ; c'est ce que Gros appelle le principe d'immanence absolue (GROS, p. 49).

⁴³⁰ Une telle séparation est le propre de la pensée kantienne raison pour laquelle Hegel ne peut l'accepter.

⁴³¹ HERACLITE, n° 37.

⁴³² Citée in MORIN, p. 85.

⁴³³ HERSCH, p. 261.

⁴³⁴ Apparemment *contra*, cf. REGNIER, p. 859.

futur. Sans la présence de termes se niant l'un l'autre, la création d'un troisième n'a tout simplement pas lieu.

Dès lors que la négation est le moteur de la création, la dialectique occupe une place centrale⁴³⁵. Celle-ci implique le processus qui permet de lever la contradiction en tant que négation réciproque au fil d'un développement à travers le temps⁴³⁶.

Qu'en est-il de ce schéma ternaire sur le plan social ? Prenons une image : au niveau le plus bas se trouvent les familles. Chaque famille regroupe des membres unis par l'affection qu'ils se portent et par les liens du sang. Chacune singulière, la famille A n'étant pas la famille B, elles entrent en opposition en se niant l'une l'autre. De cette opposition naît le deuxième niveau : la société. En tant que coexistence des familles, la société constitue le système au sein duquel les membres des familles sont cette fois-ci unis par la satisfaction de leurs besoins. Enfin, troisième niveau, de la concomitance de plusieurs sociétés advient l'Etat. Synthèse finale des termes précédents, l'Etat selon Hegel représente en quelque sorte l'aboutissement du développement historique en matière d'organisation politique⁴³⁷. Contrairement aux partisans du contrat social, l'Etat est une condition du contrat entre les hommes et non l'inverse : « Les rapports contractuels sont [...] peu appropriés à la nature de l'Etat »⁴³⁸.

Au terme de l'examen de la théorie politique, il convient de revenir à un plan plus individuel. La liberté de chacun est présumée infinie. Aussi doit-elle se doter d'une extériorité qui se manifeste sous la forme d'une volonté pour être située dans le monde. La liberté individuelle ne s'exprime que lorsqu'elle a une existence empirique dans une volonté particulière⁴³⁹. Raison pour laquelle « chaque personne doit se donner à l'extérieur une sphère de sa liberté »⁴⁴⁰. La liberté devient par exemple « foncière » en s'incarnant dans la propriété d'une chose extérieure⁴⁴¹.

Dès lors que la liberté est placée au sein d'une chose qui peut être soumise à la violence (*eine Gewalt*), cette liberté peut elle-même subir à son tour un

⁴³⁵ Ce que Gros appelle le principe de négativité dialectique (GROS, p. 49).

⁴³⁶ HERSCH, p. 265.

⁴³⁷ HERSCH, p. 275.

⁴³⁸ HEGEL (Principes), § 75 ; POLIN, p. 91.

⁴³⁹ POLIN, p. 86.

⁴⁴⁰ HEGEL (Principes), § 41.

⁴⁴¹ GUINLE, p. 212.

acte violent⁴⁴². Cette violence exprime moins une volonté de nuire qu'une insociabilité naturelle à la liberté d'autrui, à laquelle il faut imposer une contrainte en retour⁴⁴³. Cette contrainte ne s'applique néanmoins que sur la matérialisation physique et extérieure de la liberté. Présumée libre, la volonté elle-même ne peut être contrainte. Ainsi, ne peut être contraint que ce qui se laisse contraindre⁴⁴⁴.

On l'a bien compris, l'acte de violence dont il s'agit est l'infraction. En tant que Droit de contrainte (*ein Zwangsrecht*), la loi interdit certaines atteintes à la matérialisation de la liberté. Cette conception revient en outre à admettre une nécessité fondamentale : la loi est essentiellement « transgressible »⁴⁴⁵. Au fond, le Droit n'est complètement le Droit que s'il peut être violé, c'est-à-dire qu'il contient en lui la possibilité de sa propre négation⁴⁴⁶. Par conséquent, il arrive qu'un individu viole les interdictions. Entendu dans le schéma ternaire, son acte correspond à une *thèse*, en l'occurrence illégale. Il convient par conséquent de lui opposer, afin d'annuler la négation de la loi, une *antithèse* : la peine⁴⁴⁷.

Selon Hegel, la violence, ou la contrainte, sont des injustices qu'il s'agit de supprimer⁴⁴⁸. Il propose dès lors de supprimer la contrainte par la contrainte⁴⁴⁹. Constitutive d'une violence contre l'existence extérieure de la liberté, l'injustice est intitulée « crime », soit un jugement négatif⁴⁵⁰. Partant, il faut en retour une contrainte afin de supprimer la première⁴⁵¹. La négation de la négation est le processus par lequel on obtient la *synthèse* : une loi restaurée.

L'infraction est un mal à l'existence extérieure que l'on peut faire disparaître par le dédommagement. Il s'agit de la satisfaction civile qui s'effectue selon la nature de l'atteinte⁴⁵². Mais elle ne procède qu'à la négation de la chose en particulier. Par son acte, le criminel n'a pas seulement nié la liberté d'autrui. Le crime est également une négation des

⁴⁴² HEGEL (Principes), § 90.

⁴⁴³ POLIN, p. 87.

⁴⁴⁴ HEGEL (Principes), § 91.

⁴⁴⁵ A ce propos, cf. PAPAUX (Introduction), p. 146ss.

⁴⁴⁶ GUINLE, p. 87-88.

⁴⁴⁷ *Die Vergeltung* chez Hegel.

⁴⁴⁸ HEGEL (Principes), § 92.

⁴⁴⁹ HEGEL (Principes), § 93.

⁴⁵⁰ HEGEL (Principes), § 95.

⁴⁵¹ HEGEL (Principes), § 94.

⁴⁵² HEGEL (Principes), § 98.

droits de tous⁴⁵³ : à l'universalité défendue par la loi, le criminel est un individu qui dit « non ». Aussi faut-il, pour annuler cette négation, une autre négation, rôle qui est dévolu à la peine. Et au fond, Hegel s'efforce d'exprimer ce que la peine signifie : un discours qui dit *non*⁴⁵⁴.

2. La fonction de la peine

Hegel porte un jugement sévère sur les doctrines punitives antérieures. Il estime que « la théorie de la punition est une des matières qui a été le plus mal traitée dans la science juridique positive de l'époque moderne, parce que l'intellect ne suffit pas pour une telle théorie, mais qu'on en vient essentiellement au concept »⁴⁵⁵.

Reprochant notamment à Beccaria de considérer l'Etat comme le produit d'un contrat plutôt que comme une synthèse, Hegel considère que l'utilitarisme fait preuve d'un manque de respect à l'égard du criminel qui apparaît comme une bête qu'il faut empêcher de nuire⁴⁵⁶.

De même, il lui apparaît comme irrationnel de vouloir une peine, en tant que mal, uniquement parce qu'un mal a été précédemment provoqué⁴⁵⁷. Il serait erroné de considérer le mal perpétré comme la cause première et la peine comme un bien parce qu'elle est une réponse produisant des effets dissuasifs ou correctifs. Il s'agit de bien plus que cela. Il est question de « justice » et d'« injustice »⁴⁵⁸. Et les objectifs poursuivis ne confèrent pas de légitimité au concept de punition⁴⁵⁹. Ceux-ci sont plutôt liés aux modalités de la punition, qui tendent à l'intimidation ou à l'amélioration.

La peine est au final une négation⁴⁶⁰. Une négation qui annule une autre négation incarnée par le crime afin que la règle *redevienne* : la peine a fonction de restaurer la règle. Ce crime porte en lui l'expression d'une volonté du délinquant qui pose une loi universelle, « loi que la volonté a reconnue pour elle-même dans l'action et sous laquelle elle peut être

⁴⁵³ Tel est également l'avis de Kant (cf. Partie I, § 3, X, ch. 3).

⁴⁵⁴ CASADAMONT/PONCELA, p. 26.

⁴⁵⁵ HEGEL (Principes), § 99.

⁴⁵⁶ HEGEL (Principes), § 100.

⁴⁵⁷ HEGEL (Principes), § 99.

⁴⁵⁸ *Ibidem*.

⁴⁵⁹ POLIN, p. 90.

⁴⁶⁰ CASADAMONT/PONCELA, p. 26 ; GUINLE, p. 89.

subsumée comme sous son droit »⁴⁶¹. Aussi faut-il retourner son action contre lui pour annuler son délit : « Le fait qu'en cela la punition soit considérée comme contenant son droit propre, honore le criminel en tant qu'être raisonnable »⁴⁶². Le fait de supprimer le crime constitue un acte de vengeance *juste* selon le contenu dans la mesure où elle est une rétribution⁴⁶³.

3. La fixation de la peine

Hegel soutient dès lors le rétributivisme : la suppression du crime doit s'opérer par la rétribution en fonction de l'infraction⁴⁶⁴.

Le crime a une étendue déterminée, qualitative et quantitative. En tant que négation de la négation, la peine se mesure selon l'étendue de la lésion du droit. Il n'y a pas à trouver une égalité spécifique mais à fixer la peine selon une équivalence. Conformément au sentiment général, il doit être fait au criminel comme il a fait⁴⁶⁵.

Dans cette perspective, il convient encore et toujours de procéder à une « approximation perpétuelle »⁴⁶⁶. La détermination de la peine relève de l'intellect, soit d'un calcul rationnel de convenance et d'opportunité⁴⁶⁷. Il s'agit de trouver, en fonction des circonstances et l'état de la société civile, une approximation de la valeur entre la peine et le crime (*eine Annäherung an die Gleichheit*)⁴⁶⁸. En ce sens, bien que la légitimation de la peine soit fondamentalement abstraite, la fixation de la peine chez Hegel est particulièrement pragmatique. L'opération doit en effet tenir compte très concrètement de la situation du criminel au sein de la société.

A trop se fixer sur une égalité spécifique de la suppression surgissent d'insurmontables difficultés. Tel est le cas lorsque les considérations

⁴⁶¹ HEGEL (PRINCIPES), § 99.

⁴⁶² *Ibidem* ; il s'agit de l'application d'un droit propre au criminel (*ein Recht an den Verbrecher selbst*), soit de la règle générale et abstraite compatible avec son comportement, ce qui n'est pas sans rappeler la répression prônée par Kant, laquelle honore le criminel en lui retournant son infraction (cf. Partie I, § 3, X, ch. 3).

⁴⁶³ HEGEL (Principes), § 102.

⁴⁶⁴ HEGEL (Principes), § 101.

⁴⁶⁵ *Ibidem*.

⁴⁶⁶ L'idée d'une nécessaire approximation, au fond incontournable, rappelle celle déjà évoquée par Aristote (cf. Partie I, § 3, III, ch. 3).

⁴⁶⁷ HEGEL (Principes), § 101 ; POLIN, p. 90.

⁴⁶⁸ POLIN, p. 91.

psychologiques soutiennent la prise en compte de la sensibilité du délinquant⁴⁶⁹. Quant à un rétributivisme « superficiel », il prête le flanc à la critique qui relève l'absurdité d'une loi du talion formelle (œil pour œil, dent pour dent)⁴⁷⁰. En légitimant et en formalisant le mal infligé strictement selon le mal formellement commis, la peine est inacceptable car elle revient uniquement à soumettre, au sens propre comme au figuré, l'individu à sa propre loi. Partant, Hegel avertit que « le châtement n'amende pas, parce qu'il n'est que passivité, un sentiment d'impuissance à l'égard d'un maître avec qui le criminel n'a rien de commun et ne veut rien avoir en commun ; elle ne peut produire que l'entêtement, l'obstination dans la résistance contre un ennemi dont il serait honteux de subir le joug, parce que l'homme renoncerait alors à lui-même »⁴⁷¹. Raison pour laquelle il est nécessaire de s'en tenir à une certaine commensurabilité intellectuelle qui cherche à fixer une peine moins en fonction d'une égalité spécifique qu'une égalité de valeur par rapport au crime⁴⁷².

XIII. Le criminel : un individu infectieux

1. Le criminel

« Dépouiller autrui et augmenter ses aises aux dépens des autres, voilà qui est contraire à la nature, bien plus encore que la mort, la pauvreté, la douleur [...] car c'est là supprimer la vie commune et la société des hommes. Si nous sommes disposés à dépouiller et à léser autrui à notre profit, la société du genre humain, qui est par-dessus tout conforme à la nature, doit nécessairement se rompre »⁴⁷³. Dressant le portrait d'une société exposée au déséquilibre, Cicéron confère à la punition un caractère tout aussi naturel : elle doit éliminer celui qui brise l'équilibre homéostatique⁴⁷⁴. Plus de deux millénaires plus tard, cette vision du crime est reprise par un courant criminologique qui promeut l'élimination d'un seul pour la conservation de tous les autres.

⁴⁶⁹ Hegel semble ici faire référence notamment à la théorie de la peine chez Bentham où le plaisir et la douleur forment les paramètres d'une répression efficace (HEGEL, § 101) ; cf. Partie I, § 3, VIII, ch. 3.

⁴⁷⁰ HEGEL (Principes), § 101 ; cf. également GUINLE, p. 212 et POLIN, p. 90-91.

⁴⁷¹ HEGEL (Esprit), p. 51.

⁴⁷² HEGEL (Principes), § 101.

⁴⁷³ CICERON, p. 593.

⁴⁷⁴ GROS, p. 65.

Si le XVIII^e siècle est celui de l'histoire des origines sociales, le XIX^e siècle est gagné par une frénésie inventoriale. Chacun dresse un état des lieux des conquêtes progressives dans son domaine comme si la récapitulation était une condition de nouvelles inventions. Les voyages initiés aux XV^e et XVI^e siècles s'achèvent, donnant naissance aux premières sciences de la terre. L'archéologie en général est à la mode : la préhistoire suscite un intérêt collectif, les lois de l'évolution sont énoncées par Darwin, des mathématiciens fouillent les fondements de l'astronomie dont Laplace dégage des constatations mécaniques sur le système solaire avant que Freud n'initie son voyage dans l'archaïsme psychologique⁴⁷⁵.

Dans cet élan scientifique, l'œuvre de Comte apporte une contribution quant à la validité des différentes entreprises de recherche⁴⁷⁶. Fasciné par la certitude scientifique, par la clarté des hypothèses qui fournissent des résultats incontestables après vérification, il se méfie des théories abstraites⁴⁷⁷. Il encourage ses contemporains à ne faire confiance qu'à la mécanique et la géométrie. Seul ce qui est à notre portée a une valeur scientifique notamment en matière d'astronomie où la dernière planète visible clôt le système solaire, faisant de l'élément spatial une première limite.

Transposées en science sociale, branche encore volatile à l'époque, ces idées consacrent une société solide dans laquelle les individus fonctionnent à la manière d'un organisme. Et si la science sociale relève du positivisme, les lois qu'elle admet s'imposent mécaniquement. Il y a groupement des individus, mouvement d'où se dégagent naturellement des règles générales et abstraites. Et si ces règles ne sont que le produit d'un organisme, l'étude des faits sociaux permet non seulement de constater l'articulation des comportements entre eux mais également d'en prévoir l'évolution. En matière de criminologie, ces conceptions exigent du chercheur qu'il travaille selon des méthodes méticuleuses d'observation et de vérification⁴⁷⁸.

Les « trois mousquetaires » du positivisme en matière pénale, Garofalo (1851-1934), Ferri (1856-1929) et Lombroso (1835-1909), ont développé leurs théories à partir de la prémisse d'une société comme entité organique où le criminel est un microbe social⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ ENTHOVEN, p. 152.

⁴⁷⁶ ENTHOVEN, p. 151ss.

⁴⁷⁷ HERSCH, p. 282.

⁴⁷⁸ DEBUYST/DIGNEFFE/PIRES, p. 225 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 24.

⁴⁷⁹ MERLE/VITU, n° 74 ; VAN DE KERCHOVE (Sens), p. 39ss.

Au préalable, ils ont vidé le sens de la peine⁴⁸⁰ d'une quelconque restauration de la Loi. Les rationalités punitives, qu'elles soient relatives à l'utilitarisme ou au rétributivisme, sont rejetées parce que jugées trop abstraites⁴⁸¹. Pis encore, sous l'influence du courant néo-classique⁴⁸², la rétribution aurait été contaminée par un adoucissement toujours plus grand des peines, celles-ci étant désormais individualisées notamment selon les facultés cognitives et volitives de l'auteur. A force de trop tenir compte des particularités du criminel, la justice se montrerait trop laxiste et se détournerait de l'intérêt public et des réalités sociales⁴⁸³. La peine n'ayant aucune fonction rétributive, il n'est plus question des fictions inutiles de « liberté », « responsabilité » ou « culpabilité ». Il est fait place à la médecine pénale des positivistes, à la « vraie nécessité sociale »⁴⁸⁴.

Les théoriciens positivistes ont fondé leur répression sur la fiction de l'« *uomo delinquente* ». Le criminel est un « monstre dans l'ordre moral »⁴⁸⁵ qui menace le corps social. Au-delà des querelles issues de la confrontation d'approches tantôt anthropologiques tantôt sociales, le crime est défini comme une action nuisible qui blesse des sentiments conventionnellement appelés le sens moral⁴⁸⁶. Aussi devient criminel celui qui ne possède pas ces sentiments à un degré suffisant d'énergie⁴⁸⁷.

⁴⁸⁰ Les positivistes-pénalistes prônant parfois l'abandon de la peine au profit de la mesure, il apparaît erroné d'employer ce terme ici de manière générale. Celui-ci est toutefois maintenu afin de garder un point de repère entre les auteurs.

⁴⁸¹ DIGNEFFE (Positivism), p. 235 ; TULKENS/DIGNEFFE, p. 194.

⁴⁸² Le courant néoclassique, ou l'Ecole éclectique, a tempéré le fanatisme égalitaire de l'Ecole classique représenté par le droit pénal beccarien en précisant notamment la notion de subjectivité (cf. SALEILLES, p. 50s.). Elle s'est attaquée au problème du libre arbitre et des relations de la peine avec la responsabilité morale du délinquant (MERLE/VITU, n° 62). Intimement liées, les trois principales innovations de la nouvelle école consistent en l'introduction du jury, des circonstances atténuantes et d'une responsabilité pénale relative (cf. SALEILLES, p. 60s.).

⁴⁸³ Force est de constater que le débat actuel sur la trop grande clémence à la laquelle mènerait un droit pénal de « l'auteur » ne date pas d'aujourd'hui. Il serait néanmoins probablement faux, ou à tout le moins anachronique, de parler déjà d'un droit pénal de l'auteur à la fin du XIX^e siècle. Encore que les considérations benthamiennes sur la fixation de la peine laissent perplexe quant à la prétendue nouveauté du concept. Toujours est-il que c'est contre un supposé manque de sévérité d'une justice pénale prenant en considération la situation personnelle du délinquant que le positivisme pénal s'est érigé et que partant, le système de mesures est apparu comme la solution de défense contre « les ennemis naturels de la société ».

⁴⁸⁴ GAROFALO, p. 332.

⁴⁸⁵ GAROFALO, p. 120.

⁴⁸⁶ DIGNEFFE (Positivism), p. 247 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 27.

⁴⁸⁷ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 29 ; notion reprise plus tard par Durkheim.

Abandonnant une métaphysique des concepts, la punition est tantôt un onguent qui guérit la plaie tantôt une amputation certes douloureuse mais salvatrice. Tout comme l'organisme rejette un corps étranger, le système pénal doit expulser le criminel de la société, exerçant ainsi « une sélection analogue à celle qui se produit spontanément dans l'ordre biologique, par la mort des individus non assimilables aux conditions particulières du milieu où ils sont nés ou au sein duquel ils ont été transportés. L'Etat n'a qu'à imiter la nature »⁴⁸⁸. Le criminel devient ainsi un individu infectieux.

2. La fonction de la peine

Le criminel est une bactérie qui attaque. L'acte de punir constitue un traitement de la société dans le but d'endiguer la propagation de l'infection. Neutraliser le criminel, c'est le mettre hors d'état de nuire pendant un certain temps du moins, afin de protéger la société⁴⁸⁹. Il s'agit de la fonction dite de « neutralisation », principalement utilisée pour des infractions commises par des individus présumés totalement incorrigibles. Les délinquants d'habitude font par exemple l'objet d'une répression sévère⁴⁹⁰. A cet effet, on trouve l'ostracisme, l'exil, la privation perpétuelle de liberté ou l'internement à vie⁴⁹¹. Quant à la peine de mort, elle demeure encore un moyen admis, du moins par certains⁴⁹².

Pour les criminels « inférieurs », il convient de les intimider. Dans ce cadre la peine doit apparaître inévitable et sévère. La prévention du crime passe par la menace d'une peine rigoureuse tandis que la prévention de la récidive par l'exécution de peines lourdes.

Ferri tempère un régime strict des peines. Il propose en effet de leur substituer autant que possible ce qu'il appelle des « équivalents des peines », soit un ensemble de mesures de « prévention sociale » de sorte à éradiquer les causes de la délinquance⁴⁹³. L'homme est considéré comme l'objet d'une série de causes endogènes (hérédité, constitution physico-psychique) et exogènes (environnement familial, social, géographique) qu'il convient de modifier autant que possible⁴⁹⁴. Plus ou moins déterminé

⁴⁸⁸ GAROFALO, p. 240.

⁴⁸⁹ CUSSON, p. 125.

⁴⁹⁰ TARDE, p. 82.

⁴⁹¹ BOULOC, n° 13.

⁴⁹² DIGNEFFE (Positivisme), 276ss ; TARDE, p. 81.

⁴⁹³ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 33.

⁴⁹⁴ CARBASSE, n° 245.

dans ses gestes et dans ses pensées par sa constitution biologique ou par le milieu dont il subit l'influence, le délinquant n'est qu'une marionnette, « une force qui va »⁴⁹⁵. Raison pour laquelle le positivisme pénal apparaît, en ce qui concerne la réponse à l'infraction, moins évaluatif qu'explicatif.

Dans ce contexte, les pénalistes-positivistes abandonnent la responsabilité « morale » qu'ils transforment en responsabilité « sociale »⁴⁹⁶. Selon eux, il est absurde de renoncer à réprimer un comportement illégal lorsque le criminel a agi sous l'effet d'une impulsion irrésistible. Dans ce cas, et peut-être plus que dans d'autres, la société a besoin d'être protégée de cet individu⁴⁹⁷.

C'est pourquoi la construction d'une responsabilité sociale justifie une réaction de protection de la société et de l'individu contre lui-même⁴⁹⁸. La doctrine ventile dès lors les délinquants dans des catégories auxquelles correspondent des moyens de défense sociale⁴⁹⁹. On peut notamment en dénombrer cinq classes en partant de la plus dangereuse : les criminels-nés, les criminels d'habitude, les criminels d'occasion, les criminels passionnels et les criminels aliénés⁵⁰⁰.

3. La fixation de la peine

La neutralisation plus ou moins définitive s'exprime sous la forme d'un traitement censé enrayer la récidive. Afin de défendre la société, certains criminels sont compris comme des individus anormaux dont les comportements sont nuisibles. Toutefois, il arrive que les anomalies puissent être atténuées. Aussi faut-il déterminer la punition selon l'état dangereux du délinquant : la *temeritas*⁵⁰¹.

Dans ce contexte, la fixation rétributive de la peine est vivement critiquée. Garofalo s'insurge notamment contre le principe classique de proportionnalité de la peine qui aboutit selon lui à punir de la même manière deux individus ayant commis le même acte sans considérer que leurs comportements respectifs peuvent manifester des anomalies

⁴⁹⁵ MERLE/VITU, n° 74.

⁴⁹⁶ DIGNEFFE (Positivism), p. 267.

⁴⁹⁷ TARDE, 56.

⁴⁹⁸ KELLENS, p. 28.

⁴⁹⁹ TARDE, p. 59.

⁵⁰⁰ MERLE/VITU, n° 74 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 29.

⁵⁰¹ TARDE, p. 59 ; VAN DE KERCHOVE (Sens), p. 73ss.

différentes et dès lors une dangerosité distincte⁵⁰². En outre, l'établissement d'une échelle des peines en fonction des délits relève de l'arbitraire et ne tient pas suffisamment compte des circonstances personnelles et extérieures⁵⁰³. Pour ces raisons, il faut abandonner une mesure du crime pour une évaluation du danger social que le criminel représente afin de prévenir au mieux la récidive. Selon une expression imagée d'Olof Kinberg, la dangerosité devient alors la « boussole des procédés de politique criminelle »⁵⁰⁴.

Le choix de la peine s'opère selon le « danger social futur ». Pour ceux dont l'état est incompatible avec la vie en société, il convient de les déporter⁵⁰⁵. Tel est le cas des voleurs professionnels ou des vagabonds. Quant aux criminels fortement déterminés par le milieu social dans lequel ils évoluent, la relégation apparaît comme un moyen de prévenir le danger qu'ils représentent.

La conception italienne a eu une influence importante sur les législations contemporaines⁵⁰⁶. En droit pénal général, on lui doit notamment une assise supplémentaire à la punissabilité de la tentative ou de comportements particuliers (conduite en état d'ébriété, port d'armes, etc.) en raison de la dangerosité que ces activités représentent et ce, malgré l'absence de véritable lésion. En ce qui concerne les sanctions, le positivisme italien est à l'origine du mouvement d'individualisation en fonction de la situation personnelle de l'auteur au sens large⁵⁰⁷ ainsi que de l'introduction des mesures aux côtés des peines dans l'arsenal punitif. En matière de droit pénitentiaire enfin, l'esprit de la loi s'est pétri des finalités dites de « resocialisation », bien que le terme n'ait été formulé que par les auteurs suivants.

En revanche, il existe des systèmes pénaux dans lesquels la neutralisation du délinquant est poussée à l'extrême. Et la peine de mort n'est pas le seul moyen employé à ce titre. En Suisse, l'introduction de l'internement à vie des délinquants dangereux constitue une preuve que l'élimination quasi définitive reste une option désirée vis-à-vis des criminels jugés non amendables en l'état actuel de la science⁵⁰⁸. Certains Etats connaissent dès

⁵⁰² DIGNEFFE (Positivisme), p. 243.

⁵⁰³ DIGNEFFE (Positivisme), p. 272 et 273.

⁵⁰⁴ KINBERG, p. 150.

⁵⁰⁵ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 33.

⁵⁰⁶ TULKENS/DIGNEFFE, p. 197ss.

⁵⁰⁷ C'est-à-dire au-delà du passage à l'acte.

⁵⁰⁸ Art. 64 al. 1bis CP ; cf. JUNG, p. 65s.

lors l'exclusion plus ou moins définitive des délinquants jugés trop dangereux, comme si leur maintien au sein de la société exposait le groupe à la liquéfaction.

XIV. Le criminel : un individu coagulant

1. Le criminel

Considéré comme l'un des pères de la sociologie, du moins en France, Durkheim (1858-1917) a nettement œuvré pour un statut autonome de cette branche et achève le passage d'une approche morale à une approche sociale du fait criminel⁵⁰⁹ : l'infraction devient un « fait social » qui peut faire l'objet d'une observation.

Durkheim commence par « dédramatiser » le crime. Se détachant des visions centrées sur les aspects pathologiques de l'infraction, il part d'une hypothèse inverse : l'infraction est un phénomène normal⁵¹⁰. Dans toute société, peu importe son degré d'évolution, il a existé des hommes qui se sont comportés de manière à attirer sur eux la répression pénale⁵¹¹. Il n'y a pas de communauté sans infraction. La présence du phénomène criminel est d'ailleurs une preuve de santé publique, une manifestation physiologique d'une vie collective en bonne santé⁵¹². Le caractère naturel du crime le classe parmi les phénomènes de sociologie normaux garantissant un fonctionnement dynamique.

Le crime est un acte qui offense certains sentiments collectifs doués d'une énergie et d'une netteté particulière⁵¹³. Selon cette approche, le rôle dévolu au droit pénal est de protéger ces sentiments collectifs qui ne sont pas partagés aussi intensément par tous les membres. Si tel était le cas, il n'y aurait pas de phénomène criminel⁵¹⁴. Dans ce contexte, le crime se caractérise par deux traits.

Pour que s'opère la réaction, la communauté doit en premier lieu être profondément imprégnée par des sentiments moraux. Le crime se distingue alors des simples fautes morales par le fait qu'il blesse plus fortement ces

⁵⁰⁹ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 37.

⁵¹⁰ DIGNEFFE (Durkheim), p. 370.

⁵¹¹ DURKHEIM (Règles), chap. 3, III.

⁵¹² *Ibidem*.

⁵¹³ *Ibidem* ; tel est déjà en partie le cas chez les positivistes (cf. Partie I, § 3, XIII, ch. 1).

⁵¹⁴ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 40.

sentiments⁵¹⁵. Il s'agit d'une question de degré ou d'intensité. L'impolitesse froisse le ressenti collectif plus faiblement que le vol ou le meurtre. C'est pourquoi, elle n'appelle pas de réaction pénale. Le caractère répréhensible n'est pas conféré par l'importance intrinsèque du comportement mais par celle que lui octroie la conscience populaire⁵¹⁶.

Il ne suffit cependant pas que ces sentiments soient intenses. Il faut en deuxième lieu qu'ils soient précis. Ainsi, par le biais du principe de légalité, les règles pénales définissent nettement les comportements qu'elles entendent réprimer alors que les règles purement morales se caractérisent par leur caractère flottant.

En outre, la réalisation du comportement déviant est non seulement normale mais également bienvenue⁵¹⁷. En effet, le crime offre un double avantage. D'une part, il garantit une certaine vitalité. Un acte qui offense est un acte qui propose, soit qui offre l'occasion de réaffirmer un sentiment collectif. D'autre part, il suscite un possible changement des mentalités. Le crime de Socrate n'en serait par exemple plus un aujourd'hui. L'infraction a souvent constitué l'impulsion de bouleversements législatifs, comme l'ont été les idées séditieuses d'égalité et de fraternité durant le siècle des Lumières. De même, l'homosexualité n'est actuellement plus un crime dans de nombreuses législations après avoir longtemps été érigée en infraction.

Selon Durkheim, le crime marque la rupture d'un lien de solidarité sociale appelant une réaction que l'on nomme la peine⁵¹⁸. L'infraction constitue une atteinte aux sentiments sociaux dont l'exaspération provoque en retour la punition. L'intensité de ce ressentiment détermine l'appartenance de l'acte à la catégorie de crime ou de simple immoralité, la réaction pénale n'intervenant que si l'offense est moyennement intense⁵¹⁹.

Les considérations durkheimiennes à propos du crime modifient la perspective positiviste primaire qui fait du délinquant un parasite doué d'une méchanceté incorrigible. Celui-ci n'est pas un individu radicalement antisocial mais un agent régulier de la vie sociale⁵²⁰. Lorsque le crime n'est plus diagnostiqué comme une maladie, la théorie de la peine s'en trouve fondamentalement modifiée : « La réaction sociale qui constitue la peine

⁵¹⁵ DURKHEIM (Règles), chap. 3, III.

⁵¹⁶ *Ibidem*.

⁵¹⁷ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 41.

⁵¹⁸ DURKHEIM (Division), p. 35.

⁵¹⁹ DURKHEIM (Division), p. 43.

⁵²⁰ DURKHEIM (Règles), chap. 3, III.

est due à l'intensité des sentiments collectifs que le crime offense ; mais, d'un autre côté, elle a pour fonction utile d'entretenir ces sentiments au même degré d'intensité, car ils ne tarderaient pas à s'énerver si les offenses qu'ils subissent n'étaient pas châtiées »⁵²¹. Le délinquant n'est plus celui qui incarne un danger dont la société se défend mais celui dont l'acte illicite est une occasion de maintenir soudés les sentiments collectifs : le criminel est un individu coagulant.

2. La fonction de la peine

Orientant ses premières recherches sur l'équilibre social, Durkheim distingue deux types de solidarité⁵²². D'une part, la solidarité dite « mécanique », propre aux sociétés primitives. Dans celles-ci, l'homme est un membre de la société avant d'être une individualité. D'autre part, la solidarité dite de « complémentarité » dans des sociétés plus évoluées où se distinguent des individus autonomes. En se répartissant efficacement le travail, ces derniers participent à l'émergence d'un tout.

N'opérant pas une exclusivité entre les deux types de solidarité, la pensée durkheimienne entrevoit une société oscillant entre les deux pôles dont la proximité avec l'un ou l'autre détermine la nature de la réponse à la violation⁵²³.

Si la société tourne autour de la solidarité mécanique, les sanctions ont une teinte sacrificielle puisqu'elles consistent « essentiellement dans une douleur, ou, tout au moins, dans une diminution infligée à l'agent ; elles ont pour objet de l'atteindre dans sa fortune ou dans son honneur, ou dans sa vie, ou dans sa liberté, de le priver de quelque chose dont il jouit »⁵²⁴. Il s'agit ici du rôle dévolu au droit pénal.

En revanche, la sanction garantit la solidarité de complémentarité lorsqu'elle restitue plutôt qu'elle ne fait souffrir. Elle poursuit la « remise des choses en état, dans le rétablissement des rapports troublés sous leur forme normale »⁵²⁵. La remise en état est une sanction typique du droit civil, du droit commercial, du droit des procédures, du droit administratif et constitutionnel.

⁵²¹ DURKHEIM (Règles), chap. 5, I.

⁵²² TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 33.

⁵²³ GROS, p. 67.

⁵²⁴ DURKHEIM (Division), p. 33.

⁵²⁵ DURKHEIM (Division), p. 34.

Il ne s'agit cependant pas de tomber dans l'excès. Selon Durkheim, la société a besoin d'une justice à la fois sacrificielle et restitutive. Dans un sens, il est d'ailleurs impossible de remettre les choses en état sans qu'au préalable les individus aient conscience d'être liés entre eux. C'est pourquoi, la conscience collective appelle en premier lieu la répression afin que le groupe ne s'oublie pas. Il s'agit dès lors de préserver le droit répressif contre toute hégémonie du droit restitutif⁵²⁶.

De manière générale, Durkheim soutient que l'expiation est l'« âme de la pénalité »⁵²⁷. La punition est une réaction passionnelle, d'une intensité graduée, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué sur ceux de ses membres qui ont violé certaines règles de conduite⁵²⁸. Aussi la nature de la peine est-elle toujours sacrificielle, malgré que les discours sur celle-ci aient changé⁵²⁹. Le comportement pénalement prohibé provoque la colère publique⁵³⁰, sans quoi la réaction au crime n'est pas imaginable⁵³¹.

La réaction est souvent signalée comme irrationnelle. Il y a au fond l'idée d'une satisfaction accordée à quelque puissance réelle ou idéale⁵³². L'amendement du coupable ou la protection de la société reste de ce point de vue secondaire. Raison pour laquelle, Durkheim admet que le droit pénal est religieux à l'origine et garde encore une certaine marque de religiosité en tant que les actes qu'il châtie paraissent être des attentats à quelque chose de transcendant, être ou concept⁵³³.

Critiquant néanmoins le rétributivisme pur, le sociologue soutient qu'il est absurde de penser que la peine rétablit l'ordre troublé. Restituer une douleur à l'auteur n'annule pas le mal commis. Cela serait comme croire qu'un médecin, pour guérir un bras malade, commencerait par amputer l'autre bras⁵³⁴.

Il ne faut toutefois pas se priver de la rétribution. Si la peine est rétributive, c'est parce qu'elle est « utile ». Et cette utilité ne repose pas sur la

⁵²⁶ GROS, p. 68.

⁵²⁷ DURKHEIM (Division), p. 57.

⁵²⁸ DURKHEIM (Division), p. 64.

⁵²⁹ DIGNEFFE (Durkheim), p. 376.

⁵³⁰ DURKHEIM (Division), p. 70.

⁵³¹ C'est ici une vision semblable à celle d'Aristote qui trouve dans la colère provoquée par le crime l'énergie qui permet le rétablissement de l'équilibre.

⁵³² DURKHEIM (Division), p. 68.

⁵³³ *Ibidem*.

⁵³⁴ DURKHEIM (Education), p. 103.

prévention du crime. Il est en effet fortement douteux que l'existence des risques freine l'exercice d'une activité. De même que chaque profession contient ses dangers, la peine est simplement le risque de la carrière du délinquant⁵³⁵. En revanche, la peine est utile par le symbole qu'elle incarne⁵³⁶. Son rôle revient en effet à garantir l'équilibre social : « Elle ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles ; à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas, médiocre. Sa vraie fonction est de maintenir la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune [...] c'est le signe qui atteste que les sentiments collectifs sont toujours collectifs, que la communion des esprits dans la même foi reste toute entière »⁵³⁷. Raison pour laquelle, même si la rétribution n'efface pas l'infraction, le retour à l'auteur en fonction de l'intensité de son acte conserve son utilité, à savoir le maintien de la communauté des consciences.

3. La fixation de la peine

Panser les blessures faites aux sentiments collectifs, telle est la fonction de la souffrance du criminel. Celle-ci doit être fixée d'après la gravité de l'infraction : « On a raison de dire que le criminel doit souffrir en proportion de son crime »⁵³⁸.

Cette proportionnalité entre le crime et la peine s'effectue d'ailleurs quasiment de manière mécanique en fonction de l'impact émotif et irrationnel dans la conscience collective⁵³⁹. Dans ce contexte, Durkheim propose de combiner la théorie de l'expiation avec des fins de défense sociale⁵⁴⁰.

La peine est prononcée pour affirmer que les règles sociales demeurent malgré leur violation. A ce titre, nécessairement rétributive en fonction de l'intensité de l'infraction, il faut « que la loi violée témoigne que, malgré les apparences, elle est toujours elle-même, qu'elle n'a rien perdu de sa force, de son autorité, en dépit de l'acte qui l'a niée ; en d'autres termes, il faut qu'elle s'affirme en face de l'offense, et réagisse de manière à

⁵³⁵ DURKHEIM (Education), p. 102.

⁵³⁶ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 48.

⁵³⁷ DURKHEIM (Division), p. 76.

⁵³⁸ DURKHEIM (Division), p. 77.

⁵³⁹ DIGNEFFE (Durkheim), p. 376.

⁵⁴⁰ DURKHEIM (Division), p. 77.

manifeste une énergie proportionnée à l'énergie de l'attaque qu'elle a subie. La peine n'est pas autre chose que cette manifestation significative »⁵⁴¹.

Dès lors que la règle est l'expression d'un sentiment social, le crime s'oppose à ce qui est communément partagé. Par son comportement, le criminel se place, bien qu'en demeurant à l'intérieur, à l'extérieur du groupe. L'infraction constitue la marque d'un affaiblissement de son sentiment d'appartenance à la communauté qui doit réprover au risque de l'exposer à une désocialisation.

XV. Le criminel : individu désocialisé

1. Le criminel

Les partisans du positivisme pénal ont jugé sévèrement le système néoclassique⁵⁴². Ils estimaient notamment que l'influence du degré de responsabilité conduisait à un adoucissement des peines dangereux pour l'intérêt collectif. Diminuer la peine proportionnellement à la diminution de la responsabilité privait, tantôt partiellement tantôt totalement, le juge de sa mission essentielle : protéger la société.

Cette méfiance a suscité le passage d'un art de punir à la science de la punition. La criminalité est appréhendée comme la résultante de forces qui s'exercent sur le criminel. Raison pour laquelle, il est possible d'identifier les causes qui déterminent l'infraction. Et il suffit d'intervenir sur la relation causale pour modifier le phénomène criminel.

Dans le sillon creusé par les positivistes se sont coulées les théories relatives à la défense sociale⁵⁴³. Le pluriel est ici important. Il s'agit en effet non pas d'une mais de plusieurs pensées qui ont procédé à certains infléchissements nouveaux.

Prins (1845-1919) est un des premiers auteurs en la matière⁵⁴⁴. Sous sa forme la plus achevée, la défense sociale « originelle » est présentée dans son ouvrage intitulé *La défense sociale et les transformations du droit pénal*. Il y dénonce notamment les méthodes scientifiques (le déterminisme)

⁵⁴¹ DURKHEIM (Education), p. 103.

⁵⁴² Cf. Partie I, § 3, XIII, ch. 1.

⁵⁴³ GRAVEN (Défense sociale), p. 15.

⁵⁴⁴ GRAVEN (Défense sociale), p. 16 ; VAN DE KERCHOVE (Sens), p. 51ss.

et morale (l'indéterminisme) qui ne sont ni l'une ni l'autre des concepts utiles pour ceux qui sont chargés d'appliquer la loi pénale⁵⁴⁵. Raison pour laquelle il convient de remplacer le concept de responsabilité par celui d'« état dangereux » et de prendre les mesures qui remédient à ce que représente le criminel⁵⁴⁶ : un individu désocialisé.

Par la suite, le mouvement de défense sociale se divise en deux courants qui ne sont en désaccord que sur un seul point⁵⁴⁷. Alors que le premier, « radical » ou « extrémiste », prône l'abolition du droit pénal, le second, appelé « modéré » ou « réformiste », suggère plutôt une incorporation de la Défense sociale dans le droit pénal.

La tendance radicale, dont le principal promoteur est Filippo Gramatica, mène une véritable « lutte contre la peine »⁵⁴⁸. Selon lui, l'homme est par nature antisocial et social par destination⁵⁴⁹. Or, il relève de son intérêt de vivre en communauté. Aussi des règles doivent-elles être mises en place afin de garantir l'harmonie du groupe en faisant de chacun des individus des êtres aptes à évoluer dans celui-ci sans en menacer l'existence. Partant, le premier devoir de l'Etat est de socialiser l'individu⁵⁵⁰.

La répression du crime n'est plus rétributive. L'individu qui a violé une règle légale n'est pas coupable mais apporte plutôt la preuve de son « antisocialité » : le criminel est un individu désocialisé. Sa condition est un état dans lequel il se trouve et non une faute, qui légitime un traitement de Défense sociale adapté à la « valeur socio-bio-psychologique de l'individu »⁵⁵¹. D'où une formule chère à Gramatica : il faut « non plus une peine pour chaque infraction, mais une mesure adaptée à chaque individu »⁵⁵².

Dès lors, le courant radical rejette les notions propres au droit classique. La resocialisation du criminel n'a pas besoin de notions telles que celles de délinquant⁵⁵³, d'infraction⁵⁵⁴, de responsabilité⁵⁵⁵ ou de peine⁵⁵⁶. Le

⁵⁴⁵ PRINS, p. 21.

⁵⁴⁶ GRAVEN (Défense sociale), p. 17.

⁵⁴⁷ Cf. ANCEL (Défense), p. 112 ; ANCEL (Revue de droit pénal), p. 56 ; ANCEL (RPS), p. 3.

⁵⁴⁸ GRAMATICA (Revue), p. 1ss ; GRAMATICA (Principes), p. 5ss.

⁵⁴⁹ GRAVEN (Répression), p. 38.

⁵⁵⁰ GRAMATICA (Principes), p. 11ss.

⁵⁵¹ GRAMATICA (Principes), p. 4.

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ GRAMATICA (Principes), p. 40ss.

système revient à une défense sociale « subjectiviste », c'est-à-dire uniquement centrée sur le sujet⁵⁵⁷.

Comme cela a déjà été dit, la principale distinction entre les deux doctrines de Défense sociale tient à leur rapport respectif avec le droit pénal. Tantôt exclusives, tantôt fusionnelles, les doctrines radicales et modérées ont ceci de commun qu'elles envisagent la même question, à savoir celle de la réaction étatique face au crime.

Les modérés ont voulu se démarquer du courant plus extrémiste. Afin d'éviter la confusion, ils ont élaboré un ensemble de règles fondamentales ou « une plate-forme de principes communs »⁵⁵⁸ à leur propre mouvement. Ces dispositions constituent le « programme minimum » de la Société internationale de Défense sociale accepté en 1954 à Anvers⁵⁵⁹. Compte tenu de la pérennité du droit pénal, c'est ce courant qu'il convient d'évoquer, avec à sa tête Marc Ancel.

2. La fonction de la peine

Ce que la Défense sociale « nouvelle » dénonce dans le droit pénal « classique », c'est d'œuvrer pour le rétablissement symbolique de l'ordre juridique et de négliger une lutte efficace contre la criminalité. Aussi engage-t-elle l'Etat à réagir moins en vue d'effacer le passé qu'à lutter contre la criminalité. Son but est, comme son nom l'indique, de protéger la société⁵⁶⁰.

Le Défense sociale nouvelle tente d'influencer le droit pénal classique notamment sur deux points.

En premier lieu, elle ne désire pas la perte du droit criminel. Elle entend plutôt infléchir son action en modifiant le pôle d'attraction. Dans un droit pénal « classique », l'acte délictuel occupe le devant de la scène. L'instruction cherche à établir les circonstances de l'activité illicite, le mode de réalisation ou le résultat obtenu. Le poids du comportement répréhensible sert d'étalon pour le prononcé de la peine. Or dans une

⁵⁵⁴ GRAMATICA (Principes), p. 29ss.

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁵⁶ GRAMATICA (Principes), p. 48ss.

⁵⁵⁷ MERLE/VITU, n° 84.

⁵⁵⁸ ANCEL (Récidivisme), p. 563.

⁵⁵⁹ GRAVEN (Répression), p. 47.

⁵⁶⁰ GRAVEN (Défense sociale), p. 27.

perspective de défense sociale, le droit pénal se préoccupe davantage de l'auteur de l'infraction. Les revendications qui s'ensuivent se concentrent avant tout sur l'individu ayant franchi la barrière de la légalité⁵⁶¹.

En deuxième lieu, la Défense sociale nouvelle s'oppose aux théories pénales antérieures en proposant une dé-juridicisation de l'institution pénale. En s'inscrivant en faux contre le juridisme traditionnel, le mouvement critique l'utilisation abusive de la technique juridique. Tous les concepts de complicité, de tentative ou d'intention font obstacle à une véritable prise en considération de la personnalité du délinquant⁵⁶².

La Défense sociale nouvelle prône l'effet de prévention de la peine⁵⁶³ sans toutefois pécher par un excès. Il s'agit bien entendu de prévenir plutôt que punir, la prévention individuelle primant la prévention collective⁵⁶⁴. La prévention spéciale étant atteinte par la correction de l'antisocialité, la fonction de la peine consiste en la « resocialisation » du criminel. Dans ce cadre, l'exécution ne se distingue plus de la phase judiciaire car la resocialisation commence avec les premières poursuites, au lendemain de l'acte délictueux, pour ne se terminer qu'avec l'expiration de la dernière mesure prise à l'égard du délinquant⁵⁶⁵. Le but n'est toutefois pas de transformer la personnalité du délinquant⁵⁶⁶. Il s'agit au contraire de mettre en place les structures afin qu'il fasse de lui-même « l'instrument de sa propre resocialisation »⁵⁶⁷.

Aussi faut-il consacrer le principe fondateur du droit pénal classique et, à plus large échelle, de l'Etat de droit : *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La Défense sociale nouvelle n'abolit « ni le droit pénal comme système, ni l'infraction en tant qu'acte incriminé par la règle générale, ni l'appréciation co-légale de cet acte, ni la responsabilité du délinquant, ni la sanction pénale, envisagée comme institution »⁵⁶⁸. En outre, les droits du criminel sont maintenus. L'action de défense sociale « s'efforcera d'assurer, qu'il

⁵⁶¹ ANCEL (Défense), p. 315ss.

⁵⁶² ANCEL (Défense), p. 204ss.

⁵⁶³ Le terme de peine s'entend ici au sens large, soit en tant que réaction étatique à la commission d'une infraction. La Défense sociale nouvelle ne fait effectivement pas ou plus la différence entre peines et mesures, la dynamique répressive demeurant néanmoins plus inspirées des secondes que des premières de manière générale.

⁵⁶⁴ GRAVEN (Défense sociale), p. 27.

⁵⁶⁵ ANCEL (Défense), p. 233.

⁵⁶⁶ ANCEL (1964), p. 196.

⁵⁶⁷ GRAVEN (Répression), p. 57.

⁵⁶⁸ Citée in GRAVEN (Répression), p. 51.

s'agisse du délinquant présumé ou du condamné, le respect des droits inhérents à sa qualité d'homme »⁵⁶⁹.

Sur le plan conceptuel, le courant ancélien rejette une approche apriorique. Autrement dit, la doctrine professée par le courant peut se résumer en deux formules : pas d'opinion préconçue sur le criminel, pas d'opinion préconçue sur les mesures à lui appliquer⁵⁷⁰. Or elle est bien obligée de développer des notions, ne serait-ce que celle d'« antisocialité » et partant, sa vision de la responsabilité pénale. Mais la doctrine se montre ici attachée à une conception la plus proche possible de la réalité.

Se défiant de toute métaphysique, la Défense sociale nouvelle retient de l'homme l'image qu'en fournit actuellement la science. Il s'agit d'un être en quelque sorte conditionné, mû par des influences diverses, non pas déterminé, mais soumis à des déterminismes qui peuvent jouer un rôle dans le passage à l'acte délictueux⁵⁷¹. Pourtant il est également un être agissant et responsable de ses actes par le fait même qu'étant à la fois homme et membre d'un groupe, il possède nécessairement le sentiment de sa responsabilité individuelle et sociale⁵⁷².

Ce courant se départit ici des théories positivistes car elle n'admet pas un déterminisme pur, ou plus exactement un apriorisme classifiant⁵⁷³. Elle s'écarte de la catégorisation des délinquants en délinquants d'habitude, délinquants occasionnels et délinquants passionnels⁵⁷⁴. L'acte criminel est avant tout « l'expression d'une personnalité individuelle » dans une situation particulière⁵⁷⁵.

Selon Ancel, le sentiment de responsabilité apparaît comme la prise de conscience par l'individu que sa personnalité se matérialise au travers de son action⁵⁷⁶. La responsabilité est dès lors envisagée comme un trait de la personnalité⁵⁷⁷. Une fois conscients du lien entre leurs personnalité et leurs actes, les individus perçoivent qu'ils sont chacun responsables, qu'il existe

⁵⁶⁹ GRAVEN (Défense sociale), p. 27.

⁵⁷⁰ MERLE/VITU, n° 85.

⁵⁷¹ ANCEL (Revue internationale), p. 271.

⁵⁷² GRAVEN (Répression), p. 51 et 52.

⁵⁷³ ANCEL (Défense), p. 182.

⁵⁷⁴ ANCEL (Défense), p. 186.

⁵⁷⁵ *Ibidem*.

⁵⁷⁶ ANCEL (Défense), p. 249-250.

⁵⁷⁷ ANCEL (Défense), p. 250.

une obligation de répondre de ses actes⁵⁷⁸ issue de sa personnalité. Par conséquent, l'infraction devient la raison d'être de la comparution devant le juge puisque la responsabilité entraîne l'obligation de rendre des comptes⁵⁷⁹. C'est en ce sens que Merle a pu dire que la Défense sociale est une « pédagogie de la responsabilité »⁵⁸⁰.

La Défense sociale nouvelle recherche chez l'individu le sentiment de l'obligation morale sous l'angle de la responsabilité⁵⁸¹. Et par là, c'est l'idée ou le sentiment de faute qui est réintroduit dans le droit pénal de la Défense sociale⁵⁸² qui ne rejette aucunement la culpabilité⁵⁸³.

Ces positions provoquent une refonte des sanctions mises à la disposition du juge. Il s'agit dès lors non pas de rétribuer le délinquant pour la faute commise mais de l'engager dans un processus de prévention, ce qui n'entraîne pas nécessairement des mesures désagréables pour lui, une sanction afflictive ou une emprise sur ses droits⁵⁸⁴. Une telle approche de l'individu et de son crime modifie considérablement la détermination de la sanction à prononcer.

3. La fixation de la peine

Comment cerner l'antisocialité du criminel ? La Défense sociale nouvelle soutient qu'il ne faut ni juger l'acte ni juger l'homme mais percevoir la signification du crime chez cet homme. Selon un mot du Prof. Frey, la violation de la règle est « une fenêtre ouverte sur la personnalité du délinquant »⁵⁸⁵.

A partir d'une étude de la personnalité du criminel, celui-ci sera jugé *prospectivement* plutôt que *rétrospectivement*, à savoir non pas uniquement « sur son acte ou un moment de lui-même mais en fonction de toutes les possibilités qui sont en lui »⁵⁸⁶. Le jugement devient un pronostic judiciaire qui se base sur une recherche de données essentielles lors du procès. A ce

⁵⁷⁸ *Ibidem*.

⁵⁷⁹ ANCEL (Défense), p. 251.

⁵⁸⁰ Rapport XII^e Journées françaises de la défense sociale, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, p. 730.

⁵⁸¹ ANCEL, p. 187.

⁵⁸² *Ibidem*.

⁵⁸³ ANCEL (Défense), p. 256.

⁵⁸⁴ ANCEL (Défense), p. 235ss.

⁵⁸⁵ Expression datant du milieu du XX^e siècle citée in GRAVEN (Répression), p. 55.

⁵⁸⁶ DE GREEFF, p. 227.

titre, l'observation ou l'expertise acquiert un rôle capital dans la phase de jugement afin que l'individualisation commence dès le choix de la sanction.

Reposant sur une connaissance approfondie de la personnalité du délinquant, le type de sanction dépend d'un examen complet de celle-ci. Le juge n'a pas seulement la tâche de fixer de façon quantitative la sanction d'après la culpabilité, il importe en plus qu'il sélectionne le moyen le plus approprié à la resocialisation d'après la personnalité de l'auteur, ce dernier étant présumé perfectible⁵⁸⁷.

Cette politique criminelle exige que le magistrat connaisse le délinquant, non seulement sous l'angle des circonstances extérieures et de ses antécédents légaux mais aussi sous l'angle de sa constitution biologique, de ses réactions psychologiques, de son histoire personnelle, de sa situation et de son environnement social⁵⁸⁸. Aussi Ancel propose-t-il la constitution d'un dossier comportant un examen approfondi de la personne ayant commis une infraction afin d'intensifier son inclusion non seulement lors de la procédure d'enquête mais surtout dans la phase du procès⁵⁸⁹.

La peine rétributive n'est toutefois pas mise de côté. Mais elle est justifiée par l'adéquation de la correction par la rétribution dans certains cas comme en matière de criminalité économique⁵⁹⁰. D'un point de vue systématique, les peines ne sont d'ailleurs plus distinguées des mesures, toutes les sanctions ayant le même but de reclassement de l'individu. Raison pour laquelle la Défense sociale nouvelle ne procède pas à une unification des peines et des mesures mais à leur intégration dans un régime unitaire⁵⁹¹. Aussi ne faut-il pas parler de fixation de la peine à proprement parler, mais de détermination de la sanction en tant que moyen de prévenir le crime.

Le système judiciaire doit être modifié afin de s'adapter à un fonctionnement incluant le dossier de personnalité. La Défense sociale suggère à ce propos une césure du procès pénal en séparant la phase du verdict et la phase de la peine⁵⁹². La première étape consiste en l'examen de la matérialité des faits, de leur qualification juridique et de l'imputabilité à

⁵⁸⁷ GRAVEN (Répression), p. 68 ; c'est en quelque sorte la troisième étape pressentie par Tarde (cf. TARDE, p. 502).

⁵⁸⁸ ANCEL (Défense), p. 216.

⁵⁸⁹ ANCEL (Défense), p. 212ss.

⁵⁹⁰ ANCEL (Défense), p. 309.

⁵⁹¹ ANCEL (Défense), p. 232.

⁵⁹² GRAVEN (Répression), p. 72 ; MERLE/VITU, n° 127 ; pour une nouvelle approche de la césure dans un système de sanctions à deux étages, cf. JEANNERET/KUHN/MOREILLON, p. 144ss ; KUHN (Détenus), p. 211 ; KUHN (Avenir), p. 76.

leur auteur tandis que la seconde phase s'applique au choix de la sanction la plus adéquate selon le type de personnalité. En ce qui concerne les compétences, la saisine d'un organe judiciaire est maintenue. Toutefois, tandis que seuls les juges participent à la première étape, ceux-ci sont aidés durant la seconde par des spécialistes afin d'envisager avec toutes les connaissances requises les problèmes sociaux, psychologiques et médicaux⁵⁹³.

Enfin, en ce qui concerne l'exécution de la sanction, une certaine souplesse est déterminante. Une telle qualité constitue effectivement une condition indispensable au reclassement de l'individu. L'exactitude du pronostic judiciaire trouve sa confirmation ou son infirmation dans les faits. La possibilité de corriger le régime prononcé ou l'aménagement de celui-ci est nécessaire dans la recherche de la plus grande adéquation de la sanction. C'est pourquoi la Défense sociale recommande que la phase d'exécution soit confiée à un juge ou à tribunal d'application des peines⁵⁹⁴.

§ 4. Conclusion

Au terme de cette « chasse » aux théories punitives, on en serait presque essoufflé. Car il faut courir vite, faire preuve d'agilité et de souplesse pour parvenir à les suivre. Et lorsque, croyant en avoir saisi une, on ouvre doucement la main, il ne semble rien rester. Quoique, à y regarder de plus près, il y a comme une fine traînée de poudre qui laisse ainsi penser, que l'espace d'un instant, on a tenu quelque chose.

En matière de peine passionnelle, l'existence d'un possible « impératif sacrificiel » en droit pénal provoque un sentiment de gêne diffus mais perceptible. Le juge tient en effet toujours compte de l'acte même s'il ne s'agit plus d'une rétribution formelle propre à la loi du talion.

La vengeance pure n'est toutefois plus en vigueur aujourd'hui. Afin de rendre la répression productive, le juge ne considère plus que le comportement et tient compte lors de la fixation de la peine de critères rattachés tant à l'auteur au moment de l'infraction qu'à la situation globale de ce dernier.

⁵⁹³ MERLE/VITU, n° 129.

⁵⁹⁴ GILLIERON, p. 268.

Or les adoucissements effectués ne paraissent pas avoir arraché définitivement de l'impulsion punitive son caractère sacré. En temps de crise en particulier, l'origine sacrificielle de la peine apparaît à nouveau en surface. A tout le moins en Europe, invoquer la race ou la religion afin de trouver un responsable de la situation n'est plus acceptable. En revanche, le droit pénal est une institution qui livre des coupables « certifiés » en toute légalité. C'est pourquoi les frustrations individuelles se transfèrent de nos jours et se défoulent bien souvent, légitimées par le jeu des principes de légalité et de culpabilité, sur la tête des délinquants, surtout lorsqu'ils commettent des crimes atroces. Les discours virulent de certains, relayés par une presse parfois plus soucieuse de vendre que d'informer d'une part et repris par des politiciens en manque de voix d'autre part, exigent du droit pénal qu'il effectue un « sacré » voyage dans le passé afin de revenir à un véritable « temps des victimes »⁵⁹⁵. Et le retour à la vengeance paraît de plus en plus séduisant à mesure que se forge « la volonté de punir »⁵⁹⁶.

En matière de peine rationnelle, les réflexions s'intensifient à partir du XVIII^e siècle. Auparavant, il existe bien entendu des penseurs du sujet. Parmi ceux dont le témoignage nous a été transmis figurent Platon, Aristote, Sénèque et Saint Thomas. Aussi avons-nous aujourd'hui connaissance des opinions émises durant l'Antiquité et le Moyen Age sur la nature du crime et ses conséquences tant sur le plan général qu'individuel.

L'intérêt pour le droit pénal paraît toutefois plus marqué depuis. Hobbes, Locke, Beccaria et Bentham ont notamment contribué de manière très significative aux changements des mentalités en la matière. Certaines de leurs conceptions, que ce soit celles en relation avec la notion d'infraction ou celles relatives au principe de légalité, sont par ailleurs toujours en vigueur dans de nombreuses législations⁵⁹⁷.

Par la suite, Kant, Fichte et Hegel ont tenté de corriger ce qui leur apparaissait comme des errances de la part de leurs prédécesseurs. De la sorte, la confusion entre la raison d'être et la finalité de la peine a en particulier été mise en exergue. La rétribution paraît être la seule manière de respecter la liberté du criminel.

Avec l'entrée en force des positivistes en matière pénale, c'est le concept même de peine qui est remis en question. Garofalo, Ferri et Lombroso

⁵⁹⁵ Cf. ELIACHEFF/SOULEZ LARIVIERE ; PAREIN (Victimes) ; SALAS (Volonté), p. 63s. ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 61ss.

⁵⁹⁶ SALAS (Volonté), p. 53ss.

⁵⁹⁷ Cf. en particulier Partie II, § 4.

soutiennent en effet que le système pénal classique ne satisfait pas l'exigence de sécurité et proposent de le remplacer par un ensemble de mesures fixées d'après la dangerosité du délinquant plutôt que selon sa culpabilité.

Le phénomène criminel prend ensuite une tournure plus communautaire. Durkheim entrevoit bien dans la peine sa nature symbolique en tant que moyen d'expiation de la faute. Celui-ci précise en revanche que la fonction est avant tout sociale. Il s'agit moins de rétribuer pour prévenir le crime que pour maintenir vivante la conscience collective.

Le rapport du criminel avec la société occupe enfin le devant de la scène. La Défense sociale devient un véritable courant qui entraîne de profonds changements dans les législations nationales. Unies au sein d'un même système de sanction, la peine et la mesure constituent par exemple les deux réponses dont le juge dispose pour prévenir le crime.

De ce parcours théorique ressortent en particulier deux constations, la première étant relative à la manière de penser la peine et l'autre à la fixation de cette dernière.

En ce qui concerne la méthode, la cohérence d'une proposition théorique semble passer par le respect du schéma ternaire « criminel-fonction-fixation ». Sur le plan conceptuel, l'approche du criminel détermine la fonction de la peine qui elle-même détermine l'étalon de la peine. Sans une pareille logique, des contradictions théoriques engendrent un fonctionnement défectueux de l'appareil répressif. Reprenant à son compte le constat de Nietzsche, Foucault désespère quelque peu à ce propos en considérant que « dans nos sociétés contemporaines, on ne sait plus exactement ce qu'on fait quand on punit et ce qui peut, au fond, justifier la punition ; tout se passe comme si nous pratiquions une punition en laissant voir, sédimentées un peu les unes sur les autres, un certain nombre d'idées hétérogènes qui relèvent d'histoires différentes, de moments distincts, de rationalités divergentes »⁵⁹⁸.

En ce qui concerne la fixation de la peine, ce sont ces mêmes défauts qui ont apporté, bien que très tardivement dans l'histoire du droit pénal, de l'eau au moulin des détracteurs de celui-ci. Il est en effet stupéfiant de remarquer que jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, la rétribution constitue le principe moteur de la fixation de la peine. Malgré que les fonctions aient radicalement évolué sous l'influence des diverses théories répressives, le

⁵⁹⁸ FOUCAULT (Dits), n° 353.

paradigme de l'équivalence a continué à être promu. De Platon à Hegel, il s'est agi de rendre à l'auteur de l'infraction son « dû », celui-ci étant fixé soit d'après le dommage occasionné chez la victime, soit d'après la gravité de l'infraction. Il a fallu attendre près de quinze siècles pour que les positivistes-pénalistes proposent une adaptation du principe de fixation à la fonction de la peine. En effet, si la peine a notamment pour but de prévenir la commission d'une infraction chez un individu, ne doit-elle pas être logiquement déterminée d'après les caractéristiques de ce dernier et non d'après ce qu'il a fait ?

Une fois son souffle repris, il est tentant de se dire que la rationalité d'un système, bien que présumée existante, est au fond « introuvable »⁵⁹⁹. Mais l'amertume de la conclusion réveille une soif de savoir, de connaître ce qu'il en est du côté du droit suisse. Aussi avons nous le désir de se tourner vers notre législateur pour lui demander : et vous, quel est votre criminel ?

Or, le législateur n'a précisément jamais décrit de manière expresse son approche théorique du criminel. Tout au plus retrouve-t-on ça et là des éléments se rapportant à certaines doctrines. Aussi est-il impossible d'obtenir une réponse permettant de respecter le schéma ternaire « criminel-fonction-fixation » en ce qui concerne le droit pénal suisse et il est nécessaire de commencer l'étude de la fixation de la peine par un autre angle.

Tout n'est pas perdu cependant. Un rapprochement vers une des pensées exposées dans la Partie I est rendu soutenable par l'étude de la fonction de la peine puis de son principe de fixation. Raison pour laquelle il est d'abord fait état de ces deux sujets avant d'envisager l'éventuel recoupement⁶⁰⁰.

Au préalable, il paraît opportun de circonscrire brièvement ce qu'est la peine en droit suisse. Même s'il existe quantité de propositions à ce sujet, sont néanmoins constatés certains traits communs voire deux tendances d'un point de vue fonctionnel. Nombreux sont les discours autour de la peine mais les rôles qui lui sont assignés le sont eux nettement moins. La rétribution et la prévention du crime occupent en effet clairement le devant de la scène.

Du choix de la fonction découlent les critères applicables. A ce titre, l'art. 47 CP énonce une série non exhaustive d'éléments censés guider le juge vers la quotité de la peine judiciaire exigée par l'infraction commise. Celui-

⁵⁹⁹ RICOEUR, p. 348.

⁶⁰⁰ Cf. Partie II, § 4.

ci prononce ensuite un genre de peine, c'est-à-dire une amende, une peine pécuniaire, un travail d'intérêt général ou une peine privative de liberté.

Une fois le quantum et le genre de peine déterminés, le magistrat procède à la motivation de sa décision. Il énonce avec précision le cheminement emprunté pour y parvenir. Ce moment est crucial puisqu'il permet d'apprécier les « mobiles » du tribunal et de décider, le cas échéant, si un recours est envisageable. Aussi faut-il conclure par l'examen du recours en matière pénale au Tribunal fédéral.

Partie II : La fixation de la peine en droit suisse

§ 1. Généralités

L'ordre juridique prévoit que la violation de certaines obligations ne reste pas sans conséquence. La « sanction » est un type de corollaire qui se conjugue différemment selon le domaine dans lequel s'inscrit ladite violation. Il convient de distinguer la sanction pénale des sanctions relevant du droit public et du droit privé avant d'étudier les deux formes par lesquelles elle se traduit, à savoir la peine et la mesure.

Le terme de sanction vient du latin *sancire* qui signifie « prescrire », c'est-à-dire « ordonner ». On comprend dès lors combien la sanction est liée à une obligation, et plus particulièrement à la transgression de celle-ci. Elle se traduit en général par une contrainte imposée unilatéralement par l'Etat à un individu, contrainte qui lui enjoint d'adopter ou de s'abstenir d'adopter un comportement.

La loi pénale n'a pas le monopole du couple prescription et sanction⁶⁰¹. En matière de responsabilité civile, la violation d'un interdit peut entraîner notamment l'obligation de s'acquitter de dommage-intérêts afin de réparer le préjudice causé. En droit public, la violation des règles régissant l'exploitation d'un établissement public autorise parfois le juge à ordonner la fermeture de celui-ci. En droit criminel finalement, la sanction consiste en la contrainte imposée à une personne à la suite d'une infraction.

En tant que réponse à la criminalité, la sanction « pénale » est qualifiée ainsi dès lors qu'elle présente deux particularités, respectivement matérielle et formelle.

Du point de vue matériel, une sanction pénale n'est prononcée que si des conditions de punissabilité sont remplies. Ces conditions sont au nombre de trois, c'est-à-dire la typicité, la culpabilité et l'illicéité⁶⁰². Pour qu'une

⁶⁰¹ GRAVEN (Précis), n° 4.

⁶⁰² DONATSCH/TAG, p. 78ss ; GRAVEN (Précis), n° 9 ; HURTADO POZO, n° 439ss ; SCHULTZ (I), p. 119ss ; TRECHSEL/NOLL, p. 69ss ; STRATENWERTH (I), § 8, p. 129ss.

sanction soit possible, le juge doit ainsi décider si l'auteur a adopté un comportement prévu par la loi de manière responsable et fautive sans motif justificatif.

En ce qui concerne la condition de typicité, l'activité adoptée doit correspondre à une définition contenue dans la partie spéciale du code ou dans une disposition pénale relevant d'une législation accessoire⁶⁰³. L'art. 1 CP rappelle le principe fondamental qu'il n'y a pas de peine sans loi : *nulla poena sine lege*. Autrement dit, le juge ne prononce de sanction que dans les cas où le comportement coïncide avec un énoncé de fait légal.

Selon la condition de la culpabilité, l'auteur répond de ses actes seulement s'il est responsable et fautif⁶⁰⁴. D'une part, il doit être en mesure d'apprécier le caractère illicite de son acte et de se déterminer d'après cette appréciation⁶⁰⁵. D'autre part, il doit avoir agi de manière coupable, la faute se traduisant par l'adoption du comportement prohibé de façon intentionnelle ou par négligence sans qu'il y ait d'erreur sur les faits ou sur l'illicéité⁶⁰⁶.

Quant à la condition de l'illicéité, elle exige qu'aucun élément ne justifie l'adoption du comportement fautif⁶⁰⁷. Il arrive en effet que la loi notamment commande ou permette l'adoption de l'activité prohibée (art. 14 à 18 CP). Si la personne est au bénéfice d'un fait justificatif, son acte est rendu licite ou la peine est atténuée.

Du point de vue formel, la sanction est dite « pénale » lorsqu'elle est prononcée par une autorité répressive⁶⁰⁸. En effet, il ne faut pas confondre la sanction pénale avec les sanctions juridiques de nature différente (civiles, administratives ou disciplinaires) qui sont rendues par d'autres juridictions.

⁶⁰³ GRAVEN (Précis), n° 12ss ; HURTADO POZO, n° 439ss ; STRATENWERTH (I), § 9, n° 1ss.

⁶⁰⁴ GRAVEN (Précis), n° 115ss ; HURTADO POZO, n° 817ss ; STRATENWERTH (I), § 11, n° 1ss.

⁶⁰⁵ Art. 19 CP.

⁶⁰⁶ Art. 12 al. 2 et 3 CP.

⁶⁰⁷ GRAVEN (Précis), n° 59ss ; HURTADO POZO n° 662ss ; STRATENWERTH (I), § 10, n° 1ss.

⁶⁰⁸ En ce qui concerne la qualification de sanction pénale, il convient de se référer à la définition jurisprudentielle de la Cour européenne des droit de l'homme qui n'est pas limitée par les qualifications internes (TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 485 et 486). Au surplus, le développement de la jurisprudence européenne conduit néanmoins à s'interroger sur l'existence d'une sorte de droit commun de la sanction (PONCELA, p. 38).

Il existe probablement autant de visions de la sanction pénale que d'auteurs. La difficulté est en outre accentuée par le fait que les termes de « peine » et de « sanction » sont utilisés pour désigner un objet tantôt identique tantôt différent.

Au sens large, peine et sanction pénale sont synonymes. Il ne s'agit pas d'opérer une distinction relative au genre de la réaction. Au sens strict, la peine se comprend en revanche comme un type de sanction pénale à disposition du juge. Aux côtés de la mesure, elle constitue l'une des deux réactions répressives prévues par le Code pénal.

Cela étant, il convient en premier lieu d'évoquer quelques traits qui caractérisent la peine au sens strict avant d'opérer la distinction essentielle entre celle-ci et la mesure.

Pour Donatsch et Tag, il est possible d'entrevoir la peine comme la traditionnelle conséquence légitime d'un délit, comme un empiètement sur un bien juridique de l'auteur censé compenser la violation coupable de la loi⁶⁰⁹. Dans ce sens, on peut voir dans la peine des représailles en rapport avec la faute⁶¹⁰.

Schwarzenegger, Hug et Jositsch sont d'avis que la peine est ce qui sanctionne un comportement coupable, illicite et remplissant la définition d'un énoncé de fait légal⁶¹¹. On retrouve ici les trois conditions de punissabilité énoncées ci-dessus.

D'après Stratenwerth, la peine apparaît grossièrement comme une forme particulière de contrainte étatique qui cherche en première ligne à causer un mal à l'intéressé, à lui infliger une perte plus ou moins drastique dans son train de vie⁶¹².

Selon Trechsel et Noll⁶¹³, chaque réaction juridique au crime, que l'on prenne seulement la peine ou la mesure ou une autre réaction répondant à une autre appellation, comprend nécessairement une désapprobation de l'acte commis⁶¹⁴.

⁶⁰⁹ DONATSCH/TAG, p. 7.

⁶¹⁰ *Ibidem*.

⁶¹¹ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 2.

⁶¹² STRATENWERTH (I), § 2, n° 1.

⁶¹³ TRECHSEL/NOLL, p. 28.

⁶¹⁴ Une telle définition semble exclure le cautionnement préventif puisque cette mesure peut être prononcée avant que l'acte ne soit perpétré (art. 66 CP).

Hurtado Pozo considère la sanction comme la conséquence juridique de l'adoption d'un comportement qualifié de délictueux par une incrimination prévue par des normes juridiques édictées par un organe constitutionnellement compétent⁶¹⁵.

Selon Killias, Kuhn, Dongois et Aebi, la sanction pénale se singularise par le fait qu'elle est entre autres une réponse étatique à un comportement fautif qui ne cherche pas à rétablir une quelconque « normalité » puisqu'elle se fixe en fonction du degré de la faute et de la situation personnelle, et non du dommage⁶¹⁶.

Selon Bouloc, le droit pénal définit les agissements considérés comme nuisibles à la société et indique quelles sont les peines auxquelles s'expose celui qui se risquerait à les adopter⁶¹⁷. La peine est dès lors le risque encouru par la personne qui adopte une activité prévue par le droit répressif.

Poncela considère qu'il faut entendre par peine toute sanction liée à une incrimination et prononcée par une juridiction pénale⁶¹⁸.

Kellens définit la peine comme une souffrance imposée par l'autorité à titre de sanction de la violation de règles fondamentales de la vie d'un groupe⁶¹⁹.

Enfin, pour Tulkens et van de Kerchove, la peine est une conséquence juridique prononcée par une juridiction particulière qui frappe un acte conformément au principe de légalité en infligeant une souffrance afin de marquer la réprobation sociale⁶²⁰.

La peine s'appréhende également par ce qu'elle n'est pas. Au-delà des définitions positives, l'approche de celle-ci dépend également du contexte législatif dans lequel elle est implantée. Le droit pénal suisse connaît en effet un système de sanction dualiste⁶²¹. Depuis 1942, le juge peut prononcer non seulement une peine mais également une mesure, les deux relevant d'une dynamique différente.

⁶¹⁵ HURTADO POZO, n° 4.

⁶¹⁶ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 104.

⁶¹⁷ BOULOC, n° 1.

⁶¹⁸ PONCELA, p. 39.

⁶¹⁹ KELLENS, p. 6.

⁶²⁰ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 491ss.

⁶²¹ HURTADO POZO, n° 1516ss ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 1301ss ; SCHULTZ (II), p. 35 ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 21ss ; STRATENWERTH (II), § 1 n° 76ss.

La peine consiste en un reproche fait au délinquant d'avoir enfreint les exigences élémentaires de la vie sociale bien que son intelligence et sa volonté lui eussent permis de les respecter⁶²². Il s'agit d'un jugement négatif porté sur un comportement particulier dont l'étendue est proportionnelle à la faute. Le blâme exprime la condamnation d'une activité dont la traduction dépend de la culpabilité du délinquant.

Quant à la mesure⁶²³, elle s'inscrit dans une toute autre perspective. Alors que la peine est l'expression d'un jugement moral, la mesure tend à protéger la société en cadrant la vie de l'individu. Il s'agit d'un instrument coercitif, sans coloration morale, appliqué à un individu dangereux pour l'ordre social ayant par conséquent besoin d'un traitement spécial⁶²⁴. A ce titre, l'état dangereux du criminel est à la mesure ce que la culpabilité est à la peine⁶²⁵.

Il ne suffit encore pas de délimiter l'objet pour en épuiser la substance. A la lecture des définitions doctrinales, la peine apparaît s'inscrire systématiquement dans une réflexion moins terminologique que philosophique. Les expressions de « violation coupable de la loi », de « comportement coupable », de « mal », de « désapprobation », d'« incrimination », de « comportement fautif », d'« agissements nuisibles » ou de « souffrance » laissent entendre que la réaction punitive est profondément enracinée dans un terreau axiologique dans lequel se cultive la politique répressive.

Toutefois, le législateur n'a jamais décrit expressément son approche théorique du criminel. Tout au plus retrouve-t-on ça et là des éléments se rapportant à certaines doctrines. Aussi est-il impossible de suivre le schéma ternaire « criminel-fonction-fixation ». En revanche, un rapprochement vers une des pensées exposées dans la Partie I est rendu soutenable par l'étude de la fonction de la peine puis de son principe de fixation. Raison pour laquelle il est d'abord fait état de ces deux sujets avant d'envisager l'éventuel recoupement⁶²⁶.

⁶²² GRAVEN (Précis), n° 5 ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 21.

⁶²³ Les autres mesures au sens des art. 66ss CP étant exclues.

⁶²⁴ BOULOC, n° 61 ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 21 ; l'art. 56 al. 1 CP mentionne notamment le danger de récidive (lit. a) et le besoin d'un traitement (lit. b) comme des conditions au prononcé d'une mesure.

⁶²⁵ HURTADO POZO, n° 1615.

⁶²⁶ Cf. Partie II, § 4.

En comparaison avec d'autres domaines de l'ordre juridique, une des particularités du droit pénal tient à ce que le sens et la fonction de la peine ont perpétuellement été remis en question⁶²⁷. Cela provient probablement en partie du fait que les textes législatifs utilisent le mot « peine » depuis deux cents ans sans jamais le définir⁶²⁸. La peine se présente par conséquent comme un kaléidoscope offrant d'infinies combinaisons de finalités⁶²⁹ qui, indépendamment de la définition, font immédiatement surgir une question fondamentale : quelle est la fonction de la peine en Suisse ?

§ 2. La fonction de la peine

I. Terminologie

En tant qu'*ultima ratio*, le droit répressif défend un « minimum éthique »⁶³⁰. La partie spéciale du Code pénal et le droit accessoire protègent un ensemble de valeurs jugées suffisamment essentielles pour qu'il soit nécessaire de réagir à leurs violations. Ces dernières peuvent léser des biens éminemment personnels, comme la vie ou l'intégrité corporelle (art. 111 à 136 CP), mais également des biens collectifs, comme c'est le cas de l'Etat (art. 265 à 278 CP) ou des intérêts de la communauté internationale (art. 264 CP).

En général, l'ordre juridique correspond aux valeurs éthiques dominantes en ce sens que seules les violations graves sont réprimées pénalement⁶³¹. Ce n'est qu'à partir d'une certaine intensité que les atteintes aux biens juridiquement protégés deviennent punissables. Ainsi il existe des comportements qui certes lèsent l'intégrité physique mais qui n'excèdent pas ce qu'il est admis de supporter selon l'usage courant et les habitudes sociales et, partant, qui ne sont pas susceptibles d'entraîner une peine⁶³².

⁶²⁷ TRECHSEL/NOLL, p. 14.

⁶²⁸ LANGUIN/KELLERHALS/ROBERT, p. 2.

⁶²⁹ LANGUIN/KELLERHALS/ROBERT, p. 6.

⁶³⁰ GRAVEN (Précis), n° 5.

⁶³¹ ATF 99 IV 185, JT 1974 IV 130 ; ces considérations ne sont pas sans rappeler celles de Durkheim à propos l'intensité de la violation des sentiments communément partagés (cf. Partie I, § 3, XIV, ch. 1).

⁶³² ATF 117 IV 14 ; ce n'est pas sans rappeler l'approche durkheimienne de l'intensité des sentiments communs.

Dès lors que la violation est jugée suffisamment intense, la répression s'articule autour de la rétribution ou de la prévention. Il convient de revenir brièvement sur ces termes et leur signification, cette fois-ci sous l'angle du droit positif suisse.

La rétribution consiste à restituer à l'auteur un dû⁶³³. En droit criminel, la restitution se mesure en fonction de l'appréciation de l'infraction. L'art. 47 al. 2 CP commande que la peine soit fixée notamment selon la gravité de la lésion ou de la mise en danger, le caractère répréhensible de l'acte et les motivations de l'auteur. Cette logique relève des théories punitives dites « absolues » (*die absolute Straftheorien*), développées en particulier par Kant et Hegel⁶³⁴. L'expiation (*die Sühne*) ou la rétribution (*die Vergeltung*) y tiennent une place importante⁶³⁵. Elles permettent en effet à l'auteur de s'acquitter de sa dette ou de purger sa faute (*die Schuld*)⁶³⁶. Il n'est ici pas question de provoquer un quelconque effet dans l'avenir ou alors de manière très secondaire.

En opposition aux théories absolues s'élèvent les théories dites « relatives » (*die relative Straftheorien*) qui tendent moins à compenser un mal par un mal qu'à produire des effets dans l'avenir (*die Zweckstrafe*)⁶³⁷. Bentham, Lombroso et Durkheim figurent notamment parmi les partisans de cette pensée⁶³⁸. Dans cette logique, on distingue la prévention et la resocialisation.

En matière de prévention du crime (*die Prävention* ou *die Vorbeugung*), on cherche à ce que l'infraction ne soit plus commise de deux manières : soit par le biais de l'intimidation tant des autres membres du groupe (intimidation générale) que de l'auteur (intimidation spéciale), soit par la resocialisation de ce dernier.

On parle de l'effet d'intimidation « générale » (ou de prévention générale⁶³⁹) à propos de peines censées dissuader tout un chacun de

⁶³³ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 538 et 539 ; VAN DE KERCHOVE (Sens), p. 159ss.

⁶³⁴ HURTADO POZO, n° 26 ; SCHULTZ (I), p. 42 ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 7 ; TRECHSEL/NOLL, p. 17 ; cf. également Partie I, § 3, X et XII.

⁶³⁵ WIPRÄCHTIGER, n° 37ss.

⁶³⁶ STRATENWERTH (I), § 2, n° 8ss.

⁶³⁷ HURTADO POZO, n° 27 ; SCHULTZ (I), p. 42ss ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 10 ; TRECHSEL/NOLL, p. 17ss ; VAN DE KERCHOVE (Sens), p. 181ss.

⁶³⁸ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 11ss ; WIPRÄCHTIGER, n° 40 ; cf. également Partie I, § 3, IX, XIII et XIV.

⁶³⁹ « *Die Generalprävention* ».

commettre la même infraction que celle commise par l'auteur⁶⁴⁰. A ce niveau, l'intimidation repose sur deux hypothèses issues d'une approche hédoniste⁶⁴¹ : la sévérité et la certitude de la peine préviennent le crime⁶⁴². D'une part, on présume que plus la peine est sévère, plus on s'abstiendra de commettre l'infraction. D'autre part, il est supposé que plus l'infliction de la peine est certaine, plus on évitera de réaliser l'acte incriminé. Autrement dit, l'intimidation générale tend à la dissuasion de tous, en amont de l'infraction par l'institution d'une peine-menace dans la loi et en aval par le prononcé d'une peine particulière dans un cas d'espèce.

Quant à l'intimidation « spéciale » (*die Spezialprävention*), elle comprend toutes les peines qui tendent à intimider un individu en particulier⁶⁴³. D'aucuns parlent à ce propos de prévention spéciale « négative » (*die negative Spezialprävention*)⁶⁴⁴. Tandis que l'intimidation générale consiste en la dissuasion des autres, l'intimidation spéciale vise le comportement d'une personne en particulier. Dans cette optique, le juge tient compte lors de la fixation de la peine de facteurs antérieurs à l'infraction faisant apparaître la faute plus ou moins grave et partant nécessitant une intimidation plus ou moins sévère. A ce titre, l'art. 47 al. 1 CP prévoit que le juge considère les antécédents judiciaires afin de donner une bonne leçon « personnalisée » à l'auteur : la faute de celui-ci paraît plus lourde dès lors qu'il ne s'agit pas de sa première infraction. Inversement, celui qui viole la loi pénale se voit infliger une peine plus légère que le récidiviste. C'est pourquoi la prévention spéciale tend moins à la rééducation qu'au respect des attentes comportementales⁶⁴⁵.

On parle de resocialisation (*die Resozialisierung*) à propos d'une peine qui tend à la réadaptation du comportement social de l'individu, notamment par le biais d'une augmentation de sa capacité à vivre sans commettre de nouvelles infractions⁶⁴⁶. D'aucuns parlent à ce propos de prévention spéciale « positive » (*die positive Spezialprävention*)⁶⁴⁷. De la sorte, la peine est fixée de manière à rendre possible un amendement de sa part tout

⁶⁴⁰ KILLIAS (Criminologie), n° 1001ss ; STRATENWERTH (I), § 2 n° 20ss ; TRECHSEL, n° 8 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 531 ; WIPRÄCHTIGER, n° 42ss.

⁶⁴¹ Celle-ci étant largement inspirée par les théories benthamiennes (cf. Partie I, § 3, IX).

⁶⁴² KILLIAS (Criminologie), n° 1003.

⁶⁴³ KILLIAS (Criminologie), n° 1101ss ; STRATENWERTH (I), § 2 n° 16ss ; TRECHSEL, n° 11 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 531 ; WIPRÄCHTIGER, n° 44ss.

⁶⁴⁴ Cf. WIPRÄCHTIGER, n° 45.

⁶⁴⁵ WIPRÄCHTIGER, n° 48.

⁶⁴⁶ Cf. HURTADO POZO, n° 28 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 534.

⁶⁴⁷ Cf. WIPRÄCHTIGER, n° 46.

en garantissant la sécurité publique. Pour ce faire, le juge pondère par exemple son appréciation selon l'effet de la peine sur l'avenir de l'auteur (art. 47 al. 1 CP).

La classification des fonctions de la peine peut s'illustrer conformément au tableau ci-dessous :

Rétribution	Prévention		
Restitution à l'auteur de ce qu'il mérite compte tenu de son infraction	Intimidation		Renforcement du lien social
	Générale ⁶⁴⁸	Spéciale ⁶⁴⁹	Resocialisation ⁶⁵⁰

La coexistence des fonctions ne s'établit pas sans tension, chacune se trouvant parfois en contradiction avec une autre⁶⁵¹.

Sous l'angle rétributif, la resocialisation est vivement critiquée⁶⁵². Celle-ci pourrait en effet heurter gravement le principe de proportionnalité entre l'acte et la sévérité de la peine en conduisant à un « programme totalitaire »⁶⁵³. Il serait en effet possible de prononcer une peine longue afin de permettre la correction de l'individu alors que son infraction est insignifiante⁶⁵⁴. En outre, une question se pose lorsqu'il n'est pas possible de resocialiser : comment faut-il réagir ? Tel serait par exemple le cas de la personne dont les facultés cognitives ou volitives sont déficientes, comme c'est le cas des irresponsables, du délinquant occasionnel dont l'infraction n'est qu'une erreur de parcours, ou de l'individu qui s'y refuse tout simplement.

Sous l'angle de la resocialisation, la rétribution et l'intimidation n'apparaissent pas comme le moyen le plus efficace pour éviter la récidive. Lorsqu'elle est proportionnée à la faute, la peine n'est pas un instrument suffisamment raffiné. Ainsi fixée, elle ne tient pas compte de facteurs

⁶⁴⁸ Ou prévention générale.

⁶⁴⁹ Ou prévention spéciale négative.

⁶⁵⁰ Ou prévention spéciale positive.

⁶⁵¹ HURTADO POZO, n° 30.

⁶⁵² ROXIN, § 3 n° 19 ; STOECKLIN, p. 52ss.

⁶⁵³ GISEL-BUGNION (Individualisation), p. 162.

⁶⁵⁴ WIPRÄCHTIGER, n° 49.

essentiels en vue de prévenir la récidive chez un délinquant, notamment de sa situation professionnelle au moment du jugement.

Au terme de ces précisions terminologiques, il convient de déterminer la place de chaque fonction au sein du système pénal. À cet égard, il s'agit de distinguer la fonction telle qu'elle est envisagée sur le plan législatif ou sur le plan jurisprudentiel⁶⁵⁵. Dans l'une ou l'autre optique, elles ne se confondent effectivement pas.

L'élaboration du Code pénal mérite dans un premier temps d'être étudiée afin de mieux en cerner l'esprit. La disposition déterminant les critères de fixation découle des fonctions retenues par la politique criminelle au moment de la rédaction.

Il importe dans un second temps de faire état de la jurisprudence afin de constater comment les intentions ont été traduites en pratique. Avec le temps, le Tribunal fédéral a en effet dégagé de la loi plusieurs fonctions de la peine en procédant à une quasi hiérarchisation.

II. Selon la loi

Le Code pénal connaît un système répressif instituant les peines et les mesures. La coexistence de ces deux types de sanctions est issu du refus de son rédacteur, Carl Stooss, de choisir entre un système purement rétributif ou préventif⁶⁵⁶. Ce refus a été renouvelé lors de la modification de la partie générale du Code pénal entrée en vigueur le 1 janvier 2007 puisque le système de sanction des peines et des mesures a été maintenu sous réserve de certaines modifications.

Dans un débat tirillé entre l'école classique et l'école italienne⁶⁵⁷, Stooss opte pour une ingénieuse unité fonctionnelle plutôt que d'exclure une sanction dans la lutte contre la criminalité⁶⁵⁸. Il procède à une codification mettant à disposition du juge les deux sanctions, peines et mesures (système dit de « double-voie »⁶⁵⁹). Il est ainsi permis de recourir à leur fonction

⁶⁵⁵ Dans ce sens, voir également STOECKLIN, p. 23.

⁶⁵⁶ A propos de la politique criminelle de Stooss, cf. GSCHWEND, p. 26-56 ; KAENEL, p. 10ss. ; RUSCA, p. 7ss ; cf. également ANCEL (Défense), p. 227.

⁶⁵⁷ La première peut être incarnée par les considérations de Beccaria et de Bentham tandis que la seconde s'inspire des pensées de Garofalo, Ferri et Lombroso.

⁶⁵⁸ Pour plus de détails, cf. RUSCA, p. 9ss.

⁶⁵⁹ Pour une présentation plus détaillée du système, cf. ANCEL (Défense), p. 227.

respective même si cette possibilité de choisir, une nouveauté absolue à l'époque⁶⁶⁰, fut nettement critiquée, notamment par les esprits conservateurs encore nombreux⁶⁶¹.

Jusqu'à l'introduction de la double-voie, le juge pénal disposait uniquement de la peine en tant que moyen d'expiation de la faute. Il ne pouvait pas prononcer de mesures, celles-ci relevant d'une autorité administrative. Il signalait tout au plus à celle-ci l'opportunité d'en ordonner une.

Le système stoossien se construit donc entre deux pôles, c'est-à-dire entre la culpabilité et l'état dangereux⁶⁶². Alors que l'état coupable réclame une peine, la dangerosité nécessite le prononcé d'une mesure. Le magistrat reçoit par conséquent la compétence d'ordonner une mesure.

Premier système dualiste, le Code pénal suisse envisage la peine comme la réaction principale de la société face à l'auteur d'une infraction : *poena est malum actionis quod infligitur ob malum passionis*. La punition reste la sanction pénale applicable à une majorité de délinquants. Celui qui enfreint une interdiction encourt principalement une réaction punitive, c'est-à-dire l'imposition d'une souffrance⁶⁶³. Stooss abonde dans ce sens en considérant que « *das Wesen der Strafe ist Vergeltung, das heisst Auferlegung eines Leidens an den Schuldigen* »⁶⁶⁴. Le fondement de la peine repose dans l'immoralité de l'acte et dans la culpabilité de l'auteur⁶⁶⁵ : « *Die Grundlage der Verbrecherischkeit und der Strafbarkeit bleibt die Unsittlichkeit der Handlungsweise des Täters. Fehlt diese, so kann weder von einem Verbrechen noch von einer Bestrafung des Täters die Rede sein. Nur schuldhafte Handlung kann ein Verbrechen sein* »⁶⁶⁶.

Hormis l'aspect rétributif, force est de constater que la peine présente également une coloration de prévention. Entorse est ici faite au rétributivisme pur selon lequel la peine juste ne saurait poursuivre un but. Dans la construction stoossienne, même si la peine est d'essence rétributive, elle doit tendre à endiguer la criminalité⁶⁶⁷ : « *Auch die Strafgesetzgebung der Gegenwart beruht auf dem Gedanken, dass Unrecht*

⁶⁶⁰ RUSCA, p. 42.

⁶⁶¹ GSCHWEND, p. 38 et 39 ; RUSCA, p. 23ss.

⁶⁶² RUSCA, p. 42.

⁶⁶³ RUSCA, p. 75.

⁶⁶⁴ STOOSS (Kriminalpolitik), p. 229.

⁶⁶⁵ RUSCA, p. 75.

⁶⁶⁶ STOOSS (Grundlagen), p. 270.

⁶⁶⁷ STRATENWERTH (I), § 1 n° 18 ; RUSCA, p. 76.

dem Täter vergolten werden muss. Die Geschichte des Strafrechts lehrt aber, dass der Staat die Vergeltung an dem Uebelthäter nicht als Selbstzweck ausübt, die Vergeltung steht vielmehr im Dienste des staatlichen Rechtsschutzes »⁶⁶⁸.

Hormis celui propre aux sanctions, la législation pénale connaît également une autre forme de dualisme. Les deux fonctions de la peine se retrouvent en effet exprimées dans la disposition relative à la fixation de la peine (art. 63 aCP), les critères mentionnés se rapportant tantôt à l'une tantôt à l'autre. Partant, de la coexistence au sein même d'une seule disposition des dynamiques de rétribution et de prévention est née la théorie mixte ou unitaire de la peine (*die Vereinigungstheorien*)⁶⁶⁹.

Ainsi, jusqu'en 2007, le juge fixe la peine d'après la culpabilité du délinquant, en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle du délinquant⁶⁷⁰. Il prend également en considération sa personnalité au moment de la fixation de la peine⁶⁷¹. Autrement dit, la répression est individualisée non seulement selon la gravité de l'infraction mais également selon l'auteur afin de satisfaire un but de prévention.

En revanche, lors de l'exécution de la peine privative de liberté, la rétribution cède la place à un régime préventif qui, plus tard, se traduit formellement par la resocialisation. Il ne s'agit plus d'infliger au condamné une souffrance proportionnelle à la gravité de son acte mais de le redresser⁶⁷²; raison pour laquelle plusieurs principes généraux sont formulés dans le Code de 1937 : séparation des condamnés selon le sexe et la peine encourue, isolement pendant la nuit et application d'un régime progressif s'achevant par une libération conditionnelle pour des peines d'une certaine durée. L'éducation au travail joue enfin un rôle essentiel. Celle-ci est considérée comme « le moyen principal de ramener le condamné sur le droit chemin et de le mettre en état d'y rester »⁶⁷³.

Il n'en demeure pas moins que la peine se révèle parfois inefficace sur certains délinquants. Une mesure de sûreté paraît dès lors se justifier. C'est pourquoi le système stoossien prévoit la possibilité de substituer la mesure à la peine : « Là où la peine n'a pas de prise sur le délinquant, elle sera

⁶⁶⁸ STOOSS (Geist), p. 270.

⁶⁶⁹ HURTADO POZO, n° 30.

⁶⁷⁰ FF 1918 p. 139.

⁶⁷¹ RUSCA, p. 47.

⁶⁷² GISEL-BUGNION (Individualisation), p. 158ss ; RUSCA, p. 83.

⁶⁷³ FF 1918 p. 15.

remplacée par une mesure »⁶⁷⁴. Celle-ci ayant une fonction essentiellement protectrice pour la société, elle est utilisée à titre exceptionnel face à des individus « inaccessibles » à la punition⁶⁷⁵. Dans ce contexte, il convient d'abord de qualifier le délinquant de « punissable » (*strafbar*) avant de décider de la sanction à appliquer. La notion de responsabilité pénale offre alors une première indication en ce qui concerne la sanction à laquelle il s'expose⁶⁷⁶. Si l'auteur est irresponsable, seule une mesure est envisageable. En revanche, le juge peut prononcer une peine et une mesure, notamment lorsque la responsabilité pénale est diminuée en raison d'un trouble nécessitant une prise en charge particulière. Malgré l'altération de ses facultés, il demeure *strafbar*.

Le Code pénal suisse de Stooss marque un progrès fulgurant dans la réflexion en matière répressive. Sa construction s'opère autour d'une conception relative de la peine. Le fondement du droit de punir ne réside pas dans un impératif catégorique abstrait mais dans une nécessité commandée par les besoins de la société.

En tant qu'*ultima ratio*, le droit pénal ne s'intéresse qu'aux atteintes juridiques réclamant une protection particulière, laissant ainsi une place prépondérante à la réparation civile. Or la vision relative et utilitaire de la peine n'est pas une originalité de la pensée stoossienne puisqu'elle remonte déjà aux idées contractualisantes de Beccaria et peut-être même plus loin encore dans le temps⁶⁷⁷.

Le terme de « resocialisation » n'apparaît pas lors de l'élaboration du code. Une des raisons de cette absence vient du fait qu'il est employé probablement pour la première fois par le courant de la Défense sociale, mouvement qui n'a trouvé un véritable écho législatif qu'au lendemain de la seconde Guerre mondiale. Toutefois, l'exécution de la peine privative de liberté tendait déjà, sous l'égide de l'ancien code, à exercer sur le détenu une action éducative et à préparer son retour à la vie libre⁶⁷⁸.

Lors de la révision de la partie générale du code entrée en vigueur en 2007, la fonction resocialisante est officiellement adoptée. Le Conseil fédéral précise effectivement que « le point le plus important de la révision est la nouvelle réglementation du système des sanctions. Celui-ci devra

⁶⁷⁴ RUSCA, p. 47.

⁶⁷⁵ FF 1918 p. 17.

⁶⁷⁶ RUSCA, p. 35.

⁶⁷⁷ RUSCA, p. 77.

⁶⁷⁸ Art. 37 ch. 1 al. 1 aCP.

contribuer, plus qu'à l'heure actuelle, à protéger la société en empêchant autant que possible la commission d'infractions. Le projet part du principe que la sécurité est assurée avant tout par l'amendement des coupables, sans perdre de vue que dans certains cas, des limites étroites sont posées aux efforts de resocialisation »⁶⁷⁹.

En outre, et comme le Tribunal fédéral le rappelle, la modification n'amène en effet pas seulement le législateur à désigner la resocialisation comme but de la peine privative de liberté mais également à étendre le sursis en tant qu'institution aspirant à la prévention⁶⁸⁰.

À la lumière du système de la théorie unitaire de la peine, son rôle à la fois rétributif et préventif apparaît plus clairement dans la disposition instituant le mode de fixation. L'art. 63 aCP disposait en effet que le juge fixait la peine d'après la culpabilité du délinquant, en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle de ce dernier.

La coexistence des mobiles et des antécédents de l'auteur en tant que composants de la culpabilité est une première preuve de la tension implicite, voire de la confusion, dans laquelle s'inscrit la peine en servant à la fois les buts de rétribution et de prévention spéciale. Plus les mobiles sont répréhensibles, plus la peine est lourde. En revanche, s'il s'agit d'une première condamnation, la prise en compte des antécédents tempère la sévérité de la rétribution. Le but de prévention spéciale adoucit ainsi la fonction rétributive.

Lors de la révision de la partie générale du CP, la disposition a été remaniée.

L'art. 47 al. 1 première phrase CP impose désormais au juge de fixer la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération ses antécédents, sa situation personnelle ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (art. 47 al. 1 seconde phrase CP).

En ce qui concerne la culpabilité, celle-ci est notamment déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par

⁶⁷⁹ FF 1999 p. 1792.

⁶⁸⁰ « Dies bringt der Gesetzgeber nicht nur mit der Bezeichnung der Resozialisierung als Ziel des Strafvollzuges zum Ausdruck (art. 75 Abs. 1 Satz 1 StGB), sondern auch mit der Ausweitung des bedingten Strafvollzugs als ausgesprochen spezialpräventive Einrichtung » (ATF 134 IV 12). On voit ici que le Tribunal fédéral utilise la prévention spéciale et la resocialisation comme des fonctions identiques ce qui pourrait entraîner une confusion entre les deux termes. A ce titre, il conviendrait d'ajouter le qualificatif de « positive » après le terme de prévention (cf. WIPRÄCHTIGER, n° 45 et 46).

le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 al. 2 CP).

D'un point de vue structurel, la disposition souligne dorénavant expressément la tension des fonctions.

D'une part, la culpabilité fait l'objet d'un traitement plus précis. La loi fournit une série d'exemples des critères entrant en ligne de compte afin d'évaluer la sévérité de la rétribution.

D'autre part, les antécédents et la situation personnelle ont été extraits de la culpabilité. Ils ne figurent en effet pas à l'art. 47 al. 2 CP mais sont mentionnés aux côtés de l'effet de la peine sur l'avenir de l'auteur en tant qu'élément propre de la prévention (art. 47 al. 1 CP).

La nouvelle rédaction peut être interprétée de deux manières : le maintien du statu quo ou la marque d'une nouvelle orientation en matière répressive.

Selon le législateur, la fixation de la peine ne subit pas de modification fondamentale de sorte qu'elle n'a été qu'affinée⁶⁸¹. En ce sens la doctrine estime que la culpabilité reste le critère essentiel lors de l'individualisation judiciaire malgré la révision de la partie générale⁶⁸². Les considérations de prévention sont simplement exprimées de façon plus forte dans la loi. En consacrant par exemple « l'effet de la peine sur l'avenir de l'auteur », la législation reprend la jurisprudence selon laquelle le juge doit éviter les sanctions qui pourraient détourner l'intéressé de l'évolution souhaitable⁶⁸³. Ces considérations ne doivent toutefois conduire qu'à des corrections marginales⁶⁸⁴.

Or, il est possible d'entrevoir une autre interprétation sous le couvert d'un unique raffinement par le biais des méthodes littérale, systématique, historique et téléologique.

Par sa nouvelle rédaction, l'art. 47 al. 1 CP opère une distinction entre l'appréciation de la culpabilité (art. 47 al. 2 CP) et celle des éléments personnels extrinsèques à l'infraction que sont les antécédents, la situation

⁶⁸¹ FF 1999 p. 1866.

⁶⁸² HÄRRI, p. 212 ; HURTADO POZO, n° 1522 ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 89ss ; STRATENWERTH (II), § 6, n° 6ss ; WIPRÄCHTIGER, n° 10ss.

⁶⁸³ ATF 127 IV 101 ; ATF 128 IV 79.

⁶⁸⁴ ATF 6B.14/2007 du 17 avril 2007 et auteurs cités.

personnelle de l'auteur et l'effet de la peine sur son avenir (art. 47 al. 1 seconde phrase CP). Que ce soit dans la version française, allemande ou italienne, le texte place la culpabilité d'une part et les autres éléments d'autre part, en les séparant par un point sans pour autant introduire une hiérarchie entre ces critères. Il n'y a par exemple pas de locution telle que « au surplus » entre la première et la seconde phrase.

Sous un angle légistique, la loi pose les principes à l'al. 1 avant de spécifier à l'al. 2 ce qu'il faut entendre par le terme de « culpabilité ». Rien ne laisse ici penser que le mécanisme implique la domination d'une fonction sur l'autre. L'interprétation menant au statu quo n'est à tout le moins pas soutenue par la systématique de la disposition. La fixation de la peine aurait ainsi tendance à s'émanciper du principe de la seule culpabilité⁶⁸⁵.

Il semble même soutenable d'aller plus loin en affirmant que la culpabilité n'est plus le critère essentiel lors de la fixation de la peine sur le plan législatif⁶⁸⁶. Lors de la nouvelle de 2007, le législateur a en effet souhaité que le juge ne soit « pas contraint d'infliger la peine correspondant à la culpabilité de l'auteur s'il y a lieu de prévoir qu'une peine plus clémente suffira à le détourner de commettre d'autres infractions »⁶⁸⁷. A la lecture du Message du Conseil fédéral, l'art. 47 al. 1 CP abolit par conséquent une quelconque soumission de la prévention à la rétribution. Au contraire, lors de la fixation, le juge pourrait désormais prononcer une peine qui, au regard de la faute seule, paraît trop clémente mais dont la nature se justifie amplement par la présence d'une majorité d'éléments propres à la prévention du crime.

Enfin, d'un point de vue téléologique, il est affirmé que le droit pénal tend moins à rétribuer que prévenir la commission de nouvelles infraction⁶⁸⁸. Aussi la protection de l'intérêt public doit-elle s'obtenir par une logique préventive plutôt que punitive. La peine peut donc, sans violer le droit fédéral, ne pas se confondre avec une punition retournant avec exactitude contre l'auteur la lourdeur de sa faute.

Dans la balance de la justice pénale suisse, la rétribution et la prévention semble avoir à l'avenir à tout le moins le même poids.

⁶⁸⁵ Dans ce sens cf. KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 1210 ; MAHAIM, p. 236 ; PAREIN/VUILLE, p. 141.

⁶⁸⁶ PAREIN/VUILLE, p. 141.

⁶⁸⁷ FF 1999 p. 1866.

⁶⁸⁸ ATF 129 IV 164 et références citées.

III. Selon la jurisprudence

Malgré les intentions déclarées de Stooss, la fonction punitive n'est pas expressément mentionnée dans le code. Ce fait n'est peut-être pas surprenant puisque ne s'y trouve pas non plus une définition de la peine. Il s'agit peut-être d'un oubli opportun. Cette possible lacune permet en effet de « jongler » avec les différentes fonctions selon la politique répressive en vogue. Le Tribunal fédéral ne s'est d'ailleurs pas privé de cette opportunité puisqu'il a souligné avec le temps des fonctions très variées conférant ainsi à la peine un rôle flottant voire éclaté.

Jusqu'à la fin des années cinquante, le Tribunal fédéral s'est référé essentiellement à la fonction expiatoire de la peine⁶⁸⁹. L'exécution de la peine doit faire taire la vindicte populaire et faciliter ainsi la réinsertion sociale du condamné⁶⁹⁰. A notamment deux reprises, notre Haute Cour insiste même sur le caractère désagréable que la peine doit avoir en cassant une décision qui fixait une amende à un montant inférieur au produit réalisé par l'infraction⁶⁹¹. En outre, les arrêts relatifs aux peines du droit des mineurs sont également l'occasion de rappeler que l'expiation et la rétribution n'ont que peu d'importance en la matière, sous-entendant *a contrario* leur importance en droit pénal des adultes⁶⁹².

A partir des années soixante, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence en intensifiant les références à la fonction de prévention, respectivement à celle de prévention générale⁶⁹³ et à celle de prévention spéciale⁶⁹⁴, cette dernière étant entendue au sens négatif du terme⁶⁹⁵. Il a par la suite donné la prédominance à la prévention spéciale qui doit néanmoins respecter les exigences minimales de prévention générale⁶⁹⁶.

⁶⁸⁹ ATF 73 IV 10 ; 73 IV 80 ; 77 IV 134 ; 90 IV 60 ; 94 IV 58 ; 102 IV 73 ; 105 IV 86.

⁶⁹⁰ ATF 71 IV 130.

⁶⁹¹ ATF 75 IV 46 ; 76 IV 298 ; un tel reproche n'est pas sans rappeler celui de Hobbes à l'égard du « prix du crime » (cf. Partie I, § 3, VI, ch. 2).

⁶⁹² ATF 94 IV 58.

⁶⁹³ ATF 73 IV 80 ; 74 IV 138 ; 79 IV 69 ; 80 IV 14 ; 88 IV 6 ; 90 IV 263 ; 91 IV 60 ; 91 IV 117 ; 107 IV 63.

⁶⁹⁴ ATF 74 IV 138 ; 90 IV 60.

⁶⁹⁵ La prévention spéciale « négative » revient à une intimidation personnalisée tandis que la prévention spéciale « positive » est synonyme de resocialisation (cf. Partie II, § 2, ch. 1).

⁶⁹⁶ ATF 118 IV 340 ; 119 IV 126 ; 120 IV 4 ; 121 IV 101 ; 122 IV 59 ; 124 IV 195.

Enfin, dès les années septante, les juges de Mon Repos ont commencé à évoquer la resocialisation⁶⁹⁷. À une occasion, ils en ont même fait, de manière isolée et fort surprenante, le but premier de la peine⁶⁹⁸.

Aujourd'hui, la dynamique punitive ne revient plus à l'infliction d'un mal dans un but d'expiation. Le Tribunal fédéral affirme effectivement que la prévention de la récidive constitue la finalité principale de la peine⁶⁹⁹. Le droit pénal ne vise pas en première ligne la rétribution mais la prévention du crime (*Verbrechensverhütung*)⁷⁰⁰. C'est pourquoi les sanctions qui garantissent l'amélioration ou le soin de l'auteur doivent être prononcées et il faut éviter autant que possible celles qui sont contraires à la prévention du crime⁷⁰¹. A ce titre, il convient de réduire ou de renoncer à une créance compensatrice pour le motif que celle-ci compromettrait la réinsertion du condamné⁷⁰². La resocialisation ou la prévention spéciale positive est ainsi consacrée.

Dans ce contexte, la prévention spéciale positive et la prévention générale peuvent entrer en conflit car leurs buts respectifs peuvent appeler des sanctions différentes, la solution ne se laissant ainsi pas trouver sur la base de l'un ou l'autre but⁷⁰³. Les objectifs ne sont d'ailleurs pas incompatibles, mais forment plutôt une relation complexe dans laquelle ils se complètent réciproquement et par laquelle l'un ou l'autre critère est plus fortement marqué⁷⁰⁴. Il faut dès lors procéder à une balance des différentes finalités de la peine. La prévention spéciale positive et la prévention générale doivent être soupesées l'une par rapport à l'autre et placées dans une hiérarchie où cette forme de prévention spéciale a en principe la préférence⁷⁰⁵. Des considérations de prévention générale, intervenant à titre secondaire, ne sont cependant pas exclues par la jurisprudence⁷⁰⁶.

Dans sa version la plus récente, la jurisprudence semble corroborer la seconde interprétation du nouveau texte légal. Le droit pénal ne vise pas en

⁶⁹⁷ ATF 98 IV 4 ; 98 IV 202 ; 105 IV 167.

⁶⁹⁸ ATF 98 IV 202.

⁶⁹⁹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 1218 ; WIPRÄCHTIGER, n° 52.

⁷⁰⁰ ATF 124 IV 248 ; ATF 129 IV 163 ; ATF 134 IV 12.

⁷⁰¹ ATF 118 IV 340 ; ATF 119 IV 126.

⁷⁰² ATF 122 IV 299, JT 1998 IV 38.

⁷⁰³ ATF 124 IV 248.

⁷⁰⁴ ATF 124 IV 248.

⁷⁰⁵ ATF 134 IV 12 ; cf. également QUELOZ/HUMBERT, n° 9.

⁷⁰⁶ ATF 107 IV 63 ; ATF 116 IV 290.

première ligne la rétribution mais la prévention du crime⁷⁰⁷, la seconde ayant à tout le moins le même poids. En outre, les décisions semblent même aller encore plus loin en renversant l'ancien lien hiérarchique entre la prévention et la rétribution. Désormais, la première semble primer la seconde⁷⁰⁸.

IV. Critiques

La détermination d'une seule et unique fonction de la peine en Suisse est un exercice impossible. Les efforts entrepris se brisent en effet sur deux écueils probablement propres à la théorie mixte ou unitaire voulue par Stooss.

D'une part, la première difficulté vient du fait qu'il n'existe pas une mais plusieurs fonctions de la peine. On parle de rétribution, d'intimidation générale, d'intimidation spéciale ou de resocialisation. Ces fonctions évoluent d'ailleurs de manière différente selon que l'on se place d'un point de vue législatif ou jurisprudentiel.

D'autre part, le discours sur le rôle de la peine est incohérent, et ceci à tout le moins pour trois raisons.

Une première cause tient à la nature du discours actuel qui est le produit d'une superposition des discours antérieurs. Aucun effort n'a en effet été entrepris pour ordonner les différents rôles. Le code ne prévoit pas expressément le but de la peine ou ne l'évoque qu'indirectement. Le terme de « resocialisation » n'apparaît par exemple qu'en toile de fond et encore, en ce qui concerne l'exécution de la peine privative de liberté à l'art. 75 CP.

Une deuxième cause réside dans la perméabilité des strates. Il est encore fréquemment fait usage de fonctions qui semblent aujourd'hui pour le moins dépassées au regard de la jurisprudence. Le droit pénal a beau ne pas viser en première ligne la rétribution mais la prévention du crime⁷⁰⁹, il n'en demeure pas moins que la culpabilité continue à être le critère essentiel lors de la fixation de la peine et ce conformément aux exigences du rétributivisme.

⁷⁰⁷ ATF 134 IV 12.

⁷⁰⁸ En ce sens, cf. HURTADO POZO, n° 32 et auteurs cités.

⁷⁰⁹ ATF 124 IV 248 ; ATF 129 IV 163 ; ATF 134 IV 12.

Enfin, l'absence de nuance est une troisième source d'incohérence. La question de la fonction est généralement traitée sans raffinement, c'est-à-dire indifféremment du moment auquel elle se pose et du type de peines.

En ce qui concerne l'élément temporel, la peine occupe une fonction différente au moment du prononcé et au moment de l'exécution. L'exemple le plus parlant est celui de la peine privative de liberté : tandis que la fixation de la durée dépend essentiellement de la faute⁷¹⁰, la sévérité du régime d'exécution d'une peine ferme n'est pas directement proportionnelle à la gravité de l'infraction⁷¹¹. Au surplus, confusion est ainsi faite entre la théorie sur la rétribution qui en principe s'attache essentiellement à légitimité du droit de punir de l'Etat et la théorie sur la prévention qui revient en général à une prise de position quant à la finalité de la peine et des ses modalités d'exécution⁷¹². Aussi existe-t-il une incohérence fondamentale entre la fonction et la fixation de certains types de peine, laquelle n'émerge véritablement qu'au terme de l'étude des critères de fixation.

Quant au genre de peines, la peine pécuniaire, l'amende, le travail d'intérêt général et la peine privative de liberté relèvent chacune d'une dynamique particulière. On voit bien en quoi le travail d'intérêt général et la peine privative de liberté peuvent resocialiser. La peine pécuniaire et l'amende ne raffermissent en revanche que très secondairement les liens sociaux du condamné, ces peines étant avant tout rétributives. Dès lors que ces dernières diminuent le revenu disponible en exigeant un sacrifice financier, il se peut même qu'elles soient désocialisantes dans certains cas, notamment lorsque la situation personnelle de l'auteur se péjore gravement par le paiement de la somme due.

Rechercher *la* fonction de la peine, c'est poursuivre au final quelque chose qui n'existe pas. Pour être en mesure de dégager une règle, il faudrait en effet qu'il y ait eu au préalable une volonté de fixer une ligne directrice. Or l'exercice revient en l'espèce à tenter de rendre cohérent un ensemble dont l'harmonie n'a jamais été une véritable préoccupation. Le législateur n'a par exemple pas saisi l'opportunité de clarifier le sujet lors de la révision de la partie générale. L'échec de la recherche était par conséquent prévisible.

⁷¹⁰ ATF 6B.14/2007 du 17 avril 2007.

⁷¹¹ Il serait possible de trouver un lien entre la faute et la sévérité du régime d'exécution lorsque par exemple, le nombre de jours, fonction en partie de la culpabilité, est compatible avec l'exécution de la peine privative de liberté en semi-détention, c'est-à-dire en présence d'une peine de six mois à un an (art. 77b CP).

⁷¹² En ce sens, cf. HURTADO POZO, n° 29.

Il était néanmoins nécessaire de s’y essayer. Non pas pour arrêter une vérité officielle et définitive. Le caractère décousu du discours révèle l’absence d’un désir clair de cohérence, condition indispensable à la formulation de règles générales et abstraites. Mais bien plutôt pour être en mesure de mettre l’accent sur les contradictions législative et jurisprudentielle sur lesquelles s’appuyer ensuite afin de proposer une solution. Le droit pénal contient actuellement des termes qui s’opposent plus qu’ils ne se complètent, réduisant ainsi les chances d’atteindre un objectif, quel qu’il soit. Aux côtés des mesures, la peine constitue un instrument à disposition du juge. Partant, il convient d’étudier le mode selon lequel elle est déterminée.

§ 3. La fixation de la peine selon l’art. 47 CP

I. Le principe

En Suisse, la quotité et le genre de la peine prononcée par le juge s’obtient au terme de trois étapes : la détermination du cadre légal ordinaire, l’examen d’éventuelles circonstances atténuantes ou aggravantes élargissant ledit cadre et la fixation de la peine proprement dite⁷¹³.

Les dispositions de la partie spéciale du code déterminent abstraitement le cadre légal de la peine ou la « peine légale »⁷¹⁴. L’art. 139 CP prévoit par exemple que celui qui vole sera puni d’une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d’une peine pécuniaire. En principe, la peine se traduit dès lors par l’infliction de jours de prison⁷¹⁵ ou de jour-amende⁷¹⁶.

L’élargissement de ce cadre est cependant possible. Les limites inférieures et supérieures de la peine légale se trouvent en effet modifiées lorsque des circonstances d’atténuation, respectivement d’aggravation, sont réalisées.

Dès lors qu’un motif prévu à l’art. 48 CP est réalisé, le juge atténue la peine. Il s’agit d’une *Mussvorschrift*⁷¹⁷. A cet effet, celui-ci n’est pas lié par

⁷¹³ PAREIN/VUILLE, p. 141. ; sur la méthode, cf. également QUELOZ/HUMBERT, n° 3 ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 89 et 90.

⁷¹⁴ Appelée également « peine-menace » dans une perspective de prévention générale.

⁷¹⁵ Art. 40 CP.

⁷¹⁶ Art. 34 al. 1 CP.

⁷¹⁷ Par opposition à une *Kannvorschrift*, laissant au juge la possibilité de choisir.

le minimum légal de la peine prévue pour l'infraction⁷¹⁸. Conformément à l'art. 48a al. 2 CP, il peut même prononcer une peine d'un genre différent de celle qui est prévue pour l'infraction tout en étant lié par le maximum et par le minimum légal de chaque genre de peine⁷¹⁹.

En présence d'un concours d'infractions⁷²⁰, le plafond du cadre légal de la peine est élevé. Il s'agit de la seule cause d'aggravation de la peine contenue dans la partie générale du code, notamment si l'auteur a commis plusieurs infractions indépendantes l'une de l'autre (exemple de « concours réel »).

Si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge prononce en principe la peine de l'infraction la plus grave puis l'augmente dans une proportion allant jusqu'à cinquante pourcents en sus du maximum prévu pour cette peine mais sans dépasser le maximum légal du genre de la peine choisi⁷²¹. Par exemple, en cas de concours entre un vol passible d'une peine privative de liberté maximale de cinq ans (art. 139 ch. 1 CP) et une violation de domicile passible d'une peine privative de liberté de trois ans (art. 186 CP), le plafond de la peine légale est abstraitement élevé à sept ans et demi.

En revanche, lorsque la loi pénale ne prévoit pas le même genre de peine pour toutes les infractions commises par l'auteur, l'art. 49 al. 1 CP ne s'applique pas. Ainsi, en présence d'un viol (art. 190 CP), d'une injure (art. 177 CP) et de voies de fait (art. 126 CP), le juge doit prononcer, cumulativement, une peine privative de liberté, une peine pécuniaire ainsi qu'une amende⁷²². Autrement dit, la peine privative de liberté ne saurait « absorber » la peine pécuniaire devant être prononcée pour la commission d'une infraction ne prévoyant pas de peine privative de liberté : le juge doit prononcer une peine privative de liberté et une peine pécuniaire.

⁷¹⁸ Art. 48a al. 1 CP.

⁷¹⁹ Se pose la question de savoir si une amende pourrait sanctionner la commission d'un crime ou d'un délit. Force est de constater que d'une part le texte de la loi ne s'y oppose pas et que, d'autre part, le législateur a voulu donner un large pouvoir d'appréciation au juge (FF 1999 p. 1868). Ainsi, celui-ci serait en mesure de sanctionner un dommage à la propriété (art. 144 CP) par une amende en présence d'une circonstance atténuante, notamment lorsque la culpabilité de l'auteur est particulièrement légère et que sa situation personnelle et financière est plus que précaire (en ce sens cf. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 78).

⁷²⁰ Art. 49 CP.

⁷²¹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 1117ss.

⁷²² ATF 102 IV 245.

Une fois les limites établies, il convient de se pencher sur le critère selon lequel la quotité et le genre de la « peine judiciaire » sont fixés à l'intérieur du cadre normal ou élargi de la peine légale.

Véritable clef de voûte du système pénal suisse, l'art. 47 CP formule à la fois le fondement et le mode de fixation de la peine⁷²³. Cette règle contraint le juge à opérer un passage brutal entre deux modes de raisonnement, à savoir de la dissertation à la mathématique⁷²⁴.

Avant l'entrée en vigueur du code, de nombreuses lois cantonales contenaient des dispositions plus ou moins détaillées sur l'individualisation judiciaire de la peine. Il s'agissait notamment des cas où le juge devait la réduire ou l'aggraver. Il existait néanmoins des législations qui laissaient au juge une pleine liberté lors de la fixation. Il usait en principe sans ligne directrice de son pouvoir d'appréciation. Tel était le cas dans les cantons de Genève, de Bâle et de Berne⁷²⁵.

Le Code pénal a mis un terme à une législation cantonale éclatée. Afin de guider l'individualisation de la peine légale, l'art 63 aCP prévoyait que le juge la fixe d'après la culpabilité du délinquant, en tenant compte des mobiles, des antécédents, et de la situation personnelle de ce dernier. Outre que l'attention devait porter sur la gravité de l'acte, le tribunal devait également envisager l'auteur de l'infraction.

Ainsi le code disposait d'un critère de mesure qui satisfaisait à la fois la fonction rétributive et la fonction préventive conformément à la théorie mixte de la peine. En pouvant combiner des éléments éthiques et des composantes sociales, le juge était en possession d'un outil servant à la fois l'expiation de la faute et l'utilité préventive.

Tel est toujours le cas. L'art. 47 al. 1 CP commande en effet au juge de fixer la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Malgré la récente refonte de la partie générale, ce principe n'a pas subi de modification fondamentale : la culpabilité détermine la peine et la limite supérieure de celle-ci⁷²⁶. Elle est définie par l'art. 47 al. 2 CP qui énumère, de manière non limitative, une série de critères qui n'étaient pas formellement prévus à l'art. 63 aCP mais

⁷²³ HURTADO POZO, n° 1522 ; WIPRÄCHTIGER, n° 64ss.

⁷²⁴ CORBOZ, p. 1.

⁷²⁵ LOGOZ, n° 1.

⁷²⁶ FF 1999 p. 1866 ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET, n° 1.

dont la jurisprudence rendue en application de cette disposition exigeait qu'ils soient pris en compte⁷²⁷.

Comme sous l'ancien droit, la peine doit être fixée de façon à ce qu'il existe un rapport déterminé entre la faute commise par le condamné et l'effet que la sanction produira sur lui. Raison pour laquelle, outre la culpabilité, le juge doit tenir compte des antécédents de l'auteur et de sa situation personnelle, notamment sa sensibilité à la peine (art. 47 al. 1 CP deuxième phrase CP).

A ces critères déjà présents à l'art. 63 aCP s'ajoute l'effet de la peine sur l'avenir de l'auteur. Le législateur codifie ainsi la jurisprudence selon laquelle le juge doit éviter les sanctions qui pourraient détourner l'intéressé d'une évolution souhaitable⁷²⁸ mais en généralisant l'application de ce principe à la fixation de toute peine⁷²⁹. A la différence de la sensibilité à la peine qui a trait à la situation présente de l'auteur, par exemple son âge ou son état de santé, le juge s'attache ici à apprécier l'effet de la peine dans le futur.

Les éléments pertinents pour la fixation de la peine ont été abondamment exposés dans la jurisprudence, notamment aux ATF 117 IV 112 et 116 IV 288 et, plus récemment, à l'ATF 129 IV 6. Ces éléments se rattachent soit à la culpabilité soit à l'auteur⁷³⁰. Le critère essentiel reste néanmoins celui de la gravité de la faute. Les autres éléments concernent la personne de l'auteur, soit ses antécédents, sa situation personnelle et l'effet de la peine sur l'avenir du criminel⁷³¹.

Eu égard à la jurisprudence, il faut retenir que le magistrat doit prendre en considération la situation dans son ensemble : les circonstances qui ont mené l'auteur à l'acte, les motifs, l'intensité de sa volonté, l'absence de scrupules, le mode d'exécution choisi, l'importance du préjudice causé volontairement, la répétition ou la durée des actes délictueux, le rôle joué au sein d'une bande, la persistance à commettre des infractions malgré une ou plusieurs condamnations antérieures, les troubles psychologiques ou les

⁷²⁷ ATF 128 IV 79 ; ATF 129 IV 21 ; ATF 6B.264/2007 du 19 septembre 2007 ; ATF 6B.472/2007 du 27 octobre 2007 ; ATF 6B.664/2007 du 18 janvier 2008.

⁷²⁸ ATF 127 IV 97 ; ATF 128 IV 73.

⁷²⁹ ATF 6B.291/2007 du 25 janvier 2008.

⁷³⁰ ATF 6S.335/2006 du 26 septembre 2006.

⁷³¹ ATF 118 IV 25.

difficultés personnelles qui ont influencé le délinquant, la présence ou l'absence de repentir après l'acte, la volonté de s'amender⁷³².

Tous ces éléments sont ici jetés en touffe. Mais ils peuvent, et doivent même, être ordonnés de sorte à mieux cerner la tension existant lorsqu'il s'agit de fixer la peine.

Traditionnellement, on divise les éléments devant guider le juge en deux catégories, selon qu'ils aient trait à l'acte (*die Tatkomponente*) ou à l'auteur (*die Täterkomponente*)⁷³³.

Selon Stratenwerth figurent parmi les éléments liés à l'acte la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique protégé, le caractère répréhensible de l'acte, l'intensité de la volonté délictuelle, les motivations et les buts de l'auteur, et la liberté décisionnelle.

L'auteur classe en revanche les antécédents, la situation personnelle, le comportement après l'acte et durant la procédure, l'attitude de l'Etat et la sensibilité à la peine parmi les éléments liés à l'auteur.

Il fait en outre de l'effet de la peine sur l'auteur une catégorie particulière en raison de la préoccupation de prévention.

Parmi les éléments liés au comportement, Wiprächtiger mentionne la gravité de l'acte ou de la mise en danger, le caractère répréhensible de l'acte, la relation entre l'auteur et la victime, l'intensité de la volonté délictuelle, la liberté décisionnelle et l'ampleur de la violation du devoir.

Toujours selon le même auteur, font partie des éléments liés à l'auteur ses antécédents, sa situation personnelle, l'effet de la peine sur son avenir, ses motivations et ses buts et son comportement après l'acte et durant la procédure.

Au surplus, l'attitude de l'Etat au moment de l'infraction et après celle-ci entre dans une troisième catégorie.

Il paraît également intéressant d'agencer les critères selon leur lien avec une fonction, soit en procédant selon qu'ils se rapportent à la rétribution de la culpabilité ou aux éléments de prévention⁷³⁴. A ce titre, figure en annexe

⁷³² ATF 96 IV 177 ; ATF 107 IV 62 ; ATF 113 IV 57 ; ATF 118 IV 25.

⁷³³ ATF 116 IV 288 ; ATF 117 IV 113 ; ATF 122 IV 243 ; ATF 127 IV 103 ; ATF 129 IV 20 ; ATF 6S.199/2004 du 27 avril 2005 ; ATF 6B.14/2007 du 17 avril 2007 ; ATF 6B.48/2007 du 12 mai 2007 ; CORBOZ, p. 7 ; QUELOZ, p. 151ss ; STOECKLIN, p. 71ss ; STRATENWERTH (II), § 6, n° 1ss ; TRECHSEL, n° 16 ; WIPRÄCHTIGER, n° 65.

⁷³⁴ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 1210 ; PAREIN/VUILLE, p. 141.

du présent travail un tableau récapitulant les éléments relatifs à ces deux catégories dans le but de faciliter le travail du praticien. Ce tableau n'est cependant pas une feuille de calcul. Il convient plutôt de l'aborder comme une grille permettant d'une part de passer en revue tous les critères relatifs à la fixation de façon vérifier s'ils sont réalisés dans le cas d'espèce et d'autre part de construire la motivation de l'appréciation.

A l'intérieur du cadre légal posé par la loi, il convient de déterminer l'étendue de la rétribution en appréciant la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction, à savoir la culpabilité de l'auteur (art. 47 al. 1 CP). Tandis que l'intention et la négligence symbolisent la forme sous laquelle la faute s'actualise, la peine reflète en partie le poids de celle-ci. La culpabilité se mesure selon les critères énoncés à l'art. 47 al. 2 CP⁷³⁵. Sont dès lors pertinents la gravité de l'infraction, le caractère répréhensible de l'acte, les motivations et les buts de l'auteur et, la mesure dans laquelle ce dernier aurait pu éviter la commission de l'infraction compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures. A cela s'ajoutent d'autres éléments admis par la jurisprudence, c'est-à-dire le rôle d'un tiers et l'intensité de la volonté délictuelle.

Toutefois, la fixation de la peine dépend également d'autres éléments. La culpabilité n'est relevante que dans la mesure où elle s'inscrit dans un contexte relatif à la situation globale de l'auteur. L'estimation du poids de la faute s'effectue dans le cadre d'une appréciation globale. Partant, l'art. 47 al. 1 CP commande au juge de considérer les antécédents de l'auteur, sa situation personnelle et l'effet de la peine sur son avenir afin de déterminer la quotité de la peine conforme à la loi. A cela s'ajoutent également d'autres éléments admis par la jurisprudence, c'est-à-dire le comportement de l'auteur après l'acte, l'attitude des autorités pénales durant la procédure et le relais médiatique.

Considérer que la culpabilité est le fondement de la peine et qu'il faut tenir compte de la situation globale de l'auteur n'indique pas pour autant comment opérer le passage d'une estimation subjective en quotité chiffrée. La traduction d'une appréciation axiologique dans une expression mathématique reste pour le moins énigmatique de sorte que, sous cet angle, la justice pénale possède quelque « vertu magique »⁷³⁶. Sur le plan systématique, il convient de se pencher d'abord sur la détermination de la quotité avant d'aborder la question relative au choix du genre de peine. A

⁷³⁵ TRECHSEL, n° 15.

⁷³⁶ CORBOZ, p. 2.

cet effet, les critères pertinents sont classés selon leur rapport avec la rétribution de la culpabilité (art. 47 al. 2 CP) ou les éléments propres à la prévention (art. 47 al. 1 CP) afin d'apporter un nouvel éclairage sur la transmutation obscure de l'infraction en nombre de jour de prison⁷³⁷.

II. La quotité de la peine

1. La rétribution

a. La gravité de la lésion ou de la mise en danger

L'art. 47 al. 2 CP prévoit en premier lieu la gravité de l'atteinte ou de la mise en danger. Cet élément objectif est également intitulé « la dimension du résultat coupable » ou le « résultat de l'activité illicite » (*das Ausmass des verschuldeten Erfolges*) dans la jurisprudence⁷³⁸.

En général, il s'agit de considérer le rang du bien atteint et la mesure dans laquelle l'auteur s'est écarté de la norme prohibant la survenance d'un risque⁷³⁹. Dans des cas particuliers, le juge peut tenir compte du résultat survenu à la suite de l'adoption d'un comportement fautif.

En premier lieu, la gravité de la lésion dépend du rang du bien lésé. L'atteinte est d'autant plus grave que le bien juridiquement protégé est de haute valeur. Ainsi une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique est plus sérieuse qu'une atteinte au patrimoine.

En deuxième lieu, le Tribunal fédéral tient compte de l'ampleur de la violation du devoir⁷⁴⁰.

Dans le cadre d'infractions à la LCR, l'importance de la mise en danger des autres usagers de la route par celui qui conduit en état d'ébriété doit être prise en considération lors de l'appréciation de la faute. Ainsi il est conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral d'évaluer le comportement fautif adopté par le conducteur en état d'ébriété pour les autres usagers, le danger ne dépendant pas seulement de la longueur du trajet parcouru, mais

⁷³⁷ Respectivement en argent en ce qui concerne les amendes (art. 106 CP).

⁷³⁸ ATF 116 IV 297 ; ATF 117 IV 114 ; ATF 118 IV 25 ; ATF 122 IV 243 ; ATF 127 IV 103 ; ATF 129 IV 20 ; QUELOZ/HUMBERT, n° 14 ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 92 et 93 ; TRECHSEL, n° 18.

⁷³⁹ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET, n° 15 ; STRATENWERTH (II), § 6 n° 19 ss ; WIPRÄCHTIGER, n° 70.

⁷⁴⁰ QUELOZ/HUMBERT, n° 17 ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 95ss.

du nombre des sources de danger qui le jalonnent (par exemple du nombre des voitures croisées) ou de l'intensité du trafic, qui multiplie les risques d'accident⁷⁴¹. En outre, le fait que le trafic est moins dense la nuit que le jour est largement compensé par la sensibilité à la lumière, la baisse de l'attention et la diminution du champ visuel⁷⁴².

En ce qui concerne l'ivresse au volant, la gravité de la faute s'apprécie notamment au regard du niveau d'alcoolisation : plus le taux est élevé, plus lourde est la culpabilité. Un constat similaire s'impose lors de l'appréciation d'un excès de vitesse : la faute est en partie d'autant plus lourde que le dépassement est élevé. Celui qui dépasse de 30 km/h ou plus la vitesse maximum autorisée de 100 km/h sur une semi-autoroute dont les chaussées dans les deux directions ne sont pas séparées, commet objectivement une infraction grave aux règles de la circulation⁷⁴³.

En présence d'infractions par négligence, l'étendue de la violation d'un devoir est un élément déterminant⁷⁴⁴ : plus la violation du devoir est grave, plus la culpabilité est lourde. Si le devoir de garant existe, la gravité de la violation varie en fonction de la facilité avec laquelle l'omission aurait pu être prévenue. La faute sera d'autant plus lourde que l'auteur aurait pu éviter l'atteinte au bien juridiquement protégé⁷⁴⁵. De même, lors d'un homicide par négligence commis par un chef de chantier, il doit être décidé si les normes de sécurité ont été violées par distraction, par légèreté ou de manière grave⁷⁴⁶.

L'importance de la faute joue également un rôle lors d'infraction intentionnelle. Il s'agit alors d'évaluer le degré selon lequel l'auteur a violé son obligation : plus la violation est sérieuse, plus la lésion est grave. A ce titre, il faut déterminer la valeur de la règle pertinente en la matière : s'agit-il d'un principe fondamental ou d'une simple ligne directrice ? De même, l'intensité avec laquelle l'auteur s'est écarté des prescriptions est un indice de gravité : le comportement s'éloigne-t-il grossièrement de la règle applicable ? Ces questions se posent notamment en cas d'abus de confiance⁷⁴⁷ ou de gestion déloyale⁷⁴⁸.

⁷⁴¹ ATF 104 IV 37, JT 1978 I 483.

⁷⁴² ATF 104 IV 37, JT 1978 I 483.

⁷⁴³ ATF 122 IV 175.

⁷⁴⁴ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 98.

⁷⁴⁵ ATF 116 IV 297 ; 122 IV 243 ; 127 IV 103 ; TRECHSEL, n° 1921 ; STRATENWERTH (II), § 6 n° 28.

⁷⁴⁶ WIPRÄCHTIGER, n° 91.

⁷⁴⁷ Art. 138 CP.

En troisième lieu, le résultat de l'infraction constitue un élément pertinent pour évaluer la gravité de la lésion à certaines conditions. Il convient alors de considérer l'étendue de l'atteinte, notamment la hauteur du préjudice occasionné lors d'une infraction contre le patrimoine. En ce qui concerne d'autres infractions telles que celles relatives au trafic de drogue, le résultat est également pertinent. Il ne s'agit toutefois pas d'occulter certains problèmes et les exceptions rencontrés lors de l'évaluation de ce résultat.

En matière d'infractions contre la propriété, il est possible de tenir compte du produit du crime : « *Durch die Grösse des verursachten Schadens wird bei den Vermögensdelikten in der Regel das Verschulden mitbeeinflusst* »⁷⁴⁹. Bien que n'étant qu'un des facteurs influençant la mesure de la culpabilité selon une jurisprudence constante du TF⁷⁵⁰, le juge peut motiver, sans violer le droit fédéral, une peine privative de liberté en s'appuyant sur une somme exceptionnelle de cinq millions de francs en restant dans les limites supérieures du cadre légal de la peine. Dans le cas d'espèce, la hauteur du produit de l'infraction peut être considérée comme un critère important lors de la fixation de la peine, d'autant plus que le recourant a abusé d'une situation de confiance⁷⁵¹.

L'importance de la lésion au patrimoine se mesure également selon le préjudice aux intérêts économiques d'autrui. Lorsque la circonstance aggravante du métier est réalisée, le danger social justifiant l'aggravation de la peine tient au fait que l'auteur, agissant relativement régulièrement, s'est organisé de manière à retirer de son activité délictueuse une contribution appréciable à l'entretien de son train de vie. Dans ce contexte, le juge ne viole pas le droit fédéral en tenant compte, lors de la fixation de la peine, de la mesure dans laquelle l'auteur a porté atteinte aux intérêts patrimoniaux d'autrui, ce qui dépend notamment du nombre élevé d'infractions commises et de l'importance de l'enrichissement qu'il s'est procuré⁷⁵².

S'agissant de la répression du trafic de drogue⁷⁵³, l'importance de la quantité de drogue peut être prise en considération pour augmenter la peine dans le cadre de la répression de l'infraction sans pour autant occuper une

⁷⁴⁸ Art. 158 CP.

⁷⁴⁹ ATF 75 IV 105.

⁷⁵⁰ ATF 118 IV 18 ; ATF 6S.209/1990 du 11 mars 1992 ; ATF 6S.170/2000 du 17 juin 2000.

⁷⁵¹ ATF 6S.90/2004 du 3 mai 2004.

⁷⁵² RVJ, p. 332.

⁷⁵³ Cf. notamment WIPRÄCHTIGER, n° 71.

place prépondérante⁷⁵⁴. Elle perd cependant de l'importance au fur et à mesure que l'on s'éloigne de la limite à partir de laquelle le cas doit être considéré comme grave au sens de l'art. 19 ch. 2 lit. a LStup⁷⁵⁵. Cette perte se limite toutefois à la question de la qualification, la quantité totale de stupéfiants restant pertinente au regard de la faute. Ainsi, la faute paraît d'autant plus grave que la quantité est élevée.

En outre, il arrive que le tribunal tienne compte des conséquences de l'infraction pour les lésés. Dans une affaire de violations de l'intégrité sexuelle, la cour a relevé parmi les éléments à charge les graves atteintes à l'intégrité physique et psychique des victimes⁷⁵⁶.

En ce qui concerne le degré de réalisation, la mesure de l'atténuation dépend de la proximité du résultat : plus le résultat était sur le point de se réaliser, moins la diminution est importante⁷⁵⁷.

L'examen de la gravité de la lésion sous l'angle du résultat pose cependant des problèmes assez complexes. Dans l'exemple de l'appréciation des conséquences d'un viol, il peut paraître choquant de considérer la faute de l'auteur comme plus grave lorsque la vie de la victime est brisée alors que le même acte n'aurait peut-être pas eu les mêmes répercussions chez une autre femme. A ce propos, deux difficultés surgissent en relation avec la question du résultat.

D'une part, suivant les infractions, le résultat entendu au sens large peut prendre des formes très diverses⁷⁵⁸ : dommage pécuniaire, attentat à la pudeur des mineurs et conséquences de ces actes sur l'équilibre psychique des victimes⁷⁵⁹, effet plus ou moins important suivant la différence d'âge entre l'auteur et sa victime⁷⁶⁰, danger créé suite à une violation des règles de la LCR⁷⁶¹, nombre d'employés embauchés en violation des dispositions sur le contingentement du personnel dans l'industrie horlogère⁷⁶², influence sur la politique extérieure suisse et sur la réputation de la Suisse

⁷⁵⁴ ATF 118 IV 347 ; ATF 121 IV 206 ; QUELOZ/HUMBERT, n° 15.

⁷⁵⁵ ATF 6B.908/2008 du 5 février 2009 ; ATF 6B.742/2009 du 12 novembre 2009.

⁷⁵⁶ ATF 6B.14/2007 du 17 avril 2007 ; ATF 6B.646/2008 du 23 avril 2009.

⁷⁵⁷ ATF 121 IV 53 ; ATF 127 IV 103.

⁷⁵⁸ GISEL-BUGNION (Individualisation), p. 93 et 94.

⁷⁵⁹ BJM 1964, p. 235.

⁷⁶⁰ RSJ 1965, p. 245.

⁷⁶¹ ATF 90 IV 149.

⁷⁶² ATF 75 IV 37.

d'exportations d'armes à un pays déchiré par la guerre civile⁷⁶³, danger que des Suisses enrôlés comme mercenaires dans les deux armées de la guerre civile espagnole se combattent les uns les autres⁷⁶⁴, sans compter encore les cas où il n'y a tout simplement pas de lésé direct.

D'autre part, tenir compte de la gravité des conséquences de l'infraction entre parfois en contradiction avec la subjectivité de l'auteur. Celui-ci peut ne pas avoir prévu certaines conséquences ou l'ampleur de celles-ci. La question est d'autant plus délicate que l'étendue du résultat est objectivement difficile à évaluer ou éminemment personnelle, notamment en matière d'infraction à caractère sexuel⁷⁶⁵.

Comment dès lors concevoir que les conséquences de l'acte soit un critère d'évaluation de la faute ? Partagée sur la question, les opinions doctrinales sont assez variées⁷⁶⁶. Au final, deux positions paraissent soutenables.

La première est de toujours admettre une influence de la gravité en raison d'un parallélisme des réflexions⁷⁶⁷. La réduction de la peine, faute de résultat de l'acte demeuré au stade de la tentative, est prévue par le droit fédéral⁷⁶⁸. Le juge peut dès lors atténuer la peine si le résultat nécessaire à la consommation de l'infraction ne se produit pas alors que l'auteur a tout fait pour qu'il se réalise⁷⁶⁹. En cas de délit manqué, le Tribunal fédéral estime que la mesure dans laquelle la faute est diminuée dépend notamment de la proximité du résultat et des conséquences effectives des actes commis⁷⁷⁰. Ainsi, si l'absence de résultat fournit une cause d'atténuation bien que le défaut soit indépendant de la volonté de l'auteur, l'étendue de la lésion peut être une cause d'aggravation de la faute même si celle-ci n'a pas été strictement envisagée.

La seconde position, au fond préférable, considère le résultat au terme d'un raisonnement en cascade selon la classification des infractions⁷⁷¹.

⁷⁶³ ATF 96 IV 155.

⁷⁶⁴ Arrêts du Tribunal militaire de cassation, vol. 3, n° 21.

⁷⁶⁵ Voir l'exemple cité *in* QUELOZ/HUMBERT, n° 19 tiré d'un arrêt non-publié (ATF 6B.14/2007 du 17 avril 2007).

⁷⁶⁶ Cf. GISEL-BUGNION (Individualisation), p. 91ss.

⁷⁶⁷ QUELOZ/HUMBERT, n° 18.

⁷⁶⁸ FAVRE/PELLET/STOUDMANN, n° 1.6.

⁷⁶⁹ Art. 22 al. 1 CP.

⁷⁷⁰ ATF 121 IV 49.

⁷⁷¹ Pour une présentation de la classification des infractions, cf. KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 210ss ; PAREIN (Classification), p. 31ss.

L'art. 47 al. 2 CP commande de fixer la culpabilité notamment au regard de la gravité de la lésion ou de la mise en danger. Il s'agit d'apprécier la réalisation des éléments constitutifs des infractions à la lumière du bien juridiquement protégé. A cet effet, l'atteinte s'apprécie différemment selon qu'elle se rapporte à une infraction de mise en danger ou de lésion.

Dans le cadre d'infractions de mise en danger, le résultat participe à l'établissement de la gravité de la faute à condition que l'auteur l'ait prévu. En cas de mise en danger de la vie d'autrui, l'auteur doit avoir sans scrupules mis autrui en danger de mort imminent⁷⁷². Ainsi plus le nombre de personnes intentionnellement exposées est élevé, plus la faute est grave. En ce qui concerne les infractions de mise en danger par négligence, le résultat est reproché à l'auteur à condition qu'il l'ait également prévu. En matière de violation grave des règles de la circulation routière commise par négligence⁷⁷³, l'auteur ne supporte l'intensité de la mise en danger qu'à la condition que celle-ci ait été envisagée. Raison pour laquelle, l'appréciation de la mise en danger ne saurait avoir lieu si l'auteur a agi par négligence inconsciente.

En matière d'infractions de lésion, il s'agit de distinguer l'appréciation de la faute selon qu'elle a trait à des infractions formelles ou matérielles.

Dans le cadre d'infraction formelle⁷⁷⁴ telle que le viol qui défend la liberté et l'honneur sexuels, il convient d'évaluer l'intensité de la contrainte afin de déterminer l'étendue de la lésion. A ce titre, la question du résultat ne se pose pas dès lors que la loi n'en prévoit pas en tant qu'élément constitutif. Aussi le tribunal ne devrait-il par exemple pas tenir compte des conséquences psychologiques engendrées chez la victime d'un viol lors de la fixation de la quotité de la peine⁷⁷⁵.

En revanche, en présence d'une infraction matérielle⁷⁷⁶, l'évaluation de la lésion s'opère bel et bien au regard du résultat. En ce qui concerne les infractions contre le patrimoine comme les dommages à la propriété⁷⁷⁷, l'étendue du préjudice matériel participe à l'appréciation de la faute à

⁷⁷² Art. 129 CP.

⁷⁷³ Art. 90 ch. 2 LCR.

⁷⁷⁴ Soit une infraction qui réprime l'adoption d'un comportement indépendamment d'un résultat.

⁷⁷⁵ *Contra* : ATF 6B.14/2007 du 17 avril 2007 ; ATF 6B.646/2008 du 23 avril 2009.

⁷⁷⁶ Soit une infraction qui réprime l'adoption d'un comportement à condition qu'il ait engendré un certain résultat.

⁷⁷⁷ Art. 144 CP.

condition toutefois que le dommage soit réalisé au moins par dol éventuel⁷⁷⁸. L'auteur doit avoir envisagé la possibilité de commettre le préjudice réalisé et s'en être accommodé. A ce titre, il convient d'une part d'exclure les conséquences qui ne se rapportent pas au bien juridiquement protégé atteint tel que les souffrances morales de la victime et d'autre part de recourir derechef au critère de prévisibilité. Aussi, l'étendue des lésions corporelles subies par la victime commises par négligence peut être également reprochée à l'auteur s'il a pu la prévoir⁷⁷⁹.

Il convient enfin de se pencher sur le cas où l'auteur a l'intention de produire un certain résultat en matière d'infractions matérielles mais ne le réalise que partiellement pour une raison extérieure à sa volonté⁷⁸⁰. Autrement dit, la faute de celui qui tend à escroquer une personne pour un montant de cinq millions de francs mais qui n'obtient au final de la dupe qu'un seul million est-elle *mutatis mutandis* moins grave que celui qui parvient à ses fins⁷⁸¹ ? Force est de constater qu'au regard du résultat, sa faute est moins lourde. Toutefois, il est également permis de tenir compte de l'objectif poursuivi lors de l'appréciation de la culpabilité non plus sous l'angle du résultat mais à la lumière du but qui constitue un critère d'évaluation de la culpabilité au sens de l'art. 47 al. 2 CP⁷⁸².

b. Le caractère répréhensible de l'acte

Après la gravité de la lésion ou de la mise en danger, l'art. 47 al. 2 CP mentionne le caractère répréhensible de l'acte (*die Verwertlichkeit des Handelns*). Ce critère se rapporte à la notion du « mode et de l'exécution de l'acte » développée par la jurisprudence⁷⁸³.

Il s'agit ici de tenir compte de la manière dont l'infraction s'est réalisée, c'est-à-dire de tout ce qui a trait à l'acte : le lieu, le moment, la durée, les moyens (armes ou objets dangereux), la manière et l'ampleur de la menace, la façon de procéder avant⁷⁸⁴, pendant⁷⁸⁵ et après l'acte⁷⁸⁶, une excitation

⁷⁷⁸ Art. 12 al. 2 CP.

⁷⁷⁹ Art. 125 CP ; en ce sens également, cf. QUELOZ/HUMBERT, n° 18.

⁷⁸⁰ Les cas de concours entre une infraction consommée et une infraction tentée étant exclu.

⁷⁸¹ Art. 146 CP.

⁷⁸² Cf. Partie II, § 3, II, ch. 1, lit. c.

⁷⁸³ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET, n° 20 ; QUELOZ/HUMBERT, n° 30 ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 93 et 94.

⁷⁸⁴ Avec préméditation ou spontanément.

⁷⁸⁵ Avec brutalité ou sournoiserie.

due à des substances telles que l'alcool ou des stupéfiants, le fait d'avoir agi en bande⁷⁸⁷.

La nature répréhensible de l'acte est également fonction de ce que l'on appelle l'« énergie délictuelle »⁷⁸⁸. Il s'agit de tous les efforts déployés pour commettre l'infraction : plus les efforts sont intenses, plus lourde est la culpabilité.

En matière d'escroquerie, cela signifie par exemple que plus la tromperie est finement élaborée, plus l'acte est particulièrement répréhensible⁷⁸⁹.

En matière d'infraction à caractère sexuel, cela signifie *a contrario* qu'une faible résistance de la part de la victime amoindrit la culpabilité. Il est en effet vrai qu'en raison de la facilité avec laquelle l'auteur a pu commettre les actes, sa faute apparaît moins lourde que s'il avait dû recourir à la violence, élément que l'autorité peut considérer au stade de la détermination de la peine, en fixant une peine sensiblement moins élevée que celles qui sont habituellement infligées en cas par exemple de viols répétés commis avec violence⁷⁹⁰.

En matière de LCR, le fait de talonner un véhicule, de le dépasser par la droite par une manœuvre en « saut de puce »⁷⁹¹ avant de se rabattre sur la voie de circulation gauche par une « queue de poisson » et freiner fortement de façon à obliger le conducteur du véhicule dépassé à faire de même constitue dans son ensemble une faute lourde, dénotant une totale absence de scrupules vis-à-vis des autres usagers de la route⁷⁹².

En ce qui concerne les violations de la LStup, le fait de livrer des substances à des jeunes est de nature à alourdir la culpabilité⁷⁹³. De même en ce qui concerne les moyens auquel l'auteur recourt pour participer au trafic : plus ceux-ci sont nombreux, plus la faute est lourde. Ainsi, se base-t-on notamment sur la position de l'individu dans le réseau de distribution, les méthodes utilisées, la durée et la répétition des actes illicites⁷⁹⁴. Celui

⁷⁸⁶ Laisser sa victime seule alors que celle-ci est blessée.

⁷⁸⁷ STRATENWERTH (II), § 6 n° 22 ; WIPRÄCHTIGER, n° 81 et 82 et arrêts cités.

⁷⁸⁸ TRECHSEL, n° 19.

⁷⁸⁹ ATF 6B.360/2008 du 12 novembre 2008 ; ATF 6B.250/2009 du 8 juin 2009.

⁷⁹⁰ ATF 122 IV 102 ; ATF 6S.199/2004 du 27 avril 2005.

⁷⁹¹ ATF 103 IV 198.

⁷⁹² ATF 118 IV 21.

⁷⁹³ ATF 6S.435/1999 du 11 octobre 1999.

⁷⁹⁴ ATF 6B.36/2009 du 14 avril 2009 ; ATF 6B.1037/2009 du 20 janvier 2010.

qui n'occupe pas qu'une seule fonction⁷⁹⁵, est connu sous plusieurs surnoms, dispose de nombreuses connections téléphoniques et exploite divers lieux d'où s'organise le commerce, fait preuve d'un comportement hautement répréhensible. A l'inverse, un simple passeur sera moins coupable que celui qui joue un rôle décisif dans la mise sur pied des opérations et qui participe de manière importante au bénéfice illicite. L'étendue géographique du trafic entre également en considération : l'importation en Suisse de drogue a des répercussions plus graves que le seul transport à l'intérieur des frontières⁷⁹⁶. Enfin, celui qui écoule une fois un kilo d'héroïne sera en principe moins sévèrement puni que celui qui vend cent grammes à dix reprises⁷⁹⁷.

c. Les motivations et les buts

L'art. 63 aCP prévoyait déjà que le juge fixait la peine notamment d'après les mobiles (*die Beweggründe*) de l'auteur. Lors de la modification de la partie générale du code en 2007, le législateur a voulu dans un premier temps remplacer les « mobiles » par les « buts recherchés au moyen de l'infraction »⁷⁹⁸. Il a finalement été décidé d'ajouter les « buts » (*die Ziele*) aux « motivations » (*die Beweggründe*) de l'auteur.

Il est nécessaire de bien distinguer les motivations et les buts. Alors que la motivation concerne ce qui meut l'auteur, le second traite de la forme extérieure prise par le désir. Aussi deux auteurs peuvent-ils être animés par le même sentiment de haine et, tandis que l'un porte atteinte à la vie d'autrui, l'autre lèse son patrimoine. Les motivations sont ici identiques sans pour autant que leurs réalisations le soient. Du reste, il aurait été superflu de mentionner les deux termes si ceux-ci étaient d'une nature identique.

Passé ces quelques remarques d'ordre général, il convient d'examiner ce que l'art. 47 CP comprend sous l'angle des motivations avant d'envisager la notion de but⁷⁹⁹.

⁷⁹⁵ L'auteur se révèle être un acheteur, un vendeur, un intermédiaire, un importateur, etc. (TRECHSEL, n° 48).

⁷⁹⁶ ATF 6B.36/2009 du 14 avril 2009.

⁷⁹⁷ ATF 6B.908/2008 du 5 février 2009.

⁷⁹⁸ FF 1999 p. 1867.

⁷⁹⁹ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 94 et 95.

Même si les termes français ont changé⁸⁰⁰, l'ajout des motivations reprend la notion de mobile prévue dans l'ancien droit⁸⁰¹. Avant 2007, la jurisprudence a eu l'occasion de délimiter le champ d'application de cette notion. Il ne faut par exemple pas confondre le mobile avec le dessein. Le langage commun n'entend effectivement pas par dessein (*die Absicht*) un motif déterminé mais la volonté d'accomplir une action future ou d'atteindre un certain résultat⁸⁰². Le dessein apparaît dès lors comme la perspective particulière poursuivie par l'auteur, indépendamment des raisons pour lesquelles il la recherche. Cette question de distinction semble avoir cependant perdu de l'importance avec les différentes révisions de la partie spéciale du code engagées depuis le milieu des années nonante⁸⁰³. Dès lors que les mobiles correspondent aux motivations, ces dernières ne se confondent pas avec le dessein. En outre, il ne faut pas assimiler les mobiles aux convictions de l'auteur, ces dernières représentant la position que tout être humain adopte à l'égard de certaines valeurs d'ordre éthique, social voire juridique⁸⁰⁴.

Le mobile est la cause psychologique d'une manifestation donnée de volonté. Le plus souvent, il représente l'expression de sentiments conscients ou inconscients, d'impulsions ou de raisonnements qui ont une incidence médiate ou immédiate sur l'infraction. C'est pourquoi les mobiles jouent un rôle essentiel dans les infractions intentionnelles. En revanche, la motivation est plutôt secondaire lorsqu'il s'agit de fixer la peine en raison d'une violation par négligence. Dans ce cadre, les convictions générales ou particulières de l'individu peuvent avoir une relation étroite avec ses mobiles, mais ce n'est pas nécessairement le cas⁸⁰⁵.

Selon Logoz, le juge doit se demander dans ce contexte pourquoi le délinquant a commis le délit⁸⁰⁶. Il lui incombe d'apprécier la valeur éthique des motivations de sorte que plus celles-ci sont condamnables moralement, plus la peine doit être rigoureuse. Comme le voulait Stooss⁸⁰⁷, cette appréciation doit s'opérer selon le sentiment populaire du droit et non en

⁸⁰⁰ Tel n'est pas le cas dans le texte allemand qui, dans son ancienne comme dans sa nouvelle mouture, parle de *Beweggründe*.

⁸⁰¹ Dans ce sens STRATENWERTH (II), § 6 n° 30.

⁸⁰² ATF 74 IV 45 ; ATF 80 IV 120.

⁸⁰³ STRATENWERTH (I), § 9 n° 125.

⁸⁰⁴ ATF 101 IV 389.

⁸⁰⁵ ATF 101 IV 389.

⁸⁰⁶ LOGOZ, n° 4a.

⁸⁰⁷ STOOSS (Geist), p. 269 à 290.

fonction de l'échelle de valeur du délinquant⁸⁰⁸. C'est dès lors une question de proportion : plus l'acte est causé par un mobile moralement inadmissible aux yeux de la société, plus la culpabilité de l'auteur est lourde. Il importe néanmoins de toujours se garder d'une évaluation triviale et moralisatrice, notamment pour des raisons de sécurité du droit⁸⁰⁹.

En raison d'une grande variété de motivations, il n'est pas possible d'en dresser une liste exhaustive⁸¹⁰. De temps à autre, la loi fournit des exemples dont le juge peut s'inspirer lors de la fixation de la peine. Sont aggravants, par exemple, l'esprit de lucre⁸¹¹ ou l'égoïsme⁸¹².

A défaut, il convient de se reporter à la jurisprudence ou tout simplement aux particularités du cas d'espèce. L'auteur peut notamment agir par générosité, par compassion, par idéalisme, parce ce qu'il fait l'objet d'un chantage, qu'il ne sait plus comment payer des mensualités ou qu'il veut faire un cadeau⁸¹³. Il arrive en effet que la motivation soit un facteur disculpant notamment lorsque l'auteur cède à un mobile moralement compréhensible, tel que le besoin de subvenir à ses besoins dans l'urgence ou de nourrir une personne à l'égard de laquelle il occupe une position de garant.

En revanche les mobiles sont une cause d'aggravation lorsque l'auteur agit par vengeance, par colère, par jalousie, par méchanceté, par cupidité, par esprit de protestation⁸¹⁴, par appétit sexuel⁸¹⁵, par sentiment d'infériorité, par frivolité, par lubricité⁸¹⁶ ou par égoïsme ; parce qu'il veut extorquer un silence ou parce qu'il déteste la victime⁸¹⁷. Indépendamment de la question de la qualification de l'infraction, celui qui tente par exemple de tuer un agent de police pour échapper à une arrestation agit en cédant à un mobile égoïste alourdissant sa culpabilité⁸¹⁸.

⁸⁰⁸ ATF 97 IV 80 ; QUELOZ/HUMBERT, n° 47.

⁸⁰⁹ STRATENWERTH (II), § 6 n° 33 ; WIPRÄCHTIGER, n° 127.

⁸¹⁰ BRUNS, p. 211 ; QUELOZ/HUMBERT, n° 38 ; TRECHSEL, n° 29.

⁸¹¹ Art. 135 al. 3, 197 ch. 4 et 313 CP.

⁸¹² Art. 115 CP.

⁸¹³ Cf. notamment ATF 98 IV 131 et 132.

⁸¹⁴ ATF 73 IV 230.

⁸¹⁵ ATF 6B.729/2008 du 8 juin 2009.

⁸¹⁶ ATF 70 IV 116.

⁸¹⁷ GISEL-BUGNION (Individualisation), p. 98 ; WIPRÄCHTIGER, n° 127.

⁸¹⁸ ATF 121 IV 60.

En matière de trafic de stupéfiants, notamment de chanvre⁸¹⁹, les motivations financières sont souvent un élément aggravant la culpabilité de l'auteur⁸²⁰. Cela l'est d'autant plus lorsque celui-ci n'est lui-même pas dépendant ou dans une situation de besoin. Force est dès lors de retenir qu'il choisit de se livrer au trafic alors qu'aucune circonstance extérieure ne l'y incite, par pur appât du gain, ce qui alourdit sa faute⁸²¹.

A l'inverse du mobile qui est interne, le but est un critère externe. Il s'agit de ce que l'auteur cherche à matérialiser dans le monde extérieur permettant ainsi d'appréhender sa personnalité⁸²². Un but altruiste est par exemple une circonstance atténuante comme dans le cas d'un exécuteur testamentaire qui commet un abus de confiance pour améliorer la succession dans un autre intérêt que le sien⁸²³. De même, celui qui commet une escroquerie pour le bien d'une commune dont les ressources sont modestes sans perspective d'enrichissement personnel bénéficie d'une cause d'atténuation⁸²⁴.

La notion de but se distingue de celle de résultat relative à l'infraction qui, elle, est pertinente lors de l'évaluation de la gravité de la lésion. Lorsqu'il convient d'estimer la culpabilité, il semble que le but de l'auteur est particulièrement utile dans les cas de tentative alors que celle de résultat l'est d'avantage dès le moment où l'infraction est consommée. Une combinaison des deux est toutefois possible, notamment lorsque l'auteur provoque un résultat moindre que celui escompté. Ainsi, la faute de celui qui cherche à escroquer une victime pour cent mille francs mais n'en obtient finalement que cinquante mille s'apprécie non seulement au regard du but (les cent mille francs) mais également selon le résultat (les cinquante mille francs).

d. La liberté décisionnelle

Par « liberté décisionnelle » (*die Entscheidungsfreiheit*), on entend l'examen du choix de l'auteur entre la licéité et l'illicéité sous un angle

⁸¹⁹ ATF 6B.986/2008 du 20 avril 2009.

⁸²⁰ ATF 107 IV 60 ; WIPRÄCHTIGER, n° 81.

⁸²¹ ATF 6S.684/2000 du 22 mars 2001 ; QUELOZ/HUMBERT, n° 39.

⁸²² BRUNS, p. 212.

⁸²³ *Ibidem*.

⁸²⁴ ATF 6B.683/2008 du 2 avril 2009.

psychologique et normatif⁸²⁵. L'art. 47 al. 2 CP enjoint en effet au juge de tenir compte de la mesure dans laquelle il aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures. Il s'agit d'apprécier sa marge de manœuvre décisionnelle.

Pour apprécier cette liberté, le législateur attend du juge qu'il tienne compte de la situation personnelle de l'intéressé d'une part et des circonstances extérieures d'autre part.

La liberté décisionnelle peut être restreinte pour des raisons liées à la situation personnelle (dépendance, tentation, colère ou douleur). Celles-ci peuvent altérer la faculté d'apprécier le caractère illicite et de se déterminer d'après cette appréciation sans que l'art. 19 CP ne trouve application. On peut penser notamment à une crise pubertaire aiguë⁸²⁶, à une addiction à l'alcool⁸²⁷ ou une dépendance aux stupéfiants. Raison pour laquelle, il faut se pencher ici sur le passé de l'auteur dont la culpabilité apparaît moins lourde lorsque sa liberté décisionnelle est ébranlée⁸²⁸. A ce titre, le critère offre une alternative intéressante au juge souhaitant atténuer la peine dans les cas où la faculté décisionnelle de l'auteur est certes ébranlée mais sans que les conditions d'une responsabilité restreinte (art. 19 al. 2 CP) ne soient réalisées.

Quant à la mention des « circonstances extérieures », elle se rapporte à la situation concrète de l'auteur en relation avec l'acte. Il s'agit par exemple d'une situation de nécessité ou de tentation, qui n'atteint cependant pas une intensité suffisante pour qu'une circonstance atténuante soit réalisée⁸²⁹.

En somme, le juge doit se demander si opter pour le respect de la loi était une décision difficile pour l'auteur : plus il eût été facile pour lui de se comporter de façon conforme à la loi, plus grave apparaît sa décision de la violer⁸³⁰. Sa situation financière est à ce propos un indice pertinent lorsqu'il

⁸²⁵ FF 1999 p. 1867 ; GISEL-BUGNION (Individualisation), p. 83ss ; QUELOZ/HUMBERT, n° 26 ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 95ss ; STRATENWERTH (II), § 6 n° 34ss ; WIPRÄCHTIGER, n° 90.

⁸²⁶ ATF 98 IV 131 et 132.

⁸²⁷ ATF 92 IV 119.

⁸²⁸ ATF 73 IV 157 ; ATF 75 IV 6 ; ATF 92 IV 121 ; ATF 97 IV 76.

⁸²⁹ FF 1999 p. 1867 ; bien que l'une des circonstances énoncées à l'art. 48 CP ne soit pas réalisée et que le cadre de la peine ne soit par conséquent pas élargi, l'élément est néanmoins apprécié lors de l'application de l'art. 47 CP en tant que critère de fixation.

⁸³⁰ ATF 117 IV 114 ; ATF 118 IV 25 ; ATF 122 IV 243 ; ATF 127 IV 103 ; STRATENWERTH (II), § 6 n° 13.

a commis une infraction contre le patrimoine. Aussi le critère peut-il également jouer un rôle en matière d'aggravation de la peine.

En revanche, si l'affaiblissement de la liberté décisionnelle est imputable à une faute, le juge doit avoir la possibilité de refuser cette cause d'atténuation. L'auteur ne saurait en effet invoquer une diminution de sa liberté décisionnelle alors qu'il lui était loisible d'éviter facilement de se mettre dans une situation où sa faculté de choisir serait entravée.

e. Le rôle d'un tiers

ea. La relation avec la victime

La relation entre l'auteur et la victime de même que la personnalité et le comportement de celle-ci peuvent influencer sur la culpabilité de l'auteur⁸³¹. Le lésé peut par exemple jouer un rôle plus ou moins actif lors de la commission de l'infraction dont il fait l'objet.

Parmi les facteurs dont le juge doit tenir compte, le Tribunal fédéral indique les relations personnelles entre l'auteur et sa victime⁸³². La proche parenté, d'étroites relations d'amitié et d'une manière générale des rapports de confiance et de camaraderie peuvent être pertinents. Dans ces cas, on admettra généralement que l'auteur hésitera davantage à porter atteinte aux biens de sa victime.

La relation avec le lésé peut être un élément à décharge. Dans le cadre d'un homicide par négligence, la faute peut être diminuée lorsque la victime était un proche de l'auteur et que ce dernier est déjà très affecté par le résultat de son imprévoyance coupable. Ainsi en va-t-il du conducteur qui a tué des amis à la suite d'un accident de voiture dont ils étaient les passagers et qui souffre déjà passablement des conséquences de sa faute. Cet effet permet notamment de tenir compte de l'atteinte subie par l'auteur à la suite de son acte sans que les conditions de l'art. 53 CP ne soient réalisées.

Dans une affaire cantonale, il a été jugé qu'une peine de trois ans, dont vingt mois avec sursis, pour contrainte sexuelle, viol et lésions corporelles est exagérément sévère, car elle ne tient pas compte des éléments favorables au condamné, soit l'existence de liens affectifs entre l'auteur et la victime, un premier rapport sexuel librement consenti et l'absence d'antécédents⁸³³.

⁸³¹ BRUNS, p. 155ss ; CORBOZ, p. 9 ; QUELOZ/HUMBERT, n° 34 ; WIPRÄCHTIGER, n° 83ss.

⁸³² ATF 116 IV 179, JT 1992 IV 17.

⁸³³ RJN 2007 p. 160.

En revanche, il arrive que l'auteur témoigne à sa victime de l'indifférence, de la froideur voire de l'hostilité et que, dans ce cas, son degré d'inhibition s'en trouve réduit et la peine aggravée⁸³⁴. Il peut également exploiter des circonstances ou une position de faiblesse de la victime⁸³⁵. Le juge peut en outre reprocher le choix de la victime. Grief est fait par exemple à l'auteur d'avoir abusé de la confiance d'un ami, tenté un brigandage sur la personne d'un fonctionnaire, profité d'une situation où la victime ne peut pas contrôler ce qu'il fait, manqué de loyauté, de s'en être pris à des proies faciles ou à une femme âgée⁸³⁶. Est également aggravant le fait d'escroquer une vieille femme démunie, de léser l'intégrité corporelle d'une personne déjà gravement handicapée, de commettre un abus de confiance sur une étrangère abandonnée⁸³⁷. Une protection particulière est au surplus accordée aux enfants. Ceux-ci sont en effet plus ou moins livrés aux adultes en raison de leurs facultés cognitives inférieures et leur dépendance d'un point de vue émotionnel et social⁸³⁸. Ainsi, le tribunal a reproché à l'auteur d'avoir commis, au préjudice de deux enfants avec lesquels il entretenait des liens familiaux très étroits, des actes d'ordre sexuel et même l'acte sexuel proprement dit sur l'un d'eux⁸³⁹.

En outre, une relation amoureuse n'est pas nécessairement une cause d'atténuation⁸⁴⁰. Au contraire, il peut s'agir d'un facteur aggravant du fait de la relation de confiance dans laquelle les deux partenaires se trouvent. En outre, le mariage subséquent de la victime et de l'auteur d'un viol ne constitue pas un élément pris expressément en compte par la loi pour libérer le violeur ou atténuer sa culpabilité⁸⁴¹.

Le droit pénal ne connaît par ailleurs pas la compensation des fautes au même titre que le droit civil, en prévoyant par exemple une disposition similaire à celle de l'art. 44 du Code des obligations⁸⁴². L'auteur peut toutefois invoquer le comportement de la victime ou d'un tiers en tant que facteur d'atténuation. En ce sens, la témérité ou l'insouciance du lésé peut

⁸³⁴ ATF 116 IV 180.

⁸³⁵ ATF 125 IV 72.

⁸³⁶ GISEL-BUGNION (Individualisation), p. 87

⁸³⁷ WIPRÄCHTIGER, n° 83.

⁸³⁸ ATF 128 IV 99.

⁸³⁹ ATF 6B.646/2008 du 23 avril 2009.

⁸⁴⁰ ATF 6S.792/2000 du 12 décembre 2000.

⁸⁴¹ ATF 122 IV 244.

⁸⁴² S'agissant d'un éventuel consentement de la victime à l'infraction, cf. SJ 2000 p. 193.

être une cause diminuant la culpabilité de l'auteur⁸⁴³. De même, une insuffisance de contrôle ou une provocation de la part du lésé est un facteur influençant la quotité de la peine, quand bien même l'auteur aurait lui-même suscité cette provocation⁸⁴⁴. L'impact de la faute partagée est important dans le cadre des infractions par négligence, notamment lors d'infractions aux règles sur la circulation routière⁸⁴⁵.

En cas de viol, un éventuel comportement de la victime proche du consentement peut être pris en compte lors de la fixation de la peine dans le cadre de l'art. 47 CP. Le comportement de la victime peut en effet constituer une circonstance atténuante, si la victime provoque l'auteur par son comportement initial. Le juge ne saurait cependant retenir cette circonstance atténuante au motif que la « morale » de la victime serait douteuse ou que l'auteur se serait vu offert une « occasion favorable ». En revanche, le comportement de la victime en réaction à l'acte de contrainte est en règle générale sans pertinence. Ainsi, il n'y a pas lieu d'atténuer la peine du seul fait que la victime n'a pas opposé de résistance et s'est prêtée de plein gré aux entreprises de l'auteur⁸⁴⁶.

eb. Les agents infiltrés

Le comportement de l'Etat au moment de l'infraction peut avoir un impact sur la quotité de la peine⁸⁴⁷. Tel est notamment le cas lorsqu'un agent, fréquemment actif dans la lutte contre le trafic de stupéfiants, outrepassé ses fonctions et que la LFIS est applicable.

L'art. 10 al. 1 LFIS prévoit l'interdiction pour les agents infiltrés de provoquer la commission d'infraction ou d'infractions plus graves que prévu. Leur intervention visant à influencer une personne n'est autorisée que si elle se limite à la concrétisation d'une décision déjà existante de passer à l'acte.

Dans ce cadre, l'activité des agents infiltrés ne doit avoir qu'une incidence mineure sur la décision relative à une infraction concrète⁸⁴⁸. Si l'agent infiltré a dépassé fautivement les limites de l'intervention autorisée, son

⁸⁴³ WIPRÄCHTIGER, n° 83.

⁸⁴⁴ WIPRÄCHTIGER, n° 87.

⁸⁴⁵ BRUNS, p. 166 ; WIPRÄCHTIGER, n° 87.

⁸⁴⁶ ATF 6B.494/2008 du 12 septembre 2008 et références citées.

⁸⁴⁷ QUELOZ/HUMBERT, n° 28 ; TRECHSEL, n° 20.

⁸⁴⁸ Art. 10 al. 2 LFIS.

comportement doit être imputé aux autorités de poursuite pénale⁸⁴⁹ et le juge en tient compte de manière appropriée lors de la fixation de la peine voire libérer de toute peine la personne influencée⁸⁵⁰.

Conformément à une interprétation de l'art 63 aCP respectueuse de la constitution et des droits de l'homme qui garde toute sa valeur en ce qui concerne l'art. 47 CP, les conséquences de la mise en œuvre d'un agent infiltré doivent être prises en considération d'une manière large en faveur du condamné au moment de fixer la peine. Le fait que des agents infiltrés ont participé aux actes punissables imputés au recourant justifie, en principe, qu'il en soit tenu compte dans la fixation de la peine et que celle-ci soit réduite. On ne peut s'écarter de ce principe que dans des cas tout à fait exceptionnels, par exemple lorsque l'intervention des agents infiltrés est considérée comme de particulièrement peu d'importance, c'est-à-dire lorsqu'elle n'a manifestement exercé aucune influence sur la faute du condamné. Il est en tout cas contraire au droit fédéral de faire abstraction, dans l'appréciation de la culpabilité de l'accusé, de la participation d'agents infiltrés au motif que, même à défaut d'une telle participation, il aurait commis les infractions en cause⁸⁵¹.

Lorsqu'un accusé a été arrêté grâce à l'intervention d'un agent infiltré, il faut tenir compte, en fixant la peine, de tous les éléments liés à cette circonstance et qui ont facilité la commission de l'infraction. La peine doit être réduite en raison de la diminution de la culpabilité résultant de l'action de l'agent infiltré.

Dans une décision publiée, la réduction prévue par les autorités cantonales, d'un quart, respectivement d'un cinquième, viole l'art. 63 aCP ; cette réduction, au vu des circonstances concrètes du cas, soit la préparation du terrain pour le trafic de manière passive, n'aurait pas dû être réduite de plus d'un dixième⁸⁵². En revanche, dans une décision non publiée, le Tribunal fédéral a estimé qu'une réduction de deux cinquième en raison de l'intervention d'agents ne constituait pas un abus du pouvoir d'appréciation⁸⁵³.

⁸⁴⁹ ATF 124 IV 41.

⁸⁵⁰ Art. 10 al. 4 LFIS.

⁸⁵¹ ATF 116 IV 294.

⁸⁵² ATF 118 IV 115.

⁸⁵³ ATF 6S.206/1995 du 7 juillet 1995.

f. L'intensité de la volonté délictuelle

A l'instar de la prise en compte du rôle d'un tiers, l'art. 47 CP ne mentionne pas l'intensité de la volonté délictuelle (*die Intensität des deliktischen Willens*) comme un élément constitutif de la culpabilité. Critère développé par la jurisprudence, l'évaluation de l'intensité délictuelle porte sur un aspect de la subjectivité de l'auteur au moment de l'acte⁸⁵⁴.

L'intensité désigne non seulement la direction mais également la force de la volonté délictuelle avec laquelle l'auteur a commis son infraction⁸⁵⁵. Pour ce faire, le juge peut prendre comme indice la répétition ou la durée des actes délictueux, l'absence de scrupules ou la persistance à commettre des infractions malgré une ou plusieurs condamnations antérieures⁸⁵⁶.

Le Tribunal fédéral estime par exemple que l'intensité de la volonté délictuelle d'un trafiquant de drogue est d'autant plus lourde qu'il ne se trouve pas dans une situation financière difficile⁸⁵⁷. En outre, le fait de porter atteinte au bien juridiquement protégé par dol direct plutôt que par dol éventuel est un indice aggravant la culpabilité⁸⁵⁸.

2. La prévention

a. Les antécédents

aa. Généralités

Selon Logoz, le juge doit se demander comment le délinquant est arrivé à commettre son infraction⁸⁵⁹. Il doit passer en revue verticalement le parcours personnel de celui-ci, aussi loin que possible, afin de déterminer les causes profondes ou superficielles de l'infraction. Ces causes devant toutefois être en relation avec cette dernière, il ne saurait en effet être question de s'apitoyer sur tous les problèmes personnels⁸⁶⁰. Ainsi les antécédents sont particulièrement importants lors de la fixation de la peine.

⁸⁵⁴ ATF 127 IV 103 ; QUELOZ/HUMBERT, n° 22ss ; TRECHSEL, n° 20.

⁸⁵⁵ STRATENWERTH (II), § 6 n° 25.

⁸⁵⁶ ATF 116 IV 289 ; ATF 118 IV 25 ; ATF 121 IV 62 ; QUELOZ/HUMBERT, n° 25.

⁸⁵⁷ ATF 107 IV 63.

⁸⁵⁸ ATF 6S.676/1994 du 3 novembre 1994 ; ATF 6S.233/2003 du 4 novembre 2003 ; STRATENWERTH (II), § 6 n° 27.

⁸⁵⁹ LOGOZ, n° 4b.

⁸⁶⁰ QUELOZ/HUMBERT, n° 50.

Ils permettent en effet de placer la gravité de l'infraction dans un contexte entraînant une aggravation ou une atténuation.

Depuis la révision de 2007, les antécédents ont une place centrale lors de la fixation de la peine⁸⁶¹. Par antécédents au sens large (*das Vorleben*), on entend la biographie de l'auteur (*die Lebensgeschichte*)⁸⁶², soit : son âge, son état de santé (pathologie, handicap⁸⁶³, alcoolisme, toxicomanie)⁸⁶⁴, ses facultés intellectuelles, son origine, sa culture, son éducation, ses déboires personnels tel que le fait d'avoir été abusé durant son enfance⁸⁶⁵, sa scolarité, sa formation, sa réputation et les condamnations antérieures⁸⁶⁶. Au sens strict, les antécédents (*die Vorstrafen*) ne comprennent que ce dernier élément, à savoir les précédents prononcés.

En revanche, il est notamment interdit de tenir compte du mode de vie de l'auteur⁸⁶⁷ (hygiène, sexualité, etc.), de ses convictions (religieuses, morales ou politiques) ou de sa nationalité pour justifier une peine plus lourde. Ainsi celui-ci ne saurait être puni plus sévèrement pour la seule raison qu'il est homosexuel ou de confession islamique. De même, un étranger commettant un « abus d'hospitalité » en Suisse en y violant une disposition pénale ne peut pas voir sa peine aggravée pour ce seul motif⁸⁶⁸.

ab. L'âge

La différence de sévérité des peines entre le droit pénal des mineurs et celui des majeurs est un fait établi. Afin de diminuer cet écart, l'art. 64 al. 9 aCP prévoyait que, lorsque l'auteur était âgé de dix-huit à vingt ans et ne

⁸⁶¹ ATF 6B.538/2008 du 7 janvier 2009.

⁸⁶² SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 98ss ; SCHULTZ (II), p. 77.

⁸⁶³ N'entre pas en ligne de compte le fait qu'un accusé souffre d'une perte d'amplitude d'environ huitante pourcents du nerf fémoral gauche, d'importantes douleurs névralgiques et d'une diminution de la force musculaire ainsi que d'une atrophie des muscles de la cuisse. Il ne s'agit pas d'une maladie lourde au sens où l'entend la jurisprudence ou de problèmes difficilement gérables en milieu carcéral. En effet, il peut toujours se mouvoir et exercer des activités ordinaires. Il sera par ailleurs tenu compte de son handicap et de ses douleurs dans le cadre de l'exécution de la peine (ATF 6S.120/2003 du 17 juin 2003) ; cf. également ATF 6B.626/2009 du 3 novembre 2009.

⁸⁶⁴ ATF 96 IV 179 ; ATF 6S.703/1995 du 26 mars 1996.

⁸⁶⁵ ATF 6B.646/2008 du 23 avril 2009 ; à condition toutefois que ce fait soit en relation avec le type d'infraction commis, en l'espèce à caractère sexuel.

⁸⁶⁶ ATF 117 IV 114 ; ATF 6S.565/2006 du 7 juin 2007 ; STRATENWERTH (II), § 6 n° 37 ; TRECHSEL, n° 30 ; WIPRÄCHTIGER, n° 94.

⁸⁶⁷ L'art. 47 CP est incompatible avec une quelconque *Lebensführungsschuld* (HURTADO POZO, n° 1523).

⁸⁶⁸ ATF 125 IV 1.

possédait pas encore pleinement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte, le juge pouvait atténuer la peine conformément aux art. 65 et 66 aCP. La circonstance d'atténuation n'a pas été reprise à l'art. 48 CP. Aussi peut-on se demander si elle ne trouve définitivement plus application.

L'atténuation relative à l'ancienne circonstance dépendait de deux conditions, soit celle de l'âge et du degré d'immatunité. Se fondant sur le texte même de la loi et les travaux préparatoires, le Tribunal fédéral avait d'ailleurs considéré que l'âge de l'auteur et sa capacité réduite d'apprécier le caractère illicite de l'acte étaient des conditions cumulatives ; il avait toutefois recommandé une interprétation plutôt « généreuse » de la deuxième condition pour tenir compte d'une immatunité fréquente chez les délinquants de cette catégorie d'âge. Au demeurant, savoir si la capacité du jeune délinquant était réduite en raison de son âge était une question de fait que le juge pouvait résoudre en fonction de son appréciation, une expertise n'étant pas obligatoire⁸⁶⁹.

Dans un cas⁸⁷⁰, le Tribunal supérieur du canton d'Argovie a refusé de faire application de cette circonstance atténuante à un étudiant de dix-neuf ans et demi au motif qu'on pouvait attendre de lui qu'il se rende compte du caractère critiquable de son comportement en matière de circulation routière.

De même, dans une autre affaire⁸⁷¹, le refus d'application de la circonstance d'atténuation par l'autorité cantonale a convaincu le Tribunal fédéral. Celle-ci avait admis, sur la base de l'expertise, que le recourant avait conscience de l'illicéité de ses actes et que tout justiciable pleinement responsable de ses actes, âgé de plus de dix-neuf ans, était parfaitement en mesure d'apprécier le caractère illicite d'un comportement homicide ; le fait que le recourant appartienne à la catégorie des jeunes adultes n'était pas de nature à altérer l'illicéité évidente d'un assassinat, perpétré en outre au préjudice d'un homme âgé, ligoté et bâillonné, sans défense et de manière réfléchie.

Lors de la révision de la partie générale du code en 2007, cette clause d'atténuation n'a pas été reprise parmi celles prévues à l'art. 48 CP. Compte tenu de l'abaissement à dix-huit ans de l'âge de la majorité, le projet de modification a en effet renoncé à prévoir une circonstance

⁸⁶⁹ ATF 115 IV 180, JT 1991 IV 40 ; ATF 6S.130/2003 du 30 mai 2003.

⁸⁷⁰ SJ 1978 p. 260.

⁸⁷¹ ATF 6S.130/2003 du 30 mai 2003.

atténuante à l'égard des auteurs âgés de dix-huit à vingt ans⁸⁷². Passant d'un critère de *strafmildernd* à celui de *strafmindernd*⁸⁷³, la portée du jeune âge semble dès lors être significativement réduite dans le nouveau droit en tant que facteur d'atténuation de la peine⁸⁷⁴.

Partant de ce constat, il est possible de se demander comment combler le fossé qui s'est désormais creusé entre le droit pénal des mineurs et celui des majeurs. Le privilège de l'âge⁸⁷⁵ provoque un effet de seuil considérable. Par le simple passage de la minorité à la majorité, le plafond de la peine privative de liberté en particulier passe de quatre ans⁸⁷⁶ à la perpétuité⁸⁷⁷.

Sous l'angle social, les attentes quant au degré de maturité vis-à-vis de l'auteur augmentent à mesure qu'il vieillit. La commission d'une infraction résulte parfois d'une succession de problèmes atteignant une telle intensité qu'ils constituent une cause majeure du passage à l'acte. Il arrive en effet que l'épanouissement individuel soit freiné par les circonstances de vie. A ce propos, les difficultés rencontrées sont nettement plus destructrices lorsqu'elles surviennent à un âge auquel l'auteur n'est pas assez mature pour les gérer de la meilleure des manières. Dans une perspective de prévention spéciale, soit la non-récidive du délinquant, il paraît par

⁸⁷² FF 1999 p. 1868.

⁸⁷³ Sur ces notions, cf. Partie II, § 3, IV.

⁸⁷⁴ MAHAIM, p. 242.

⁸⁷⁵ Levé notamment en droit anglo-saxon par l'adage latin « *malitia supplet aetatem* » : la méchanceté supplée à l'âge.

⁸⁷⁶ Art. 25 al. 2 DPMIn.

⁸⁷⁷ L'effet de seuil est probablement un impondérable dès lors que le droit pénal des mineurs n'est pas celui des majeurs. Toutefois, il peut être atténué. D'aucuns recommandent par exemple l'élévation du plafond de la peine privative de liberté de quatre à dix ans pour les mineurs. Force est néanmoins de constater que cette solution s'inscrirait dans une dynamique contraire à celle consacrée en droit pénal des mineurs selon laquelle il s'agit moins de punir que d'éduquer (art. 2 DPMIn ; cf. également FF 1999 p. 2022 à 2015 ; AEBERSOLD, p. 51ss ; JEANNERET, p. 5). En revanche, des modifications législatives en relation avec les mesures notamment paraissent adéquates afin de répondre aux préoccupations sécuritaires de façon conforme à la politique adoptée. La mesure de placement (art. 15 DPMIn) prend actuellement fin au plus tard lorsque l'intéressé atteint l'âge de vingt-deux ans (art. 19 al. 2 DPMIn). Or, il serait intéressant de pouvoir la convertir en mesure applicable aux jeunes adultes (art. 61 CP) s'il s'avère qu'à vingt-deux ans l'état du mineur nécessite toujours un cadre éducatif ou thérapeutique et ce, indépendamment de l'existence d'un grave trouble mental. L'exécution dans ce type d'établissement est par ailleurs déjà possible à partir de dix-sept ans conformément à l'art. 16 al. 3 DPMIn. Ainsi, le mineur pourrait être potentiellement suivi jusqu'à l'âge de trente ans (art. 61 al. 4 CP).

conséquent pertinent de considérer son développement au regard de son âge.

Tel est déjà le cas en matière de mesure. En introduisant le placement en maison d'éducation au travail à l'art 100^{bis} aCP, le législateur s'était fondé sur l'idée que, dans la plupart des cas, le jeune adulte peut encore être influencé dans son développement de sorte qu'il peut encore s'améliorer et développer l'ensemble de sa personnalité⁸⁷⁸. Le bien-fondé de cette hypothèse a été reconnu dans la doctrine et s'est trouvé confirmé par des recherches récentes⁸⁷⁹. Raison pour laquelle, malgré des modifications ponctuelles importantes, la mesure de l'art. 61 CP applicable aux jeunes adultes maintient l'éducation au travail dont l'objectif n'est pas de véritablement «rééduquer» ni de discipliner le jeune délinquant au sens traditionnel du terme mais d'offrir un soutien socio-pédagogique et thérapeutique qui vise à développer chez l'intéressé la capacité de mener une vie responsable et exempte d'infractions⁸⁸⁰. La mesure ne saurait toutefois être applicable à toutes les personnes de moins de vingt-cinq ans puisqu'elle est limitée à celles qui souffrent de graves troubles du développement de la personnalité (art. 61 al. 1 CP).

Ce raisonnement plaide à tout le moins en faveur du maintien d'une forte atténuation de la peine lors de la fixation de la peine conformément à l'art. 47 CP⁸⁸¹. Ceci offrirait la graduation supplémentaire en matière répressive dont le juge jouissait avant la modification législative. Il paraît en effet opportun de continuer à l'autoriser à atténuer largement la peine au regard de l'âge de l'auteur lorsque ce dernier présente un certain degré d'immatunité ne lui permettant pas d'apprécier correctement l'illicéité de son acte sans pour autant souffrir d'une diminution de la responsabilité.

En ce qui concerne la condition de l'âge, celle-ci pourrait même être étendue. De manière à se calquer sur la limite posée par l'art. 61 CP, le juge serait en mesure d'atténuer amplement la peine de l'auteur de moins de vingt-cinq ans s'il présente un manque de maturité, lequel serait admis généreusement comme le faisait la jurisprudence fédérale.

⁸⁷⁸ FF 1999 p. 1887.

⁸⁷⁹ Références citées in ATF 118 IV 351.

⁸⁸⁰ FF 1999 p. 1887.

⁸⁸¹ A ce propos, cf. notamment WIPRÄCHTIGER, n° 96 ; pour un exemple modéré, cf. ATF 6B.762/2009 du 4 décembre 2009.

Quant à celui qui aurait moins de vingt cinq ans sans faire preuve d'une immaturité certaine, l'atténuation de la peine resterait possible mais dans une mesure plus restreinte.

A l'inverse, le juge doit également prendre en considération l'âge avancé de l'auteur. Tel est notamment le cas lorsqu'il est âgé de septante ans⁸⁸² ou qu'il avait soixante-trois ans au moment de l'ouverture de l'instruction et qu'il a septante-trois ans au moment du jugement⁸⁸³. Le juge reste néanmoins assez libre de son appréciation pour tenir compte des particularités du cas d'espèce. Il a par exemple été considéré dans une affaire que l'âge du recourant, septante ans en l'occurrence, n'est pas avancé à un point tel qu'il justifierait une atténuation de la peine⁸⁸⁴.

ac. La culture

La culture de même que les mœurs et les coutumes de l'auteur peuvent jouer un rôle propre à réduire la quotité de la peine⁸⁸⁵. Lorsque l'intégration sociale de l'auteur étranger n'est pas acquise au même degré que chez les ressortissants du pays d'accueil, il faut en tenir compte. Celle-ci peut expliquer son geste, à tout le moins en partie. Dans un conflit entre le père et sa fille par exemple, il y a toujours une influence des conventions culturelles.

Lors de son appréciation de l'influence de la culture étrangère, le juge doit néanmoins tenir compte de la culture suisse. Il ne s'agit pas de juger de convention culturelles mais d'un acte et de son auteur au regard du droit pénal helvétique. Raison pour laquelle, le juge ne saurait voir une cause d'atténuation dans un fait, certes propre à une certaine culture, mais qui entre manifestement en contradiction avec l'ordre juridique suisse. Le père qui « punit sa fille de mort », parce qu'elle ne se soumet pas, agit par conséquent de façon particulièrement odieuse⁸⁸⁶.

En ce qui concerne le facteur culturel, le temps depuis lequel l'auteur est en Suisse a de l'importance. On attachera d'autant moins de poids aux mœurs et aux usages du pays d'origine de celui-ci qu'il est depuis longtemps dans

⁸⁸² ATF 96 IV 180.

⁸⁸³ ATF 92 IV 204.

⁸⁸⁴ ATF 6S.2/2006 du 7 mars 2006.

⁸⁸⁵ ATF 117 IV 7 ; ATF 118 IV 15 ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET, n° 4.

⁸⁸⁶ ATF 127 IV 18, JT 2003 IV 102.

son pays d'accueil⁸⁸⁷. Ainsi, une existence difficile n'est pas décisive dans la mesure où il réside en Suisse depuis plus de vingt ans car, au terme d'un laps de temps aussi long, l'exil ainsi que la barrière linguistique et culturelle peuvent ne plus faire obstacle à une intégration sociale et professionnelle réussie, notamment lorsque l'auteur est déjà parvenu à trouver du travail⁸⁸⁸.

En outre, lorsqu'un étranger, auteur d'une infraction, sait que celle-ci est en principe aussi punissable dans son propre pays, il faut écarter d'emblée toute possibilité de réduire la peine en raison d'une différence de mœurs⁸⁸⁹.

ad. La réputation

La réputation de l'auteur participe également à l'établissement de la quotité de la peine⁸⁹⁰. Il convient de se demander si l'auteur est une personne laborieuse ou paresseuse, respectueuse de la loi ou au contraire perturbatrice, ou encore pointilleuse, qualifiée professionnellement, ponctuelle, etc.⁸⁹¹. Ainsi, même si le comportement d'un automobiliste constitue en soi une faute lourde, il faut tout de même la relativiser notamment par la prise en compte de sa bonne réputation⁸⁹².

Il faut cependant que la réputation ait un lien avec l'infraction. Une réputation de mauvais payeur par exemple ne saurait être pertinente lors d'une infraction contre l'intégrité physique. Si tel était le cas, la prise en compte d'une mauvaise réputation sans rapport avec l'acte illicite conduirait à une peine exagérée⁸⁹³.

La réputation s'établit généralement à l'audience de jugement. A cet effet, l'accusé produit des pièces ou requiert l'assignation de témoins de moralité. S'agissant de la véritable influence de la réputation sur la fixation de la peine, une certaine retenue doit toutefois être adoptée⁸⁹⁴. En général, plus la faute est grave, moins la bonne réputation est une cause atténuante.

⁸⁸⁷ ATF 117 IV 8 et 9.

⁸⁸⁸ ATF 6B.610/2008 du 2 décembre 2008.

⁸⁸⁹ ATF 117 IV 9.

⁸⁹⁰ ATF 80 IV 94 ; ATF 92 IV 121 ; ATF 96 IV 179 ; GISEL-BUGNION (Individualisation), p. 108 : QUELOZ/HUMBERT, n° 61.

⁸⁹¹ LOGOZ, ad art. 63 CP, n° 4c ; STRATENWERTH (II), § 6 n° 47.

⁸⁹² ATF 118 IV 21.

⁸⁹³ WIPRÄCHTIGER, n° 111.

⁸⁹⁴ STRATENWERTH (II), § 6 n° 48.

ae. Les condamnations antérieures et simultanées

La question des antécédents judiciaires et des condamnations simultanées au prononcé pénal méritent d'être traitée en particulier. L'absence ou la présence d'antécédents pénaux voire de sanctions extra-pénales exerce en effet une influence déterminante lors de la mesure de la peine⁸⁹⁵.

La jurisprudence du Tribunal fédéral est équivoque sur la question de savoir s'il convient impérativement de tenir compte de l'absence de condamnation antérieure, particularité que ne recouvre pas entièrement la notion des « antécédents »⁸⁹⁶.

Le Tribunal fédéral semble osciller au sujet de l'obligation de prendre en compte explicitement l'absence d'antécédents⁸⁹⁷. Ainsi il est dit que l'absence d'antécédents ne peut jouer qu'un rôle limité car cet élément n'est pas particulièrement méritoire mais correspond à ce que l'on doit pouvoir attendre de quiconque⁸⁹⁸.

Dans un arrêt du 16 août 2004⁸⁹⁹, il est cependant reproché à la Cour cantonale, parmi d'autres griefs, de ne pas avoir suffisamment tenu compte de l'absence d'antécédents qui « contrebalance dans une certaine mesure son mauvais comportement lors de l'enquête ».

Enfin, dans un arrêt du 6 juin 2007⁹⁰⁰, le Tribunal fédéral affirme vouloir en rester (ou en revenir) à sa jurisprudence publiée⁹⁰¹ et non publiée⁹⁰² en s'inspirant notamment de la jurisprudence allemande. Cela l'amène à casser une décision cantonale, qui reprenait sa propre formulation selon laquelle l'absence d'antécédents relève d'une situation « normale ». Cette absence semble dès lors avoir une portée atténuante.

En outre, l'impact du défaut d'antécédent doit être relativisé, notamment d'après l'âge lorsqu'il n'est pas très avancé : plus l'auteur est jeune, moins

⁸⁹⁵ ATF 105 IV 226 ; ATF 121 IV 62 ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET, n° 5 ; STRATENWERTH (II), § 6 n° 37 ; WIPRÄCHTIGER, n° 100.

⁸⁹⁶ SJ 2008 I 337.

⁸⁹⁷ QUELOZ/HUMBERT, n° 60.

⁸⁹⁸ ATF 6S.684/2000 du 22 mars 2001 ; ATF 6S.62/2001 du 14 juin 2001 ; ATF 6S.35/2003 du 5 mai 2003.

⁸⁹⁹ ATF 6S.264/2004 du 27 septembre 2004.

⁹⁰⁰ ATF 6S.44/2007 du 6 juin 2007.

⁹⁰¹ Cf. notamment ATF 80 IV 94 ; ATF 92 IV 118 ; ATF 96 IV 155 ; ATF 98 IV 124 ; ATF 102 IV 233.

⁹⁰² Cf. notamment ATF 6S.453/2001 du 30 août 2001 ; ATF 6P.161/2004 du 16 mars 2005.

la diminution est conséquente. Il n'empêche que le jeune âge de l'accusé en tant que critère d'appréciation en soi parle déjà en faveur de celui-ci même s'il n'est pas d'une grande portée⁹⁰³.

Force est de plaider que l'absence d'antécédent ne devrait entrer pas en considération lors de la fixation de la peine. Cette situation est en effet celle qui est normale ou plutôt moins attendue de la part des citoyens. Au fond, l'influence du défaut de condamnation antérieure a véritablement trait à la confiance que l'on pourrait accorder ou non à l'auteur. Raison pour laquelle il convient plutôt de faire appel à l'absence d'antécédents au moment d'établir un pronostic en matière de sursis que lors de la fixation de la quotité de la peine.

La présence de condamnations antérieures est en revanche une cause aggravante presque automatique⁹⁰⁴. Sont à cet effet prises en compte les condamnations prononcées en Suisse de même que celles prononcées à l'étranger à condition que celles-ci ne contreviennent toutefois pas aux principes fondamentaux de notre droit. Aussi les infractions commises en dehors du territoire helvétique font-elles partie des antécédents de l'auteur et sont déterminantes pour la fixation de la peine selon l'art. 47 CP à condition qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public suisse⁹⁰⁵.

Il convient néanmoins de nuancer l'effet aggravant en fonction du temps qui s'est écoulé depuis les dernières condamnations : plus celles-ci sont anciennes, moins elles ont d'influence sur la quotité de la peine⁹⁰⁶.

Dans un arrêt non publié⁹⁰⁷, il a été constaté qu'une condamnation à une peine d'emprisonnement de sept mois prononcée au mois de novembre 1999 pour vol en bande, tentative de vol en bande, dommages à la propriété et voies de fait, ne peut être considérée comme d'importance si minime que l'écoulement du temps (en l'espèce un peu plus de six ans entre les deux condamnations) aurait suffi à lui faire perdre toute importance dans la fixation de la peine.

En revanche, le Tribunal fédéral a estimé que, bien qu'un auteur ait été condamné déjà à cinq reprises pour des actes portant atteinte à l'intégrité

⁹⁰³ ATF 98 IV 131.

⁹⁰⁴ Cette presque automaticité est néanmoins discutée, cf. notamment STRATENWERTH (II), § 6 n° 43ss.

⁹⁰⁵ ATF 105 IV 226 ; ATF 117 IV 403.

⁹⁰⁶ ATF 121 IV 9 ; ATF 123 IV 52 ; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET, n° 5 ; QUELOZ/HUMBERT, n° 58.

⁹⁰⁷ ATF 6S.335/2006 du 26 septembre 2006.

sexuelle, la dernière condamnation datant de 1984 est suffisamment ancienne dix ans plus tard pour que le juge n'abuse pas de son pouvoir d'appréciation en considérant que les mauvais antécédents ne peuvent jouer en l'espèce qu'un rôle aggravant restreint dans la fixation de la peine⁹⁰⁸.

En outre, les condamnations antérieures mais qui n'ont pas encore été exécutées entrent également en ligne de compte lors de la fixation de la peine⁹⁰⁹.

Des actes punissables n'ayant pas encore été jugés sont pertinents à condition que les faits soient établis avec certitude⁹¹⁰. Ainsi, dans un arrêt non publié⁹¹¹, le Tribunal fédéral constate que la Cour cantonale a notamment mentionné, parmi les antécédents dont elle a tenu compte, le fait que le recourant avait été impliqué en 2003 dans une procédure argovienne à l'issue de laquelle il avait été libéré de la prévention principale de complicité de brigandage, le fait que le recourant avait bénéficié en 2004 d'un non-lieu dans une procédure ouverte contre lui pour recel, subsidiairement participation à un vol, ainsi que le fait que le recourant avait été impliqué dans une affaire valaisanne. Elle a renvoyé, pour étayer son point de vue, à une pièce du dossier où il est précisé que le Ministère public a renoncé à poursuivre les menaces, contraintes et actes préparatoires de brigandage qualifiés imputés au recourant dans cette affaire parce qu'il était impossible d'établir ces faits dans le respect du droit de la défense. La référence à la gravité des chefs de prévention pour lesquels le recourant a été mis en cause par le juge chargé d'instruire l'affaire valaisanne démontre que la cour cantonale a tenu compte, en réalité, de l'implication supposée du recourant dans la commission même des infractions faisant l'objet des procédures précédemment dirigées contre lui. Ainsi, en retenant à la charge du recourant, pour fixer la peine, des antécédents pénaux qui n'ont pas été régulièrement établis, la cour a violé le droit fédéral.

Une précédente relaxe peut également alourdir la peine. Une enquête pénale ayant abouti à un non-lieu ou à un abandon des poursuites peut être en effet un facteur aggravant lorsqu'elle aurait dû produire un effet dissuasif sur l'auteur selon sa proximité et son objet à condition que les

⁹⁰⁸ ATF 123 IV 52.

⁹⁰⁹ ATF 6S.499/2001 du 14 septembre 2001.

⁹¹⁰ WIPRÄCHTIGER, n° 104.

⁹¹¹ ATF 6S.243/2006 du 4 octobre 2006.

faits soient de même nature dans les deux procédures ou que ces dernières témoignent d'un mépris général des lois⁹¹².

Quant aux faits prescrits, ils ne sauraient être pertinents dans la mesure où ils constitueraient un facteur aggravant⁹¹³. Si tel était le cas, l'institution de la prescription n'aurait effectivement plus de sens.

En ce qui concerne la prise en compte des inscriptions éliminées du casier judiciaire, la pratique a changé avec la modification de la partie générale du code. La radiation des condamnations anciennes du casier judiciaire pouvait être considérée lors de la détermination de la quotité de la peine sous l'ancien droit⁹¹⁴. Aujourd'hui, l'art. 369 al. 7 CP prévoit que l'élimination ne peut plus être opposée à la personne concernée⁹¹⁵.

Le poids de la récidive varie selon la nature de l'acte et le moment de la vie de l'auteur. La répétition d'un même acte pèse plus lourd que celle d'actes de nature différente⁹¹⁶. En outre, il faut prendre en considération si cette infraction a été commise intentionnellement ou par négligence⁹¹⁷. En revanche, il a été considéré que le juge n'outrepasse pas son pouvoir de libre appréciation de la faute en ne tenant pas compte de condamnations antérieures prononcées dans d'autres domaines et datant d'une autre période de vie de l'auteur⁹¹⁸.

Enfin, le juge peut tenir compte des sanctions extra-pénales telles que le retrait du permis de conduire, des sanctions fiscales ou propres aux assurances sociales, voire des mesures disciplinaires, ces dernières pouvant concerner les fonctionnaires ou les membres d'une profession libérale⁹¹⁹. Un accusé peut faire valoir par exemple qu'il est déjà gravement puni par la suspension de son autorisation de pratiquer prononcée par le médecin cantonal. Dans un cas de suspension, le Tribunal a constaté que le médecin cantonal avait prononcé une suspension temporaire de son autorisation et que le recours au Tribunal administratif avait suspendu la procédure jusqu'à droit connu des faits résultant de la procédure pénale. Cette sanction n'étant

⁹¹² Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau 1993 n° 10, p. 89.

⁹¹³ *Contra* cf. QUELOZ/HUMBERT, n° 58.

⁹¹⁴ ATF 121 IV 3.

⁹¹⁵ ATF 6B. 538/2008 du 7 janvier 2009 ; ATF 6B.940/2008 du 4 mai 2009.

⁹¹⁶ FAVRE/PELLET/STOUDMANN, n° 1.14.

⁹¹⁷ Gerichts- und Verwaltungspraxis 1994, n° 44.

⁹¹⁸ ATF 6S.199/2004 du 27 avril 2005.

⁹¹⁹ HÄRRI, p. 217ss ; WIPRÄCHTIGER, n° 124.

que provisoire, le juge pouvait dès lors ne pas en tenir compte lors de la fixation de la peine⁹²⁰.

b. La situation personnelle

L'examen de la situation personnelle de l'auteur porte essentiellement sur les données horizontales ou les relations qu'il entretient avec son entourage (*die Lebensumstände*)⁹²¹. Alors que les antécédents concernent uniquement l'individu, la situation personnelle a trait à ses relations, qu'elles soient familiale, sociale, économique ou professionnelle.

ba. La situation familiale

L'impact de la situation familiale sur la quotité de la peine est une question que le juge se pose de manière récurrente. Le condamné n'est pas le seul à subir les lourdes conséquences de la peine. Dans les cas de peine privative de liberté, la famille est également touchée, bien qu'indirectement, par l'enfermement⁹²² : les parents voient leur enfant partir en prison, les conjoints sont séparés, les enfants⁹²³ sont privés de leur parent, etc.

En l'état de la jurisprudence, la quotité de la peine doit rester proportionnelle à la faute. Le Tribunal fédéral et la doctrine l'ont suffisamment répété : des considérations de prévention spéciale ne peuvent apporter que des corrections marginales lors de la fixation de la peine⁹²⁴. C'est pourquoi, une longue séparation due à une peine privative de liberté ne saurait être un critère en tant que tel pour motiver une peine inférieure à la culpabilité de l'auteur. De même, un mariage subséquent à la commission de l'infraction ne justifie pas une réduction de la peine⁹²⁵.

La jurisprudence n'écarte néanmoins pas l'impact de la peine sur l'entourage. Le Tribunal fédéral considère que, pour autant que la peine

⁹²⁰ ATF 6P.6/2007 du 4 mai 2007.

⁹²¹ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 100 et 101 ; SCHULTZ (II), p. 77 ; TRECHSEL, n° 32.

⁹²² ATF 6B.470/2009 du 23 novembre 2009 ; ATF 6B.1037/2009 du 20 janvier 2010.

⁹²³ ATF 6B.751/2009 du 4 décembre 2009.

⁹²⁴ ATF 6B.14/2007 du 17 avril 2007 et auteurs cités ; toutefois, au regard de la seconde interprétation présentée ci-dessus (cf. Partie II, § 2, II) et la jurisprudence estimant qu'il s'agit moins de rétribuer que de prévenir (cf. Partie II, § 2, III), les corrections pourraient être plus que marginales. Des considérations de prévention spéciales fourniraient en effet un motif suffisant au prononcé d'une peine nettement inférieure à celle exigée par la faute seule ; cf. également ATF 6B.646/2008 du 23 avril 2009.

⁹²⁵ Arrêt du 27.3.1996 cité *in* WIPRÄCHTIGER, n° 118.

corresponde toujours à la faute, il faut tenir compte du fait que l'auteur sera éloigné de sa famille, notamment de son enfant, en cas de peine privative de liberté⁹²⁶. Ainsi, dans un arrêt non publié⁹²⁷, le Tribunal fédéral a reproché à l'autorité cantonale de ne pas avoir tenu compte que l'auteure serait séparée de ses enfants encore relativement jeunes durant l'exécution de sa peine privative de liberté. Son fils aîné devait notamment entrer dans une école spécialisée en raison d'un trouble du langage et son mari était expulsé du territoire pour une durée de dix ans. Dans une autre affaire, le tribunal a notamment tenu compte, au moment de déterminer la quotité, de la situation familiale dans son ensemble, en particulier du fait que l'épouse de l'auteur était enceinte d'un quatrième enfant⁹²⁸.

bb. La situation sociale

Le principe *nil nocere* impose au juge de ne pas prononcer de peine qui fasse obstacle à la bonne insertion sociale du condamné. Une peine à la mesure de la culpabilité ne doit pas exclure l'accusé de la société. On peut dès lors tenir compte par exemple du niveau d'intégration d'un ressortissant étranger en Suisse⁹²⁹.

Dans ce contexte, les sanctions qui font obstacle à l'évolution favorable du développement du condamné doivent être évitées dans la mesure du possible. Si le condamné s'est libéré de sa dépendance aux stupéfiants, le juge peut tenir compte de la guérison dans le cadre de l'adéquation de la peine à la faute⁹³⁰.

Toutefois, il ne s'agit pas de créer une justice à deux vitesses. Les accusés très bien insérés socialement ne sauraient bénéficier de manière systématique d'une peine moins lourde que ceux qui sont totalement désocialisés. Ces derniers souffrent également des sacrifices inhérents à la détention et ce malgré leur situation sociale précaire⁹³¹.

⁹²⁶ ATF 132 IV 132.

⁹²⁷ ATF 6S.596/2000 du 22 février 2001.

⁹²⁸ ATF 6B.729/2008 du 8 juin 2009.

⁹²⁹ ATF 6S.14/2007 du 23 février 2007.

⁹³⁰ ATF 118 IV 349 ; en ce qui concerne la question du choix du genre de peine, cf. Partie II, § 3, III.

⁹³¹ RJN 2007 p. 168ss.

bc. La situation économique

Le Tribunal fédéral commande de considérer également les aspects économiques de la situation personnelle. Dans un arrêt non publié, il a estimé par exemple qu'une participation à un trafic de stupéfiants par crainte de représailles économiques ne saurait en tout cas pas être un élément aggravant⁹³².

En ce qui concerne la situation économique de l'accusé, les frais de la poursuite pénale et les conséquences civiles peuvent être des circonstances influençant la fixation de la peine⁹³³.

Dans un arrêt neuchâtelois, il a été relevé qu'il est certes évident que les frais occasionnés par l'instruction et le jugement d'un délinquant n'ont rien à voir avec la sanction pénale qu'il encourt, ces deux notions étant distinctes par leur fonction et leur but. Toutefois, il appartient au juge de tenir compte de la situation personnelle de l'auteur, ce qui comprend un examen de ses moyens financiers, revenu et fortune. Il a été admis en l'espèce que le tribunal de première instance avait pris en considération sans commettre d'arbitraire lors de la fixation de la peine que l'accusé, déjà lourdement obéré par sa faillite, serait redevable de dix-huit mille francs de frais judiciaires⁹³⁴.

Il arrive enfin que les conséquences civiles de l'infraction pour l'auteur entrent également en considération lors de la fixation de la peine. En s'inspirant de motifs de prévention spéciale, le juge peut estimer qu'une amende touche l'auteur de manière suffisamment grave compte tenu des conséquences financières d'un accident de la route pour que l'on puisse admettre qu'il respectera à l'avenir les règles de la circulation routière⁹³⁵.

bd. La situation professionnelle

Lors de la fixation de la quotité, la vie professionnelle de l'auteur ainsi que les conséquences de la peine sur celle-ci doivent être prises en considération. Il faut par exemple tenir compte du fait que l'auteur vient de trouver un emploi, respectivement de le perdre, ou qu'il serait licencié en cas de peine privative de liberté⁹³⁶.

⁹³² ATF 6S.46/1991 du 16 janvier 1992.

⁹³³ HÄRRI, p. 221ss.

⁹³⁴ RJN 1980/81 p. 124.

⁹³⁵ ATF 120 IV 72.

⁹³⁶ ATF 102 IV 233 ; SJ 2008 I 337.

Dans le cas d'un auteur âgé de cinquante-huit ans, qui a trouvé du travail malgré une précédente condamnation et qui a acquis une situation professionnelle stable, l'insertion professionnelle doit être prise en considération lorsqu'il faut prononcer une deuxième peine complémentaire ferme, après une condamnation à dix-huit mois d'emprisonnement avec sursis et une première peine complémentaire ferme de quatre mois d'emprisonnement. Pour autant que cela corresponde à la culpabilité, il convient de prononcer une peine qu'il est possible de subir en semi-détention⁹³⁷.

Dans un arrêt non publié⁹³⁸, le Tribunal fédéral a admis un recours contre une décision de l'autorité cantonale au motif qu'elle n'a notamment pas tenu suffisamment compte de la situation personnelle de l'auteur. Bien qu'insistant sur la gravité du trafic de stupéfiants de ce dernier, elle ne s'est pas penchée sur les raisons qui l'ont conduit à exercer l'activité criminelle tels que les troubles psychiques (dépression progressive, isolement social) causés par le chômage.

Dans une affaire cantonale, les juges de première instance ont fait preuve d'arbitraire en optant pour le maximum de quinze mois pour la part de la peine à exécuter dans le cas d'une peine privative de liberté de trente mois assortie du sursis partiel, alors même que dans les considérants de son jugement, ils retiennent qu'une peine de longue durée aurait eu un effet néfaste sur l'avenir professionnel du recourant qui risquerait de devoir fermer son entreprise. Une part de la peine à exécuter de neuf mois, sous forme potentiellement de semi-détention, tient mieux compte de cet effet négatif, tout en soulignant la gravité de la faute⁹³⁹.

c. L'effet de la peine sur l'avenir de l'auteur

Comme le Tribunal fédéral le relève régulièrement dans sa récente jurisprudence, le but du droit pénal est moins la rétorsion que la prévention de la délinquance. Il importe donc d'éviter autant que possible d'infliger des peines susceptibles de compromettre un processus d'amendement⁹⁴⁰. Or la peine, surtout lorsqu'il s'agit d'une peine privative de liberté ferme, entraîne généralement de lourdes conséquences pour l'auteur⁹⁴¹. Celui-ci

⁹³⁷ ATF 121 IV 97.

⁹³⁸ ATF 6S.21/2002 du 17 avril 2002.

⁹³⁹ RJN 2007 p. 168.

⁹⁴⁰ ATF 118 IV 349.

⁹⁴¹ HÄRRI, p. 220.

peut perdre son emploi, ses liens familiaux⁹⁴², le droit de garde sur un enfant, la confiance de ses proches, sa réputation. Aussi faut-il, dans certains cas, tenir compte de ces conséquences lors de la fixation de la peine⁹⁴³.

Principe d'origine jurisprudentiel, l'effet de la peine sur l'avenir de l'auteur (*die Wirkung der Strafe*⁹⁴⁴) est aujourd'hui consacré par le législateur à l'art. 47 CP parmi les critères pertinents. Le juge n'est pas contraint d'infliger la peine correspondant à la culpabilité de l'auteur s'il y a lieu de prévoir qu'une peine plus clémentine suffira à le détourner de commettre d'autres infractions⁹⁴⁵.

La loi reprend ainsi la jurisprudence selon laquelle le juge doit éviter les sanctions qui pourraient détourner l'intéressé de l'évolution souhaitable⁹⁴⁶. Cet aspect de prévention spéciale ne permet toutefois que des corrections marginales, la peine devant toujours rester proportionnée à la faute⁹⁴⁷.

Une des conséquences du principe était que le juge devait atténuer la peine lorsque celle-ci dépassait de peu la limite supérieure du sursis dont les conditions étaient au surplus réunies⁹⁴⁸.

Avant la révision de la partie générale du code pénal en 2007, le Tribunal fédéral commandait en effet au juge de prendre en considération la limite de la quotité de la peine au-delà de laquelle le sursis ne pouvait plus être accordé lors de la fixation de la peine, lorsque la durée de la peine envisagée n'était pas nettement supérieure et que les autres conditions du sursis étaient par ailleurs réalisées⁹⁴⁹. Il devait dès lors de manière quasi-automatique réduire la culpabilité de sorte à ce qu'elle soit compatible avec le sursis si les autres conditions étaient réunies.

Le Tribunal fédéral a réexaminé cette jurisprudence à la lumière du nouveau droit⁹⁵⁰. Après avoir constaté que la nouvelle autorisait désormais le

⁹⁴² ATF 102 IV 233.

⁹⁴³ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 103ss ; TRECHSEL, n° 33.

⁹⁴⁴ Ou *die Folgenberücksichtigung*.

⁹⁴⁵ FF 1999 p. 1866.

⁹⁴⁶ ATF 118 IV 337 ; ATF 119 IV 126 ; ATF 121 IV 97 101 ; ATF 127 IV 101 ; ATF 128 IV 79.

⁹⁴⁷ ATF 6B.14/2007 du 17 avril 2007 ; TRECHSEL, n° 13.

⁹⁴⁸ Cf. notamment CORBOZ, p. 12 ; cette jurisprudence a été vivement critiquée par la doctrine cf. HÄRRI, p. 213.

⁹⁴⁹ ATF 117 IV 97 ; ATF 118 IV 337.

⁹⁵⁰ ATF 134 IV 17 cité notamment par l'arrêt 6B.819/2007 du 9 avril 2008.

sursis, respectivement le sursis partiel, pour des peines plus longues, d'une part, et qu'il offrait de nombreuses possibilités d'individualisation de la peine, d'autre part, ce qui rendait le nouveau système plus flexible et, jusqu'à un certain point, moins décisive la quotité limite supérieure de la peine permettant l'octroi du sursis, il a relevé que le nouveau système des sanctions n'en prévoyait pas moins nécessairement des limites objectives et strictes bornant le champ dans lequel les aspects de prévention spéciale devaient prévaloir et qu'il n'y avait pas lieu de les relativiser à nouveau par voie d'interprétation. Raison pour laquelle, le juge n'a plus à tenir compte des limites du sursis lors de la fixation de la peine.

Dans le même arrêt, il a été toutefois précisé qu'il n'était pas exclu d'englober l'effet d'une peine ferme lors de l'appréciation. Ainsi, la perspective que l'exécution d'une peine privative de liberté puisse détacher le condamné d'un environnement favorable peut, selon les circonstances concrètes du cas, déployer un effet atténuant et conduire au prononcé d'une peine inférieure à celle qui serait proportionnée à sa culpabilité. Indépendamment de cela, le juge doit prendre en considération au moment de fixer la peine, compte tenu des conséquences radicales que l'exécution ferme d'une sanction peut déployer, le fait que les conditions subjectives du sursis sont ou non réalisées dans le cas d'espèce.

Ainsi, lorsque la peine entrant en considération se situe dans un intervalle dont les bornes comprennent la limite supérieure à l'octroi du sursis⁹⁵¹, du sursis partiel⁹⁵² ou de la semi-détention⁹⁵³, le juge doit se demander si une peine inférieure à cette limite apparaît encore soutenable et, dans cette hypothèse, la prononcer. Dans le cas inverse, il est libre de prononcer une peine, pour peu qu'elle soit adéquate et justifiable, même si elle n'excède que de peu la limite en cause.

Au vu de ce qui précède, la jurisprudence antérieure à la révision reste partiellement valable en ce sens que les considérations de prévention spéciale sont toujours pertinentes lors de la fixation de la peine⁹⁵⁴. Le juge récupère en revanche la possibilité de s'en écarter ce qui n'était de manière générale pas le cas sous l'empire de l'ancienne jurisprudence. Il devra cependant faire un effort particulier dans la motivation pour justifier son

⁹⁵¹ Art. 42 al. 1 CP.

⁹⁵² Art. 43 al. 1 CP.

⁹⁵³ Art. 77b CP.

⁹⁵⁴ Cf. également KUHN (Sursis), note 14 et KUHN (Sursis partiel), note 7.

choix de ne pas réduire la quotité de manière à ce qu'elle soit compatible avec le sursis, le sursis partiel ou la semi-détention.

Il faut enfin tenir compte de l'effet de la peine sur l'avenir de l'auteur en cas d'échec de la libération conditionnelle. Dans un arrêt du Tribunal fédéral⁹⁵⁵, il est constaté que la conduite du recourant au cours des dernières années a été généralement bonne tant sur le plan personnel que professionnel. Après avoir été mis en faillite en mars 1998, il a remboursé pratiquement toutes ses dettes. Dans ces conditions, l'autorité cantonale aurait dû rechercher une sanction propre à ne pas compromettre ce redressement. Elle aurait dû considérer qu'en infligeant au recourant une peine ferme de quatre mois d'emprisonnement, elle imposait la réintégration pour l'exécution du solde d'une peine antérieure de quatorze mois⁹⁵⁶ et, qu'en obligeant dès lors le recourant à subir, compte tenu de quatorze jours de détention préventive, une incarcération de dix-sept mois et demi, elle risquait fort de compromettre une réinsertion amorcée avec succès.

d. Le comportement de l'auteur après l'acte

da. Généralités

Le comportement de l'auteur après l'acte, et notamment durant la procédure, est un facteur entrant dans le cadre de la fixation de la peine⁹⁵⁷. Selon la jurisprudence, pour apprécier la situation personnelle, le juge peut en effet prendre en considération le comportement postérieurement à l'acte et au cours de la procédure pénale et notamment l'existence ou l'absence de repentir après l'acte et la volonté de s'amender⁹⁵⁸. Il s'agit d'une « source de connaissance » de sa personnalité qu'il ne convient pas d'omettre⁹⁵⁹.

Une fois l'auteur arrêté, le fait de compliquer l'enquête peut être pris en considération lorsque son comportement démontre notamment une absence de remord et de prise de conscience de la faute⁹⁶⁰. De même, la jurisprudence admet que le juge tienne compte du fait que le délinquant a

⁹⁵⁵ ATF 119 IV 125, JT 1995 IV 102.

⁹⁵⁶ Conformément à l'art. 38 ch. 4 aCP.

⁹⁵⁷ ATF 116 IV 289 ; ATF 117 IV 114 ; ATF 118 IV 25 ; ATF 129 IV 29 ; BRUNS, p. 219ss ; QUELOZ/HUMBERT, n° 74ss ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 101 ; TRECHSEL, n° 22.

⁹⁵⁸ ATF 6B.334/2009 du 20 juillet 2009.

⁹⁵⁹ STRATENWERTH (II), § 6 n° 52.

⁹⁶⁰ RFJ 1995 p. 94.

constamment menti au cours de l'instruction du procès et qu'il a en outre incité un témoin à travestir la vérité⁹⁶¹.

En revanche, le fait de se soumettre au régime de la détention et de ne pas tenter de s'évader n'est pas à ce point méritoire qu'il doive nécessairement être mentionné dans un jugement et jouer un rôle atténuant la peine. Il s'agit au contraire du comportement ordinaire d'un détenu qui n'appelle aucune remarque particulière⁹⁶².

Toutefois, un comportement correct en détention avant jugement est une cause atténuant le quantum souvent mentionnée lors de la motivation de la peine. A ce titre, il est fréquent qu'un rapport de détention soit commandé à l'autorité pour l'audience de jugement⁹⁶³. La direction de la prison y décrit en général l'état de la cellule de l'auteur, son hygiène, son activité au sein de l'établissement et son contact tant avec les autres détenus qu'avec le personnel. Autrement dit, de tels bons renseignements favorisent une diminution de la peine.

Enfin, l'auteur qui commet de nouvelles infractions au cours de l'enquête réalise un élément aggravant la quotité⁹⁶⁴. Celui qui, nonobstant une enquête relative à des violations graves des règles sur la circulation routière, commet d'autres infractions dans le même domaine avant l'audience de jugement fournit au juge un motif d'aggravation. De même, celui qui poursuit une construction illégale malgré une procédure ouverte à son encontre au cours de laquelle l'autorité lui a notifié plusieurs décisions d'interdiction alourdit sa peine⁹⁶⁵.

db. Les aveux

En rapport avec le comportement de l'auteur après l'infraction se pose la question des aveux, et plus particulièrement de leur impact sur la fixation de la peine⁹⁶⁶.

Il est vrai que le droit de se taire fait partie des normes internationales généralement reconnues qui se trouvent au cœur de la notion de procès

⁹⁶¹ Arêts du Tribunal militaire de cassation 1936-1940, n° 25, p. 57.

⁹⁶² RJJ 1995, p. 85.

⁹⁶³ ATF 6B.334/2009 du 20 juillet 2009.

⁹⁶⁴ ATF 96 IV 155, JT 1974 IV 104 ; ATF 121 IV 62 ; ATF 6B.250/2009 du 8 juin 2009 ; TRECHSEL, n° 23.

⁹⁶⁵ RVJ 1995 p. 278.

⁹⁶⁶ TRECHSEL, n° 24.

équitable, selon l'art. 6 par. 1 CEDH⁹⁶⁷. Cela ne signifie toutefois pas que les dénégations de l'accusé ne peuvent pas être prises en considération pour apprécier sa situation personnelle lors de la fixation de la peine.

D'un point de vue doctrinal, les avis sont partagés. Tandis que Stratenwerth considère que des aveux sincères et spontanés sont une circonstance atténuante, Trechsel estime en revanche que tel ne devrait pas être le cas car cela influencerait la décision de se taire ou parler⁹⁶⁸.

D'un point de vue jurisprudentiel, les aveux ont une influence variable lors de la détermination de la quotité de la peine.

Celui qui s'exprime de manière franche devant le tribunal devrait voir sa peine diminuée par rapport à celui qui s'évertue à brouiller les pistes⁹⁶⁹. Des aveux complets et une collaboration efficace sont une circonstance atténuante oscillant entre un cinquième et un tiers notamment en matière de stupéfiants⁹⁷⁰.

Il convient néanmoins de nuancer la diminution selon le moment auquel l'auteur a admis les faits. La peine de celui qui s'exprime d'emblée devrait être atténuée dans une plus large mesure que celui qui se livre alors que la procédure est déjà très avancée⁹⁷¹. En guise d'exemple, l'admission d'une participation à un trafic de stupéfiants à l'ouverture de l'audience n'a justifié qu'une réduction de un vingtième, soit de trois mois sur une peine privative de liberté de cinq ans⁹⁷².

Tel n'est en revanche pas le cas lors d'aveux faits dans le cadre d'une procédure après s'être caché derrière des allégations mensongères et s'être révélé peu coopératif au travers des propos contradictoires et incompréhensibles⁹⁷³.

L'absence d'aveu peut-il être une cause aggravante ? Cet impact est discuté en doctrine⁹⁷⁴. L'accusé a en effet le droit de se taire, soit de ne pas s'incriminer lui-même. Il serait dès lors contraire à ce droit que de retenir

⁹⁶⁷ ATF 121 II 264.

⁹⁶⁸ Résumé de la querelle au RSJ 99 p. 592. Cf. également WIPRÄCHTIGER, n° 131.

⁹⁶⁹ ATF 96 IV 179.

⁹⁷⁰ ATF 121 IV 205.

⁹⁷¹ ATF 6S.189/2003 du 20 août 2003 ; ATF 6S.315/2004 du 26 novembre 2004 ; ATF 6S.467/2004 du 11 février 2005 ; ATF 6S.62/2006 du 28 mars 2006.

⁹⁷² RSJB 140 p. 437.

⁹⁷³ RSJ 99 p. 592.

⁹⁷⁴ Cf. STRATENWERTH (II), § 6 n° 54.

ses dénégations comme un facteur augmentant la quotité de la peine. Il a le droit de nier avoir commis une infraction ou de se taire. Un quelconque devoir de vérité à la justice n'est pas pertinent. Raison pour laquelle celui qui refuse de reconnaître les faits, et a fortiori qui n'exprime pas de regret, ne devrait en principe pas voir sa peine alourdie⁹⁷⁵.

Il serait néanmoins pertinent de relever, comme élément à charge, le fait que l'auteur persiste dans ses dénégations malgré que les faits établis l'incriminent de manière assez claire ou qu'il ne fasse preuve d'aucun repentir ou ne présente pas une forme de considération à l'égard des lésés bien qu'il ait admis les faits.

La question de l'influence de l'aveu sur la quotité de la peine sera certainement relancée lors de l'entrée en vigueur de la procédure pénale suisse unifiée. Dans le futur code de procédure pénale figure en effet une procédure simplifiée qui, comme son nom l'indique, permettra de « simplifier » la procédure de première instance en évitant notamment l'administration des preuves à condition toutefois que l'auteur passe aux aveux. Cette procédure présente plusieurs caractéristiques proches du « *plea bargaining* » anglo-saxon qui instaure une sorte de négociation judiciaire entre le représentant de l'Etat et le prévenu engendrant un échange de concessions et d'avantages⁹⁷⁶.

Jusqu'à la mise en accusation, l'art. 358 al. 1 CPP autorise le prévenu à demander au ministère public que lui soit appliquée la procédure simplifiée lorsqu'il reconnaît les faits déterminants pour l'appréciation juridique ainsi que, dans leur principe, les prétentions civiles. Pour que cette procédure soit applicable, il faut en outre que le parquet n'envisage pas de requérir une peine privative de liberté supérieure à cinq ans⁹⁷⁷.

Le ministère public dresse ensuite un acte d'accusation dans lequel est indiquée en particulier la quotité de la peine⁹⁷⁸. Puis, il transmet l'acte au tribunal de première instance à condition que les parties⁹⁷⁹ l'aient accepté entre temps⁹⁸⁰.

⁹⁷⁵ En ce sens également, cf. QUELOZ/HUMBERT, n° 80.

⁹⁷⁶ KUHN (Plea bargain), p. 74 ; WIPRÄCHTIGER, n° 132.

⁹⁷⁷ Art. 358 al. 2 CPP.

⁹⁷⁸ Art. 360 al. 1 litt. b CPP.

⁹⁷⁹ Les parties étant le prévenu d'une part et la partie plaignante d'autre part (art. 104 al. 1 CPP).

⁹⁸⁰ Art. 360 al. 4 CPP.

Le tribunal de première instance ouvre enfin les débats durant lesquels il constate si le prévenu reconnaît les faits et si sa déposition concorde avec le dossier sans procéder à l'administration des preuves⁹⁸¹. Si les conditions permettant de rendre le jugement selon la procédure simplifiée sont réunies, l'acte d'accusation est assimilé à un jugement⁹⁸².

Cette procédure rapide permettra certainement de liquider un bon nombre d'affaires. Dès lors, il est permis de se demander si l'influence de l'aveu sur la quotité de la peine se modifiera avec la nouvelle loi. Le prévenu pourrait en effet « subordonner » la reconnaissance des faits à l'infliction d'une peine plus basse que celle qui serait prononcée, *mutatis mutandis*, au terme de la procédure ordinaire. A l'inverse, le procureur pourrait rendre l'aveu alléchant pour l'accusé en lui proposant une peine clémente, notamment lorsque ses déclarations lui permettraient de faire avancer une grosse enquête, par exemple en matière de trafic de stupéfiants. Raison pour laquelle le tribunal de première instance devra véritablement jouer son rôle d'autorité de contrôle en faisant preuve d'une extrême attention lors de l'examen des sanctions proposées afin d'éviter des atteintes à la libre détermination de l'auteur⁹⁸³. A ce titre, il convient de rappeler que son appréciation est libre de par la loi et ne se limite dès lors pas à l'arbitraire⁹⁸⁴.

dc. Prise de conscience et remords

Une prise de conscience, l'expression de regret et le fait de présenter des excuses constituent des éléments à décharge⁹⁸⁵. Il faut alors que l'attitude de l'auteur permette de conclure qu'une véritable leçon a été tirée de sorte qu'il se détourne définitivement de la délinquance⁹⁸⁶.

Bien que l'examen soit en réalité délicat, le tribunal devra apprécier la sincérité des déclarations et, en particulier, si elles ne résultent pas d'une option stratégique en vue de diminuer la peine⁹⁸⁷. A cet effet, le juge peut tenir compte de la collaboration de l'auteur durant la procédure⁹⁸⁸ ou de la

⁹⁸¹ Art. 361 CPP.

⁹⁸² Art. 362 al. 2 CPP.

⁹⁸³ A ce propos, voir QUELOZ/HUMBERT, n° 95.

⁹⁸⁴ Art. 362 al. 1 lit. c CPP.

⁹⁸⁵ ATF 121 IV 206 ; ATF 6B.646/2008 du 23 avril 2009 ; cf. également SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 102.

⁹⁸⁶ ATF 118 IV 341 ; ATF 6B.334/2009 du 20 juillet 2009.

⁹⁸⁷ ATF 107 IV 99 ; ATF 6B.741/2009 du 3 novembre 2009.

⁹⁸⁸ BJP 2008, n° 377.

présence de l'accusé lors des débats lorsque celui-ci aurait pu aisément s'y soustraire. Tel est notamment le cas de l'accusé vivant à l'étranger et qui se rend néanmoins de lui-même à l'audience.

Le défaut de l'accusé fournit un facteur aggravant au terme de la procédure par défaut, en particulier lorsqu'il s'est volontairement soustrait aux débats. Cela dénote par exemple d'une absence de prise de conscience de ses fautes ou un refus d'assumer ses responsabilités.

En l'absence de l'accusé lors du premier jugement, une peine prononcée après relief⁹⁸⁹ peut toutefois être plus lourde que celle ordonnée lors de la procédure par défaut, le droit fédéral n'interdisant pas la *reformatio in pejus*⁹⁹⁰.

Quant à une éventuelle intention de se suicider après le forfait commis, elle n'est pas considérée comme la manifestation évidente d'un remord désespéré mais comme l'achèvement d'une volonté de destruction totale pour se libérer par la violence des problèmes d'une vie difficile que le condamné n'était pas parvenu à résoudre⁹⁹¹.

De même, il serait faux de considérer qu'un mariage subséquent soit toujours le signe d'un repentir ; cela pourrait pousser l'accusé à épouser sa victime pour améliorer sa position face au juge pénal, quitte à divorcer après le jugement⁹⁹².

Un défaut de prise de conscience peut logiquement constituer un facteur aggravant⁹⁹³. Selon la jurisprudence, le juge peut relever l'absence de repentir démontré par l'attitude adoptée en cours de procédure⁹⁹⁴. L'autorité ne viole donc pas le droit fédéral en constatant que l'accusé s'est contenté de se poser en victime et qu'il a refusé d'assumer ses erreurs⁹⁹⁵.

Dans le cadre d'une fabrication de fausse monnaie, le fait que le faussaire ait remis l'argent à un initié et qu'il ait pris en compte que celui-ci ou ceux qui recevraient ensuite la fausse monnaie, la mettraient en circulation comme authentique, doit être considéré comme un comportement aggravant

⁹⁸⁹ Dans le code de procédure pénale unifié, il s'agit de la procédure de nouveau jugement prévue aux art. 368ss CPP.

⁹⁹⁰ ATF 6S.308/2004 du 8 novembre 2004.

⁹⁹¹ ATF 106 IV 348.

⁹⁹² ATF 122 IV 244.

⁹⁹³ ATF 113 IV 56 ; CORBOZ, p. 9.

⁹⁹⁴ ATF 118 IV 25.

⁹⁹⁵ ATF 6P.6/2007 du 4 mai 2007 ; ATF 6B.130/2009 du 24 mars 2009.

postérieur à l'infraction et pris en considération lors de la fixation de la peine⁹⁹⁶.

e. L'attitude des autorités pénales durant la procédure

Après la commission de l'infraction, le comportement d'un tiers peut être à l'origine d'une atténuation de la peine. Ici, la quotité se trouve diminuée en raison d'un élément extérieur à l'auteur. Tel est notamment le cas lors d'une violation par les autorités pénales du principe de célérité ancré à l'art. 6 al. 1 CEDH⁹⁹⁷ et ce même indépendamment de toute faute de leur part afin de ne pas exclure les insuffisances relatives à l'organisation judiciaire⁹⁹⁸. Il ne s'agit cependant pas de confondre cette circonstance avec celle de l'écoulement du temps prévue à l'art. 48 lit. e CP laquelle est liée à l'approche de la prescription et suppose un bon comportement de l'auteur dans l'intervalle⁹⁹⁹.

L'accusé peut certes obtenir la constatation simplement déclaratoire de la violation du principe de la célérité qui constitue déjà une forme de réparation ou demander des dommages-intérêts, mais, en règle générale, il entend obtenir une réduction de la peine. La violation du principe de la célérité est ainsi devenue, de fait, une circonstance atténuante de la peine à part entière¹⁰⁰⁰. L'impact sur la quotité de la peine dépend cependant de la complexité de la cause : plus l'enquête est compliquée, plus la marge de tolérance liée à la durée des investigations est grande.

Une violation du principe de la célérité doit en principe être prise en compte au stade de la fixation de la peine¹⁰⁰¹. On considère alors que l'accusé a été en partie puni par le fait d'avoir été laissé longtemps dans l'incertitude quant au sort de l'action pénale¹⁰⁰².

Schématiquement, il convient d'apprécier la violation du « délai raisonnable » en fonction du stade auquel la procédure se trouve. Un manquement est par exemple admis lors d'une inactivité de treize à quatorze mois au stade de l'instruction, d'un délai de dix à onze mois pour

⁹⁹⁶ ATF 119 IV 163.

⁹⁹⁷ QUELOZ/HUMBERT, n° 98ss ; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, p. 106ss ; TRECHSEL, n° 25.

⁹⁹⁸ ATF 130 IV 57.

⁹⁹⁹ ATF 133 IV 157.

¹⁰⁰⁰ ATF 130 IV 56.

¹⁰⁰¹ HÄRRI, p. 221ss ; WIPRÄCHTIGER, n° 137ss.

¹⁰⁰² ATF 117 IV 127ss ; CORBOZ, p. 8, note 26.

transmettre le dossier à l'autorité de recours et d'un délai de quatre ans pour statuer sur recours contre l'acte d'accusation¹⁰⁰³.

Le plus souvent, cette violation conduit à une réduction de peine, parfois même à la nécessité d'abandonner la poursuite¹⁰⁰⁴. Tel a été le cas de l'auteur qui a vu sa peine privative de liberté diminuée de douze à neuf années parce que la procédure a duré près de neuf ans¹⁰⁰⁵. Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral a estimé qu'une procédure ayant duré deux ans de trop nécessitait une réduction de vingt pourcents de la peine privative de liberté¹⁰⁰⁶. En revanche, la peine ne doit pas être réduite de cinquante pourcents lorsqu'une procédure a duré douze ans en raison de sa complexité liée en particulier avec la commission de délits économiques¹⁰⁰⁷.

En ce qui concerne le *dies a quo*, il s'agit généralement de la date de l'ouverture de l'enquête. Ainsi, il y a violation du principe de célérité lorsqu'il s'écoule un temps anormalement long au regard de la complexité de l'affaire entre le premier acte d'instruction et le renvoi devant le tribunal. Tel a été le cas d'une instruction pour tentative d'escroquerie, faux dans les titres, induction de la justice en erreur et infractions aux art. 7 de la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité et 112 de la Loi fédérale sur l'assurance-accidents ayant duré cinq ans, soit de la date du placement en détention préventive jusqu'à celle de l'audience de jugement¹⁰⁰⁸.

En ce qui concerne la détention provisoire, la violation du principe de célérité ne s'examine que si le retard dans la procédure crée un doute quant au respect des conditions légales¹⁰⁰⁹. La doctrine admet enfin qu'une détention pénible consécutive à une demande d'extradition est une circonstance atténuante¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰³ ATF 130 IV 56 et 57.

¹⁰⁰⁴ ATF 117 IV 126 ; ATF 119 IV 109 ; ATF 122 IV 111 ; ATF 124 I 139 ; ATF 133 IV 170.

¹⁰⁰⁵ ATF 6S.98/2003 du 22 avril 2004.

¹⁰⁰⁶ ATF 6S.335/2004 du 23 mars 2005.

¹⁰⁰⁷ ATF 6S.15/2007 du 22 février 2007.

¹⁰⁰⁸ ATF 6B.69/2009 du 12 mars 2009.

¹⁰⁰⁹ ATF 128 I 149.

¹⁰¹⁰ WIPRÄCHTIGER, n° 151.

f. Le relais médiatique

Il faut tenir compte, en tant que facteur de fixation de la peine, d'une publication préjugant de la culpabilité d'une personne soupçonnée dans les comptes-rendus de la presse, selon la gravité de l'atteinte aux droits¹⁰¹¹.

Dans son arrêt du 29 novembre 1999¹⁰¹², le Tribunal fédéral a admis que la conférence de presse donnée par la Procureur de la Confédération de l'époque et l'utilisation qui en avait été faite avaient conduit à un grave préjugé de la culpabilité de l'accusé entraînant un quasi-effet de sanction pénale, ce qu'il fallait considérer comme un facteur d'atténuation de la peine. Les juges de Mon Repos ont alors estimé que l'important préjugé de la culpabilité avait lourdement influencé les organes de poursuite pénale et qu'il s'était avéré plus tard que les soupçons publiés à l'encontre de l'accusé étaient largement infondés.

Dans ce cadre, il faudrait examiner si, et le cas échéant à quel point, les comptes-rendus de la procédure en cours contre le recourant publiés dans la presse ont porté atteinte à ses droits.

Dans un arrêt publié¹⁰¹³, le Tribunal fédéral constate que le recourant énonce un nombre d'émissions desquels il déduit un grave préjugé de sa culpabilité. Celui-ci fait valoir que ses droits de la personnalité auraient été violés par la presse durant la procédure. Cependant, il ne démontre pas, et cela n'est du reste pas évident, que les interventions de la presse ont violé les fondements de la présomption d'innocence, ni dans quelle mesure, et qu'elles auraient conduit à ce qu'il soit jugé coupable par avance. Ainsi les conditions pour une atténuation de la peine à cause d'une publication dans la presse préjugant de sa culpabilité n'étaient pas réunies. Une atténuation de la peine n'entrerait en ligne de compte qu'à cause d'une pression extraordinairement forte provoquée par un compte-rendu intensif dans la presse. Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner si et, le cas échéant, dans quelles circonstances les juges ont tenu compte, lors de la fixation de la peine, de la médiatisation de la procédure pénale sans préjuger de la culpabilité de la personne soupçonnée. Même si l'on voulait admettre, avec le recourant, que le compte-rendu de la presse l'a chargé, lui et sa famille, de manière extraordinairement forte et qu'il a violé ses droits de manière significative, la peine n'en aurait pu être que peu atténuée. La peine infligée de trois ans et un quart de réclusion ne viole en aucun cas le droit fédéral.

¹⁰¹¹ QUELOZ/HUMBERT, n° 97.

¹⁰¹² ATF 9X.1/1998 du 29 octobre 1999 cité in ATF 128 IV 104.

¹⁰¹³ ATF 128 IV 97, JT 2004 IV 123.

III. Le choix de la peine

L'art. 47 CP ne fournit que les instruments qui concourent à la mesure de la quotité de la peine. Or il n'indique en rien la forme sous laquelle la peine va se traduire. Après que le quantum a été fixé, il appartient encore au juge de se demander quel est le genre de peine à prononcer¹⁰¹⁴.

En réalité, la question n'est pas toujours pertinente. L'art. 111 CP ne prévoit par exemple qu'une peine privative de liberté. A moins qu'il existe des circonstances atténuantes, le juge n'a dès lors pas le choix : il doit prononcer une peine de prison.

Cependant, il arrive que le tribunal puisse choisir. Certaines infractions sont par exemple sanctionnées soit par une peine privative de liberté soit pas une peine pécuniaire. Tel est notamment le cas de l'homicide par négligence (art. 117 CP) qui rend le comportement passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En outre, l'art. 48a al. 2 CP dispose que, si une circonstance atténuante est réalisée, le juge peut prononcer une peine d'un genre différent de celui qui est prévu pour l'infraction tout en restant lié par le maximum et par le minimum légal de chaque genre de peine.

La loi ne détermine pas expressément de quelle manière ce choix doit s'opérer. Il est cependant admis que les critères de fixation de la peine sont également applicables en ce qui concerne le genre de peine à ordonner¹⁰¹⁵. Aussi la mesure de la quotité et le choix de la sanction ne peuvent-ils pas être séparés mais s'influencent réciproquement¹⁰¹⁶.

Les juges de Mon Repos ont eu l'occasion de rappeler ce lien entre la faute et le choix de la peine¹⁰¹⁷. Lorsque la loi laisse au juge la faculté de prononcer une amende à la place d'une peine pécuniaire ou d'une privation de liberté, comme par exemple à l'art. 219 al. 2 CP, la décision se fonde essentiellement sur la gravité de la faute. Il résulte par exemple du texte de la disposition que, lorsque l'auteur a agi par négligence, le juge a la faculté, mais non pas l'obligation, de prononcer une amende au lieu de la détention ou d'une peine pécuniaire. Pour déterminer si, en cas de négligence, c'est une peine privative de liberté ou une simple amende qui doit être

¹⁰¹⁴ LOGOZ, n° 8 ; STRATENWERTH (II), § 6 n° 81.

¹⁰¹⁵ ATF 116 IV 288 ; ATF 117 IV 112, JT 1993 IV 98 ; ATF 120 IV 67, JT 1994 I 776.

¹⁰¹⁶ TRECHSEL, n° 46 ; STRATENWERTH (II), § 6 n° 77.

¹⁰¹⁷ ATF 125 IV 72.

prononcée, la gravité de la faute est donc le critère essentiel à prendre en considération.

Aussi le juge détermine-t-il d'abord la quotité de la peine d'après l'art. 47 CP avant d'envisager les peines compatibles avec la mesure établie. De deux choses l'une : soit la quotité correspond à une seule peine et la question du choix n'est plus pertinente. Soit deux peines sont compatibles avec la quotité et il s'agit alors de choisir.

Dans ce second cas, c'est le principe d'adéquation qui prévaut sous l'angle de la sécurité publique. Le juge doit opter pour la peine qui semble le plus à même de détourner l'auteur de nouvelles infractions. Partant, le juge jouit également d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne le choix de la peine.

Dans un arrêt récent¹⁰¹⁸, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler ce principe en partant de la réorganisation des peines au terme de la modification entrée en vigueur en 2007.

Il affirme en effet que, d'après la conception des nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal, la peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité¹⁰¹⁹. Conformément au principe de la proportionnalité, lorsque plusieurs peines entrent en considération et apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute commise, il y a en règle générale lieu de choisir celle qui restreint le moins sévèrement la liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement¹⁰²⁰. A cet égard, une peine pécuniaire, qui atteint l'intéressé dans son patrimoine, constitue une sanction plus clémente qu'une peine privative de liberté, qui l'atteint dans sa liberté personnelle. La priorité à donner à une peine pécuniaire correspond au demeurant à la volonté du législateur, dont l'un des principaux buts dans le domaine des sanctions a été d'éviter les courtes peines privatives de liberté, qui entravent la resocialisation de l'auteur¹⁰²¹. Le choix du type de sanction doit dès lors être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation d'une sanction déterminée, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention¹⁰²². La situation économique de l'auteur ou le fait que son insolvabilité apparaît prévisible ne constituent

¹⁰¹⁸ ATF 6B.576/2008 du 28 novembre 2008.

¹⁰¹⁹ ATF 134 IV 100 et références citées.

¹⁰²⁰ ATF 134 IV 101 et références citées.

¹⁰²¹ ATF 134 IV 101 et 102.

¹⁰²² ATF 134 IV 100.

en revanche pas des critères pertinents pour choisir la nature de la sanction¹⁰²³.

Une fois la quotité déterminée, le juge se penche donc sur la question du genre de la peine. S'il a la possibilité de choisir, il recourt au principe d'adéquation en fonction de la sécurité publique. Partant, il jouit d'un large pouvoir d'appréciation tout comme au moment de mesurer la peine. A condition toutefois de motiver sa décision conformément aux exigences du droit fédéral.

IV. La motivation

Le Tribunal fédéral s'est longtemps borné à vérifier si la peine judiciaire se trouvait dans le cadre de la peine légale¹⁰²⁴. Le jugement n'était annulé que si le juge avait méconnu la limite inférieure ou supérieure de la peine légale, tenu compte de critères étrangers à l'art 63 aCP ou omis de considérer des éléments pertinents.

Ceci n'arrivant pratiquement jamais¹⁰²⁵, la jurisprudence s'est contentée d'un résumé des éléments essentiels de la culpabilité de 1942 à 1989¹⁰²⁶. Le Tribunal fédéral a même déclaré que la mesure de la peine correspondant à la faute dans les limites légales était affaire d'appréciation de sorte qu'elle échappait au contrôle de la cour de cassation¹⁰²⁷.

C'est depuis 1991 que la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral n'a cessé de manifester sa volonté de contrôler plus intensément la fixation de la peine par le biais d'une augmentation des exigences liée à la motivation des décisions querellées¹⁰²⁸. Celle-ci est en effet l'unique voie qui garantit une certaine transparence non seulement au condamné mais également à l'autorité de contrôle¹⁰²⁹. Dans cette perspective, la motivation ne constitue pas un but en soi mais fournit tout au plus un moyen de vérifier la correcte application de l'art. 47 CP¹⁰³⁰.

¹⁰²³ ATF 134 IV 104 et références citées.

¹⁰²⁴ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 1220.

¹⁰²⁵ Les pourvois admis étaient très peu nombreux (CORBOZ, p. 3).

¹⁰²⁶ QUELOZ, p. 139.

¹⁰²⁷ ATF 68 IV 16.

¹⁰²⁸ CORBOZ, p. 2 ; LINIGER, p. 566 ; KILLIAS (Fixation), p. 40.

¹⁰²⁹ CORBOZ, p. 19.

¹⁰³⁰ LINIGER, p. 574.

L'art. 50 CP commande au juge d'indiquer dans la motivation les facteurs pertinents pour la fixation de la peine et leur importance¹⁰³¹. Il reprend en substance les principes applicables avant la révision de la partie générale du code en 2007.

Il n'appartient pas au Tribunal fédéral d'assurer une cohérence scrupuleuse des peines entre elles, afin de ramener à une sorte de moyenne celle qui s'en écarterait. S'il fallait admettre un tel système, celui-ci serait contraire au principe de l'individualisation de la peine et supposerait des règles de calcul relativement rigides qui heurteraient la souplesse voulue par le législateur à l'art 47 CP¹⁰³². Aussi se contente-t-il de contrôler le pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure limité par « l'exagérément clément et l'excessivement sévère »¹⁰³³.

Pour permettre au Tribunal fédéral de contrôler la validité de la peine infligée, c'est-à-dire de vérifier que le juge n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation, il est déterminant que le jugement soit motivé de la manière la plus complète possible sous l'angle des éléments essentiels. Le juge doit rappeler les faits qui sont à prendre en considération et leur pondération. A ce titre, il qualifie par exemple la faute de légère, moyenne ou lourde.

Lorsque l'autorité de recours, s'écartant du jugement de première instance, admet des faits qui sont de nature à permettre la réduction de la peine dans le cadre de l'art. 47 CP, par exemple en admettant que le montant du délit est notablement moins important, elle doit indiquer pourquoi elle prononce néanmoins une peine identique à celle fixée en première instance¹⁰³⁴.

De même, lorsqu'elle libère le condamné de certaines infractions retenues en première instance, par exemple des actes préparatoires en vue de commettre un brigandage, elle ne saurait renoncer à réduire la peine sans justifier sa décision de manière expresse et détaillée¹⁰³⁵.

Il n'y a toutefois pas lieu de tout dire voire de raisonner en termes de pourcentages ou de nombres¹⁰³⁶. Ce n'est que faute de précisions suffisantes que des chiffres doivent être exceptionnellement fournis afin que le Tribunal fédéral puisse apprécier si la peine a été fixée dans le

¹⁰³¹ TRECHSEL, n° 37.

¹⁰³² ATF 123 IV 153.

¹⁰³³ QUELOZ/HUMBERT, n° 106.

¹⁰³⁴ ATF 118 IV 18.

¹⁰³⁵ ATF 117 IV 397.

¹⁰³⁶ ATF 116 IV 288 ; ATF 120 IV 143.

respect du droit fédéral¹⁰³⁷, notamment pour le calcul de la peine en cas de concours rétroactif (art. 49 al. 2 CP)¹⁰³⁸.

Pour qu'un jugement soit annulé, il ne suffit pas que l'on ait une opinion différente sur son bienfondé. Il faut qu'en raison d'une absence de discussion sur des éléments importants, le Tribunal fédéral soit privé de la possibilité d'apprécier l'usage par le juge de son pouvoir d'appréciation. Raison pour laquelle, plus la peine est lourde, plus l'exigence de motivation est élevée¹⁰³⁹. Cela vaut surtout lorsque la peine, dans le cadre légal, apparaît très élevée en comparaison des peines habituellement prononcées. Un pourvoi ne saurait toutefois être admis simplement pour améliorer ou compléter un considérant lorsque la décision rendue apparaît conforme au droit¹⁰⁴⁰.

Cela étant, le juge doit exposer, dans sa décision, les éléments essentiels relatifs à l'acte ou à l'auteur qu'il prend en compte de manière à ce que l'on puisse constater que tous les aspects pertinents ont été pris en considération et comment ils ont été appréciés, que ce soit dans un sens atténuant ou aggravant ; il peut passer sous silence les éléments qui, sans abus du pouvoir d'appréciation, lui paraissent non pertinents ou d'une importance mineure.

Dans une décision publiée, le Tribunal fédéral a par exemple annulé l'arrêt querellé et renvoyé la cause à l'autorité cantonale, retenant en substance que l'autorité inférieure énumère certes les éléments pertinents qui entrent en ligne de compte pour fixer la peine mais sans pour autant expliquer comment, à partir de ceux-ci, elle est parvenue à la peine infligée¹⁰⁴¹. Or, il n'incombe pas au Tribunal fédéral de supputer le cheminement suivi par l'autorité cantonale pour aboutir à la peine fixée ni de se substituer à elle en complétant lui-même la motivation.

Les faits circonscrits par une incrimination, en tant qu'éléments constitutifs, ne peuvent pas être utilisés tels quels à nouveau lors de la fixation du cadre de la peine. Ainsi, le juge n'a pas le droit de se référer, au moment de déterminer les limites minimale et maximale du cadre, à des éléments dont le législateur s'est déjà inspiré pour définir un comportement pénalement

¹⁰³⁷ ATF 118 IV 119.

¹⁰³⁸ QUELOZ, p. 154.

¹⁰³⁹ ATF 116 IV 288 ; ATF 118 IV 17 ; ATF 120 IV 71 ; TRECHSEL, n° 38.

¹⁰⁴⁰ ATF 120 IV 143 ; ATF 121 IV 56 ; ATF 122 IV 269 ; ATF 127 IV 105.

¹⁰⁴¹ ATF 127 IV 105.

répréhensible¹⁰⁴². Le cadre légal abstrait a en effet été d'ores et déjà prédéfini selon ces éléments. C'est ce qu'exprime le principe d'interdiction de la double prise en compte (*die Doppelverwertungsverbot*)¹⁰⁴³.

Tel est en particulier le cas du meurtre passionnel prévu à l'art. 113 CP qui prévoit un seuil de six mois, respectivement un plafond de dix ans, en ce qui concerne la peine privative de liberté. En l'occurrence, le principe d'interdiction de la double prise en compte empêche par exemple le juge de faire application de la circonstance atténuante liée à l'émotion violente¹⁰⁴⁴ afin de prononcer une peine d'un genre différent¹⁰⁴⁵. Aussi ne cumule-t-on pas les circonstances atténuantes diminuant le cadre légal de la peine, les *Strafmilderungsgründe*¹⁰⁴⁶.

Certes, les éléments constitutifs des infractions ne peuvent pas être utilisés comme des critères d'aggravation ou d'atténuation automatiques de la quotité de la peine. Le juge appelé par exemple à juger d'une escroquerie¹⁰⁴⁷ ne peut pas invoquer la simple utilisation d'une astuce comme cause d'aggravation de la peine, celle-ci étant un élément constitutif de l'infraction¹⁰⁴⁸. En revanche, le juge reste compétent pour *apprécier* l'importance que revêt dans le cas particulier les éléments constitutifs de l'infraction à la lumière des éléments de l'art. 47 CP. A défaut de cette possibilité d'estimation, la quotité de la peine ne se fixerait jamais dans la partie augmentée de l'infraction qualifiée, respectivement dans la partie diminuée¹⁰⁴⁹.

Ainsi, dans le cadre d'une escroquerie, la complexité de l'astuce (gravité de l'infraction) ou sa nature particulièrement crasse (caractère répréhensible) sont des causes d'aggravation de la peine. De même, la quantité de drogue peut être prise en considération pour estimer la faute de l'auteur et situer de la sorte la peine dans la portion élargie du cadre de l'infraction qualifiée¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴² ATF 118 IV 347 ; ATF 120 IV 72.

¹⁰⁴³ GISEL-BUGNION (Individualisation), p. 73ss ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 1212 ; QUELOZ/HUMBERT, n° 32 ; STRATENWERTH (II), § 6 n° 22 ; TRECHSEL, n° 27 ; WIPRÄCHTIGER, n° 77.

¹⁰⁴⁴ Art. 48 lit. c CP.

¹⁰⁴⁵ Art. 48a al. 2 CP.

¹⁰⁴⁶ Respectivement *die Strafschärfungsgründe* pour les éléments qui augmentent le cadre légal de la peine.

¹⁰⁴⁷ Art. 146 CP.

¹⁰⁴⁸ GISEL-BUGNION (Individualisation), p. 77.

¹⁰⁴⁹ GISEL-BUGNION (individualisation), p. 80.

¹⁰⁵⁰ ATF 118 IV 342, JT 1994 IV 67.

En guise de dernier exemple, lorsque la circonstance aggravante du métier est réalisée, le juge peut tenir compte de la mesure dans laquelle l'auteur a porté atteinte aux intérêts patrimoniaux d'autrui¹⁰⁵¹.

En matière d'interdiction de la double prise en compte, la langue allemande est plus précise. On qualifie de *strafscharfend* et de *strafmildernd* les éléments qui modifient le plafond, respectivement le seuil, de la peine. En ce qui concerne les éléments qui atténuent ou aggravent la peine à l'intérieur du cadre légal, l'allemand parle de critères *straf erhöhend* ou *strafmindernd*. En revanche, le français emploie à propos des deux catégories de « circonstances », tant pour celles qui diminuent ou augmentent le cadre légal de la peine que celles qui diminuent ou augmentent la quotité de la peine à l'intérieur du cadre.

Or une distinction terminologique pourrait se révéler intéressante en ce sens que des malentendus sont évités. Il paraîtrait en effet opportun de parler plutôt de « circonstances » à l'égard des éléments qui modifient le cadre légal de la peine. C'est d'ailleurs les termes utilisés par la législation¹⁰⁵². Et de « causes » d'atténuation, respectivement d'aggravation, à l'égard des éléments permettant de fixer la quotité à l'intérieur du cadre. Aussi le juge est-il en mesure d'apprécier l'importance de ces causes conformément à l'art. 47 CP.

Enfin, les exigences de motivation impliquent un certain nombre de principes¹⁰⁵³ :

a) Le juge est tenu de procéder à une caractérisation de la personnalité de l'auteur. Il ne peut se borner à rapporter les dates et les faits essentiels de son parcours personnel¹⁰⁵⁴.

b) En ce qui concerne la violation du principe de célérité, les formules « toutes faites » sont inadmissibles. Raison pour laquelle la simple mention de l'écoulement du temps comme circonstance atténuante parmi d'autres n'est pas suffisante. La violation de ce principe doit être expressément constatée par le juge qui doit également préciser dans quelle mesure ce facteur a été pris en considération¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵¹ RVJ 1994 p. 329.

¹⁰⁵² Art. 48 CP.

¹⁰⁵³ LINIGER, p. 575ss.

¹⁰⁵⁴ ATF 117 IV 115.

¹⁰⁵⁵ ATF 117 IV 128 à 130.

c) Lorsque l'autorité de recours libère le condamné de certaines infractions retenues en première instance mais maintient la peine prononcée, elle a l'obligation d'exposer les motifs de sa décision. Elle doit notamment démontrer que les premiers juges ont mal apprécié les faits en fixant une peine trop basse qu'il n'y aurait pas lieu de réduire encore¹⁰⁵⁶.

d) Il n'est pas admissible que le juge se contente de relever que la peine requise par le Ministère public est justifiée. Les arguments présentés par ce dernier doivent être mentionnés¹⁰⁵⁷.

V. Le recours en matière pénale

L'art. 78 al. 1 LTF prévoit que le Tribunal fédéral est compétant pour statuer sur les recours contre les décisions rendues en matière pénale¹⁰⁵⁸.

Le recours peut être formé pour violation du droit fédéral, du droit international, des droits constitutionnels cantonaux et du droit intercantonal conformément à l'art. 95 LTF¹⁰⁵⁹. Par droit fédéral, on entend notamment le Code pénal. C'est pourquoi il faut employer le recours en matière pénale pour contester une application de l'art. 47 CP¹⁰⁶⁰.

Le Tribunal fédéral applique le droit d'office¹⁰⁶¹. Si le Tribunal fédéral admet le recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. Il peut également renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance¹⁰⁶².

Pour ce qui est de la fixation de la peine proprement dite, l'art. 47 CP n'énonce pas de manière détaillée et exhaustive les éléments qui doivent être pris en considération, ni les conséquences exactes qu'il faut en tirer quant à la mesure.

¹⁰⁵⁶ ATF 117 IV 397.

¹⁰⁵⁷ ATF 117 IV 404.

¹⁰⁵⁸ JEANNERET/ROTH, p. 110ss ; MOREILLON, p. 175 ; THOMMEN, n° 1ss.

¹⁰⁵⁹ JEANNERET/ROTH, p. 110ss ; MOREILLON, p. 176ss ; SCHOTT, n° 1ss.

¹⁰⁶⁰ QUELOZ/HUMBERT, n° 13.

¹⁰⁶¹ Art. 106 al.1 LTF ; JEANNERET/ROTH, p. 128 ; MOREILLON, p. 192 ; MEYER (106), n° 1ss.

¹⁰⁶² Art. 107 al. 2 LTF ; JEANNERET/ROTH, p. 128 ; MOREILLON, p. 192 ; MEYER (107), n° 1ss.

Dès lors, le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation lors de la fixation¹⁰⁶³. Il ne viole le droit fédéral que lorsqu'il détermine une peine en dehors du cadre légal de celle-ci, s'il se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, s'il omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la peine qu'il prononce apparaît à ce point trop sévère ou trop clément¹⁰⁶⁴ qu'elle constitue un abus de pouvoir d'appréciation¹⁰⁶⁵. A cela s'ajoute le cas où le juge prononce une peine qui n'est pas prévue pour l'infraction en cause¹⁰⁶⁶.

Toujours en matière d'abus du pouvoir d'appréciation, il faut relever que le Tribunal fédéral, qui n'interroge pas lui-même les accusés ou les témoins et n'établit pas les faits, est mal placé pour apprécier l'ensemble des paramètres pertinents pour individualiser la peine¹⁰⁶⁷. Son rôle est d'interpréter le droit fédéral et de dégager des critères et des notions qui ont une valeur générale. Le Tribunal fédéral n'a donc en aucune façon à substituer sa propre appréciation à celle du juge de répression. Notre haute Cour ne peut intervenir, en considérant le droit fédéral comme violé, que si l'autorité inférieure a fait un usage insoutenable de la marge de manœuvre qui lui est accordée¹⁰⁶⁸.

Critique, Bertossa considère que depuis bien longtemps, il est devenu impossible pour les juridictions inférieures de motiver avec sûreté les peines qu'elles prononcent¹⁰⁶⁹. Déjà amorcée sous l'ancien droit, cette totale insécurité aurait pris des proportions inquiétantes depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions régissant le droit des sanctions. Au caractère tarabiscoté et parfois incompréhensible de ces nouvelles normes, s'ajouterait désormais une logorrhée jurisprudentielle qu'aucun juge, ni d'ailleurs aucun avocat n'est désormais en mesure de maîtriser. Quels que soient les efforts de motivation auxquels se livreraient les premiers juges, leurs décisions risquent d'être cassées si le résultat ne plaît pas au Tribunal fédéral, non sans que ce dernier ait préalablement rappelé, dans son considérant « type », que les premiers juges « disposent d'un large pouvoir d'appréciation ». Cette formule de style n'aurait plus guère de portée. La sanction la mieux motivée, inscrite dans le cadre légal, pourrait être annulée

¹⁰⁶³ QUELOZ/HUMBERT, n° 2 ; TRECHSEL, n° 35.

¹⁰⁶⁴ ATF 122 IV 241 ; ATF 123 IV 49.

¹⁰⁶⁵ ATF 123 IV 153 ; ATF 124 IV 295 ; ATF 127 IV 103 ; ATF 129 IV 21.

¹⁰⁶⁶ CORBOZ, p. 15.

¹⁰⁶⁷ Cf. CORBOZ, p. 16.

¹⁰⁶⁸ ATF 123 IV 153.

¹⁰⁶⁹ SJ 2008 I 337.

si le Tribunal fédéral la juge trop sévère ou trop clémente. Inversement, la peine considérée comme équitable à Lausanne serait confirmée même si sa motivation est insuffisante. En matière de fixation de la peine, le Tribunal fédéral se serait lui-même transformé en juridiction d'appel. Il n'aurait dès lors pas à se plaindre si les recours en matière pénale affluent au point de l'engorger.

Il semble possible de tempérer cet avis pour deux raisons. D'une part, l'impossibilité de motiver avec sûreté n'est pas alarmante en soi. Le travail des autorités cantonales est intrinsèquement instable dès lors qu'il existe une instance de recours. D'autre part, le nouveau droit des sanctions traduit des changements importants, notamment en matière de fixation de la peine où la prévention spéciale est désormais largement consacrée par le texte légal. C'est pourquoi l'application de la nouvelle nécessite probablement des ajustements que le Tribunal fédéral est en charge de dicter dès lors qu'il veille à l'harmonisation du droit fédéral. Cet élément perdra toutefois en pertinence si le nombre d'ingérences de notre haute Cour ne diminue pas avec l'écoulement du temps.

La jurisprudence a toujours affirmé la primauté du principe de la légalité sur le principe de l'égalité¹⁰⁷⁰. Il ne suffit pas que la loi ait été mal appliquée dans un cas pour prétendre à un droit à l'égalité dans l'illégalité. Bien que le principe de légalité prime celui d'égalité de traitement, ce dernier est néanmoins un moyen de recours¹⁰⁷¹, notamment entre différents accusés et entre différentes juridictions.

Une certaine disparité dans le domaine de la fixation de la peine s'explique par le principe de l'individualisation voulu par le législateur¹⁰⁷². Dès lors, le principe de l'égalité dans la fixation de la peine ne peut être invoqué que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, faisant apparaître un abus manifeste du pouvoir d'apprécier les critères définis par l'art. 47 CP¹⁰⁷³. La comparaison de deux cas concrets est généralement stérile, vu qu'il existe toujours une différence entre les circonstances, subjectives et objectives, que le juge doit prendre en considération dans chacun des deux cas¹⁰⁷⁴. Il ne suffirait d'ailleurs pas que le recourant puisse citer un ou deux cas où une

¹⁰⁷⁰ ATF 122 II 451 ; ATF 124 IV 47.

¹⁰⁷¹ ATF 117 IV 115 ; ATF 121 IV 204 ; CORBOZ, p. 12 et 13.

¹⁰⁷² ATF 123 IV 150.

¹⁰⁷³ TRECHSEL, n° 40 et 41.

¹⁰⁷⁴ ATF 116 IV 293, JT 1992 IV 104.

peine particulièrement clémente a été fixée pour prétendre à un droit à l'égalité de traitement¹⁰⁷⁵.

Toutefois, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, le juge doit respecter, en particulier, le principe d'égalité de traitement conformément à l'art. 8 al. 1 Cst.¹⁰⁷⁶. S'il est appelé à juger les co-auteurs d'une même infraction ou deux coaccusés ayant participé ensemble au même complexe de faits délictueux, il est tenu de veiller à ce que la différence des peines infligées aux deux intéressés soit justifiée par une différence dans les circonstances personnelles en fonction desquelles, conformément à l'art. 47 CP, la peine doit être individualisée¹⁰⁷⁷. Inversement, s'il condamne deux co-accusés à des peines identiques, il doit s'assurer que cette égalité est justifiée par une équivalence globale des éléments pertinents pour la fixation de la peine.

Le Tribunal fédéral a reconnu dans une affaire que l'autorité cantonale avait opéré une distinction entre deux coaccusés sans motiver suffisamment son choix. L'arrêt attaqué ne permettait en effet pas de comprendre l'écart important entre la peine infligée au recourant et celle infligée à son comparse¹⁰⁷⁸.

En ce qui concerne une inégalité d'application entre cantons, le principe de l'égalité de traitement ne peut donc jouer qu'un rôle limité¹⁰⁷⁹. La poursuite pénale des infractions à la LStup par exemple incombe aux cantons. Il en résulte le risque que se développent des pratiques cantonales différentes. Ce risque est inhérent à la délégation de la poursuite aux cantons ; d'une certaine manière, il découle de la structure fédérale du pays, voulue par la Constitution elle-même. Il incombe dès lors à l'accusé ou à l'accusateur public qui estime que la loi a été violée de saisir la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral, qui est chargée de veiller à l'application correcte du droit fédéral¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁵ ATF 112 Ib 381 ; ATF 113 Ib 307 ; ATF 114 Ib 238.

¹⁰⁷⁶ ATF 120 IV 144 et arrêts cités ; ATF 6B.569/2008 du 24 mars 2009.

¹⁰⁷⁷ ATF 121 IV 244 ; ATF 6S.199/2006 du 11 juillet 2006 ; ATF 6B.344/2009 du 3 juillet 2009 ; cf. également QUELOZ/HUMBERT, n° 10.

¹⁰⁷⁸ ATF 120 IV 145.

¹⁰⁷⁹ QUELOZ/HUMBERT, n° 11.

¹⁰⁸⁰ ATF 124 IV 47.

§ 4. Conclusion : le criminel, un individu ?

Au terme de l'étude de la fixation de la peine, le ressort théorique selon lequel fonctionne l'art. 47 CP apparaît moins sibyllin. Les différents composants énoncés sont censés guider l'appréciation du juge vers une peine dont la quotité et le genre ne sauraient être remis en question devant l'autorité de recours. En outre, le classement de ces éléments, qu'ils se rapportent à la rétribution ou la prévention, met en lumière non seulement le lien intime entre la fonction et la fixation de la peine mais également, en amont, le choix en faveur de la théorie unitaire de la peine. Ce choix n'est cependant pas exempt de critique. A ce titre, il est possible d'en formuler trois.

La loi ne favorise pas une fonction particulière¹⁰⁸¹. Et a fortiori, la jurisprudence ne remédie pas à ce défaut. Or la coexistence des fonctions de rétribution et de prévention parasitent la conception et l'application du principe de fixation. La perturbation semble même s'étendre jusque dans l'esprit du législateur selon lequel les antécédents judiciaires, bien que figurant à l'art. 47 al. 1, font partie de la culpabilité. Selon le Conseil fédéral, l'examen de la récidive doit effectivement s'inscrire exclusivement dans le contexte de la détermination de la culpabilité, soit lors de l'appréciation des antécédents¹⁰⁸². Il est par conséquent possible de se demander pourquoi il ne les a pas mentionnés à l'art. 47 al. 2 CP. Aussi est-il permis de formuler une première critique relevant l'insouciance avec laquelle se sont opérées les modifications législatives de 2007 en matière de fixation de la peine, voire même une certaine légèreté.

Le premier reproche tient au caractère obsolète du mode de fixation de la peine en droit pénal actuel. En amont du manque d'une décision en faveur d'une seule fonction réside également l'absence d'un choix quant à l'approche du criminel. De la loi ne ressort effectivement aucune conception univoque telle que cela figure dans la Partie I. Par conséquent, une présentation selon le schéma ternaire « criminel-fonction-fixation » n'a pas été possible.

Cependant, au sortir de l'examen de l'art. 47 CP, il apparaît possible d'opérer un rapprochement avec une vision théorique : le *rational criminal* de Bentham.

¹⁰⁸¹ Poursuivant ainsi la *Vereinigungstheorie*.

¹⁰⁸² FF 1999 p. 1867.

En droit pénal actuel, l'individu est au fond présumé doué d'une liberté décisionnelle. Il serait capable de choisir entre un comportement légal et un comportement illégal. A ce titre, on l'a vu, la peine est d'autant plus lourde que l'auteur était libre de respecter la loi¹⁰⁸³. A l'inverse, il existe des individus à l'égard desquels la logique punitive se révèle inefficace. Raison pour laquelle Bentham pose le principe d'impunité vis-à-vis de cette classe de délinquants et encourage dès lors le recours à d'autres moyens ouvrant ainsi la porte à ce qui deviendra les mesures de la défense sociale. Autrement dit, la répression benthamienne connaissait déjà, à tout le moins sur le principe, un système de sanction dualiste¹⁰⁸⁴.

En ce qui concerne la prévention générale du crime, le principe de légalité est supposé satisfaire le nécessaire avertissement à propos des conséquences en cas de violation de la loi¹⁰⁸⁵. Ainsi l'individu peut faire un choix en toute connaissance de cause. Et s'il prend l'option interdite, il s'expose en toute connaissance de cause au risque d'être puni.

Au niveau de la fixation de la peine, c'est encore Bentham qui le premier a enjoint d'individualiser la peine légale en considérant les circonstances qui influent sur la « sensibilité » du criminel¹⁰⁸⁶. Le juge doit tenir compte d'un ensemble de facteurs extérieurs à l'infraction afin de punir conformément au but de prévention spéciale. Aussi le criminel helvétique est-il approché comme un individu rationnel.

Partant, force est de constater que l'outil employé de nos jours date du XVIII^e siècle. Bien qu'il y ait eu depuis des modifications d'une ampleur considérable en matière pénale tant sur le plan des rationalités punitives¹⁰⁸⁷ que sur le plan législatif¹⁰⁸⁸, le principe de fixation de la peine ne semble pas avoir évolué. Raison pour laquelle deux autres critiques peuvent être formulées à l'égard de la législation en vigueur. Une contradiction propre au mode de fixation conduit en effet à des incohérences législatives.

¹⁰⁸³ Cf. Partie II, § 3, II, 1, lit. d.

¹⁰⁸⁴ En ce sens également, voir un récente thèse de doctorat de l'Université de Genève dans lequel Bentham apparaît comme l'un des pères du Code pénal actuel. Il aurait en effet posé un certain nombre de principes fondateurs du système présent non seulement valable en matière de prévention du crime mais également compatible, à tout le moins sur le plan théorique, avec l'instauration des mesures de sûreté en tant que sanction aux côtés des peines (Cf. JUNG, p. 5).

¹⁰⁸⁵ Cf. Partie I, § 3, IX, ch. 3.

¹⁰⁸⁶ Cf. Partie I, § 3, IX, ch. 3.

¹⁰⁸⁷ Notamment les pensées de Kant, des positivistes et de la Défense sociale nouvelle.

¹⁰⁸⁸ L'introduction d'un système de sanction dualiste par exemple.

La deuxième critique relève une tension interne à l'art. 47 CP ayant des effets négatifs sous l'angle de l'efficacité de la répression. A l'instar du dualisme propre au droit des sanctions connaissant à la fois les peines et les mesures, la rédaction de l'art. 47 CP favorise l'apparition d'une forme de schizophrénie chez le juge chargé de fixer la peine selon deux paramètres antagonistes : l'acte et l'auteur¹⁰⁸⁹. Le sentiment de tiraillement est produit par l'existence d'un double lien plaçant le tribunal face à deux injonctions contradictoires dont l'observation de l'une viole implacablement la seconde¹⁰⁹⁰. Alors que l'art. 47 al. 1 première phrase CP commande au tribunal de fixer la peine d'après la culpabilité, c'est-à-dire selon l'infraction dans une perspective de rétribution, l'art. 47 al. 1 seconde phrase CP exige de celui-ci qu'il considère les antécédents de l'auteur, sa situation personnelle et l'effet de la peine sur son avenir, c'est-à-dire la personne du criminel dans une perspective de prévention. Autrement dit, la construction unitaire de la fixation relève d'une conception potentiellement psychotique résultant d'un consensus typiquement suisse qui s'avère toutefois contre-productif en matière de répression dès lors que le législateur est plus enclin à ne donner tort à aucune théorie sur la peine qu'à s'engager par le choix d'une conviction forte, trop craintif peut-être à l'idée de se tromper.

La coexistence des fonctions rétributive et préventive au sein même de la disposition a donné naissance à ce qu'on appelle la *Spielraumtheorie*¹⁰⁹¹. Celle-ci soutient que la culpabilité délimite, dans le cadre abstrait de la loi, un champ à l'intérieur duquel la peine se fixe d'après les exigences de prévention¹⁰⁹². Ainsi, le juge dispose d'une marge de manœuvre relative en matière de fixation de la peine.

La principale opposition à cette pensée se reconnaît sous la dénomination de la théorie de la *Punktstrafe*¹⁰⁹³. Selon celle-ci, il n'y a pas de combinaison possible, la faute étant le seul critère valable. On ne saurait dépasser les limites inférieure et supérieure de celle-ci pour des raisons de prévention. A défaut d'une telle limite, l'auteur serait potentiellement exposé à une peine lourde alors que sa faute est légère parce qu'il existe un

¹⁰⁸⁹ En ce sens, cf. HURTADO POZO, n° 30 et auteurs cités.

¹⁰⁹⁰ Le concept de « double lien » a notamment été mis en exergue par Bateson qui le met en relation avec l'apparition de la schizophrénie chez certaines personnes (cf. BATESON, p. 9ss).

¹⁰⁹¹ SCHULTZ (II), p. 77 ; STOECKLIN, p. 46 ; STRATENWERTH (II), § 6 n° 65.

¹⁰⁹² GISEL-BUGNION (Individualisation), p. 165.

¹⁰⁹³ BRUNS, p. 105 ; TRECHSEL, n° 4.

pronostic défavorable quant à son avenir. Partant, la peine juste correspond à la faute, le juge ne jouissant pas d'une latitude d'appréciation des risques de récidive.

Force est de constater que l'art. 47 CP tient davantage de la *Spielraumtheorie* que de la *Punktstrafe*¹⁰⁹⁴. La loi énonce en effet un certain nombre de critères où celui de la culpabilité apparaît aux yeux du Tribunal fédéral comme le critère principal¹⁰⁹⁵. En définissant la culpabilité, l'art. 47 al. 2 CP prévoit les éléments qui participent à la réaction rétributive de l'Etat. La gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte ou les mobiles sont autant de paramètres qui donnent à la faute sa nature blâmable. La peine sera d'autant plus sévère que la culpabilité est lourde. Toutefois, celle-ci est tempérée par des éléments propres à la prévention du crime. A ce titre, le juge pondère son appréciation de l'infraction au regard des antécédents de l'auteur, de sa situation personnelle et l'effet de la peine sur son avenir conformément à l'art. 47 al. 1 *in fine* CP.

La jurisprudence présente les symptômes liés à la contradiction propre de la théorie unitaire. Comment est-il en effet possible d'affirmer en même temps que la culpabilité demeure le critère essentiel lors de la fixation de la peine et que le droit pénal tend plus à la prévention du crime qu'à la rétorsion¹⁰⁹⁶ ?

La seule porte de sortie consisterait à attribuer à la rétribution les vertus préventives recherchées. La rétribution est déterminée par la culpabilité, à savoir la gravité de l'infraction telle qu'elle est appréciée au moyen des critères prévus à l'art. 47 al. 2 CP. Or la fixation s'opère également selon d'autres paramètres. L'art. 47 al. 1 CP contient des critères extérieurs à la culpabilité, sous-entendant ainsi qu'une peine proportionnée uniquement au poids de la faute n'est pas assez efficace lorsqu'il s'agit d'éviter la récidive. La systématique de la loi montre dès lors que la prévention est pensée dans une perspective d'individualisation ne se réduisant pas à une peine rétributive. La culpabilité ne peut ainsi pas être qualifiée de critère essentiel dans un droit pénal tendant moins à la rétorsion qu'à la prévention.

La troisième critique soutient que de cette tension interne découlent deux incohérences législatives. Tandis que la première ressort de l'application de

¹⁰⁹⁴ ATF 124 IV 295 ; ATF 129 IV 21 ; ATF 6S.199/2004 du 27 avril 2005 ; *contra cf.* GISEL-BUGNION (Individualisation), p. 166 et 167.

¹⁰⁹⁵ ATF 6S.199/2004 du 27 avril 2005 ; ATF 6S.14/2007 du 23 février 2007.

¹⁰⁹⁶ ATF 134 IV 12.

la disposition prévoyant la peine pécuniaire, la seconde tient au rapport à l'exécution de la peine privative de liberté.

L'art. 34 al. 1 CP impose de fixer le nombre de jours de la peine pécuniaire en fonction de la culpabilité de l'auteur. Si la culpabilité est définie par l'art. 47 al. 2 CP, il s'en suit qu'il est interdit pour le juge de prendre en considération, lors de la fixation du nombre de jours, les antécédents de l'auteur, sa situation personnelle et l'effet de la peine sur son avenir¹⁰⁹⁷. La motivation d'un nombre de jour élevé par la présence de plusieurs antécédents judiciaires viole par conséquent le droit fédéral¹⁰⁹⁸. Ainsi, celui dont le casier judiciaire mentionne trois condamnations antérieures pour conduite en état d'ébriété qualifiée¹⁰⁹⁹ et qui commet à nouveau la même violation ne peut alors être condamné à une peine pécuniaire d'une quotité plus élevée en raison de la seule récidive.

Le but de la peine privative de liberté est la resocialisation du délinquant. L'exécution de cette peine doit améliorer le comportement social du détenu, en particulier son aptitude à vivre sans commettre d'infractions¹¹⁰⁰. A ce titre, le plan d'exécution de la sanction porte notamment sur l'assistance offerte, sur la possibilité de travailler et d'acquérir une formation ou un perfectionnement, sur la réparation du dommage, sur les relations avec le monde extérieur et sur la préparation de la libération¹¹⁰¹. Alors que l'autorité de jugement fixe la peine essentiellement d'après la faute suivant un principe rétributif, l'autorité d'exécution organise le régime de détention conformément aux besoins du détenu en vue de sa resocialisation tout en respectant les impératifs de sécurité. Ce régime n'est toutefois pas d'autant plus sévère que la culpabilité est lourde¹¹⁰². Celui qui a commis un brigandage n'est pas soumis à un régime d'exécution plus léger que celui qui a commis un meurtre. Raison pour laquelle il est permis

¹⁰⁹⁷ *Contra* : Arrêt de la Cour de cassation du canton de Vaud du 12.03.2007 (BJP 2008, n° 320).

¹⁰⁹⁸ Le même constat s'impose en matière d'amende. Dès lors que celle-ci doit correspondre à la faute de l'auteur conformément à l'art. 106 al. 3 CP, les éléments relatifs à la prévention ne peuvent pas être pris en considération. Ainsi, à faute égale, celui qui commet une contravention en ayant déjà un casier judiciaire fourni ne saurait être puni plus sévèrement que celui qui commet sa première contravention.

¹⁰⁹⁹ Art. 91 al. 1 LCR.

¹¹⁰⁰ Art. 75 al. 1 CP ; cf. VIREDAZ, n° 306ss.

¹¹⁰¹ Art. 75 al. 3 CP.

¹¹⁰² Hormis sous l'angle de la durée.

de douter que le droit pénal matériel et l'exécution des sanctions visent en définitive les mêmes buts comme l'affirme pourtant le législateur¹¹⁰³.

Partant, il existe une contradiction entre le travail des deux autorités. Celles-ci ne travaillent en réalité pas dans la même dynamique. Pour résoudre le conflit, il faudrait, dans un exemple absurde, encourager le délinquant à consulter son avocat avant de commettre une infraction afin de lui présenter ses déficiences en terme de resocialisation. Ainsi son conseil pourrait lui suggérer de commettre telle infraction plutôt qu'une autre de sorte que la quotité de la peine corresponde à ses besoins.

Au vu de ce qui précède, ne gagnerait-on pas à repenser la politique répressive en modifiant le principe de fixation afin de consacrer une approche particulière du criminel et en tirer les conséquences logiques sur le plan de la fonction et de la mesure de la peine de sorte à rendre le travail des autorités plus cohérent et efficace ?

¹¹⁰³ FF 1999 p. 1791.

Partie III : La fixation de la sanction dans un droit pénal libérateur

§ 1. Généralités

Durant l'été 2007, l'opinion publique française fut secouée par la énième arrestation de Francis Evrard. Ce pédophile multirécidiviste fut en effet interpellé à la suite de l'enlèvement d'un petit garçon à Roubaix. Hormis la mise en exergue de certains dysfonctionnements de la justice française, cette affaire a relancé le débat, si besoin il était, sur le traitement pénal de la délinquance sexuelle, en particulier dans le monde pénitentiaire. Dans une interview accordée à La Voix du Nord¹¹⁰⁴, l'avocat de Francis Evrard évoquait brièvement le parcours carcéral de celui-ci avant de marteler qu'il était persuadé « que cet homme est atteint d'un mal qui le submerge ».

Cette interprétation du phénomène criminel sous-entend que l'infraction peut être directement liée au fait d'être « submergé », c'est-à-dire d'être envahi par quelque chose. En l'espèce, il s'agit de pulsions sexuelles qui pousseraient Francis Evrard à passer à l'acte. Emporté par une force supérieure, l'auteur n'est plus en mesure de respecter la loi. Or l'interprétation pourrait être étendue en tant qu'hypothèse de base à tous les délinquants. Sous réserve d'un cas¹¹⁰⁵, l'envahissement apparaît dès lors comme une grille de lecture du phénomène criminel. Dans cette perspective, le criminel est un individu submergé.

Une telle approche a des conséquences sur le plan de la répression. Mais avant d'aborder ces implications, il convient d'explorer dans premier temps la signification du fait d'être « submergé » conformément au schéma ternaire précédemment utilisé. Dans ce contexte, l'opposition entre déterminisme et libre-arbitre ressurgit mais prend, presque immédiatement, une apparence moins conflictuelle : choisir entre l'une ou l'autre vision ne constitue plus la seule option. Dans un deuxième temps, il s'agit de confronter le concept d'individu submergé au droit pénal. Ainsi, la définition, le fondement, la finalité et la fonction de la sanction doivent être

¹¹⁰⁴ La Voix du Nord, édition du mardi 21 août 2007.

¹¹⁰⁵ Soit celui de l'auteur se réclamant expressément contre la législation en vigueur (cf. Partie III, § 2, III).

adaptés. Approcher le délinquant par le biais de son immersion oriente la répression afin de lui permettre de se dégager de cet état sans exposer à un risque inacceptable le bien de la communauté. Le droit criminel cherchant ainsi moins à punir qu'à provoquer une « libération », il faut adapter le mode de fixation de la sanction, adaptation qui est étudiée dans un troisième temps.

Au cours des paragraphes qui suivent, il convient de poser un certain nombre de jalons terminologiques. Les changements consécutifs à une autre approche du criminel impliquent en effet un vocabulaire nouveau. Aussi faut-il donner quelques définitions indispensables à la compréhension de la nouvelle logique telles que les notions de « déterminisme », d'« individu », de « liberté », de « sanction », etc.

Chaque fois qu'un exemple paraît nécessaire à la compréhension de la nouvelle terminologie, il est donné. Le propos ne revient cependant pas à faire du droit pénal appliqué. En règle générale, les suggestions ont trait uniquement aux concepts et aux relations qu'ils entretiennent entre eux.

Au surplus, les modifications ne s'étendent pas à tout le droit pénal. Les grands principes tels que ceux relatifs à l'application de la loi pénal dans le temps ou dans l'espace et aux conditions de répression sont en principe maintenus. Seuls les concepts « renouvelés » pertinents en matière de fixation de la réaction face au crime sont présentés. Le cheminement suivi passe parfois assez rapidement sur des notions qui mériteraient sans doute d'être approfondies ou sur des articulations entre des dispositions qui demanderaient des modifications compte tenu du nouveau mode de détermination. Ces questions sont néanmoins abordées et traitées à la lumière du sujet au sens strict : la détermination de la sanction consécutive à l'infraction.

§ 2. Le criminel : individu submergé

I. Le renversement des présomptions

Dans le cas Francis Evrard, le criminel apparaît comme un individu submergé. Celui-ci n'est plus libre dès lors qu'il est entièrement envahi. Son comportement est dicté par quelque chose qu'il ne maîtrise pas, en l'occurrence ses pulsions sexuelles. Libre-arbitre et choix entretiennent par conséquent une étroite relation d'interdépendance : est considéré comme libre, l'individu ayant le choix.

Comme cela transparaît dans la Partie I, déterminisme et libre-arbitre se sont depuis longtemps opposés. Alors que d'aucuns conçoivent l'activité humaine comme la résultante de pressions, d'autres estiment l'individu capable de choisir tel ou tel comportement. En réalité, présenter les positions de manière aussi tranchée viole quelque peu un devoir de précision. La plupart des penseurs ont en effet opéré des nuances, la réalité n'étant pratiquement jamais toute blanche ou toute noire. Un certain libre-arbitre, comme un certain déterminisme ont été ça et là reconnus par les théoriciens¹¹⁰⁶.

Toutefois, une claire opposition permet de mieux cerner la tension que rencontre le droit pénal actuel. Celui-ci admet, en tant que « postulat implicite »¹¹⁰⁷, un libre-arbitre individuel. Une liberté de choix de ne pas commettre des infractions est en effet une condition préalable à toute faculté de se comporter selon les règles de la vie en commun¹¹⁰⁸: « Le droit pénal présuppose que chacun dispose d'une certaine marge de manœuvre qui lui permet de se déterminer en fonction de ce que la société attend de lui et qui se traduit au niveau des normes en vigueur »¹¹⁰⁹. Simultanément, il convient d'admettre que des facteurs influencent le comportement humain. La marge de manoeuvre dont il est question peut être restreinte dans certaines circonstances. Une maladie mentale peut par exemple priver un individu de son libre arbitre. Raison pour laquelle la législation ne peut pas nier cette réalité et prévoit des conséquences spéciales en présence d'éventuelles diminutions des facultés cognitives et volitives.

Avant d'aborder la liberté de choix en matière de droit répressif, se pose tout d'abord la question relative au contenu de la notion de « libre arbitre ». Le terme consiste à présenter le libre-arbitre comme un pouvoir d'autodétermination, en vertu duquel l'individu choisit lui-même son comportement et non selon un motif extérieur conformément à une vision déterministe¹¹¹⁰. La liberté de choix, c'est en quelque sorte être ou faire comme on l'entend.

L'ordre juridique est irradié par la présomption retenant l'innéisme du libre-arbitre : « Penser, parler, aimer et travailler n'est possible que dans la mesure où chaque personne peut contrôler et orienter son

¹¹⁰⁶ Cf. notamment Sénèque (Partie I, § 3, III).

¹¹⁰⁷ TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 389.

¹¹⁰⁸ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 907.

¹¹⁰⁹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 319.

¹¹¹⁰ Le libre-arbitre se confond donc avec l'acception de la notion de liberté au sens ontologique du terme, c'est-à-dire relative à l'être en tant que tel (LEBRETON, p. 17).

comportement »¹¹¹¹. La loi reconnaît une telle liberté de choix en général par thème. Le pouvoir d'autodétermination est cependant consacré moins de manière générale que par rapport à des catégories. En matière de droit constitutionnel, la liberté de mouvement implique en principe le droit d'aller et venir là où bon nous semble.

Le libre-arbitre constitue également un principe en matière pénale, la capacité d'autodétermination de l'individu étant un des piliers de l'organisation sociale actuelle¹¹¹². L'individu y est perçu comme capable de connaître la portée de ses actes et d'orienter sa volonté conformément à des jugements de valeur¹¹¹³.

En droit répressif, la résolution du conflit entre déterminisme et libre-arbitre s'opère par la notion de responsabilité¹¹¹⁴. Chacun est présumé libre, c'est-à-dire capable de choisir la légalité¹¹¹⁵. A contrario, n'est pas punissable celui qui est totalement irresponsable, à savoir celui qui est privé de ses facultés de conscience et/ou de volonté. Dans ce dernier cas, l'auteur est considéré comme totalement déterminé et donc impunissable¹¹¹⁶. Entre la pleine responsabilité et l'irresponsabilité existe cependant une zone grise. L'auteur peut être reconnu partiellement déterminé. Dans ce cas, la responsabilité pénale est logiquement jugée restreinte et la peine est diminuée¹¹¹⁷. En d'autres termes, et de manière hégélienne, il est possible de dire que le concept de responsabilité pénale incarne la synthèse produite par la négation réciproque du libre-arbitre (thèse) et du déterminisme (antithèse)¹¹¹⁸.

En ce qui concerne la fixation de la peine, la liberté de choix est également supposée. Sans revenir sur tous les éléments de l'art. 47 CP, l'individu est présumé capable de choisir entre le respect et la violation de la loi. L'art. 47 al. 2 CP mentionne par exemple la liberté décisionnelle comme élément de la culpabilité. Celle-ci se détermine notamment selon la mesure dans laquelle l'auteur aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures. Partant, la peine est d'autant plus lourde que le criminel aurait pu éviter de commettre

¹¹¹¹ HURTADO POZO, n° 840.

¹¹¹² HURTADO POZO, n° 842.

¹¹¹³ HURTADO POZO, n° 843.

¹¹¹⁴ Ou d'imputabilité morale.

¹¹¹⁵ GRAVEN (Précis), n° 117 ; HURTADO POZO, n° 827.

¹¹¹⁶ Art. 19 al. 1 CP.

¹¹¹⁷ Art. 19 al. 2 CP.

¹¹¹⁸ Cf. Partie I, § 3, XII, ch. 1.

l'infraction¹¹¹⁹. La logique consiste ici à affirmer que plus l'individu était libre de ne pas commettre l'infraction, plus son choix est particulièrement répréhensible. A l'inverse, cela signifie que celui dont la faculté de choisir était altérée mérite une peine plus légère. Son acte est jugé moins sévèrement du fait que des circonstances extérieures déterminaient son activité.

Le libre-arbitre s'entend dès lors comme un pouvoir d'autodétermination inné. Or la vision d'un individu libre dès la naissance relève d'un présupposé. Qui pourrait dire d'un nouveau-né qu'il dispose effectivement d'un pouvoir d'autodétermination total d'être ou de faire ce qu'il entend ? Si la présomption a le mérite de ne faire aucun compromis, elle ne se vérifie pas dans les faits. Il suffit en effet de penser au surplus au déterminisme pulsionnel mentionné ci-dessus durant l'âge adulte. Il s'agit dès lors d'une fausse représentation de la réalité¹¹²⁰ : « Ne subir aucune contrainte, n'être lié par aucun ordre préexistant, ne consentir à faire que ce qui s'harmonise avec ses propres dispositions du moment, c'est, à première vue, ce qui constitue la liberté totale »¹¹²¹.

L'être humain n'est pas doué d'un libre-arbitre dès la naissance. Au contraire, c'est avec le temps que l'individu se libère peu à peu de ses dépendances afin d'augmenter son autonomie décisionnelle. Au préalable, il lui appartient de se défaire des limites extérieures et intérieures qui déterminent sa condition afin de devenir le véritable fondement de son comportement : « Je suis alors parti à la découverte des automatismes, des habitudes, pour essayer d'être à l'origine de mes actions. Sans me condamner, ni me juger, j'ai retiré [...] le souhait de m'affranchir de l'anarchie des affects et de laisser la raison éclairer mon désir. On ne naît pas libre, on le devient. Et se libérer procède d'un acte généreux, simple et

¹¹¹⁹ Cf. Partie II, § 3, II, 1, lit. d.

¹¹²⁰ Ces propos ne choqueront pas celui qui est conscient de l'existence du jeu des présomptions juridiques, voire convaincu de son utilité en droit pénal. Toutefois, une présomption conduit parfois à des insatisfactions notamment en matière pénale où il s'agit d'êtres humains dans toute leur complexité. Celle relative à la responsabilité pénale y provoque, afin de pouvoir tenir compte des réalités psychologiques de l'auteur, l'édification d'une succession d'autres présomptions comme celle de non-responsabilité ou celle de responsabilité restreinte, celles-ci éloignant le droit de la réalité des faits. Que ce soit dans une perspective de resocialisation voire de libération, le jeu présente une lourdeur fascinante et se révèle au fond bien inutile. L'état des facultés cognitives et volitives devrait en effet déterminer moins la sanctionnabilité de l'auteur que le choix de la sanction appropriée à son état (à propos de ces problèmes proches de ceux liés aux fictions, cf. VERIN, p. 81).

¹¹²¹ ZUNDEL (Homme), p. 30.

exigeant. Sans rien nier, je peux, de proche en proche, m'émanciper pour cesser d'être l'esclave résigné des circonstances, le jouet de mes passions. J'ai compris l'origine de mon asservissement : je me connais mal, je désire mal. Loin de m'automutiler d'un vouloir qui m'aliène, je souhaite œuvrer à la réappropriation de moi. Sous mes obsessions, mes craintes, mon besoin de reconnaissance, ma soif de sécurité, sous mes complexes, mes manques, se trouve la béatitude, cette autonomie de l'âme, cet état d'esprit, cette transparence à soi »¹¹²².

L'élaboration d'un droit pénal « libérateur » n'entend pas s'écarter du jeu des présomptions. Il s'agit toutefois d'opérer un retour en arrière afin de se positionner autrement sur le rapport entre déterminisme et liberté. A ce titre, le concept de « bouteille à mouches » illustre parfaitement le mouvement.

Le concept a été utilisé par Watzlawick afin de mettre en lumière l'impasse dans laquelle entraîne l'acquisition des connaissances en certaines circonstances¹¹²³. Ces bouteilles ont une large ouverture en forme d'entonnoir qui donne une apparence de sécurité aux mouches de sorte que celles-ci s'aventurent progressivement dans le col plus étroit du récipient. Une fois qu'elles sont entrées dans la bouteille, elles ne peuvent en ressortir qu'en prenant le chemin inverse. Or celui-ci leur apparaît plus dangereux que le large espace dans lequel elles se trouvent prisonnières. Aussi restent-elles à l'intérieur et finissent par mourir.

L'exemple est des plus instructifs. Selon Watzlawick, la question qui se pose revient à se demander comment trouver le moyen de sortir de la bouteille à mouches d'une réalité que nous avons construite et qui ne convient pas. En matière pénale, Pires remarque que la société occidentale a construit une pareille bouteille à mouches en consacrant un paradigme juridico-politico-philosophique qui se caractérise par la tendance à se figurer le système répressif à ce point auto-suffisant, différencié et renfermé sur lui-même qu'il serait par principe opposé aux autres systèmes de régulation sociale et juridique, voire d'une autre nature¹¹²⁴.

Sans aller jusqu'à voir une exclusion de principe des autres moyens de régulations des conflits, il est effectivement possible d'apercevoir en droit pénal le scintillement d'une bouteille à mouches. L'entonnoir est constitué par l'élaboration progressive d'une rationalité pénale moderne complexe

¹¹²² JOLLIEN, p. 147.

¹¹²³ WATZLAWICK, p. 269ss.

¹¹²⁴ PIRES (Rationalité), p. 8.

dont l'ouverture la plus étroite s'achève avec la présomption de libre-arbitre inné.

Or bon nombre d'insatisfactions actuelles, notamment celle relative à la fixation de la peine¹¹²⁵, proviennent d'une telle hypothèse de base. Partant, il faut rebrousser chemin et sortir d'un piège construit cette fois-ci par les mouches elles-mêmes. Et ce malgré qu'une si profonde remise en question présente le danger de parvenir à un système qui ne ressemble en rien à celui que nous connaissons. Le renversement est commandé par la nécessité que le droit pénal épouse au plus près la condition humaine. Aussi l'individu doit-il être présumé déterminé mais capable de recouvrer son libre-arbitre¹¹²⁶.

II. Les déterminismes

Par « déterminisme » (ou conditionnement, habitude, automatisme, croyance, principe), on entend toute forme de passion, terme venant de *passio* formé sur *passus*, participe passé de *pati* signifiant « subir ». Chez l'individu, les passions sont formées par l'ensemble des causes qui le plongent dans un état de soumission et l'empêche d'être à l'origine de son comportement. L'individu est emprisonné dans une dynamique automatique d'action-réaction qui le prive partiellement ou totalement de la faculté de choix. A l'instar du chien de Pavlov, il répète un comportement de manière automatique dans certaines circonstances. Dans ce contexte, on qualifie d'« individu » celui qui est en proie à un ou des déterminismes¹¹²⁷.

En matière de conditionnements individuels, il est possible d'en relever toute une série. Les positivistes-pénalistes ne s'en sont par ailleurs pas privés en parlant notamment de causes endogènes et exogènes¹¹²⁸. Afin de

¹¹²⁵ Cf. Partie II, § 4.

¹¹²⁶ Il serait envisageable de reprocher au renversement des présomptions de reconstruire au final une autre bouteille à mouche. Toutefois, l'accusation tombe à faux et ce, pour deux raisons. D'une part, « souffler » une rationalité constitue un acte incontournable dès lors qu'il s'agit d'ordonner une répression. Le fait de se passer d'une pensée théorique au motif qu'elle s'appuie sur une succession de présupposés conduit à un régime répressif incohérent anarchique incompatible avec un Etat de droit. D'autre part, la construction s'opère cette fois-ci en conscience. Aussi le législateur ne se croit-il plus prisonnier d'une rationalité sachant qu'il suffit de démonter le jeu des présomptions jusqu'à ce que soit identifiée celle qui mène à des insatisfactions inacceptables.

¹¹²⁷ Ne parle-t-on pas d'ailleurs de délinquants d'« habitude » à propos des récidivistes ?

¹¹²⁸ Cf. Partie I, § 3, XIII, ch. 2.

les présenter selon une systématique plus précise, il apparaît opportun de les classer en fonction de la catégorie à laquelle ils appartiennent. Aussi distingue-t-on des déterminismes liés à la biologie, à la psychologie, à la famille, à l'éducation, à la société et à la culture.

S'agissant des déterminismes biologiques, on pense de prime abord au patrimoine génétique. Structure commune à tous les individus, son contenu est pratiquement aussi varié que le nombre d'individus sur la terre. Une maladie génétique ou un handicap physique résultant d'une division cellulaire déficiente sont des déterminismes d'ordre biologique.

Sur le plan psychologique, les troubles cognitifs déformant la perception de la réalité constituent un exemple de déterminisme. Il en va ainsi chez une personne qui se croit en permanence persécutée. L'individu développe également un conditionnement lorsqu'il adopte automatiquement le même comportement dans un type de situation comme le fait de recourir à la violence chaque fois qu'il n'obtient pas ce qu'il désire alors qu'il existe d'autres moyens de parvenir à ses fins.

Quant aux conditionnements liés à la famille, de nombreuses habitudes proviennent des relations entretenues avec les proches. Il existe par exemple des familles où dire « non » n'est pas acceptable. En outre, le risque de conditionnement est proportionnel à la complexité de l'entourage familial. D'une famille monoparentale à une composition clanique, le nombre d'interactions participant à l'instauration de pensées ou de comportements répétitifs chez un individu.

L'enseignement dispensé à l'école constitue une source potentielle de conditionnement lié à l'éducation. L'attitude des professeurs vis-à-vis des étudiants peut formater ces derniers à se couler dans une pensée unique ou à n'avoir qu'un repère particulier.

Au sujet des déterminismes propres à la société, il faut penser à tous les règles et usages qui y sont inculqués. Il y a par exemple des sociétés où parler d'argent est tabou.

Enfin, tous les repères acquis au sein d'une communauté constituent des déterminismes culturels. Dans un groupe social, les individus entament dès leur naissance un processus d'adaptation au cœur d'un système culturel par le biais de l'imitation et de l'apprentissage de sorte qu'ils acquièrent des modèles qui moulent leur personnalité¹¹²⁹.

¹¹²⁹ HURTADO POZO, n° 841.

Au fond, l'important n'étant pas de catégoriser un déterminisme ou une habitude, il s'agit uniquement de saisir ce que l'on entend. En outre, il arrive fréquemment que les déterminismes appartiennent à plusieurs catégories voire se combinent les uns avec les autres. Aussi faut-il plutôt parler d'une constellation de déterminismes. En revanche, il importe de distinguer les déterminismes sur lesquels l'individu est en mesure de prendre l'ascendant de ceux qu'il est incapable de modifier. On ne parle pas de déterminismes à propos de comportements certes automatiques mais dont l'individu s'accommode. Ainsi certaines personnes sont conscientes que leur comportement relève d'une habitude mais ne souhaitent absolument pas s'en détacher. Certains déterminismes peuvent en effet faire l'objet d'un acte de dépassement tandis que d'autres conditionnements sont impossibles à modifier. Ainsi, une maladie mentale est parfois incurable compte tenu de l'état de la science. A l'inverse, les effets d'autres troubles de la personnalité sont réversibles à l'aide d'une thérapie psychiatrique ou chimique.

En outre, le déterminisme ne constitue pas la « cause » du comportement. L'origine de l'acte ne réside généralement pas dans le conditionnement mais dans l'assentiment que l'auteur lui octroie¹¹³⁰. En tant que vocation de l'individu, c'est en principe la faculté décisionnelle qui fonde l'action¹¹³¹. Le comportement peut certes provenir d'une habitude, la nuance entre cause et provenance étant ici fondamentale. Toutefois ce comportement doit recevoir l'accord de l'individu capable d'émancipation avant de se réaliser. Alors que le déterminisme suscite un possible comportement, le choix de l'individu achève le passage à l'acte. Autrement dit, l'activité n'est pas causée par un conditionnement qui forme en revanche des conditions favorables à son surgissement¹¹³².

Au vu de ce qui précède, la présomption d'une liberté innée n'épouse pas entièrement sa condition : « Auparavant, je la [la liberté] considérais comme une simple absence de contraintes. Je me croyais libre lorsque je pouvais parvenir à mes fins sans entraves. Je l'associais à la spontanéité, à l'ivresse de celui qui fait ce qui lui plaît quand bon lui semble »¹¹³³.

¹¹³⁰ Cette vision n'est pas loin de celle des stoïciens (cf. Partie I, § 3, IV, ch. 1).

¹¹³¹ Tel n'est en effet pas le cas chez le nouveau né. Raison pour laquelle la mission essentielle de l'éducation au sens large se situe dans l'augmentation de la latitude décisionnelle de l'individu par la destruction progressive des dépendances vis-à-vis de tiers.

¹¹³² En ce sens également, cf. la place de la volonté chez les stoïciens (Partie I, § 3, IV).

¹¹³³ JOLLIEN, p. 146 ; en ce sens également, cf. CONSTANT (Liberté).

Croire l'individu complètement libre apparaît comme une erreur. Il convient de renverser la présomption en admettant une première hypothèse : les individus naissent limités. Leur pouvoir d'autodétermination est soumis à de nombreuses contraintes parfois même inconscientes. En effet, il arrive fréquemment que l'individu estime agir librement alors qu'en réalité il reproduit, par automatisme, ce qui lui a été transmis. Il tombe dans le piège de se penser libre alors qu'il reproduit en réalité une habitude : « Un enfant croit librement appéter le lait, un jeune garçon irrité vouloir se venger et, s'il est poltron, vouloir fuir. Un ivrogne croit dire par un libre décret de son âme ce qu'ensuite, revenu à la sobriété, il aurait voulu taire. De même un délirant, un bavard, et bien d'autres de même farine, croient agir par un libre décret de l'âme et non se laisser contraindre. Ce préjugé étant naturel, congénital parmi tous les hommes, ils ne s'en libèrent pas aisément »¹¹³⁴. En se croyant affranchi, l'individu n'a rien fait d'autre que d'opter pour le maître qui « nous invite à goûter le triomphe de notre liberté en savourant notre animalité »¹¹³⁵. L'attraction du déterminisme est parfois si puissante que, bien qu'invisible parce que fort profonde, elle dirige l'action de celui qui pense faire usage de son libre-arbitre. Il arrive même que le conditionnement soit irréfragable au point de ne laisser que la possibilité d'en limiter au mieux les conséquences.

Toutefois, les comportements conditionnés ne sont pas forcément une fatalité. De deux choses l'une : soit l'automatisme qui dirige le comportement est sujet à libération. L'individu est capable de s'en défaire et augmente de la sorte l'étendue de sa liberté décisionnelle. Soit le comportement produit par le déterminisme a reçu l'assentiment de celui qui l'adopte : je commets une infraction parce que je n'accepte pas la loi. Et il ne s'agit plus d'une attitude conditionnée puisqu'elle est poursuivie en conscience. Partant, il s'agit dans les deux cas d'envisager la réaction répressive.

III. Le libre-arbitre

Le libre-arbitre se confond avec l'espace laissé entre les conditionnements. Entièrement virtuel à la naissance, il constitue la vocation du nouveau-né à qui appartient la mission de s'affranchir des dépendances extérieures et intérieures. L'individu ne naît par conséquent pas libre de choisir mais capable de le devenir. A mesure qu'il prend de la distance avec les causes

¹¹³⁴ Cité in JOLLIEN, p. 141.

¹¹³⁵ ZUNDEL (Itinéraire), p. 97.

qui pourraient faire de son comportement un automatisme, la simple répétition d'une leçon consciemment ou inconsciemment apprise, il actualise son potentiel de liberté et augmente progressivement sa faculté de faire des choix personnels. Cette mission appartient à lui seul et n'est réalisable que dans certaines conditions.

Dorénavant, par le terme d'« homme », il faut entendre un individu dont la faculté de choix a été arrachée au conditionnement. A chaque fois que l'individu se dégage d'un déterminisme, il gagne un peu plus en liberté décisionnelle. A chaque fois qu'il abandonne une manière d'agir apprise et non consentie pour devenir l'origine de son comportement, il devient plus homme.

Qu'en est-il de la responsabilité pénale dans cette approche ? Avant de répondre à la question, il convient tout d'abord de relever que le terme de « responsabilité » ne correspond en réalité pas à ce qui est entendu sous cette appellation tant chez les non-juristes que chez les juristes.

Dans le langage courant, être responsable signifie notamment être la cause d'un résultat. Je suis responsable de la mort de quelqu'un si je lui tire une balle dans la tête. Raison pour laquelle le public ne comprend pas lorsque la justice considère que l'auteur d'un meurtre est « irresponsable ». Comment en effet accepter une vision dans laquelle le comportement du tueur n'est pénalement pas la cause de la mort de sa victime alors que c'est bel et bien lui qui a fait feu. Une telle contradiction crée parfois des malentendus entre le législateur et le public, et permet de soulever le deuxième défaut de la notion de responsabilité.

L'art. 19 al. 1 CP prévoit que l'auteur n'est pas responsable et donc pas punissable si, au moment d'agir, il ne possédait pas la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation. Aussi les facultés cognitives et volitives forment-elles des conditions indispensables à la punissabilité. Une capacité de savoir et de vouloir est commandée par la loi. Tel est le cas précisément parce que le comportement est coupable uniquement si une faute a été commise. L'auteur doit avoir réalisé les éléments constitutifs d'une infraction de manière fautive. Or l'imputabilité subjective suppose de comprendre et de vouloir, soit une aptitude à la faute¹¹³⁶. Partant, la doctrine estime qu'il conviendrait d'utiliser à la place du terme de « responsabilité » celui de

¹¹³⁶ GRAVEN (Précis), n° 117.

« capacité de culpabilité »¹¹³⁷ ou d'« aptitude à la faute ». Ainsi l'expression correspondrait à ce que désigne en réalité le législateur¹¹³⁸.

La notion de responsabilité demeure-t-elle nécessaire ? Force est de constater que non. Mais avant de cerner en quoi la notion est inutile, il faut avancer une deuxième hypothèse : l'individu commet une infraction parce qu'il est « submergé » par un déterminisme.

Chacun vit de manière plus ou moins conditionnée et donc, le cas échéant, plus ou moins libre. Or il arrive que le conditionnement d'un individu atteigne un tel degré d'intensité qu'il en vient à porter atteinte à un bien juridiquement protégé. Aussi l'infraction constitue-t-elle un indicateur de submersion, celle-ci étant entendue comme la réalisation d'un certain niveau de conditionnement.

Partant, la loi prévoit actuellement une réaction étatique. Il s'agit d'une peine et/ou d'une mesure. En présence d'une personne irresponsable, le juge ne peut prononcer qu'une mesure¹¹³⁹. En revanche, en cas de responsabilité restreinte, le juge atténue la peine tout en ayant la possibilité de prononcer une mesure¹¹⁴⁰.

Si le criminel est un individu submergé parce qu'il est dépourvu de la faculté de choisir, la réaction étatique ne doit-elle pas logiquement répondre de manière « adéquate » au déterminisme¹¹⁴¹ ? Or cette adéquation peut s'opérer au moment du choix de la sanction, indépendamment de la notion de responsabilité pénale¹¹⁴².

¹¹³⁷ HURTADO POZO, n° 845 et auteurs cités.

¹¹³⁸ Il convient de relever que la dénomination française n'est pas la seule à être imprécise. Le texte italien contient également une solution insatisfaisante. L'irresponsabilité revient à une « incapacité à l'imputabilité » (*incapacità imputabilità*) ce qui sous-entend qu'il n'est pas possible de rattacher juridiquement l'infraction au criminel bien qu'il en soit l'auteur. En revanche, la version allemande emploie les termes de *Schuldunfähigkeit* (incapacité à la faute) à la place de l'irresponsabilité et de *verminderte Schuldfähigkeit* (capacité restreinte à la faute) à l'égard de la responsabilité restreinte atténuant ainsi les risques de malentendus.

¹¹³⁹ Art. 19 al. 1 et 3 CP.

¹¹⁴⁰ Art. 19 al. 2 et 3 CP.

¹¹⁴¹ Sur la notion d'adéquation de la sanction, cf. Partie III, § 4, III, ch. 1 ; ce que fait déjà au demeurant de manière partielle le législateur par le biais des mesures.

¹¹⁴² Tel est déjà le cas dans le Code pénal suédois entré en vigueur en 1965. Celui-ci prévoit qu'une sanction est ordonnée si l'individu est reconnu coupable d'avoir commis une infraction. Les conditions liées à l'intention ou à la négligence sont dès lors maintenues. Cependant, en présence d'une anomalie mentale, le choix du tribunal quant à la sanction est restreint. Certaines sanctions sont effectivement exclues si l'auteur a agi

Prenons le cas d'un accident de voiture dû à l'alcool où un piéton subirait des lésions corporelles simples¹¹⁴³. En matière de conduite en état d'ivresse, le juge peut prononcer à l'égard d'un auteur alcoolique un traitement de l'addiction¹¹⁴⁴ et une éventuelle peine privative de liberté ferme compte tenu de la gravité de sa faute et de ses antécédents. Sous l'angle de la sécurité publique, il apparaît incompréhensible de réduire la quotité de la peine selon l'art. 19 al. 2 CP en raison d'une quelconque diminution des facultés cognitive et volitive car c'est justement parce que l'individu est déterminé qu'il a lésé l'intégrité d'autrui. Pourquoi dès lors prononcer une sanction moins contraignante, même si elle est suspendue au profit d'une mesure¹¹⁴⁵, au motif que les facultés de conscience et de volonté sont diminuées ? Aussi le juge doit-il tenir compte de la réduction des capacités dans le choix d'une sanction adéquate sans être lié par un concept de responsabilité qui influencerait à la baisse et de manière automatique la coercition d'une sanction. L'auteur a adopté un comportement pénalement prohibé auquel le juge doit répondre par une répression adéquate au regard du degré de submersion sans être tenu à des réductions entravant la prévention du crime.

En droit pénal actuel, l'infraction n'est punissable que si elle est commise de manière « coupable ». Issue de la théorie normative de la culpabilité, la faute est définie comme un reproche formulé à l'égard de l'agent qui choisit d'accomplir un acte illicite malgré sa capacité d'agir conformément au droit¹¹⁴⁶. En revanche, il ne s'agit plus d'une « faute » ou d'un comportement « coupable » en droit pénal libérateur. L'auteur a soit adopté le comportement avec conscience et volonté, soit réalisé l'infraction en violant une règle de prudence dont on attend qu'il ait connaissance compte tenu de sa situation personnelle. Le juge n'adresse dès lors plus un blâme à l'auteur mais refuse l'adoption d'un comportement intentionnel ou commis par négligence au nom de la société. L'adoption intentionnelle ou contraire aux devoirs de prudence d'une activité prohibée constitue une condition de la submersion « sanctionnable ». Ainsi, la vision manichéenne du crime disparaît. Il n'y a plus de « bien » ou de « mal » mais de l'« acceptable »

sous l'influence d'un état mental particulier, notamment la peine de prison (à ce propos, cf. SCHÜTZ-GÄRDEN, p. 141ss ; K. WAABEN, p. 48ss). Partant, un ordre juridique peut très bien se passer de la notion de responsabilité à condition de prendre en compte un éventuel trouble mental au moment d'opter pour un genre de sanction.

¹¹⁴³ Art. 123 CP.

¹¹⁴⁴ Art. 60 CP.

¹¹⁴⁵ Art. 57 al. 2 CP.

¹¹⁴⁶ HURTADO POZO, n° 823.

ou de l'« inacceptable » au regard de la protection des valeurs juridiquement protégées.

La deuxième hypothèse relative au rapport entre submersion et infraction revient à affirmer que si l'auteur avait eu le choix, il aurait respecté la loi. Or il arrive évidemment que l'auteur commette une infraction en la revendiquant comme le résultat d'un choix personnel. Il a tué, blessé, mis en danger, volé, injurié, menacé, violé, vendu de la drogue ou roulé trop vite à dessein.

De deux choses l'une : ou bien il s'agit en réalité d'un déterminisme inconscient. Il a tué parce qu'il ne supportait pas que son épouse le quitte ; il a volé parce qu'il a le goût de l'argent facile ; il a roulé trop vite parce qu'il agit ainsi lorsqu'il est en retard. Dans ce cas le juge prononce une sanction adéquate au conditionnement de sorte à prévenir une telle attitude dans ce genre de circonstance. Ou bien l'auteur conteste le fondement même de la règle et il considère que celle-ci est illégitime en revendiquant une autonomie décisionnelle. Ayant une autre croyance que celle de la société, il estime avoir le droit de tuer pour empêcher son épouse de faire sa vie sans lui ; il pense être en droit de voler dès lors qu'il n'a pas d'argent ; il considère ne mettre personne en danger en roulant à deux cent kilomètres/heure sur l'autoroute. Alors le juge doit se contenter de le sanctionner de manière à affirmer le refus de ce genre de considérations et à prendre les mesures de précautions afin d'éviter ce comportement¹¹⁴⁷. Il ne lui appartient en revanche pas de « libérer » le délinquant contre son gré. Il ne s'agit peut-être au fond pas d'un déterminisme mais d'une différence d'opinion¹¹⁴⁸. Dans les cas de conditionnements particulièrement profonds augmentant de manière inacceptable le risque d'infraction grave, la sanction peut se révéler très contraignante comme celle d'un internement¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁷ Dans le dernier cas, le retrait de permis de conduire et/ou la confiscation définitive ou temporaire du véhicule paraissent notamment adéquats à cet effet.

¹¹⁴⁸ Les considérations durkheimiennes sur le caractère « bienvenu » du crime semblent ici pertinentes (cf. Partie I, § 3, XIV, ch. 1). En effet, une telle attitude de la part du criminel constitue en partie une remise en question de la loi. De cette situation peut découler soit une modification législative par le pouvoir politique parce que la réglementation est devenue obsolète soit une confirmation de l'ancrage législatif des dispositions. A ce titre, le refus de la part d'une minorité de certaines règles a permis aujourd'hui la dépénalisation de l'avortement ou de l'homosexualité dans certaines législations.

¹¹⁴⁹ Conformément à l'art. 64 al. 1 CP, l'internement à vie n'ayant rien à faire dans un droit pénal libérateur. De même que toute mesure portant atteinte au droits fondamentaux de l'homme.

La satisfaction à tout le moins partielle de certains besoins individuels constitue une condition nécessaire à la libération progressive des conditionnements. A ce titre, la nécessité est d'autant plus grande que les besoins sont essentiels à la vie. L'approvisionnement en air, en eau et en nourriture, l'occupation d'un logement, la conservation de ses biens par le biais de la propriété et la sécurité tant sur le plan physique que psychologique forment un terreau sans lequel l'affranchissement des déterminismes ne peut germer. La liberté décisionnelle de l'enfant ne peut très concrètement pas croître sans qu'il ne boive ou mange. De même, son pouvoir d'autodétermination s'étend à condition qu'il évolue dans un milieu assurant la protection de certains biens. Et de la finalité commune de chacun naît la réunion de tous.

IV. La société

Tous les individus ont des besoins. A un niveau tout à fait basique, il leur est indispensable de respirer, de boire et de se nourrir. Toutefois, il existe des besoins d'un autre ordre comme le besoin de sécurité. Un certain degré de protection constitue un paramètre élémentaire à la vie. En outre, il s'agit par exemple du besoin d'appartenance et du besoin de reconnaissance. Intimement liés, ces deux besoins sont satisfaits lorsque l'individu fait partie d'une communauté où il est reconnu en tant que membre à part entière. Au-delà des considérations matérielles, devenir un homme nécessite la présence d'autrui. L'intersubjectivité constitue une circonstance indispensable à la progressive libération¹¹⁵⁰. La mission d'affranchissement ne conduit dès lors pas au soliloque.

Cela étant, la structure sociale est déterminée par l'orientation générale. La société doit en effet se doter d'une organisation maintenant les conditions dans lesquelles une libération individuelle est possible : « Pour chacune, la seule ambition légitime est donc d'assurer, à chaque citoyen, le maximum de chance pour le plein développement de sa vie [...]. Là se termine l'œuvre de la cité [...] »¹¹⁵¹.

Afin d'établir les conditions nécessaires à la satisfaction des besoins et par conséquent favorables à l'émancipation d'habitudes menant à un

¹¹⁵⁰ Une telle conception rappelle celle développée notamment par Aristote et Fichte (cf. Partie I, § 3, III, ch. 1 et XI, ch. 1).

¹¹⁵¹ ZUNDEL (Itinéraire), p. 195.

comportement pénalement répréhensible¹¹⁵², la société peut se doter d'un système démocratique sous la forme d'un Etat de droit répartissant les tâches étatiques entre plusieurs autorités dont l'action est réglée par la loi¹¹⁵³. Dans la dynamique présentée, chaque autorité poursuit la même finalité. En tant qu'instrument de libération, celles-ci sont chargées de conserver les conditions minimales et indispensables au dépassement des conditionnements.

Un certain nombre de valeurs est déclaré en principe inviolable. Tel est le cas notamment de la vie, de l'intégrité corporelle, du patrimoine, de l'honneur ou de l'intégrité sexuelle. L'inviolabilité de chacune d'entre elles forme un préalable à un milieu déclaré assez sécurisé. Or, nonobstant leur caractère axiologique, il arrive que ces biens soient atteints. Les individus peuvent adopter des comportements qui les mettent en danger. Aussi la société doit-elle réagir afin de sauvegarder leur existence. Et c'est dans ce but que l'Etat, en particulier le pouvoir judiciaire, est appelé à intervenir.

Avant toute chose, la société doit se garder de tomber dans l'intrusion. La responsabilité de faire de l'ordre parmi ses déterminismes appartient uniquement à l'individu. L'impulsion de libération doit en effet venir de l'« intérieur » au risque de réveiller l'intelligence qui, lorsqu'elle aperçoit des conditionnements attaqués par l'extérieur, les protège de toute son ingéniosité : « Cela se produira toutes les fois qu'autrui se mêlera de nos affaires ou que nous nous mêlerons des affaires d'autrui. Dites à un homme jaloux qu'un article sur le travail d'un confrère est simplement l'expression de son ressentiment et n'a rien avoir avec le souci de la vérité. Et vous verrez aussitôt la volonté, blessée par cette intrusion, se redresser avec indignation en trouvant de nouveaux motifs d'aggraver sa critique, tandis que la jalousie se dissimulera vertueusement sous le masque de la justice, de la probité scientifique et, dans son for intérieur, du génie méconnu »¹¹⁵⁴.

L'acte de dépassement est du ressort de l'individu. Et celui-ci ne tolère aucune interférence extérieure sans immédiatement se réclamer de la plus grande objectivité. Hegel soulignait déjà le mouvement de révolte provoqué par une peine prononcée par une autorité extérieure à laquelle l'homme ne peut se soumettre sans renoncer à lui-même¹¹⁵⁵. Plus la pression externe sera forte, plus son intelligence redouble d'efforts pour prouver le contraire

¹¹⁵² Il n'y a effectivement d'habitudes contre lesquelles la société doit se battre que si celles-ci conduisent à la commission d'une infraction.

¹¹⁵³ MOOR, p. 185.

¹¹⁵⁴ ZUNDEL (Communion), p. 100.

¹¹⁵⁵ Partie I, § 3, XII, ch. 3.

de ce qui est affirmé par l'en-dehors : « Un homme qui s'avouerait peut-être à lui-même ses faiblesses dans le silence de sa conscience sera ainsi amené à les défendre et à les canoniser, si peu qu'on veuille le forcer du dehors à les condamner »¹¹⁵⁶. L'expression d'une volonté liée au respect des règles en vigueur accompagnée de contraintes temporaires tendant à s'en assurer n'est pas exclu. Il s'agit toutefois de ne pas vouloir aller au-delà en essayant par exemple de changer l'individu malgré lui. Un profond respect est une condition préalable au processus de libération car « qu'il s'agisse de nous-même ou d'autrui, il nous faudra entourer du respect le plus silencieux ce débat solitaire où toute conscience humaine est engagée »¹¹⁵⁷.

En tombant dans l'intrusion, « nous obligeons les autres à durcir en principe et à justifier en droit des attitudes où ils engageaient surtout leur sensibilité en détresse, et où ils engagent maintenant leur volonté blessée et leur intelligence complice. Ils ont une raison nouvelle d'y persévérer, plus puissante que toutes les autres, qui est de ne pas céder à une volonté étrangère. Leur revendication de liberté a maintenant partie liée avec leurs passions. Ils sont tout entier bloqués dans leurs instincts, tant que le respect d'un amour silencieux n'aura pas ouvert une brèche dans leur amour-propre »¹¹⁵⁸.

Au vu de ce qui précède, il convient de poser des gardes-fou. En premier lieu, la liberté, entendue comme un dégagement des conditionnements, doit être consacrée constitutionnellement comme un droit et un devoir de chaque individu : chacun est appelé à être libre.

En deuxième lieu, le Droit doit être élaboré conformément à la mission individuelle. Un certain agencement de l'ordre juridique favorise la réalisation du potentiel de liberté décisionnelle par le truchement de règles générales et abstraites. La vie en communauté doit être organisée de telle sorte qu'elle réunit des conditions minimales d'un point de vue juridique. Cela étant, les individus ont des droits liés à ces conditions : un droit au respect de la dignité humaine¹¹⁵⁹, un droit à l'égalité devant la loi¹¹⁶⁰, un droit à la protection contre l'arbitraire¹¹⁶¹ et, un droit à la vie et à la liberté

¹¹⁵⁶ ZUNDEL (Communion), p. 100.

¹¹⁵⁷ ZUNDEL (Passions), p. 598.

¹¹⁵⁸ ZUNDEL (Communion), p. 100.

¹¹⁵⁹ Art. 7 Cst.

¹¹⁶⁰ Art. 8 Cst.

¹¹⁶¹ Art. 9 Cst.

personnelle¹¹⁶², un droit au respect de l'intégrité physique et psychique¹¹⁶³, un droit au mouvement¹¹⁶⁴, etc.

Noyés par leurs passions, les individus lèsent l'ordre public établi. Bien des atteintes à des biens juridiquement protégés sont en effet le produit d'un acte déterminé. Celui qui a, depuis l'enfance, recouru à la violence pour satisfaire ses besoins n'a pas de raison de se comporter autrement une fois devenu grand. Partant, comment la société peut-elle se positionner face à un individu au prise avec son désordre intérieur trop intense ?

V. Le droit pénal libérateur

1. Le concept

En tant qu'instrument de liberté, l'Etat dispose du pouvoir de réprimer. Le terme de « répression » s'entend ici comme le fait d'empêcher la survenance d'un comportement lésant un bien juridiquement protégé. Un système répressif n'est dès lors pas forcément punitif. Le couple récompense et punition ne constitue pas le seul paradigme efficace dans une perspective de prévenir les infractions. La prévention du crime peut s'y effectuer par d'autres moyens que la punitivité. Autrement dit, il est possible de réprimer sans punir.

Avec le renversement des présomptions, le droit pénal apparaît sous un nouveau jour. Dorénavant qualifié de « libérateur », il instaure un système qui, par l'intermédiaire de la sanction, satisfait le besoin collectif de sécurité *et* offre à l'individu submergé une occasion de prendre de la distance vis-à-vis d'un déterminisme¹¹⁶⁵.

En droit pénal libérateur, la réaction face au crime est intitulée « sanction ». Il n'est plus question d'un système dualiste distinguant les peines et les mesures. En ce sens, il s'agit d'un système moniste comprenant toute forme de sanction apte à atteindre le but poursuivi conformément à certaines conditions, la préférence relevant d'une adéquation des moyens en rapport avec les besoins en question. De cette union, certaines institutions actuellement réservées aux peines pourraient être étendues aux mesures

¹¹⁶² Art. 10 al. 1 Cst.

¹¹⁶³ Art. 10 al. 2 Cst.

¹¹⁶⁴ Art. 10 al. 2 Cst.

¹¹⁶⁵ Il ne s'agit dès lors pas d'une sanction binaire qui ne tient compte que du criminel ou que de la société.

prévues aux art. 56ss CP, notamment celle relative au sursis et au sursis partiel¹¹⁶⁶.

De même, un autre dualisme mérite d'être abandonné, à savoir l'opposition entre émotion et raison. Selon Damasio notamment, les acquis récents en matière neurologique démontrent effectivement que les émotions exercent une puissante influence sur la raison¹¹⁶⁷. Ainsi la perception des sentiments ne forment pas un repoussoir contre la faculté de raisonnement. Au contraire, celle-là entretient avec cette faculté une relation profonde car les systèmes neuronaux qui desservent la première sont emmêlés avec ceux qui sous-tendent la seconde de sorte que ces deux catégories de mécanismes s'entrelacent avec ceux qui assurent la régulation des fonctions biologiques du corps¹¹⁶⁸. En d'autres termes, ne pas ressentir paralyse la capacité décisionnelle¹¹⁶⁹.

Cela étant, les émotions occupent deux fonctions en droit pénal libérateur, l'une s'attachant à signaler un manque tandis que l'autre participe au prononcé de la sanction.

L'impact émotionnel du crime fournit en premier lieu une information quant à l'équilibre homéostatique de la société. L'émotion indique qu'un besoin particulier n'est pas satisfait ou est exposé à un danger. En matière pénale, il s'agit du besoin de sécurité. Raison pour laquelle, il est possible de nuancer l'affirmation de Durkheim : l'infraction n'est pas une atteinte aux sentiments collectifs mais aux besoins de la communauté¹¹⁷⁰. Dans ce cadre, la réaction émotionnelle au crime constitue un avertissement selon lequel un bien juridiquement protégé dont le respect est indispensable au regard des conditions minimales de sécurité est menacé, appelant ainsi une éventuelle intervention¹¹⁷¹.

Le prononcé de la sanction, en tant que réponse au crime, doit en second lieu être également « émotionnel ». Ou plutôt, il conviendrait d'assumer expressément le rôle des émotions au « principe » même du droit,

¹¹⁶⁶ Cf. Partie III, § 4, III, ch. 1.

¹¹⁶⁷ DAMASIO, p. 307 ; à propos du lien entre les émotions et la raison, cf. également DE SOUSA, IZARD/KAGAN/ZAJONC et MANDLER.

¹¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹¹⁶⁹ Pour un exemple étonnant, cf. le cas de Phineas Gage *in* DAMASIO, p. 19ss.

¹¹⁷⁰ Partie I, § 3, XIV, ch. 1.

¹¹⁷¹ En ce sens, la sanction relève d'un pouvoir de réprimer et non d'un impératif. C'est pourquoi, l'exemption de sanction demeure tout à fait concevable tel que le prévoit déjà notamment l'art. 52 CP dont le principe serait rebaptisé « l'absence d'intérêt à sanctionner ».

notamment sous l'appellation répandue de l'« Équité »¹¹⁷². Hormis le fait qu'ils constituent un message d'alerte, les sentiments engendrés par le crime permettent également de choisir la sanction adéquate vis-à-vis de l'individu¹¹⁷³. Comme chez Aristote¹¹⁷⁴, le sentiment de colère est dès lors le bienvenu lors de la répression à condition toutefois que la prise en considération de cette émotion ne conduise pas à violer le noyau fondamental du droit de l'individu aux conditions minimales de libération. Pour ce faire, le droit actuel contient déjà des exigences qui restreignent ce risque : irrecevabilité de certaines preuves, composition collégiale des tribunaux, voies de recours, obligation de motiver, etc.¹¹⁷⁵.

En tant qu'énergie indispensable à la réaction, et en particulier à la prise de décision, la colère, voire même les autres genres d'émotion, guident la raison vers un acte d'aménagement de la sanction satisfaisant le besoin de sécurité tout en offrant une occasion d'émancipation des conditionnements. Autrement dit, la sanction repose sur un besoin sécuritaire insatisfait signalé par la colère mais se traduit par des contraintes rationnelles qui ne violent pas le droit individuel à un plus large pouvoir d'autodétermination. L'importance du lien entre émotions et raison ayant été mis en exergue, une sanction équitable « procède bien du raisonnable, n'apparaissant irrationnelle qu'aux yeux des théoriciens concevant le juridique comme éminemment abstrait »¹¹⁷⁶. Aussi ne parle-t-on pas en droit pénal libérateur, matière fondamentalement vivante, d'une machine judiciaire mais bien d'un « corps » répressif.

Dans ce contexte, il est important de relever que l'affranchissement progressif des déterminismes n'est possible que dans une législation dynamique faisant preuve d'adéquation à l'égard de ceux qui enfreignent la loi. Ceux-ci doivent être traités conformément aux droits fondamentaux qui leurs sont reconnus. Et se libérer d'une habitude de faire ou de penser ne s'effectue qu'en dehors de tout système moralisant.

Le droit pénal actuel fonctionne de façon manichéenne. Ce qui est autorisé est « bien », ce qui est interdit est « mal ». Celui qui ne se conforme pas au bien en commettant un mal est, sur le plan pénal, un « méchant ». Le juge est dès lors chargé de catégoriser ceux qui sont renvoyés devant lui en les étiquetant selon qu'ils soient « innocents » ou « coupables ». Or ce mode de

¹¹⁷² A ce propos, cf. notamment PAPAUX (Emotions), p. 114ss.

¹¹⁷³ Sur cette question d'adéquation, cf. Partie III, § 4, III.

¹¹⁷⁴ Partie I, § 3, III, ch. 2 ; *contra* cf. Sénèque (Partie I, § 3, IV).

¹¹⁷⁵ Cf. PAPAUX (Emotions), p. 113.

¹¹⁷⁶ PAPAUX (Emotions), p. 117.

communication n'exprime que de manière fort imprécise le véritable message social, engendrant des conséquences néfastes sur le plan de la prévention du crime¹¹⁷⁷. En jugeant le comportement des autres, « notre attention se porte alors sur la classification, l'analyse et l'évaluation des torts de l'autre, au lieu de se concentrer sur ses besoins et les nôtres [...] qui ne sont pas satisfaits »¹¹⁷⁸. Et à travers ces modalités d'expression, « nous attisons les réactions de défense et de résistance chez ceux-là mêmes dont le comportement nous importe »¹¹⁷⁹.

Il ne s'agit pas pour autant de se passer de juger¹¹⁸⁰. Le jugement de valeur est indispensable en matière de communication. L'individu peut par exemple tenir pour essentiel la protection de la vie et de l'intégrité physique ou psychique. En revanche, les jugements moralisateurs apportent une description incomplète des convictions personnelles. Affirmer que « les individus qui tuent sont coupables » exprime indirectement le bien atteint, à savoir la vie, et emmure les destinataires du jugement de valeur dans une catégorie d'où ils risquent de ne plus entendre le véritable message.

Outre les jugements moralisateurs, le droit pénal actuel fait place à la négation des responsabilités individuelles¹¹⁸¹. Dans son ouvrage intitulé *Eichmann à Jérusalem*, Arendt dénonce la « banalité du mal » dans le régime nazi. Elle rapporte par exemple comment Eichmann employait un langage déresponsabilisant, appelé *die Amtssprache*, qui contenait des réponses toute faite comme celle de « c'est la loi » à des interrogations sur le fondement de certaines attitudes afin de justifier une « obéissance de cadavre »¹¹⁸². Si un juge recourt aux tournures exprimant une « obligation », il dissimule le lien existant entre l'adoption d'un comportement et le choix individuel : « Il ne faut pas tuer parce que c'est interdit ».

¹¹⁷⁷ Et de manière plus large, les problèmes de l'homme n'ont-ils pas débuté par la volonté de disposer d'une connaissance absolue générale et abstraite du bien et du mal en croquant le fruit interdit ? (Génèse 3 : 6-7) ; plus scientifiquement, certaines illusions liées à l'interprétation du monde fondée sur les catégories de vrai et de faux comptent parmi les plus anciens exemples que l'on peut trouver pour illustrer le dilemme de la réflexivité des affirmations comme celle d'Epiménide le Crétois : « tous les Crétois sont des menteurs » (cf. WATZLAWICK, p. 270).

¹¹⁷⁸ ROSENBERG, p. 34.

¹¹⁷⁹ ROSENBERG, p. 35.

¹¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹¹⁸¹ ROSENBERG, p. 38.

¹¹⁸² ARENDT, p. 256.

La concision incarne en principe une qualité. Etre capable d'exprimer en peu de mots et de manière précise ce à quoi l'on croit mérite d'être encouragé. A ce titre, certaines formulations telles que « il ne faut pas » ou « tu dois » paraissent pratiques. Toutefois, la relation prétendue obligatoire d'un comportement ne reflète qu'imparfaitement la responsabilité individuelle vis-à-vis de son comportement. Et c'est probablement lorsqu'il y a infraction que l'artifice ne constitue plus un obstacle suffisant. Le fait que le comportement soit interdit ne retient en effet plus l'auteur de passer à l'acte. Dès lors, le fait de dire qu'« il ne faut pas commettre de meurtre parce que c'est la loi » ne laisse pas apparaître la responsabilité individuelle vis-à-vis du comportement. Il conviendrait plutôt d'affirmer que « nous ne tuons pas lorsque nous accordons de l'importance à la vie d'autrui ». L'abstention de porter atteinte à la vie d'autrui se fonde ainsi moins sur la loi que sur une conviction personnelle¹¹⁸³.

Au vu de ce qui précède, il s'agit de procéder à une épuration de la dynamique répressive¹¹⁸⁴. Et celle-ci passe indubitablement par un changement du langage employé tant dans la législation que chez les praticiens du droit. Il conviendrait désormais moins de juger de la moralité d'un accusé que de juger de l'atteinte à une valeur par le comportement de l'auteur présumé d'une infraction. L'effort consiste en effet à abandonner la « culpabilité » comme moyen de fonder le droit de punir et à invoquer « le conditionnement » comme preuve d'un danger pour un bien protégé par le droit. Il est même possible d'affirmer que le système reposant sur la faute constitue la cause d'un pourcentage non négligeable de récidive. En ce sens, le droit pénal libérateur est fondamentalement non-violent¹¹⁸⁵.

Adéquat ne signifie cependant pas laxiste. La sanction doit protéger la société¹¹⁸⁶. Un fort degré de coercition est parfois adéquat à l'égard de déterminismes profonds découlant sur des infractions graves. A ce titre, il s'agit d'abandonner une vision binaire selon laquelle la satisfaction des

¹¹⁸³ A moins que l'individu n'accorde pas de valeur au bien protégé auquel cas il s'agit d'un auteur qui se prétend, non pas déterminé, mais expressément contre les valeurs consacrées.

¹¹⁸⁴ Au surplus, l'épuration devrait s'étendre à la législation tout entière afin d'instituer au final un « Droit non-violent ».

¹¹⁸⁵ ROSENBERG, p. 17ss ; à ce titre il conviendrait de mener une réflexion collective sur les aspects « violents » du droit pénal actuel au regard de la théorie liée à la communication non-violente présentée dans l'ouvrage mentionné en début de note. Ainsi l'effectivité de la sanction en tant que moyen de libération serait très probablement augmentée. Une telle réflexion pourrait être poursuivie par la création d'un « Centre de droit pénal libérateur » (CDPL) dans un « Institut de droit non-violent » (IDNV).

¹¹⁸⁶ Cf. Partie III, § 3, II.

préoccupations sécuritaires exclut le respect des droits du criminel et inversément. Une sanction peut à la fois défendre l'intérêt public et offrir à l'auteur une occasion de s'affranchir de son conditionnement.

En outre, il ne faut pas confondre la sanction dans un droit pénal libérateur avec une sanction « médicale ». De même, il est incorrect de parler de « traitement des délinquants » au risque de paraître trop réducteur. Les criminels ne sont pas systématiquement considérés comme malades ou souffrant d'une quelconque pathologie. Certes, une partie d'entre eux souffrent d'une maladie qui provoque le recours à la violence pour des raisons diverses. En ce sens, ils sont d'ailleurs conditionnés. La sanction tend en partie à leur fournir un traitement médical adapté à leur souffrance. Or les maladies ne sont pas les seuls déterminismes dont peut souffrir un délinquant¹¹⁸⁷. Comme le dit Larguier, « il faut avoir de la maladie une conception singulièrement large, pour considérer comme état pathologique l'attitude du commerçant établissant une fausse comptabilité, ou de l'industriel faisant introduire des substances toxiques dans les produits alimentaires qu'il met en vente... »¹¹⁸⁸. De même, comment considérer comme malade le capitaine qui déverse des tonnes de déchets depuis son navire ou l'armateur qui affrète un pétrolier en très mauvais état pour transporter du mazout ? Aussi le concept de conditionnement saisit-il le phénomène criminel là où la notion de maladie est inapplicable, notamment en matière de criminalité relative à l'économie, à l'écologie et à la santé. A ce titre, le comportement du commerçant, de l'industriel, du capitaine ou de l'armateur peut être notamment déterminé par leur profit personnel, soit par une croyance individualiste selon laquelle « après moi, le déluge ».

Partant, le criminel apparaît comme un « individu submergé ». Les déterminismes commandent si intensément son comportement qu'il enfreint la loi pénale. Son degré de conditionnement fait de lui un individu à l'égard duquel l'Etat est autorisé à prononcer une sanction. Dans ce contexte, il ne s'agit plus d'envisager le criminel comme un individu *coupable* d'avoir commis une infraction mais comme un individu *capable* de se libérer de son déterminisme exacerbé.

¹¹⁸⁷ Cf. Partie III, § 2, II.

¹¹⁸⁸ LARGUIER, p. 9.

2. Le rapport entre la Défense sociale nouvelle et le Droit pénal libérateur

Le droit pénal libérateur s'inscrit dans la même ligne que le droit pénal de la Défense sociale nouvelle dans la recherche d'une politique criminelle traditionnellement dite « humaniste ». Un rapprochement est dès lors légitime comme la Défense sociale nouvelle l'a été avec la phénoménologie¹¹⁸⁹.

Toutefois, même si les deux « doctrines » cheminent ensemble dans la même direction, elles ne se confondent pas pour autant. Il s'opère moins un glissement volontaire dans un seul courant qu'une succession de rencontres sur certains points. Il convient par conséquent d'énumérer de manière non exhaustive les recoupements majeurs avant d'examiner les opinions divergentes principales.

a. Les recoupements

Tout comme la Défense sociale nouvelle, le droit pénal libérateur prend ses distances avec un droit pénal fonctionnant selon un principe de rétribution. L'infraction n'est pas une violation abstraite de la loi qu'il convient de réparer par une peine aussi lourde que la faute. De même, la punition n'a pour vocation ni la vengeance de la victime ou de la société ni l'expiation du pêché par la souffrance.

Le droit pénal libérateur s'inscrit également en faux contre les théories positivistes qui cherchent notamment à classer les criminels. Par respect du principe d'individualisation, le juge prononce une sanction adaptée à la situation de l'individu aperçue au travers de son acte illicite. Son travail ne revient pas à une chosification du sujet qu'il convient de mettre dans une catégorie ou une autre.

Enfin, les deux doctrines appréhendent communément le système de sanctions. Il s'agit d'abandonner le dualisme au profit du monisme dans laquelle la variété des réactions répressives fait éclater tout cloisonnement abstrait. La seule situation du délinquant conduit au prononcé d'une sanction efficace et ce, indépendamment d'une distinction entre peines et mesures.

¹¹⁸⁹ ANCEL (Chronique), p. 183.

b. Les divergences

Le droit pénal libérateur se différencie cependant de la Défense sociale nouvelle. A la lecture de l'ouvrage fondateur d'Ansel ou de ses nombreux articles, le droit pénal de l'individu submergé peut apparaître comme une reprise des principes fondamentaux de la défense sociale nouvelle au moyen d'un vocabulaire modifié. Des différences significatives demeurent néanmoins. Parmi celles-ci, il est possible d'en relever trois.

ba. La responsabilité

Se défendant de tout apriorisme, la Défense sociale nouvelle considère la responsabilité comme un sentiment, comme une réaction profonde et complète de la personnalité face à une situation donnée¹¹⁹⁰. Selon Ansel, il faut revenir au sentiment intime et naturel de la responsabilité personnelle¹¹⁹¹ qui ne se comprend que dans un contexte social¹¹⁹².

L'acte, en l'occurrence l'infraction, est la matérialisation de cette personnalité antisociale. Le sentiment de responsabilité implique l'individu en tant que lien entre sa personnalité et ses actes. Et la prise de conscience de ce lien signifie qu'il doit répondre en tant que membre d'un groupe. Ainsi définie, la responsabilité entraîne une obligation morale de l'individu par rapport à ses actes qu'il doit assumer envers lui-même et envers les autres. L'individu responsable aux yeux de la Défense sociale nouvelle a dès lors des comptes à rendre à la société¹¹⁹³.

Le droit pénal libérateur opte pour une solution sensiblement différente. Définir une figure du criminel est indispensable à l'édification d'un droit pénal cohérent. Il faut effectivement faire un choix quant à la vision théorique du celui-ci avant d'élaborer une législation dans laquelle la sanction a une fonction et un mode de fixation répondant à une logique particulière. Dans ce contexte, la question de la responsabilité s'appréhende comme un lien singulier entre l'individu et son comportement qui peut être parasité par des conditionnements individuels et sociaux.

Tous les individus sont dès lors responsables. Leur éventuelle diminution des facultés cognitive et volitive entre néanmoins en ligne de compte au moment du choix de la sanction. En cela, c'est une notion bien plus intime

¹¹⁹⁰ ANCEL (Chronique), p. 182.

¹¹⁹¹ ANCEL (Défense), p. 249.

¹¹⁹² ANCEL (Chronique), p. 182.

¹¹⁹³ ANCEL (Défense), p. 250.

que celle de la défense sociale nouvelle parce qu'elle n'est pas propre à son appartenance à un groupe. Aussi convient-il de se garder d'un concept technico-juridique tel que celui de responsabilité au sens classique du terme, celui-ci creusant un fossé entre la justice et le public.

bb. La rétribution

La Défense sociale nouvelle ne s'écarte pas complètement de la rétribution en tant que moyen répressif. Elle enjoint au juge d'employer la faute ou la culpabilité comme instrument de fixation de la peine lorsqu'elle est adéquate au but de resocialisation au regard de la personnalité du délinquant. Pour Ancel, le procès de resocialisation peut exiger qu'une souffrance soit infligée au délinquant, le caractère afflictif infligé au criminel ne pouvant être mis de côté pour des raisons de réalisme¹¹⁹⁴. Le châtement doit cependant devenir une exception dans une politique criminelle générale¹¹⁹⁵.

Le droit pénal libérateur, quant à lui, va plus loin dans l'humanisation de la législation criminelle en écartant définitivement la fixation de la peine d'après la culpabilité. La rétribution n'est absolument plus le moyen le mieux adapté pour fixer la sanction censée permettre la libération du criminel. Il convient en revanche de réagir fermement à l'égard de la délinquance. Une sanction adéquate au conditionnement apparaît dès lors appropriée.

bc. L'exécution de la sanction

Dans la Défense sociale nouvelle, le but de l'exécution de la sanction est la resocialisation du criminel. Le traitement prononcé par le juge doit faire en sorte que l'individu soit en mesure de respecter les règles de la société et la réintégrer dès que sa réinsertion semble possible au regard de la protection de la société. Encore une fois, la responsabilité de l'individu est profondément sociale.

Dans un droit pénal qualifié de libérateur, l'individu submergé fait l'objet d'une sanction assurant une sécurité à la société tout en participant à sa propre libération. Il ne s'agit pas de resocialiser l'individu mais de permettre la prise d'une certaine distance à l'égard d'un ou de plusieurs déterminismes tout en garantissant une probabilité faible de réitération d'un acte criminel.

¹¹⁹⁴ ANCEL (Défense), p. 271 ; ANCEL (Chronique), p. 183.

¹¹⁹⁵ ANCEL (Défense), p. 271.

§ 3. La sanction

I. La définition

D'un point de vue étymologique, le mot « sanction » vient de *sancire* signifiant « prescrire ». La sanction est liée à la notion de précepte, c'est-à-dire à l'expression d'une règle. Dans le cadre d'un droit pénal libérateur, la sanction est dès lors entendue comme une contrainte étatique imposée à la suite de la commission d'une infraction par un individu submergé. En tant que conséquence juridique frappant une violation de la loi, trois éléments composent une telle définition : un individu submergé, la commission d'une infraction et la contrainte étatique.

1. Un individu submergé

Conformément à la seconde hypothèse¹¹⁹⁶, il est présumé qu'un individu non-submergé n'aurait pas commis l'infraction. Le comportement illégal provient dès lors de son conditionnement. Premier responsable de l'affranchissement, il lui appartient dès lors de s'en défaire.

Dans le cas de celui qui plaide l'illégitimité de la règle sans souffrir d'aucune pathologie¹¹⁹⁷, il n'y a évidemment pas de submersion apparente. L'auteur revendique la « légalité » de son comportement : j'ai tué parce que je crois en avoir le droit ; j'ai volé parce que j'estime le vol légal ; j'ai dépassé les limites de vitesse parce qu'elles ne me concernent pas. Dans un exemple valable en Suisse jusqu'au 30 septembre 2002¹¹⁹⁸, l'auteur d'un avortement aurait prétendu à la légalité de son comportement et ce malgré l'absence d'un danger d'atteinte grave et permanente pour la santé de la femme enceinte : même en dehors d'un danger, j'avais le droit de pratiquer un avortement. A moins qu'il ne dispose pas de ses facultés cognitives et volitives, le criminel n'est dès lors pas un individu submergé mais un individu ouvertement défavorable à l'égard de la législation en vigueur¹¹⁹⁹. Il convient dès lors de prononcer à son encontre une contrainte étatique

¹¹⁹⁶ Cf. Partie III, § 2, III.

¹¹⁹⁷ Partie III, § 2, III ; force est toutefois de constater que la contestation de la légitimité des dispositions pénales n'est pas fréquente.

¹¹⁹⁸ Date de l'entrée en vigueur du système prévoyant le régime des délais.

¹¹⁹⁹ Ici ressurgit la pensée kantienne selon laquelle celui qui commet une infraction génère une nouvelle règle générale et abstraite (cf. Partie I, § 3, X, ch. 1) ; VAN DE KERCHOVE (Sens), p. 93.

consécutives à la commission de l'infraction de manière à assurer la sécurité publique sans pour autant violer ses droits fondamentaux¹²⁰⁰.

Se pose au demeurant la question de celui qui se trompe sur l'illicéité de son comportement. A ce titre, la réponse actuelle du droit pénal paraît satisfaisante. Le mécanisme prévu à l'art. 21 CP peut être conservé : quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement constitue une infraction ne peut faire l'objet d'une sanction.

2. Une infraction

Conformément au principe de la légalité, il n'y a pas de sanction sans loi : *nulla sanctio sine lege*. Nul ne peut faire l'objet d'une contrainte étatique en raison d'un comportement n'ayant pas été décrit dans la législation pénale. Le droit pénal libérateur n'entend pas s'écarter de la condition de la typicité du comportement¹²⁰¹.

Comme cela a déjà été évoqué¹²⁰², il ne convient également pas d'évacuer l'intention et la négligence. Aussi l'auteur doit-il avoir agi avec conscience et volonté ou par une imprévoyance coupable pour qu'une sanction soit susceptible d'être prononcée.

3. Une contrainte étatique

Un individu commet une infraction lorsqu'un bien juridiquement protégé est atteint. Il s'agit dès lors de réagir en imposant à celui-ci une contrainte, c'est-à-dire une ou plusieurs obligations. Sous cet angle, l'Etat détient un pouvoir de décision unilatérale. Le consentement du criminel n'est pas nécessaire au prononcé¹²⁰³.

¹²⁰⁰ Cf. Partie III, § 4, ch. 1 ; en ce qui concerne le risque de sanction indéterminée, cf. Partie III, § 4, IV, ch. 2. Au surplus, il est tout à fait possible de ne pas être d'accord avec la législation en vigueur sans pour autant la violer.

¹²⁰¹ GRAVEN (Précis), n° 9 A.

¹²⁰² Cf. Partie III, § 2, III.

¹²⁰³ Sur les positions que l'auteur peut prendre vis-à-vis de l'infraction cf. Partie III, § 2, III.

II. Le fondement

Foucault désespère quelque peu en considérant que « dans nos sociétés contemporaines, on ne sait plus exactement ce qu'on fait quand on punit et ce qui peut, au fond justifier la punition »¹²⁰⁴. L'analyse foucauldienne se révèle fort pertinente. Mise en exergue ci-dessus¹²⁰⁵, la stratification des rationalités punitives s'opère en effet sans qu'il soit possible de distinguer une dynamique logique et unitaire irradiant le système répressif. Aussi faut-il définir l'assise de la sanction en répondant à la question : pourquoi sanctionne-t-on¹²⁰⁶ ?

Le fondement de la peine réside dans sa cause ou sa raison d'être¹²⁰⁷. En droit pénal libérateur, le besoin de sécurité minimale de chaque individu sert de fondement à la sanction. L'affirmation et la protection de normes fondamentales sont en effet nécessaires à la vie en communauté¹²⁰⁸. La sauvegarde d'un certain nombre de valeurs doit être par conséquent assurée pour qu'une prise de distance vis-à-vis des conditionnements soit possible. Raison pour laquelle des biens sont juridiquement protégés par le principe de la légalité. Le Code pénal dresse une liste des comportements qui mettent en danger la sécurité nécessaire à l'affranchissement. Autrement dit, la légitimité de la sanction ne découle pas de sa finalité mais du besoin sur lequel elle s'appuie : c'est la faim qui justifie les moyens.

III. Le but

Décider d'une finalité répressive relève néanmoins d'une nécessité. A ce titre, le but de la sanction réside dans l'objectif qui lui est assigné¹²⁰⁹. Après avoir cerné le fondement de la sanction, il convient de préciser son but. La question qui se pose est celle-ci : pour quoi sanctionne-t-on¹²¹⁰ ?

¹²⁰⁴ FOUCAULT (Dits), n° 353.

¹²⁰⁵ Partie I.

¹²⁰⁶ Cela revient à poser la question « why ? » ou « warum » ?.

¹²⁰⁷ VAN DE KERCHOVE (Objectifs), p. 1041 ; VAN DE KERCHOVE (Sens), p. 10 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 528.

¹²⁰⁸ HURTADO POZO, n° 33.

¹²⁰⁹ VAN DE KERCHOVE (Objectifs), p. 1041 ; VAN DE KERCHOVE (Sens), p. 11 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 528.

¹²¹⁰ Cela revient à poser la question « for what ? » ou « wofür ? ».

Dès lors que le besoin de sécurité fonde la sanction, la prévention des infractions devient primordiale. Il s'agit de sanctionner de manière à éviter que l'auteur commette à nouveau une infraction. A ce titre, la prévention spéciale est le but poursuivi par le droit pénal libérateur¹²¹¹. Plus secondairement, il s'agit de prévenir les infractions auprès du public. La répression étant essentiellement réactive, ce n'est que par le biais des principes de la légalité et de publicité des débats que l'information des autres membres de la communauté s'opère. On parlerait à ce propos de prévention générale « positive », soit de la promotion du respect des conditions minimales à la libération des conditionnement¹²¹².

IV. La fonction

La fonction de la sanction désigne le rôle qu'elle remplit, à savoir la manière d'atteindre le but fixé¹²¹³. Le fondement de la peine résidant dans le besoin de sécurité et la finalité répressive dans la prévention spéciale, se pose par conséquent la question : comment sanctionner ?

L'individu commet une infraction lorsqu'il est submergé. Son degré de conditionnement ayant atteint une certaine intensité, il met en danger le besoin de sécurité. Il existe un lien entre la latitude de son pouvoir d'autodétermination et le crime. La sanction a dès lors pour fonction d'offrir une occasion au délinquant d'identifier un ou plusieurs déterminismes et de définir une stratégie d'émancipation en garantissant que celle-ci n'expose pas le besoin de sécurité à un risque de récurrence inacceptable.

A ce propos, il convient de relever que le juge qui détermine la sanction ne cherche pas à libérer le délinquant. Il ne s'agit encore une fois pas de faire le bien des gens malgré eux. En outre, c'est la submersion de l'individu qui mène à la commission de l'infraction. Le simple conditionnement ne constitue pas un danger pour les biens juridiquement protégés. La sanction n'a plus lieu d'être lorsque l'individu est seulement conditionné.

¹²¹¹ Le terme de prévention spéciale se comprend ici de manière « positive », en ce sens que la non-récidive s'obtient par l'amélioration des capacités de l'auteur de vivre sans commettre de nouvelles infractions (cf. Partie II, § 2, I).

¹²¹² En ce sens, cf. HURTADO POZO, n° 27.

¹²¹³ VAN DE KERCHOVE (Objectifs), p. 1041 ; VAN DE KERCHOVE (Sens), p. 11 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, p. 529.

§ 4. La fixation de la sanction

I. Les deux variables

La manière de fixer la sanction dépend des postulats de base, soit celui relatif à la figure du criminel et à la fonction de la sanction. Si le comportement est présumé inoffensif à l'égard des valeurs juridiquement protégées une fois que l'individu n'est plus submergé, soit à tout le moins seulement déterminé, alors le juge a pour mission de mesurer l'intensité du conditionnement et d'en découvrir le type. Il prononce ensuite la sanction, soit les contraintes qui protègent la société *et* encouragent la libération.

La dynamique n'est résolument plus punitive. Rétribuer un délinquant en partie selon ses perspectives d'avenir relève d'un non-sens : comment restituer à quelqu'un son dû alors qu'il n'a précisément encore rien fait¹²¹⁴. La sanction se révèle bien plutôt prospective et ce, dès son prononcé. Le magistrat oppose un refus au comportement illégal en imposant, si nécessaire, des obligations qui offrent l'occasion au criminel d'augmenter son pouvoir d'autodétermination. Dans ce cadre, le juge individualise la sanction judiciaire d'après le degré d'immersion de l'individu dans son conditionnement.

Avant d'examiner cette proposition dans le détail, il convient d'examiner deux circonstances dans lesquelles son application rencontre un obstacle. Une difficulté surgit en effet lorsque l'auteur présumé de l'infraction prétend être innocent ou qu'il se défend d'avoir adopté un comportement prohibé en raison d'un conditionnement.

En premier lieu, il arrive que l'auteur présumé nie avoir commis l'infraction qui lui est reprochée. Tel est par ailleurs déjà le cas aujourd'hui. Dans le code actuel, le déni ne constitue toutefois pas un obstacle. Si le tribunal parvient à la conviction qu'il s'agit bien du coupable, il prononce une peine dont la quotité est fixée essentiellement d'après la faute. Le droit pénal libérateur n'entend pas nier les déclarations de ceux qui se prétendent innocents. Une telle démarche reviendrait au contraire à une intrusion dont il faut se prémunir¹²¹⁵. En revanche, si le juge estime être en présence d'une infraction commise intentionnellement ou par négligence et que l'auteur

¹²¹⁴ C'est en partie pour cette raison que la rétribution n'est plus l'unique principe en ce qui concerne l'art. 47 CP dès lors que l'effet de la peine sur l'avenir de l'auteur est un élément dont il faut tenir compte.

¹²¹⁵ Cf. Partie III, § 2, IV.

plaide l'acquittement, une sanction doit être prononcée. A ce titre, le tribunal apprécie les éléments énoncés ci-dessous comme aujourd'hui il applique l'art. 47 CP.

En second lieu, l'auteur d'une infraction peut également prétendre être d'ores et déjà à l'origine de son comportement. Son infraction ne serait pas le produit d'un déterminisme. Au contraire, la violation serait le fruit d'une prise de position expresse à l'encontre de la loi pénale. Toujours dans l'exemple de l'avortement mentionné¹²¹⁶, l'auteur a non seulement commis l'infraction mais répétera son acte à la première occasion. Dans ce cas, la sanction poursuivrait essentiellement la protection des biens juridiquement protégés, en l'occurrence la vie du *nasciturus*. A cet effet, le juge déciderait de l'intensité de la contrainte étatique notamment d'après la lésion ou la mise en danger du bien et l'effet de la sanction sur l'avenir de l'auteur avant d'envisager le genre de réaction le plus adéquat dans une perspective de prévention spéciale, éléments détaillés ci-dessous.

D'aucuns pourraient entrevoir dans cette démarche la survivance du rétributivisme. La Défense sociale nouvelle ne l'a-t-elle pas elle-même conservé notamment en matière de criminalité économique¹²¹⁷ ?

Toutefois, il est permis d'affirmer que la sanction ne se confond pas ici avec la punition et ce, pour deux raisons en particulier. D'une part, rétribuer signifie restituer à l'auteur son dû selon ce qu'il a fait. Dès lors que l'effet de la sanction sur son avenir constitue un paramètre dont le juge tient compte, il n'est plus question de rétribution. Comment en effet rendre à une personne ce qu'elle mérite en tenant compte d'évènements futurs éventuels, soit de quelque chose qui n'est pas encore advenu ? D'autre part, le besoin de sécurité fonde la sanction. Ce n'est pas la culpabilité qui détermine la réaction répressive comme dans une démarche punitive. Raison pour laquelle le choix de la sanction s'effectue moins selon une équivalence de sévérité relative à l'acte que selon le risque auquel est exposé le bien juridiquement protégé en raison du comportement revendiqué.

Hormis ces deux cas, l'acte criminel ouvre une porte sur le conditionnement de l'auteur. Il fournit un exemple de circonstances dans lesquelles l'auteur est capable de porter atteinte à une valeur sociale. Lors de l'accomplissement de son travail, le magistrat doit avoir la possibilité de formuler une « hypothèse de sanction ». Il lui revient d'en déterminer l'intensité coercitive et le genre. L'expression employée est ici importante.

¹²¹⁶ Partie III, § 3, I, ch. 1.

¹²¹⁷ ANCEL (Défense), p. 309.

Il s'agit en effet seulement d'une hypothèse que l'autorité sera appelée à revoir au cours de l'exécution de sorte à ce que la coercition soit le plus proche du conditionnement possible. En ce sens, le régime doit demeurer fondamentalement progressif¹²¹⁸.

En ce qui concerne l'intensité coercitive, celle-ci est proportionnelle à la profondeur de l'immersion : plus le déterminisme est fort, plus l'intensité coercitive doit être élevée. A ce titre, il faut prononcer à l'égard du délinquant une sanction d'autant plus contraignante que celui-ci est enfermé dans son conditionnement. En ce qui concerne la liberté décisionnelle de l'art. 47 CP, le rapport entre la sanction et le pouvoir d'autodétermination est inversé¹²¹⁹ : plus l'auteur était privé de décider librement, plus il était conditionné. Et partant, plus l'intensité coercitive de la sanction doit être élevée.

En ce qui concerne le genre de la sanction, le juge opte pour celui qui paraît le plus adéquat au type de conditionnement. La sanction doit être à cet effet en relation avec l'expression de l'habitude. Mais le besoin de sécurité collectif ne saurait être exposé à un danger inacceptable. La motivation de la décision doit présenter une balance des intérêts dont le résultat satisfait à la fois la protection des valeurs et le droit aux conditions favorables à la liberté décisionnelle du criminel.

Les conditionnements s'appréhendent par le biais d'indices. Cette logique indiciaire contraint le juge à récolter des preuves circonstancielles matérielles ou comportementales. C'est surtout les secondes qui l'intéressent raison pour laquelle il s'agit de tirer un maximum d'informations des comportements de la victime, de l'accusé ou des témoins. Dans ce contexte, l'intensité coercitive et le genre de sanction s'établissent sur la base d'un ensemble de ces preuves récoltées notamment par coups de sonde dans l'historique du délinquant. Les éléments sont regroupés dans un « dossier des déterminismes » élaboré tant durant l'enquête qu'au cours de l'instruction menée par le tribunal¹²²⁰.

Au moment du prononcé du jugement, le juge doit disposer de toutes les informations nécessaires afin de formuler la sanction adéquate à la

¹²¹⁸ Cf. Partie III, § 4, IV, ch. 2.

¹²¹⁹ Cf. Partie II, § 3, II, 1, lit. d.

¹²²⁰ Ce dossier ressemblerait à celui prôné par la Défense sociale nouvelle sous l'appellation de « dossier de personnalité » (cf. Partie I, § 3, XV, ch. 3). La récolte des informations pourrait au reste être dirigée par le Ministère public chargé de faire état de la situation personnelle du prévenu (art 308 al. 2 CPP).

submersion du délinquant. A ce titre, il s'agit d'évoquer les éléments participant à la détermination de l'intensité coercitive avant de passer au choix du genre de peine, entendu que l'une et l'autre question s'influencent mutuellement.

II. L'intensité coercitive

1. Avant l'infraction

Le passé du délinquant s'appréhende tant sous l'angle individuel que sous l'angle de ses relations avec autrui.

Sous l'angle individuel, il s'agit de la biographie de l'auteur, soit des antécédents (*das Vorleben*)¹²²¹. L'âge, l'état de santé, les facultés intellectuelles, l'origine, la culture, l'éducation, la scolarité, la formation, la réputation et les condamnations antérieures sont autant de domaines où des déterminismes peuvent apparaître de sorte à éclairer le passage à l'acte.

Dans le cas d'un déterminisme relatif à l'état de santé comme l'alcoolisme, la sanction est d'autant plus coercitive que la dépendance est profonde. Un traitement dans une institution spécialisée peut se révéler opportun en présence d'une toxico-dépendance accrue.

Dans le cas d'un déterminisme culturel comme le rapport avec les femmes, la sanction est d'autant plus coercitive que le recours à la soumission par la violence physique ou psychologique est fréquent.

Sous l'angle des relations, l'examen de la situation personnelle se révèle pertinent¹²²². Il s'agit de se pencher sur les circonstances familiale, sociale, économique et professionnelle dans lesquelles le comportement a été adopté. La détermination de l'intensité coercitive doit par exemple prendre en considération le fait que l'individu a perdu son emploi ou vécu une séparation douloureuse juste avant de commettre l'infraction.

2. Au moment de l'infraction

Les éléments liés à l'infraction constituent une source d'informations importante pour le juge, raison pour laquelle il ne s'agit pas de se passer de l'appréciation de l'infraction. La gravité de la lésion ou de la mise en

¹²²¹ Cf. Partie II, § 3, II, 2, lit. a.

¹²²² Cf. Partie II, § 3, II, 2, lit. b.

danger du bien, les motivations et les buts de l'auteur, le rôle d'un tiers, l'intensité de la volonté délictuelle et l'état des facultés cognitive et volitive permettent de mieux cerner en quoi le passage à l'acte est conditionné. Au surplus, dès lors que le droit pénal libérateur se garde d'une vision manichéenne de l'infraction, il s'agit moins d'examiner le caractère « répréhensible » de l'acte que sa nature « inacceptable ».

En ce qui concerne la gravité de la lésion ou de la mise en danger, les détails ont déjà été mentionnés¹²²³. La relation entre la gravité et le degré d'immersion apparaît proportionnelle : plus l'infraction est grave, plus l'individu paraît conditionné. A condition toutefois qu'il ait eu, au moment d'agir, conscience de la possibilité de commettre une infraction telle qu'elle s'est réalisée.

A propos des motivations et des buts de l'auteur, ils fournissent des indications précieuses sur le fonctionnement de l'individu¹²²⁴. Celles-ci autorisent en particulier de comprendre ce qui pousse l'individu à agir tel qu'il s'est comporté dans les circonstances de l'infraction et ce qu'il cherche à atteindre sans passer par un moyen légal.

En présence d'un tiers, le délinquant peut apparaître plus ou moins influençable. La sensibilité à l'ascendance d'autrui est en effet un déterminisme fréquent. Le rapport avec les autres individus illustre d'éventuels déterminismes, comme avec la victime ou avec un agent infiltré¹²²⁵ : plus l'individu est sensible à la pression d'autrui, plus l'intensité coercitive doit être importante.

Relativement à l'intensité de la volonté délictuelle¹²²⁶, il s'agit d'un élément qui instruit le juge sur le degré d'endurcissement du conditionnement : plus la volonté délictuelle est intense, plus le déterminisme est ancré dans le comportement criminel et partant, la contrainte doit être intense.

Quant aux facultés cognitives et volitives, elles contribuent à l'évaluation du degré de conditionnement. A cet égard, le juge peut ordonner une expertise afin d'avoir l'avis d'un spécialiste sur le fonctionnement du

¹²²³ Cf. Partie II, § 3, II, 1, lit. a.

¹²²⁴ Cf. Partie II, § 3, II, 1, lit. c.

¹²²⁵ Cf. Partie II, § 3, II, 1, lit. e.

¹²²⁶ Cf. Partie II, § 3, II, 1, lit. f.

délinquant. L'expert peut par exemple soulever un problème de gestion de la colère¹²²⁷ ou un délire de persécution.

3. Après l'infraction

Tenir compte du comportement de l'auteur après la commission de l'infraction est également important lors du processus d'élaboration de la sanction¹²²⁸. Le degré de responsabilisation depuis l'acte dépend de la présence d'aveux, d'une prise de conscience ou de remords.

La reconnaissance des faits implique l'acceptation de la responsabilité individuelle vis-à-vis du comportement. L'individu apparaît dès lors moins conditionné lorsqu'il avoue avoir commis l'infraction.

De même, une prise de conscience des conséquences de l'acte et l'expression de remords ou d'excuses est la marque d'une diminution du conditionnement. L'individu présente alors un progrès vers une émancipation qui plaide en faveur d'une intensité coercitive moindre.

Enfin, la réparation matérielle des conséquences de l'infraction ou l'engagement à remboursement financier fournit la preuve également d'un fort degré de responsabilisation.

Dans une perspective d'affranchissement, la contrainte imposée à l'auteur ne doit pas constituer un obstacle. L'effet de la sanction sur l'avenir de l'auteur constitue un critère qui doit être pris en considération. Aussi le juge renonce-t-il à prononcer une sanction dont l'intensité coercitive pourrait priver l'auteur de chances de diminuer un conditionnement, notamment lorsqu'il vient de trouver un emploi.

III. Le genre de sanction

1. Généralités

Dans un droit pénal libérateur, les sanctions ont pour but de satisfaire le besoin de sécurité le temps que le criminel s'émancipe de ses conditionnements. Toutes formes de contrainte étatique répondant à cette

¹²²⁷ Cette composante apparaît particulièrement importante dans une perspective de prévention du crime au même titre que l'impulsivité, le goût du risque, l'incapacité de retarder la gratification, l'égoïsme (cf. STEWART/ROWE, p. 126.).

¹²²⁸ Cf. Partie II, § 3, II, 2, lit. d.

fonction peuvent être qualifiées de sanction à condition toutefois de respecter les droits fondamentaux de l'auteur.

Le choix quant au genre de la sanction doit apparaître « adéquat » au déterminisme du délinquant au regard du besoin de sécurité. Il s'agit effectivement d'opérer une balance des intérêts entre la protection des biens juridiquement protégés et le droit à l'émancipation. La sanction est dès lors dite « adéquate », ou, dans un vocable plus juridique, « équitable » si elle paraît ne léser ni l'un ni l'autre des deux intérêts. A cet effet, la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral peut à ce titre être partiellement reprise : le choix du type de sanction est opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation d'une sanction déterminée, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention¹²²⁹.

L'adéquation de la sanction dépend de trois paramètres : le principe de légalité, la satisfaction du besoin de protection et le respect du droit à la liberté décisionnelle.

La légalité de la sanction commande de ne prononcer qu'une sanction prévue par le Code pénal. Le juge n'est pas autorisé à ordonner une contrainte que le législateur n'a pas voulue. En ce sens, le principe de l'art. 1 CP est conservé.

Le besoin de protection est satisfait lorsque la sanction impose des contraintes qui rendent le risque de récidive acceptable. Il ne s'agit pas de tendre à la réalisation du risque zéro. Toutefois, la sanction doit être suffisamment contraignante lorsque l'auteur présente un degré de détermination telle que la prévention du crime exige une réaction ferme. A ce titre, les éléments énumérés ci-dessus permettent d'apprécier l'intensité coercitive nécessaire compte tenu de la situation du délinquant.

Quant au droit à la liberté décisionnelle, chaque individu en est titulaire. L'autorité ne saurait prononcer une sanction si contraignante qu'elle anéantirait les chances d'émancipation. Le juge doit opter pour un genre de sanction qui soit adaptée au type de déterminisme subi par l'auteur de l'infraction.

Dans une perspective de responsabilisation vis-à-vis des déterminismes personnels, deux aspects de la répression méritent d'être mis en avant.

¹²²⁹ ATF 134 IV 100.

Premièrement, l'institution du sursis et du sursis partiel apparaît comme un outil indispensable. Outre l'assistance de probation qui mérite d'être développée, la suspension de l'exécution totale ou partielle peut en effet être assortie de règles de conduite¹²³⁰. Une telle possibilité offerte au juge constitue une opportunité intéressante de satisfaire le besoin de sécurité tout en facilitant l'émancipation. A ce titre, il peut faire preuve d'une grande créativité puisque l'autorité cantonale jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix et le contenu d'une règle de conduite. Elle peut par exemple prononcer :

- une obligation de réparer le dommage¹²³¹ ;
- une astreinte au paiement ponctuel des pensions futures dues au titre d'obligation d'entretien¹²³² ;
- une interdiction du commerce d'articles obscènes¹²³³ ;
- une interdiction de toute activité lucrative liée au commerce du chanvre¹²³⁴ ;
- Un dépôt du permis de conduire durant le délai d'épreuve et sa soumission à un patronage¹²³⁵.

Deuxièmement, la traduction de la répression doit être aussi diverse que variée¹²³⁶. Il s'agit non seulement d'augmenter la palette de sanctions mais également la combinaison de celles-ci sans toutefois évacuer le principe de légalité¹²³⁷. A ce titre, il est possible de reprendre le principe de certaines sanctions qui sont d'ores et déjà prévues par le Code pénal actuel sous réserve de quelques modifications. A propos des mesures, l'internement, les mesures thérapeutiques institutionnelles, le traitement ambulatoire, le cautionnement préventif, l'interdiction d'exercer une profession, l'interdiction de conduire¹²³⁸, la confiscation et l'allocation au lésé

¹²³⁰ Art. 44 al. 2 CP.

¹²³¹ ATF 103 IV 134.

¹²³² ATF 105 IV 203.

¹²³³ ATF 105 IV 289.

¹²³⁴ ATF 130 IV 1.

¹²³⁵ ATF 106 IV 325.

¹²³⁶ En ce sens, cf. JEANNERET/KUHN/MOREILLON, p. 146 ; KUHN (Avenir), p. 73.

¹²³⁷ En ce qui concerne la combinaison, elle est effectivement compatible avec le principe de légalité. Tel est notamment déjà le cas à l'art. 172^{bis} CP, à l'art. 305^{bis} ch. 2 CP et à l'art. 96 ch. 2 LCR.

¹²³⁸ A condition que l'interdiction de conduire ou le retrait du permis devienne une sanction pénale à part entière (en ce sens, cf. JEANNERET/KUHN/MOREILLON, p. 142ss).

paraissent adéquats dans une politique d'émancipation. En matière de peines, la peine privative de liberté, le travail d'intérêt général et la peine pécuniaire constituent des instruments efficaces dans les mains du juge.

Jointe l'une à l'autre, la suspension totale ou partielle de la sanction et la pluralité des genres offrent des combinaisons intéressantes. Par le biais d'une plus grande flexibilité, l'individualisation maximale de la sanction apparaît en effet comme une garantie supplémentaire dans une perspective de prévention spéciale. Ainsi, la possibilité de révoquer partiellement un sursis participe à une personnalisation de la sanction légale¹²³⁹. Pareillement, la combinaison d'un genre de sanction ferme associée à un autre genre de sanction avec sursis semble opportune au regard d'une possible libération¹²⁴⁰. De même, il serait adéquat de prononcer une sanction pécuniaire ferme assortie d'une sanction de prison en cas de non-paiement ou de violation des règles de conduites. De même, le juge pourrait combiner un travail d'intérêt général ferme et une sanction pécuniaire assortie du sursis. Enfin, dès lors qu'y a plus de distinction entre peine et mesure, les mesures pourraient être également prononcées avec sursis. Un traitement ambulatoire contre les addictions serait suspendu à condition que certaines règles de conduite soient respectées. Dans une dynamique identique, la possibilité de suspension concernerait l'interdiction d'exercer une profession en guise d'ultime avertissement.

Il convient de reprendre certaines sanctions afin de souligner des modifications, notamment la peine privative de liberté, la peine pécuniaire et le travail d'intérêt général.

2. La sanction limitant le droit au mouvement

En ce qui concerne la peine privative de liberté, l'appellation doit tout d'abord être modifiée. Elle est absorbée dans une notion plus large, à savoir celle de « sanction limitant le droit au mouvement »¹²⁴¹ et ce, pour deux raisons. D'une part, le terme de peine n'a plus lieu d'être. Celui-ci est en effet le propre d'un système fondé en partie sur la rétribution. D'autre part, lorsque l'individu est mis en prison dans un droit pénal libérateur, c'est précisément parce qu'il n'est pas libre mais que son comportement est

¹²³⁹ Cf. KUHN (Avenir), p. 74.

¹²⁴⁰ En ce sens également, cf. KUHN (Détenus), p. 211.

¹²⁴¹ La Défense sociale nouvelle prône également une approche de la sanction par le biais de la privation ou de la restriction des droits (cf. ANCEL (Défense), p. 277).

prisonnier d'un conditionnement. Il est dès lors impossible de le priver d'une faculté dont il ne dispose pas.

La contrainte que l'Etat impose lorsqu'il emprisonne un individu revient à une limitation du droit d'aller et venir. En tant qu'ultime moyen de répression, une limitation très contraignante de ce droit reste parfois une contrainte opportune au regard certaines situations. En droit pénal libérateur, il n'est par conséquent pas question d'abolir la prison. Et au fond, si l'individu est détenu, c'est en premier lieu par lui-même.

Lorsqu'un membre de la communauté ne respecte pas les règles du jeu, la possibilité de l'exclure du groupe semble nécessaire. De façon certes imagée, si l'abolitionnisme de la prison devait être soutenu, il faudrait aller jusqu'au bout du raisonnement et militer également contre le carton rouge au football, la pénalité de match au hockey sur glace ou l'exclusion du joueur de basketball. Personne n'y songe en réalité parce que la pratique d'un sport impose que des règles soient respectées. Si elles ne le sont pas, le jeu n'est pas praticable. Le recours à une sanction reposant sur le mécanisme d'exclusion semble alors indispensable. De même en société.

Toutefois, la limitation du droit au mouvement ne s'opère pas que par le biais d'une exclusion. A l'instar de la pénalité mineur au hockey sur glace, il existe en effet d'autres moyens en droit répressif de restreindre le droit d'aller et venir librement. Ainsi, l'interdiction de se rendre dans un certain périmètre paraît être une limitation intéressante du droit au mouvement notamment dans le cas d'un époux violent en tant que condition d'octroi au sursis. Dans ce cas néanmoins, il s'agit d'une règle de conduite et non d'une sanction principale. En outre, l'assignation à domicile¹²⁴² ou l'*electronic monitoring* constituent des moyens limitant le droit d'aller et venir de manière moins coercitive que la prison. Ces institutions offriraient d'intéressantes alternatives à l'exécution de la sanction de prison. Aussi faudrait-il qu'elles puissent être utilisées par l'administration pénitentiaire dans certaines situations.

3. La sanction pécuniaire

En matière de peine pécuniaire, le terme de peine disparaît également au profit de celui de sanction pour les mêmes raisons que celles énoncées à l'égard de la peine privative de liberté. Cela étant, la sanction pécuniaire est aussi un moyen d'assurer la sécurité de la société tout en favorisant la

¹²⁴² JEANNERET/KUHN/MOREILLON, p. 141.

sensibilité du délinquant au respects des règles essentielles au maintien des conditions favorables à l'émancipation individuelle.

Aujourd'hui, la peine pécuniaire est un instrument de rétribution. La faute a un prix au sens propre. Le montant sert à « racheter » la conduite illégale et se calcule selon le système du jour-amende¹²⁴³. La culpabilité est estimée en jours avant d'être multipliée par un montant censé frapper la capacité pécuniaire de l'intéressé selon sa situation financière.

Or il est possible d'en faire un instrument qui satisfait le besoin de sécurité et sensibilise le délinquant au bien qu'il lèse.

D'une part, l'infraction porte atteinte à un bien juridique que l'Etat est censé protéger. Et cette protection coûte chaque année une somme d'argent. En versant le produit de la sanction pécuniaire directement sur un compte alimentant la lutte contre le type d'infraction commise, le besoin de sécurité est en partie satisfait. L'art. 374 al. 1 CP attribue aux cantons le produit des peines pécuniaires, des amendes et des confiscations. Ainsi, il leur appartiendrait de recourir à ce fond en particulier pour prévenir la commission de crimes.

En outre, la sanction pécuniaire semble adéquate pour sanctionner les infractions dites de « masse ». La prévention du trafic de stupéfiants ou des infractions en matière de circulation routière exige des dépenses importantes. Par le biais d'un système d'autoalimentation, la sanction pourrait dès lors subventionner sa propre répression. On pourrait même, dans des domaines particuliers où une stricte individualisation de la sanction n'est matériellement pas applicable comme ceux mentionnés ci-dessus, songer à proportionner le tarif répressif au coût engendré par les efforts de prévention du type d'infraction en question. Proportionné aux coûts qu'entraîne la prévention de l'infraction commise, le montant de la sanction serait versé sur un compte étatique affecté à cet effet. La sanction pécuniaire se rapprocherait de la notion de taxe causale et plus particulièrement de la charge de préférence. En droit fiscal, cette dernière constitue la participation aux frais d'installations déterminées réalisées par une corporation publique dans l'intérêt général et mise à la charge des personnes auxquelles ces installations procurent des avantages économiques¹²⁴⁴. La sanction pécuniaire deviendrait ainsi une forme de participation aux dépenses de prévention de certaines infractions effectuées

¹²⁴³ Art. 34 CP.

¹²⁴⁴ OBERSON, n° 8.

par une corporation publique dans l'intérêt général et mise à la charge des personnes dont le comportement justifie lesdites dépenses.

D'autre part, l'attention du criminel est attirée sur les conséquences de son comportement par un tel versement. Le paiement de la sanction pécuniaire participe à la survivance effective de la valeur sociale violée. Si le lien direct entre le montant de la sanction et la protection du bien est mis en avant, l'incompatibilité de l'activité délictuelle avec une condition minimale de libération est soulignée.

4. Le travail d'intérêt général

Au terme de la modification de la partie générale du code entrée en vigueur en 2007, le travail d'intérêt général a reçu le statut de peine principale aux côtés de la peine pécuniaire et de la peine privative de liberté¹²⁴⁵. Il s'agit de fournir une prestation de travail au profit d'institutions sociales, d'oeuvres d'utilité publique ou de personnes dans le besoin¹²⁴⁶.

Dans un droit pénal libérateur, la sanction du travail d'intérêt général est conservée. De même que la sanction pécuniaire tend potentiellement à la responsabilisation de l'auteur¹²⁴⁷, l'exécution d'un travail d'intérêt général peut aider celui qui l'exécute lors de son émancipation. En travaillant auprès d'institutions sociales, il est amené à être sensibilisé vis-à-vis de certaines situations connues de loin jusqu'alors, lui permettant d'infirmer une éventuelle croyance. A condition toutefois que la nature du travail à effectuer soit en rapport avec l'infraction commise comme l'encourage déjà le Conseil fédéral en matière de prestations personnelles prononcées à l'égard de mineurs¹²⁴⁸. Raison pour laquelle une première modification de la législation actuelle poserait comme exigence supplémentaire que le travail d'intérêt général ait un lien avec la nature de la violation.

¹²⁴⁵ Art. 37 CP ; cf. KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n° 1338.

¹²⁴⁶ Art. 37 al. 2 CP.

¹²⁴⁷ Cf. Partie III, § 4, III, ch. 3.

¹²⁴⁸ « Dans un but de prévention spéciale, l'[art. 23 al. 2 DPMIn] élargit l'éventail des prestations personnelles à la participation à des cours ou à d'autres activités analogues. S'agissant de la participation à des cours, il pourrait être judicieux d'envisager une prestation personnelle sous cette forme lorsque l'infraction est liée à la circulation routière (cours d'éducation routière), lorsque le mineur consomme occasionnellement des drogues, de l'alcool ou des médicaments (cours d'éducation à la santé), ou encore lorsqu'une atteinte aux mœurs a été commise par curiosité (cours d'initiation sexuelle pour les jeunes mineurs) » (FF 1999 p. 2053).

Deux autres modifications apparaissent nécessaires au regard de la fonction de la sanction.

La première consisterait en la flexibilisation du nombre d'heures par jour¹²⁴⁹. Il s'agirait par exemple de passer des 4 heures fixes actuelles¹²⁵⁰ à un nombre oscillant entre deux et six heures par jour compte tenu du taux d'activité du condamné, de ses charges familiales et de la pénibilité du travail à effectuer. Une individualisation judiciaire de la sanction légale permet en effet de favoriser la prévention spéciale.

La seconde modification reviendrait à l'abandon du consentement de l'auteur comme condition du prononcé de travail d'intérêt général¹²⁵¹. En droit pénal des mineurs, le travail d'intérêt général trouve son équivalent sous la forme de la prestation personnelle¹²⁵². Parmi les différences qui distinguent ces deux institutions figurent celle liée à l'exigence du consentement¹²⁵³. Alors que la prestation personnelle peut être imposée à un mineur¹²⁵⁴, le majeur doit donner son accord pour permettre au juge de prononcer un travail d'intérêt général. L'abandon d'une telle condition n'est en premier lieu d'abord par contraire aux engagements internationaux de la Suisse¹²⁵⁵. En second lieu, le travail d'intérêt général n'aurait apparemment pas de sens s'il devait être effectué à contre-cœur¹²⁵⁶. Toutefois il est permis de ne pas abonder dans cette direction. D'abord parce que la législation relative au droit pénal des mineurs soutient le contraire. Le consentement du mineur n'est pas requis de par la loi. Ensuite, on ne voit pas pourquoi le juge pourrait encourager les mineurs à prendre conscience des conséquences de l'infraction contre leur gré et pas les adultes¹²⁵⁷. Bien entendu il ne s'agit pas de prononcer une prestation personnelle pour un adulte qui n'a manifestement aucune intention de l'exécuter. Mais il peut paraître intéressant de l'ordonner dans des cas

¹²⁴⁹ JEANNERET/KUHN/MOREILLON, p. 140ss ; KUHN (Avenir), p. 74 ; KUHN/VILLETETAZ, p. 31.

¹²⁵⁰ Art. 39 al. 2 CP.

¹²⁵¹ Art. 37 al. 1 CP.

¹²⁵² FF 1999 p. 2052.

¹²⁵³ JEANNERET, p. 19.

¹²⁵⁴ Art. 23 DPMin.

¹²⁵⁵ Cf. R. ROTH, Nouveau droit des sanctions : premier examen de quelques points essentiels, RPS 121, p. 20ss ; cf. également JEANNERET, p. 19.

¹²⁵⁶ FF 1999 p. 1830.

¹²⁵⁷ FF 1999 p. 2052.

limites où cela vaut la peine d'essayer au risque que la sanction soit convertie en cas d'inexécution¹²⁵⁸.

Au final, il semblerait même opportun d'exporter l'institution des prestations personnelles en droit pénal des adultes et d'abandonner la notion de travail d'intérêt général¹²⁵⁹. Dans le but de stimuler la créativité des juges au moment du choix du genre de sanction, l'institution des prestations personnelles semble plus souple puisqu'elle comprend notamment la participation à des cours¹²⁶⁰ et la médiation entre l'auteur et la victime¹²⁶¹. Aussi devrait-elle être applicable aux adultes à condition toutefois de maintenir le système de conversion en sanction se substitution si malgré un avertissement formel l'auteur ne s'exécute pas¹²⁶².

IV. Critiques

1. Quelques inquiétudes

Il est possible d'anticiper certaines inquiétudes qui pourrait survenir à la lecture des propositions précédentes. La fixation de la sanction d'après le déterminisme de l'auteur peut en effet faire l'objet de trois critiques en particulier. La première tient à la formation des juges. Ceux-ci n'auraient pas les connaissances requises pour sonder le conditionnement du criminel. La deuxième s'attaque au prétendu caractère indéterminé de la sanction fixée d'après ce nouveau principe. A défaut d'une mesure selon la culpabilité, le délinquant serait livré à l'arbitraire. Enfin, la troisième soutient, de manière à donner quelque part une apparente contradiction avec la remarque précédente, que la répression du crime serait affaiblie, tout clément, en dehors d'une rétribution fondée sur la faute.

¹²⁵⁸ Le problème du consentement se pose également en matière de soins. Il arrive en effet que l'accusé soit par exemple dépendant de substances illicites sans toutefois l'admettre. Le prononcé d'une mesure de traitement n'apparaît cependant pas dénué de sens sachant que cela peut notamment susciter une prise de conscience de la part de l'individu d'une part et légitimer sur le plan juridique l'intervention d'un médecin d'autre part.

¹²⁵⁹ En ce sens, cf. également JEANNERET/KUHN/MOREILLON, p. 140.

¹²⁶⁰ Art. 23 al. 2 DPMIn.

¹²⁶¹ FF 1999 p. 2053 ; sachant toutefois que l'art. 2 lit. c de la Convention internationale concernant le travail forcé ou obligatoire du 28 juin 1930 (RS 0.822.713.9) interdit que le condamné soit mis à disposition de particuliers, de compagnies ou de personnes morales privées.

¹²⁶² Art. 39 al. 1 CP.

2. Formation insuffisante des magistrats

La première accusation repose sur un éventuel manque de formation des magistrats qui seraient appelés à apprécier le degré de déterminisme de l'auteur.

Un début de réponse se trouve déjà dans la pratique actuelle. Le juge est en effet confronté au fonctionnement psychologique des délinquants. Tel est précisément le cas en matière de fixation de la peine lors de l'application de l'art. 47 CP. En ce qui concerne la culpabilité, l'examen porte en partie sur les motivations et les buts de l'auteur. Dans ce cadre, l'autorité se penche sur la dimension psychologique entre-aperçue au travers du comportement illicite. Tant ce qui pousse l'auteur que le but qu'il poursuit font l'objet d'une attention particulière de sorte à éclairer le passage à l'acte.

Raison pour laquelle les magistrats s'exercent déjà à la psychologie en matière pénale. Avec Saleilles, il est par ailleurs possible de se demander comment il pourrait en aller autrement « dans une matière qui touche aux réalités de la vie, dans un domaine où il s'agit de manier des hommes et de régler des destinées et non plus de combiner des syllogismes »¹²⁶³.

Au surplus, le juge dispose de moyens afin de faire la lumière sur le fonctionnement du criminel. Il arrive en effet qu'une expertise soit par exemple ordonnée afin qu'un spécialiste apporte un regard médical sur la situation personnelle de l'auteur. Le comportement y est décrit de sorte que le juge puisse apprécier l'acte dans un autre contexte que celui appréhendé sous l'angle juridique.

3. Indétermination de la sanction

Un deuxième défaut du droit pénal libérateur résiderait dans l'absence d'une sanction fondée sur la faute. Le criminel serait ainsi exposé à une sanction arbitraire caractérisée par une indétermination inadmissible. La sanction limitative du droit au mouvement pourrait par exemple être prononcée *ad aeternam*, lésant ainsi de manière grave les libertés individuelles.

Force est encore une fois de constater que la même critique peut être formulée à l'encontre du droit pénal actuel où l'indétermination est d'ores et déjà présente. En matière d'internement¹²⁶⁴, un condamné peut être

¹²⁶³ SALEILLES, p. 206.

¹²⁶⁴ Art. 64a al. 1 CP.

détenu durant une période indéterminée. A défaut de préavis favorable, il n'est pas question de le libérer pour autant que les autres conditions soient également remplies. De même en matière de mesures thérapeutiques institutionnelles, le juge peut ordonner la prolongation de la mesure de cinq ans à chaque fois lorsque les conditions d'une libération conditionnelle ne sont pas réunies et qu'il est à prévoir que le maintien de la mesure détournera l'auteur de nouveaux crimes ou de nouveaux délits en relation avec le trouble mental dont il souffre¹²⁶⁵.

En outre, le juge jouit d'une large liberté d'appréciation au moment de fixer la peine. Actuellement, il apprécie la culpabilité qu'il pondère au moyen d'éléments propres à la prévention du crime. Une forme d'indétermination est par conséquent de nos jours déjà effective lors de cette fixation et ce notamment pour deux raisons. D'une part, le cadre légal dans lequel le juge détermine la peine est la plupart du temps très large. Il convient en effet de rappeler que l'homicide par négligence (art. 117 CP), les lésions corporelles graves (art. 122 CP), la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP), le brigandage (art. 140 CP), la séquestration et l'enlèvement (art. 183 CP), les actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP) et la contrainte sexuelle (art. 189 CP), pour ne citer que ces infractions, prévoient chacune une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté. D'autre part, la proposition affirmant que la culpabilité constitue la limite de la peine apparaît comme un garde fou vis-à-vis d'une répression exagérée. Or faut-il rappeler que la détermination du poids de la faute relève d'une estimation de la part des juges ? Si deux tribunaux sont appelés à juger d'une infraction presque identique, la peine qu'ils prononcent connaît souvent une différence sensible, parfois notable, non seulement d'un canton à l'autre mais également entre circonscriptions d'un même territoire. En se fondant sur ces deux constatations, il est permis d'affirmer que le mode de fixation de la peine prévu à l'art. 47 CP relève déjà d'un tâtonnement. Bien inconscient est celui qui répond avec certitude lorsque l'accusé lui demande : combien ?

Les inquiétudes relatives à une indétermination en dehors d'une sanction fondée sur la culpabilité trahit plutôt la peur d'un nouveau concept juridique indéterminé. En substituant au poids de la faute le degré de submersion, on abandonne un outils de fixation et toute la sécurité qu'offre la jurisprudence et la doctrine qui l'accompagne. Les craintes sont dès lors fondées. Mais il s'agit précisément de sortir ici de la bouteille à mouche

¹²⁶⁵ Art. 59 al. 4 CP.

rassurante que constitue la culpabilité. Ne serait-ce que pour une plus grande adéquation entre les moyens et les buts de prévention.

Partant, le Code pénal prévoit déjà une indétermination tant au niveau de certaines sanctions qu'au niveau de la fixation de la peine. L'incertitude devient cependant acceptable si le prolongement de la sanction dépend de conditions précises dont la satisfaction est constatée après un examen régulier, respectivement par l'introduction de critère de fixation, le respect de la loi étant assuré par des voies de recours. Pourquoi en irait-il différemment pour une sanction fixée d'après le conditionnement ? Des gardes-fous stricts peuvent être posés de sorte que le délinquant ne soit pas exposé à des sanctions arbitrairement coercitives ou inadéquates. En outre, les critiques relatives à l'inégalité entre les accusés relève d'un non-sens en matière de prévention de la récidive. Comment peut-on en effet encore prétendre à une égalité de traitement dès lors qu'il s'agit moins de punir que de prévenir le crime ?

Enfin, l'institution d'un juge d'application de la sanction tempère également les critiques liées à l'infinitude de la répression. Une telle institution permet en effet un suivi souple de l'exécution de la sanction. Dans les limites que la loi poserait, une aggravation ou une atténuation du conditionnement pourrait être rapidement prise en considération par une autorité chargée de veiller à la vérification de l'hypothèse de sanction. En outre, la responsabilisation de l'auteur à qui est imposée la sanction est accrue. Il maîtriserait en effet partiellement l'intensité coercitive et le genre de sanction en prouvant par sa conduite qu'il s'est engagé durablement dans un travail d'affranchissement.

4. Affaiblissement de la répression

L'Etat a pour mission de garantir les conditions minimales dans lesquelles chaque individu est en mesure de se départir de ses conditionnements. Ainsi il en va notamment du respect des valeurs juridiquement protégées. Dans cette perspective, la justice pénale s'attache à la prévention du crime. L'intervention pénale doit tout mettre en œuvre pour rendre le risque de réitération de la part d'un délinquant admissible.

Actuellement, le critère essentiel lors de la fixation de la peine est la faute. Le criminel est puni d'autant plus sévèrement que sa culpabilité est lourde. Dans les cas les plus graves, le juge prononce une peine privative de liberté ferme. L'autorité d'exécution n'a cependant plus pour mission de proportionner le régime à la gravité de l'infraction durant l'exécution de

cette peine. Il s'agit dès lors moins de le punir que de le resocialiser. Une telle contradiction a d'ores et déjà été mentionnée¹²⁶⁶.

Dès lors, si l'efficacité et la sécurité constituent des critères d'évaluation du mode de fixation de la peine, alors le système actuel souffre déjà de lacunes et la répression y est déjà affaiblie. L'autorité est en effet tenue de relâcher purement et simplement celui qui, ne souffrant d'aucune pathologie, a purgé sa peine privative de liberté alors qu'il n'est pas apte à vivre en liberté sans commettre d'infraction.

Le droit pénal tend à la protection des biens énumérés dans le code. La manière de déterminer la réaction à l'égard d'un délinquant doit par conséquent s'opérer de façon à prévenir le crime. La pure rétribution ne garantit pas la satisfaction de cet objectif. Raison pour laquelle des éléments extérieurs à la commission de l'infraction sont pris en considération par le juge comme les antécédents et la situation personnelle de l'auteur.

Or la tension interne de l'art. 47 CP provoque des incohérences avec d'autres dispositions. Précisément parce que la peine pécuniaire et la peine privative de liberté ne relèvent pas de la même dynamique. Alors que la première permet le rachat de la faute par le biais de l'expiation, la seconde tend à la resocialisation du délinquant. Partant, ce sont tantôt les éléments rétributifs tantôt les éléments relatifs à la prévention du crime qui font obstacle à une répression efficace.

Au vu de ce qui précède, force est de constater qu'une redéfinition de la politique répressive par le truchement du schéma ternaire criminel-fonction-fixation renforcerait la répression au lieu de l'affaiblir. Il s'agirait alors d'opter pour une mesure de la sanction adéquate au conditionnement afin de prévenir le crime de la manière la plus efficace, soit en collant au maximum avec la réalité dans laquelle le délinquant évolue. Le besoin de sécurité servant de fondement à la sanction, la défense des valeurs serait atteinte par la limitation au risque de récidive acceptable. Aussi la pénétration individuelle du phénomène criminel ne conduit-elle pas nécessairement à une clémence mettant en danger la sécurité publique : tout comprendre, ce n'est pas tout pardonner. Et ce n'est qu'en raison de confusions regrettables que l'individualisation de la sanction se comprend comme un laxisme automatique.

¹²⁶⁶ Cf. Partie II, § 4.

§ 5. Conclusion

Le passage de la figure d'un homme jugé *coupable* après son crime à celle d'un homme estimé *capable* malgré son infraction ne pouvait s'expliquer sans une certaine logique. A ce titre, il s'est agi de recourir au schéma ternaire afin de présenter l'articulation du droit pénal libérateur. Ainsi, la figure du criminel, la fonction de la sanction et la fixation de celle-ci ont en particulier été successivement mises en avant.

Pour ne pas prêter le flan à la même critique que celle formulée à l'égard de la démarche du législateur suisse, il convenait d'établir au préalable une théorie sur celui qui enfreint la loi. Pour ce faire, l'impulsion s'est appuyée sur les hypothèses de base du droit pénal actuel, et plus précisément sur celle de libre-arbitre inné. Le droit répressif instituant une réaction à un comportement humain, celle-ci était supposée fonctionner selon une approche réaliste de ce dernier. Or tel ne s'est pas révélé être le cas. La présomption juridique de libre-arbitre ne colle pas à la condition humaine comme le souligne l'exemple du nouveau-né. Il est en effet difficile de soutenir que celui-ci dispose, dès les premières respirations, d'une faculté d'autodétermination.

Force était dès lors d'envisager une autre approche sans pour autant adopter la position traditionnellement inverse, soit celle d'un déterminisme strict. Il a effectivement été présumé que l'enfant, bien que soumis à la naissance, est susceptible d'acquérir une liberté décisionnelle à mesure qu'il grandit, à condition toutefois de se départir de ses dépendances. Par un effet de miroir, cette présomption a entraîné sur le plan pénal l'affirmation selon laquelle le crime est la marque d'un reliquat de déterminisme. Partant, l'infraction n'est plus en principe l'effet d'un choix coupable, comme en droit actuel, mais le produit d'un déterminisme supposé priver l'individu de son autodétermination. Autrement dit, et contrairement à la Défense sociale nouvelle qui se garde de tout a priori vis-à-vis de l'être humain, le droit pénal libérateur opte pour la vision d'un délinquant par conditionnement mais capable de se libérer.

Le respect des biens juridiquement protégés étant mis à mal par les automatismes individuels, la répression doit être adaptée afin de prévenir avec efficacité la commission de nouvelles infractions. La sanction est pensée comme instrument moins rétributif que prospectif. Fondée sur la violation de la loi, la contrainte étatique tend à maintenir la satisfaction d'un minimum de besoins, et particulièrement celui lié à la sécurité, tout en encourageant le criminel à se départir de son déterminisme.

Une fois la fonction de la sanction établie, il convient de moduler son mode de fixation. A cet effet, l'intensité coercitive et le genre nécessitent d'être distingués en tant que deux variables. D'une part, la sanction est d'autant plus intense que l'individu est déterminé et d'autre part, le genre de sanction doit être adéquat au type de déterminisme. Une plus forte individualisation de la sanction est par conséquent prônée sans qu'il soit impératif d'y voir un danger d'indétermination ou un affaiblissement de la répression.

Conclusion

A peine dix-huit mois s'étaient écoulés depuis l'entrée en vigueur de la modification du Code pénal en 2007 que son abrogation était d'ores et déjà réclamée. Dans une initiative parlementaire¹²⁶⁷, le groupe libéral-radical a demandé en effet aux Chambres fédérales de revenir en arrière en supprimant purement et simplement la peine pécuniaire notamment. Le système des jours-amende au sens large ne semblerait pas fonctionner. La nouvelle réglementation relative à la fixation du montant du jour-amende, à la courte peine privative de liberté, au sursis et au travail d'intérêt général ne serait pas adéquate au regard de la « criminalité moderne ».

En réponse à ces inquiétudes partagées par d'autres milieux, le Conseil fédéral a annoncé qu'une évaluation de l'efficacité des innovations introduites aura bel et bien lieu. Or celle-ci ne devrait être commandée qu'à la fin de 2010, l'expérience démontrant qu'il faut attendre trois ou quatre ans avant de pouvoir tirer les premiers enseignements¹²⁶⁸.

Force est de constater que les sept sages portent à cette occasion bien leur nom. Si des corrections doivent être effectuées, il convient effectivement de laisser au préalable du temps au système pour produire ses effets¹²⁶⁹. L'émotion que suscite le crime est certes légitime. Il faut toutefois se garder de réactions prématurées au risque d'engendrer de nouvelles législations compulsives, comme cela s'est déjà produit avec l'introduction de l'internement à vie¹²⁷⁰ et de l'imprescriptibilité des crimes pédophiles¹²⁷¹, au détriment de la cohérence de tout un système.

L'éclatement progressif que vit actuellement le droit pénal suisse apparaît similaire à celui qu'ont connu le domaine artistique puis les sciences humaines sous l'influence d'une vision postmoderne. Déjà présent notamment en architecture, en littérature et en philosophie, le qualificatif « postmoderne » s'est en effet rapidement étendu, depuis la fin des années soixante-dix, à un grand nombre de démarches visant à la connaissance des pratiques de la vie quotidienne qu'elles soient consuméristes, culturelles ou

¹²⁶⁷ N° 08.431 du 5 juin 2008.

¹²⁶⁸ Communiqué de presse du Département fédéral de justice et police du 3 septembre 2008.

¹²⁶⁹ Dans ce sens, cf. KUHN (*Avenir*), p. 73.

¹²⁷⁰ Art. 123a Cst et 64 al. 1^{bis} CP (FF 2006 p. 869) ; à ce propos, cf. VALLOTTON.

¹²⁷¹ Art. 123b Cst (FF 2007 p. 5099).

simplement relationnelles, dans lesquelles l'éclectisme et le mépris de l'harmonie se manifestent avec autant d'évidence que l'absence d'esprit de système¹²⁷². Ainsi, « la grille de lecture fournie par l'hypothèse postmoderne permet de dresser le constat de deux évolutions radicales, indéfectiblement liées : le décrochage des principes qui avaient construit le droit pénal moderne, et son corollaire, la montée de l'idéologie du pragmatisme¹²⁷³ qui, au nom d'une volonté d'efficacité, transforme progressivement toute l'économie du système pénal »¹²⁷⁴.

A cela s'ajoutent deux autres facteurs moins consécutifs au précédent qu'inextricablement liés.

D'une part, le discours politique est rongé par le populisme pénal confectionné à partir de solutions punitives exprimant un désir sécuritaire exacerbé. Désormais, certains politiciens usent de la criminalité comme d'un épouvantail en guise de levier électoral. Leurs promesses, relayées par une presse vissée sur son chiffre d'affaire, prétendent à sa réduction drastique voire à son éradication illusoire par le biais d'un système ultra-répressif.

D'autre part, si la volonté de punir s'intensifie, c'est que le contexte s'y prête. Entre l'effondrement du système économique et les sérieuses alertes d'ordre écologique, la conjoncture mondiale constitue un terreau favorable à la culture de la peur. Les circonstances mettant à mal le besoin de sécurité, le pessimisme n'épargne pas l'ordre juridique. Le souci d'efficacité quant à la prévention du crime est par conséquent bien légitime.

Aussi peut-on actuellement parler d'une véritable « crise pénale ». Selon le Petit Robert, la crise constitue notamment un moment précis d'une maladie caractérisé par un changement subit et généralement décisif, en bien ou en mal. Comme en matière médicale, l'évolution peut se traduire de manière bénéfique ou néfaste. Partant, le législateur doit faire un choix. Il peut voir dans la nouveauté l'origine de la pathologie et décider de revenir en arrière. Il peut également apercevoir dans un possible changement le chemin vers la guérison et ne pas se laisser gagner par une fièvre punitive.

Il est proposé de marcher radicalement vers l'avenir. La crise actuelle est un appel au changement non seulement d'un point de vue général, comme

¹²⁷² MASSE/JEAN/GIUDICELLI, p. 17ss.

¹²⁷³ Au sens d'une poursuite exacerbée de l'efficacité au détriment de la cohérence du système.

¹²⁷⁴ MASSE/JEAN/GIUDICELLI, p. 18.

la manière dont nous vivons, mais également d'un point de vue plus spécifique, comme la façon dont nous réprimons. Le système actuel repose sur des fondements qui ont été infirmés ou précisés par les sciences naturelles ou humaines, les deux courants parvenant parfois, au gré des pérégrinations des chercheurs, aux mêmes constats. Si des modifications législatives doivent être effectuées, qu'elles se fassent à la lumière d'une refonte conceptuelle se forgeant à partir du schéma ternaire criminel-fonction-fixation. Du passage par ces trois stades dépend la cohérence théorique si précieuse sous l'angle d'une pratique efficace. Le renversement des présomptions liées au déterminisme et au libre-arbitre apparaît à ce titre nécessaire de sorte que le juge puisse fixer la sanction d'après l'immersion de l'auteur dans son conditionnement. Ainsi, la loi devrait prévoir que :

« Le juge fixe la sanction d'après le degré de submersion de l'individu dans ses déterminismes. Il prend en considération notamment ses antécédents, sa situation personnelle, la lésion ou la mise en danger du bien juridique, ses motivations et ses buts, le rôle éventuel d'un tiers, l'intensité de sa volonté délictuelle, l'état de ses facultés cognitives et volitives, son degré de responsabilisation depuis l'acte ainsi que l'effet de la sanction sur son avenir. »

Et peut-être qu'un jour, un criminel sera « condamné » à lire *Les Trois Mousquetaires*.

Annexe : Tableau récapitulatif des critères de fixation de la peine selon l'art. 47 CP

Table des matières

Remerciements	V
Sommaire	IX
Table des abréviations	XI
Introduction	1
Partie I : Aspects théoriques en matière de fixation de la peine	5
§ 1. Généralités	5
§ 2. La peine passionnelle : le criminel, un bouc émissaire	7
I. Le criminel	7
II. La fonction de la peine	13
III. La fixation de la peine	18
§ 3. La peine rationnelle	21
I. Sapere aude !	21
II. Le criminel : un individu désaccordé	23
1. Le criminel	23
2. La fonction de la peine	25
3. La fixation de la peine	27
III. Le criminel : un individu en (infr)action	28
1. Le criminel	28
2. La fonction de la peine	30
3. La fixation de la peine	32
IV. Le criminel : un individu passionné	34
1. Le criminel	34
2. La fonction de la peine	37
3. La fixation de la peine	39
V. Le criminel : un individu coupable	40
1. Le criminel	40
2. La fonction de la peine	41
3. La fixation de la peine	45
VI. Le criminel : un individu prédateur	48
1. Le criminel	48
2. La fonction de la peine	50
3. La fixation de la peine	50
VII. Le criminel : un individu hostile	52
1. Le criminel	52
2. La fonction de la peine	53
3. La fixation de la peine	54
VIII. Le criminel : un individu despotique	55

1. Le criminel	55
2. La fonction de la peine	57
3. La fixation de la peine	58
IX. Le criminel : un individu rationnel	59
1. Le criminel	59
2. La fonction de la peine	62
3. La fixation de la peine	63
X. Le criminel : un individu schizophrène	65
1. Le criminel	65
2. La fonction de la peine	69
3. La fixation de la peine	70
XI. Le criminel : un individu hors-la-loi	72
1. Le criminel	72
2. La fonction de la peine	74
3. La fixation de la peine	75
XII. Le criminel : un individu qui dit non	76
1. Le criminel	76
2. La fonction de la peine	80
3. La fixation de la peine	81
XIII. Le criminel : un individu infectieux	82
1. Le criminel	82
2. La fonction de la peine	85
3. La fixation de la peine	86
XIV. Le criminel : un individu coagulant	88
1. Le criminel	88
2. La fonction de la peine	90
3. La fixation de la peine	92
XV. Le criminel : individu désocialisé	93
1. Le criminel	93
2. La fonction de la peine	95
3. La fixation de la peine	98
§ 4. <i>Conclusion</i>	100
Partie II : La fixation de la peine en droit suisse	105
§ 1. <i>Généralités</i>	105
§ 2. <i>La fonction de la peine</i>	110
I. Terminologie	110
II. Selon la loi	114
III. Selon la jurisprudence	121
IV. Critiques	123
§ 3. <i>La fixation de la peine selon l'art. 47 CP</i>	125
I. Le principe	125

II.	La quotité de la peine	131
1.	La rétribution.....	131
a.	La gravité de la lésion ou de la mise en danger	131
b.	Le caractère répréhensible de l'acte.....	137
c.	Les motivations et les buts	139
d.	La liberté décisionnelle	142
e.	Le rôle d'un tiers	144
ea.	La relation avec la victime	144
eb.	Les agents infiltrés	146
f.	L'intensité de la volonté délictuelle	148
2.	La prévention	148
a.	Les antécédents	148
aa.	Généralités.....	148
ab.	L'âge	149
ac.	La culture	153
ad.	La réputation	154
ae.	Les condamnations antérieures et simultanées	155
b.	La situation personnelle	159
ba.	La situation familiale	159
bb.	La situation sociale.....	160
bc.	La situation économique	161
bd.	La situation professionnelle	161
c.	L'effet de la peine sur l'avenir de l'auteur.....	162
d.	Le comportement de l'auteur après l'acte.....	165
da.	Généralités.....	165
db.	Les aveux	166
dc.	Prise de conscience et remords	169
e.	L'attitude des autorités pénales durant la procédure.....	171
f.	Le relais médiatique	173
III.	Le choix de la peine.....	174
IV.	La motivation	176
V.	Le recours en matière pénale.....	181
§ 4.	<i>Conclusion : le criminel, un individu ?</i>	185
Partie III :	La fixation de la sanction dans un droit pénal libérateur.....	191
§ 1.	<i>Généralités</i>	191
§ 2.	<i>Le criminel : individu submergé</i>	192
I.	Le renversement des présomptions	192
II.	Les déterminismes	197
III.	Le libre-arbitre.....	200
IV.	La société.....	205
V.	Le droit pénal libérateur	208

1. Le concept	208
2. Le rapport entre la Défense sociale nouvelle et le Droit pénal libérateur.....	214
a. Les recoupements.....	214
b. Les divergences.....	215
ba. La responsabilité	215
bb. La rétribution.....	216
bc. L'exécution de la sanction	216
§ 3. <i>La sanction</i>	217
I. La définition	217
1. Un individu submergé.....	217
2. Une infraction.....	218
3. Une contrainte étatique	218
II. Le fondement.....	219
III. Le but.....	219
IV. La fonction	220
§ 4. <i>La fixation de la sanction</i>	221
I. Les deux variables	221
II. L'intensité coercitive.....	224
1. Avant l'infraction	224
2. Au moment de l'infraction.....	224
3. Après l'infraction	226
III. Le genre de sanction.....	226
1. Généralités.....	226
2. La sanction limitant le droit au mouvement	229
3. La sanction pécuniaire.....	230
4. Le travail d'intérêt général	232
IV. Critiques	234
1. Quelques inquiétudes	234
2. Formation insuffisante des magistrats.....	235
3. Indétermination de la sanction	235
4. Affaiblissement de la répression	237
§ 5. <i>Conclusion</i>	239
Conclusion.....	241
Annexe : Tableau récapitulatif des critères de fixation de la peine selon l'art. 47 CP	244
Bibliographie.....	249

Bibliographie

- ACTON H. B. ACTON, Bacon et Hobbes, *in* Histoire de la philosophie II (Vol. 1), Paris 1973
- AEBERSOLD P. AEBERSOLD, Schweizerisches Jugendstrafrecht, Berne 2007
- ALLPORT G. ALLPORT, ABC 's of Scapegoating, 5^e éd., New York 1966
- ARISTOTE (Ethique) ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, Paris 1979
- ARISTOTE (Rhétorique) ARISTOTE, Rhétorique, Paris 1967
- ANCEL (Chronique) M. ANCEL, Chronique de défense sociale, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1959
- ANCEL (Défense) M. ANCEL, La défense sociale nouvelle, 3^e éd., Paris, 1981
- ANCEL (Récidivisme) M. ANCEL, Le récidivisme en droit comparé, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1955
- ANCEL (Revue de droit pénal) M. ANCEL, Revue de droit pénal et de criminologie 1951/52
- ANCEL (RPS) M. ANCEL, Revue Pénale Suisse, 81
- ANCEL (Revue internationale) M. ANCEL, Revue internationale de criminologie et de police technique, 1964
- ARENDT H. ARENDT, Eichmann à Jérusalem, Paris 2006
- BADINTER R. BADINTER, L'Exécution, Paris 1973
- BATESON G. BATESON, Vers une écologie de l'esprit, Paris 1977-1980

Bibliographie

- BEAVER/DELISI/VAUGH/WRIGHT/
BOUTWELL K.B. BEAVER/M. DELISI/M.G. VAUGH/J.P.
WRIGHT/B. B. BOUTWELL, The relationship
between self-control and language : evidence
of a shared etiological pathway, *Criminology*
2008, Vol. 46, n°4
- BECCARIA C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*,
Paris 1991 (1^{re} éd. : 1764)
- BELAVAL Y. BELAVAL, *La révolution kantienne*, *in*
Histoire de la philosophie II (Vol. 2), Paris
1973
- BENTHAM J. BENTHAM, *Traité de législation civile et*
pénale, Paris 1820 (1^{re} éd. : 1802)
- BONGERT Y. BONGERT, *La philosophie pénale chez*
Sénèque, *in Studi economico-giuridici*,
Vol. LIV, Napples 1993
- BONAFE-SCHMITT J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation pénale :*
une justice douce, Paris 1992
- BOULOC B. BOULOC, *Pénologie*, 3^e éd., Paris 2005
- BOURGEOIS B. BOURGEOIS, *Hegel*, Paris 1998
- BREHIER (I) E. BREHIER, *Histoire de la philosophie I*, Paris,
1981
- BREHIER (II) E. BREHIER, *Histoire de la philosophie II*, Paris,
1981
- BRUNS H.-J. BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*,
2^e éd., Cologne 1985
- BUCHER R. BUCHER, *Blame and Hostility in Disaster*,
American Journal of Sociology, 1956 (vol. 62)
- CARBASSE J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de*
la justice criminelle, 2^e éd., Paris 2006
- CASADAMONT/PONCELA G. CASADAMONT/P. PONCELA, *Il n'y a pas de*
peine juste, Paris 2004
- CAZENEUVE J. CAZENEUVE, *Sociologie du rite*, Paris 1971

-
- CHANTEUR J. CHANTEUR, Rétribution et Justice chez Platon, *in* Rétribution et Justice pénale, Paris 1983
- CICERON CICERON, Traité des devoirs, III-V, *in* Les Stoïcien, Paris 1962
- CLAVREUL J. CLAVREUL, L'ordre juridique, Actes 1982, n° 37
- CLERO/LAVAL J.-P. CLÉRO/C. LAVAL, Le vocabulaire de Bentham, Paris 2002
- CONSTANT (Liberté) B. CONSTANT, De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes, *in* Ecrits politiques, Paris 1997, p. 591ss (1^{re} éd. : 1819)
- CONSTANT J. CONSTANT, Traité élémentaire de droit pénal, Liège 1965
- CORBOZ B. CORBOZ, La motivation de la peine, RSJB 1995
- COURTOIS (Sénèque) G. COURTOIS, Le sens et la valeur de la vengeance chez Aristote et Sénèque, *in* La vengeance, Paris 1984
- COURTOIS (Vengeance) G. COURTOIS, La vengeance : du désir aux institutions, *in* La vengeance, Paris 1984
- CUSSON M. CUSSON, Pourquoi punir ?, Paris 1987
- DAMASIO A. DAMASIO, L'erreur de Descartes, Paris 2006
- DEBUYST/DIGNEFFE/PIRES C. DEBUYST/F. DIGNEFFE/A. PIRES, La naissance de la criminologie et ses développements au tournant du siècle, *in* Histoire des savoirs sur le crime & la peine, 1^{re} éd., Paris 1998
- DE GREEFF E. DE GREEFF, Les instincts de défense et de sympathie, Paris 1947
- DE SOUSA R. DE SOUSA, The rationality of Emotion, Cambridge 1991

Bibliographie

- DIGNEFFE (Durkheim) F. DIGNEFFE, Durkheim et les débats sur le crime et la peine, *in* Histoire des savoirs sur le crime & la peine, 1^{re} éd., Paris 1998
- DIGNEFFE (Positivism) F. DIGNEFFE, L'école positive italienne et le mouvement de la défense sociale, *in* Histoire des savoirs sur le crime & la peine, 1^{re} éd., Paris 1998
- DOLLARD J. DOLLARD et al., Frustration and Agression, New Haven 1939
- DUMAS A. DUMAS, Les Trois Mousquetaires, Paris 1962 (1^{re} éd. : 1844)
- DONATSCH/TAG A. DONATSCH/B. TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8^e éd., Zurich 2006
- DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET M. DUPUIS/B. GELLER/G. MONNIER/L. MOREILLON/C. PIGUET, Code penal I : Partie générale, Bâle, 2008, ad. art. 47
- DUNAND/TRITTEN J.-P. DUNAND/C. TRITTEN, Un code pour le bonheur des hommes , *in* Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle, Bâle 2006
- DURKHEIM (Division) E. DURKHEIM, De la division du travail social, 10^e éd., Paris 1978 (1^{re} éd. : 1893)
- DURKHEIM (Education) E. DURKHEIM, L'éducation morale, Paris 1934 (1^{re} édition : 1902)
- DURKHEIM (Règles) E. DURKHEIM, Règles de la méthodologie sociologique, 16^e éd., Paris 1967 (1^{re} éd. : 1895)
- ELIACHEFF/ SOULEZ LARIVIERE C. ELIACHEFF/D. SOULEZ LARIVIERE, Le temps des victimes, Paris 2007
- ENTHOVEN J.-P. ENTHOVEN, Auguste Comte et le positivisme, *in* Histoire de la philosophie III (Vol. 1), Paris 1974
- FAGET J. FAGET, Essai de politique pénale, Ramonville Saint-Agne 1997

-
- FAVRE D. FAVRE, Le rôle du langage dans la régulation des comportements violents, EMPAN n° 32 décembre 1998
- FAVRE/PELLET/STOUDMANN C. FAVRE/M. PELLET/P. STOUDMANN, Code pénal annoté, Lausanne, 2007, ad art. 47
- FICHTE J. G. FICHTE, La doctrine du droit de 1812, Paris 2005(1^{re} éd. : 1934)
- FOUCAULT (Dits) M. FOUCAULT, Dits et écrits, IV, Paris 1994
- FOUCAULT (Sécurité) M. FOUCAULT, Sécurité, territoire, population : Cours au Collège de France, Paris 2004
- FRAZER J.-G. FRAZER, Le Rameau d'or, vol. III, Le Bouc émissaire, Paris 1983
- GARAPON A. GARAPON, Bien juger, Paris 2001
- GARÇON E. GARÇON, Le droit pénal, Paris 1922
- GAROFALO R. GAROFALO, La Criminologie, Paris 1905 (1^{re} éd. : 1885)
- GAUDEMET J. GAUDEMET, Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité, *in* La responsabilité pénale, Travaux de colloque de philosophie pénale, Paris 1961
- GERNET L. GERNET, Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce, Paris 2001
- GILLIERON C. GILLIERON, Le rôle du juge dans l'exécution des peines, RPS 70
- GIRARD R. GIRARD, La violence et le sacré, Paris 1972
- GISEL-BUGNION (Individualisation) M. GISEL-BUGNION, L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant, Genève 1978
- GISEL-BUGNION (Punir) M. GISEL-BUGNION, Punir sans prison, Genève 1984

Bibliographie

- GLOTZ G. GLOTZ, La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce, Paris 1904
- GRAMATICA (Principes) F. GRAMATICA, Principes de défense sociale, Paris 1963
- GRAMATICA (Revue) F. GRAMATICA, Revue internationale de défense sociale, 1947
- GRAVEN (Défense sociale) J. GRAVEN, Droit pénal et Défense sociale, RPS 70
- GRAVEN (Beccaria) J. GRAVEN, Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne (1738-1794), *in* Grandes figures et grandes œuvres juridiques, Genève 1948
- GRAVEN (Précis) P. GRAVEN, L'infraction pénale punissable, 2^e éd., Berne 2001
- GRAVEN (Répression) P. GRAVEN, La répression pénale selon l'optique de la défense sociale, RPS 86
- GROS F. GROS, Les quatre foyers de sens de la peine, *in* Et ce sera justice : punir en démocratie, Paris 2001
- GSCHWEND L. GSCHWEND, Carl Stooss (1849-1934) : Originell-kreativer Kodifikator und geschickter Kompilator des Schweizerischen Strafrechts, RPS 112
- GUINLE J.-P. GUINLE, Hegel et la vengeance, *in* La vengeance, Paris 1984
- HÄRRI M. HÄRRI, Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, RPS 116
- HEGEL (Phénoménologie) G. W. F. HEGEL, La Phénoménologie de l'esprit, Paris 1977 (1^{re} éd. : 1807)
- HEGEL (Principes) G. W. F. HEGEL, Principes de la philosophie du droit, Paris 1999 (1^{re} éd. 1820)
- HEGEL (Esprit) G. W. F. HEGEL, L'Esprit du christianisme et son destin, Paris 1988 (1^{re} éd. : 1797)

-
- HENRIOT J. HENRIOT, La commensurabilité de la peine chez Aristote, *in* Rétribution et Justice pénale, Paris 1983
- HERACLITE HERACLITE, Fragments, 2^e éd., Paris 2004
- HERSCH J. HERSCH, L'étonnement philosophique, Paris 1993
- HOBBS (De cive) T. HOBBS, De cive, Paris 1981 (1^{re} éd. : 1642)
- HOBBS (Léviathan) T. HOBBS, Léviathan, Paris 2004 (1^{re} éd. : 1651)
- HUBERT/MAUSS H. HUBERT/M. MAUSS, Essai sur la nature et la fonction du sacrifice, *in* Marcel Mauss, Œuvres, vol. 1, Les fonctions sociales du sacré, Paris 1968
- HUMBERT M. HUMBERT, La peine en droit romain, Recueils de la société Jean Bodin, Bruxelles 1991
- HURTADO POZO J. HURTADO POZO, Droit pénal, Partie générale, 3^e éd., Zurich, 2008
- IZARD/KAGAN/ZAJONC C. E. IZARD/J. KAGAN/R. B. ZAJONC, Emotion, Cognition and Behaviour, New York 1984
- JARDIN A. JARDIN, *I+I+I...*, Paris 2002
- JEANNERET Y. JEANNERET, Aperçu général du nouveau droit, *in* Le nouveau droit pénal des mineurs, Neuchâtel 2007
- JEANNERET/KUHN/MOREILLON Y. JEANNERET/A. KUHN/L. MOREILLON, Quel droit pénal pour demain ?, *in* Festschrift für Franz Riklin, Zurich 2007
- JOLLIEN A. JOLLIEN, La construction de soi, Paris 2006
- JUNG A. JUNG, Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel : Suisse et Belgique, Genève/Zurich 2008

Bibliographie

- KAENEL P. KAENEL, Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien, Berne 1981
- KANT (Droit) E. KANT, Doctrine du droit, *in* Œuvres philosophiques, T. III, Paris 1986 (1^{re} éd. : 1796)
- KANT (Lumières) E. KANT, Réponse à la question : Qu'est-ce que les Lumières ?, Paris 1991 (1^{re} éd. : 1784)
- KELLENS G. KELLENS, Punir : pénologie et droit des sanctions pénales, 3^e éd., Liège 2001
- KINBERG O. KINBERG, Les problèmes fondamentaux de la Criminologie, 2^e éd., Paris 1960
- KILLIAS (Criminologie) M. KILLIAS, Précis de criminologie, 2^e éd., Berne 2001
- KILLIAS (Fixation) M. KILLIAS, De la difficulté de quantifier la fixation de la peine, RPS 114
- KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI M. KILLIAS/A. KUHN/N. DONGOIS/M. AEBI, Précis de droit pénal général, 2^e éd., Zurich 2001
- KUHN (Avenir) A. KUHN, Quel avenir pour le droit des sanctions ?, Plädoyer 6/08
- KUHN (Détenus) A. KUHN, Détenus – Combien ? Pourquoi ? Que faire ?, Berne 2000
- KUHN (Plea bargain) A. KUHN, Le « plea bargaining » américain est-il propre à inspirer le législateur suisse ? RPS 116
- KUHN (Sursis) R. ROTH/L. MOREILLON, Commentaire romand, Code pénal I, art. 1-110 CP, Bâle 2009, ad art. 42 CP
- KUHN (Sursis partiel) R. ROTH/L. MOREILLON, Commentaire romand, Code pénal I, art. 1-110 CP, Bâle 2009, ad art. 43 CP

-
- KUHN/VILLET AZ A. KUHN/P. VILLET AZ, *Gemeinnützige Arbeit 1996 – Le travail d'intérêt général de 1996 à 1998*, Neuchâtel 2000
- LANGUI A. LANGUI, *Histoire du droit pénal*, 1^{re} éd., Paris 1985
- LANGUI/LEBIGRE LANGUI/A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal I*, Paris 1979
- LANGUIN/KELLERHALS/ROBERT N. LANGUIN/J. KELLERHALS/C.N. ROBERT, *L'art de punir : les représentations sociales d'une « juste » peine*, Zurich 2006
- LARGUIER J. LARGUIER, *Le droit pénal*, 15^e éd., Paris 2004
- LARIVÉE S. LARIVÉE et al., *L'interaction du profil intellectuel et de la turbulence à l'école primaire comme prédicateur de la délinquance autorévélee*, *Psychologica Belgica* 1994
- LAVAL C. LAVAL, *Fiction et utilité chez Bentham*, *in* *Revue du MAUSS* n° 6, 1995
- LEBRETON G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris 1995
- LEGENDRE P. LEGENDRE, *L'amour de censeur*, Paris 1974
- LINIGER M. LINIGER, *Le contrôle de la fixation de la peine dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, *SJ* 1996
- LOCKE J. LOCKE *Deux traités du gouvernement*, *Deuxième traité du gouvernement*, Paris 1997 (1^{re} éd. : 1690)
- LOGOZ P. LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse*, 2^e éd., Neuchâtel 1978, ad art. 63
- LUTHER LUTHER, *L'autorité temporelle*, Paris 1973 (1^{re} éd. : 1523)
- MAIRET G. MAIRET, *Le principe de souveraineté*, Paris 1997

Bibliographie

- MAHAIM R. MAHAIM, La fixation de la peine, *in* A. KUHN/L. MOREILLON/B. VIREDAZ/A. BICHOVSKY, Berne 2006
- MANDLER G. MANDLER, Mind and Body : Psychology of Emotion and Stress, New York 1984
- MASSE/JEAN/GIUDICELLI M. MASSE/J.-P. JEAN/A. GIUDICELLI, Un droit pénal postmoderne ?, Paris 2009
- MAUSS M. MAUSS, La religion et les origines du droit pénal, *Revue de l'histoire des religions* 1896
- MERLE R. MERLE, La pénitence et la peine, Paris 1985
- MERLE/VITU R. MERLE/A. VITU, *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Cujas, Paris, 1997
- MEYER (106) M. S. NIGGLI/P. UEBERSAX/H. WIPRÄCHTIGER, *Bundesgerichtsgesetz*, Bâle 2008, ad art. 106
- MEYER (107) M. S. NIGGLI/P. UEBERSAX/H. WIPRÄCHTIGER, *Bundesgerichtsgesetz*, Bâle 2008, ad art. 107
- MOMMSEN (I) T. MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, trad. Duquesne, t. I, Fontemoing, Paris 1907
- MOOR P. MOOR, *Droit administratif*, vol. 1, Berne 1994
- MOREILLON L. MOREILLON, Le recours en matière pénale, *in* La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Lausanne 2007
- MORIN E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris 2005
- MUCHEMBLED R. MUCHEMBLED, *La Sorcière du village*, Paris 1979
- NAUCKE W. NAUCKE, Le droit pénal rétributif selon Kant, *in* Rétribution et Justice pénale, Paris 1983
- OBERSON X. OBERSON, *Droit fiscal suisse*, 2^e ed., Bâle 2002

-
- PAPAU (Emotions) A. PAPAU, Un droit sans émotions, *Iram non novit jus* : Esquisse des rapports entre sciences et droit, Revue européenne des sciences sociales, Tome 47, n° 144, Genève 2009
- PAPAU (Introduction) A. PAPAU, Introduction à la philosophie du « droit en situation », Genève 2006
- PAREIN (Classification) L. PAREIN, La classification des infractions, *in* Dongois et al., Code pénal Partie générale : Tables pour les études et la pratique, 2^e éd., Bâle 2008
- PAREIN (Victimes) L. PAREIN, Victimes et procès pénal : je t'aime, moi non plus ?, Charmey 2008
- PAREIN/VUILLE L. PAREIN/J. VUILLE, La fixation de la peine, *in* Dongois et al., Code pénal Partie générale : Tables pour les études et la pratique, 2^e éd., Bâles 2008
- PHILONENKO A. PHILONENKO, Fichte, *in* Histoire de la philosophie II (Vol. 2), Paris 1973
- PIRES (Beccaria) A. PIRES, Beccaria : l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne, *in* Histoire des savoirs sur le crime & la peine, 1^{re} éd., Paris 1998
- PIRES (Kant) A. PIRES, Kant face à la justice criminelle, *in* Histoire des savoirs sur le crime & la peine, 1^{re} éd., Paris 1998
- PIRES (Rationalité) A. PIRES, Aspects, traces et parcours de la rationalité pénales moderne, *in* Histoire des savoirs sur le crime & la peine, 1^{re} éd., Paris 1998
- PLATON (Critias) PLATON, Critias, *in* Oeuvres complètes, T. II, Paris 1950
- PLATON (Gorgias) PLATON, Gorgias, *in* Oeuvres complètes, T. I, Paris 1950
- PLATON (Lois) PLATON, Les Lois, *in* Oeuvres complètes, T. II, Paris 1950

Bibliographie

- PLATON (République) PLATON, La République, *in* Œuvres complètes, T. I, Paris 1950
- POLIN R. POLIN, La notion de la peine dans la philosophie du droit de Hegel, *in* Rétribution et Justice pénale, Paris 1983
- PONCELA P. PONCELA, Droit de la peine, 2^e éd., Paris 2001
- PRADEL J. PRADEL, Histoire des doctrines pénales, Paris, 1989
- PRINS A. PRINS, La défense sociale et les transformations du droit pénal, Genève 1986
- QUELOZ N. QUELOZ, Commentaire de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation et de motivation de la peine, RPS 116
- QUELOZ/HUMBERT R. ROTH/L. MOREILLON, Commentaire romand, Code pénal I, art. 1-110 CP, Bâle 2009, ad art. 47 CP
- REGNIER M. REGNIER, Hegel, *in* Histoire de la philosophie II (vol. 2), Paris 1973
- RICOEUR P. RICOEUR, Interprétation du mythe de la peine, *in* Le conflit des interprétations, Paris 1969
- RICOEUR (Equivalence) P. RICOEUR, Equivalence et surabondance, Revue Esprit, mars-avril 2006
- RICOEUR (Justice) P. RICOEUR, Justice et vengeance, Paris 2001
- ROBERT C. N. ROBERT, L'impératif sacrificiel, Lausanne 1986
- ROSENBERG M. ROSENBERG, Les mots sont des fenêtres (ou des murs) : Introduction à la Communication NonViolente, Saint-Julien-en-Genavois 2005
- ROTH R. ROTH, Nouveau droit des sanctions : premier examen de quelques points essentiels, RPS 121

-
- ROUSSEAU J.-J. ROUSSEAU, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, Paris 1966 (1^{re} éd. : 1755)
- ROXIN C. ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4^e éd., Munich 2006
- RUSCA M. RUSCA, La destinée de la politique criminelle de Carl Stooss, Fribourg 1981
- SAINT THOMAS SAINT THOMAS D'AQUIN, Somme Théologique, Le Péché, T. II, Paris 1931
- SALAS (Procès) D. SALAS, Du procès pénal, Paris 1992
- SALAS (Volonté) D. SALAS, La volonté de punir, Paris 2005
- SALEILLES R. SALEILLES, L'individualisation de la peine, 1^{re}, éd., Paris 1898
- SCHOTT M. S. NIGGLI/P. UEBERSAX/H. WIPRÄCHTIGER, Bundesgerichtsgesetz, Bâle 2008, ad art. 95
- SCHULTZ (I) H. SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts I, Berne 1982
- SCHULTZ (II) H. SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts II, Berne 1982
- SCHÜTZ-GÄRDEN B. SCHÜTZ-GÄRDEN, Psychisch gestörte Straftäter im schwedischen und deutschen Recht, Freiburg i. Br. 1999
- SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH C. SCHWARZENEGGER/M. HUG/D. JOSITSCH, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8^e éd., Zurich 2007
- SENEQUE (De clementia) SENEQUE, De la clémence, Paris 1967
- SENEQUE (De ira) SENEQUE, Dialogues : de ira, Paris 1961
- SENEQUE (Lucilius) SENEQUE, Lettres à Lucilius, Paris 1990
- SMITH A. SMITH, Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations, Paris 2000 (1^{re} éd. : 1776)

Bibliographie

- STEINMETZ S. R. STEINMETZ, *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, vol. II, Leyde et Leipzig 1894
- STEPHEN J. F. STEPHEN, *General View of the Criminal Law of England*, London 1863
- STEWART/ROWE L. STEWART/R. ROWE, *Les problèmes d'autocontrôle chez les délinquants adultes*, in *Compendium 2000 des programmes correctionnels efficaces*, Canada 2001
- STOECKLIN L. M. STOECKLIN, *Untersuchung über das Gewicht der einzelnen Strafzumessungsgründe*, Bâle 1971
- STOOS (Geist) C. STOOS, *Der Geist der modernen STRAFGESETZGEBUNG*, RPS 9
- STOOS (Grundlagen) C. STOOS, *Die ethischen und sozialen Grundlagen des Strafrechts*, RPS 7
- STOOS (Kriminalpolitik) STOOS, *Was ist Kriminalpolitik*, RPS 7
- STRATENWERTH (I) G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I : die Straftat*, 3^e éd., Berne 2005
- STRATENWERTH (II) G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II : Strafen und Massnahmen*, 2^e éd., Berne 2006
- TARDE G. TARDE, *La philosophie pénale*, 3^e éd., Paris 1892
- THOMMEN M. S. NIGGLI/P. UEBERSAX/H. WIPRÄCHTIGER, *Bundesgerichtsgesetz*, Bâle 2008, ad art. 81
- THONISSEN J.-J. THONISSEN, *Le droit pénal de la république athénienne*, Paris 1875
- TOCQUEVILLE A. TOCQUEVILLE, *Ecrits pénitentiaires*, Paris 1984
- TRECHSEL S. TRECHSEL et al., *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zurich, 2008, ad art. 47

-
- TRECHSEL/NOLL S. TRECHSEL/P. NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6^e éd., Zurich 2004
- TRICAUD F. TRICAUD, L'Accusation, recherche sur les figures de l'agression éthique, Paris 1977
- TULKENS/DIGNEFFE F. TULKENS/F. DIGNEFFE, La notion de dangerosité dans la politique criminelle en Europe occidentale, *in* Dangerosité et Justice pénale, Genève 1981
- TULKENS/VAN DE KERCHOVE F. TULKENS/M. VAN DE KERCHOVE, Introduction au droit pénal, Waterloo 2007
- VALLOTTON A. VALLOTTON, L'initiative populaire pour une vraie perpétuité, Champ pénal vol. 1 (<http://champpenal.revues.org>)
- VAN DE KERCHOVE (Objectif) M. VAN DE KERCHOVE, La motivation des peines et la pluralité de leurs objectifs, *Revue de droit pénal et de criminologie* 2006
- VAN DE KERCHOVE (Sens) M. VAN DE KERCHOVE, Sens et non-sens de la peine, Bruxelles 2009
- VERIN J. VERIN, La défense sociale contre les fictions, *in* Aspects nouveaux de la pensée juridique, Etudes de science pénale et de politique criminelle II, Paris 1975
- VILLEY (Rétribution) M. VILLEY, La fonction rétributive de la peine chez Saint Thomas, *in* Rétribution et Justice pénale, Paris 1983
- VILLEY (St Thomas) M. VILLEY, La responsabilité chez Saint Thomas, *in* La responsabilité pénale, Paris 1961
- VIREDAZ B. VIREDAZ, Les principes régissant l'exécution des peines privatives de liberté (art. 74 et 75 al. 1 CP), Genève 2009
- VULLIERME J.-L. VULLIERME, La juste vengeance d'Aristote et l'économie libérale, *in* La vengeance, Paris 1984

Bibliographie

- WAABEN K. WAABEN, La théorie générale de l'infraction, *in* Le droit pénal scandinave, Paris 1969
- WAHL J. WAHL, Platon, *in* Histoire de la philosophie I (Vol. 1), Paris 1969
- WATZLAWICK P. WATZLAWICK, La mouche et la bouteille à mouches, *in* L'invention de la réalité, Paris 1988
- WERTSCH J. WERTSCH, The regulation of human action and the given new organization of private speech, *in* G. Zivin (sous la dir. de), The development of self regulation through private speech, New-York 1979
- WILFERT J. WILFERT, Kant, Paris 1999
- WIPRÄCHTIGER M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2^e éd., Bâle, 2008, ad art. 47
- ZEHR H. ZEHR, Changing lenses : a new focus for crime and justice, 3^e éd., Scottsdale 2005
- ZUNDEL (Communion) M. ZUNDEL, La communion humaine, *in* A l'écoute du silence, Paris 1979
- ZUNDEL (Itinéraire) M. ZUNDEL, Itinéraire, Paris 1947
- ZUNDEL (Homme) M. ZUNDEL, Quel homme et quel Dieu (Retraite au Vatican), Paris 1976
- ZUNDEL (Passions) M. ZUNDEL, Le respect des passions, Paris 1950