

Recourt-on de manière excessive au système pénal en Suisse ?*

par André KUHN** et Matteo SOLCÀ***

Résumé

La présente contribution se propose de poser la question du recours excessif au droit pénal en Suisse en subdivisant le processus pénal en plusieurs phases, allant de l'éventuel recours abusif par le législateur au droit pénal pour tenter de régler des problèmes sociaux aux possibles excès d'une autorité d'exécution des peines qui miserait davantage sur la neutralisation des condamnés que sur leur resocialisation, ceci en passant par les potentiels recours excessif à la mise en accusation et/ou à l'usage de la peine privative de liberté en matière de condamnation.

Mots-clés: système pénal; punitivité; abus; Suisse

Summary

The present contribution raises the question of the overuse of the criminal law in Switzerland by dividing the penal process in several stages, from the possible overuse of criminal law by the legislator to try to regulate social problems, to the potential excesses in the execution of the sentences focusing on incapacitation instead of rehabilitation.

Keywords: penal system, punitivity, overuse, Switzerland

I. Introduction

Lorsque l'on traite de la question du recours excessif au droit pénal, il semble utile de subdiviser le processus pénal en plusieurs phases. L'excès peut en effet d'abord être *législatif*, c'est-à-dire le recours abusif par le législateur lui-même au droit pénal pour tenter de régler des problèmes sociaux. L'excès peut ensuite provenir de l'usage que la justice fait du droit pénal qui lui est mis à disposition par le législateur, usage abusif qui peut être le fait d'une *autorité d'instruction* appliquant le principe de la légalité des poursuites à outrance et ne laissant que trop peu de place à l'opportunité des poursuites, d'une *autorité de*

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

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

*** Collaborateur scientifique au Département de droit pénal de l'Université de Genève.

jugement préférant certaines peines sévères – souvent privatives de liberté – à d’autres plus proportionnées – plutôt restrictives de liberté, voire pécuniaires seulement – ou encore d’une *autorité d’exécution des peines* qui mise davantage sur la neutralisation des condamnés que sur leur resocialisation. La présente contribution traite successivement de ces diverses formes de recours excessif au système pénal au regard de la situation helvétique.

Le contexte politico-juridique suisse présente certaines particularités qu’il s’agira de mettre en relation avec l’utilisation du système pénal. Si chacune des parties du présent article reviendra tour à tour sur ces spécificités, il nous semble néanmoins utile de restituer, ici déjà et de manière générale, le contexte helvétique. La Suisse est un pays d’un peu plus de huit millions d’habitants répartis dans 26 cantons souverains, formant un État fédéraliste basé sur un système dit de *démocratie parlementaire*. On parle dans le cas helvétique de *démocratie directe* dans la mesure où l’ensemble du corps électoral peut, par l’intermédiaire du référendum ou de l’initiative populaire, déclencher une procédure permettant d’adopter, de supprimer ou de réviser une disposition constitutionnelle au niveau communal, cantonal ou fédéral. De plus, s’il revient à la Confédération de fixer les dispositions générales en termes de normes pénales, l’organisation judiciaire et la mise en application de ces normes demeurent du registre des cantons. Il existe donc en Suisse 26 ministères publics cantonaux distincts et un ministère public de la Confédération, ce qui peut engendrer de grandes différences entre les cantons en matière d’application de la loi. Ce n’est par ailleurs que très récemment que la Confédération s’est dotée d’une procédure pénale unifiée pour l’ensemble de son territoire. L’organisation policière, elle aussi, est cantonale. S’il existe une police fédérale dont les tâches relèvent davantage de la gestion des menaces globales pour le pays, la détection, l’enregistrement et la dénonciation des infractions pénales est du ressort des cantons. C’est ainsi qu’une importante autonomie est laissée aux différents corps de police cantonaux en ce qui concerne leur organisation, mais également quant aux priorités qu’ils se fixent. Il existe donc de grandes disparités inter-cantoniales en termes d’infractions enregistrées en fonction de la proactivité de leurs polices respectives. Nous aurons, tout au long de cet article, l’occasion de revenir sur ces spécificités propres au contexte helvétique.

II. Recours excessif au droit pénal en matière de criminalisation

II.1. Considérations générales

L’évolution du droit pénal est faite d’une multitude d’abolitions d’interdits «désuets» (tels que la fornication, le concubinage, l’homosexualité, l’avortement, la prostitution, etc.) et d’un nombre non moins considérable de nouvelles criminalisations (telles que l’abus de carte bancaire, la soustraction ou la détérioration de données informatiques, l’utilisation frauduleuse d’un ordinateur, le blanchiment d’argent, etc.). La question de savoir laquelle de ces deux ten-

dances prédomine n'est pas simple à résoudre. Dans la littérature, il est fait mention du fait que «la plupart des modifications de la législation pénale concernent l'adoption de nouveaux interdits plutôt que la suppression d'incriminations existantes» (1). Il semble d'ailleurs s'agir du résultat d'une longue évolution qui, depuis plusieurs siècles, fait continuellement émerger de nouvelles situations mettant en danger les biens juridiques d'autrui. C'est ainsi qu'avant l'existence du papier, il n'y avait pas lieu de légiférer sur le faux dans les titres et avant l'existence des nouvelles technologies, il ne serait venu à l'idée de personne de criminaliser certains comportements découlant de leur usage. De manière similaire, les infractions de mise en danger concrète et – surtout – abstraite étaient inconnues il y a quelques siècles en arrière et se sont développées ces dernières décennies sous l'effet de la multiplication des situations «dangereuses» post révolution industrielle (2). Plus récemment, il semble toutefois que l'évolution quantitative du droit pénal Suisse ait été bien plus modeste et en tout cas beaucoup plus faible que celle d'autres formes de droits, telles que le droit administratif et le droit civil. C'est ainsi qu'en 1951, 6 % des pages de la législation fédérale suisse interne relevaient du droit pénal, alors que lors du dernier relevé, en 1982, le droit pénal ne représentait plus que 3.5 % de l'ensemble de la législation (3). Ce résultat ne doit toutefois pas nous faire omettre que, durant la même période, le nombre d'actes législatifs contenant des dispositions pénales a augmenté de quelque 15 % (passant de 102 en 1951 à 117 en 1982) et le nombre de pages de la législation fédérale consacrées au droit pénal a crû d'une vingtaine de pourcents (passant de 538 en 1951 à 647 en 1982) (4).

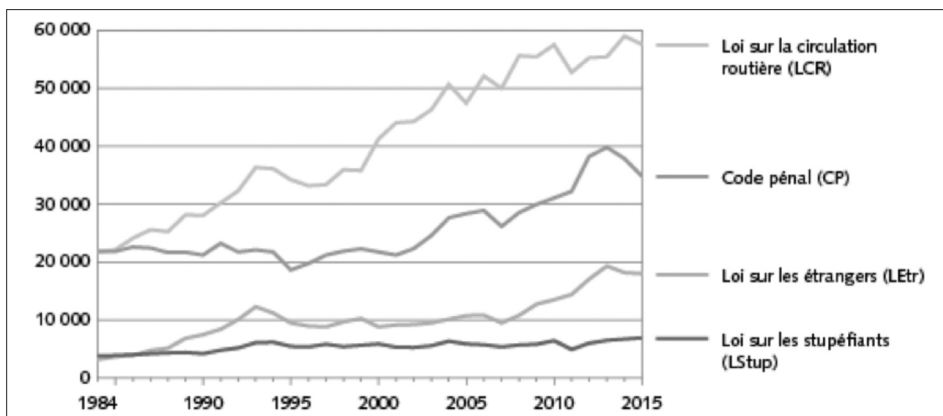
En 2016, en épluchant la législation fédérale, on trouve 246 lois contenant des dispositions pénales (soit une augmentation de quelque 140 % depuis 1951 et d'environ 110 % depuis 1982) pour 1'376 pages consacrées au droit pénal (soit, là aussi, un accroissement d'environ 155 % depuis 1951 et de quelque 112 % depuis 1982). Notons toutefois que l'augmentation récente du nombre de textes légaux contenant des dispositions pénales est largement dû à une explosion de très courtes ordonnances consacrées au respect par la Suisse des sanctions internationales imposées par le Conseil de sécurité des Nations Unies à un nombre grandissant d'États, dispositions pénales ne trouvant que très rarement application. Quant à l'accroissement du nombre de pages consacrées à la législation pénale, il est en partie influencé par l'unification au niveau fédéral de la procédure pénale dans un code comptant pas moins de 164 pages à lui seul. De manière plus générale, la législation pénale représente aujourd'hui quelque 4 % du droit fédéral interne en Suisse.

Récemment, un juge fédéral a par ailleurs ouvertement critiqué le fait que la société d'aujourd'hui délègue au droit pénal de plus en plus de domaines de la vie sociale, domaines qui auraient pu – et donc dû – trouver une solution par une autre voie (5). A titre d'exemple, il mentionne l'excès de vitesse, qui est typiquement un acte qui pourrait sans aucune difficulté être régulé par des développements techniques (6), ce qui nécessiterait toutefois un peu de courage politique.

II.2. Le cas de la Suisse

Nous nous proposons dans cette partie d'illustrer le cas helvétique en mettant en évidence les infractions enregistrées par la police de manière à pouvoir proposer un aperçu des comportements criminalisés les plus fréquemment constatés en Suisse.

Afin de dresser le panorama des actes pénalement punissables les plus recensés, il est intéressant de distinguer dans un premier temps, à travers les infractions enregistrées par la police, la part que le Code pénal représente en comparaison aux autres lois fédérales contenant des dispositions pénales, telles que la Loi sur la circulation routière (LCR; art. 90-103). Malheureusement, bien que nous sachions que la LCR représente pratiquement 50 % des condamnations pénales prononcées en Suisse (57'580 condamnations (7) contre 59'799 pour les autres lois), nous ne disposons pas des données concernant le nombre d'infractions enregistrées par la police.

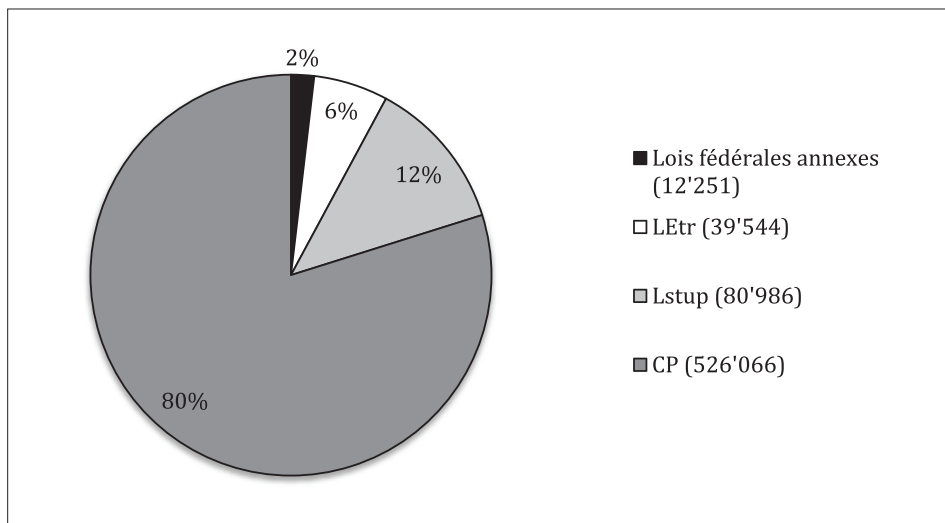


Graphique 1: Evolution du nombre de condamnations selon le type de loi

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

Ainsi, lorsque l'on se réfère aux infractions enregistrées par la police en Suisse, il est difficile de mesurer la proportion que représente la LCR parmi les infractions enregistrées tout en soupçonnant que celle-ci constitue une part importante – voire prépondérante – au regard du nombre important de condamnations qu'elle suscite (cf. graphique 1). Pour le surplus, le graphique 2 permet de donner un aperçu de la proportion des infractions au Code pénal enregistrées par la police par rapport à d'autres lois fédérales (LCR exceptée).

Nous constatons en premier lieu que la majorité des infractions recensées par la police sont des infractions au Code pénal. Il est par ailleurs intéressant d'observer que, dans la statistique policière, la tendance des deux dernières années montre que, si les infractions au Code pénal sont en diminution (-7 %), celles relatives à la Loi sur les stupéfiants (LStup) comme celles en lien avec la Loi sur les étrangers (LEtr) augmentent (respectivement +6 % et +7 %). Il est donc particulièrement intéressant de prendre en considération

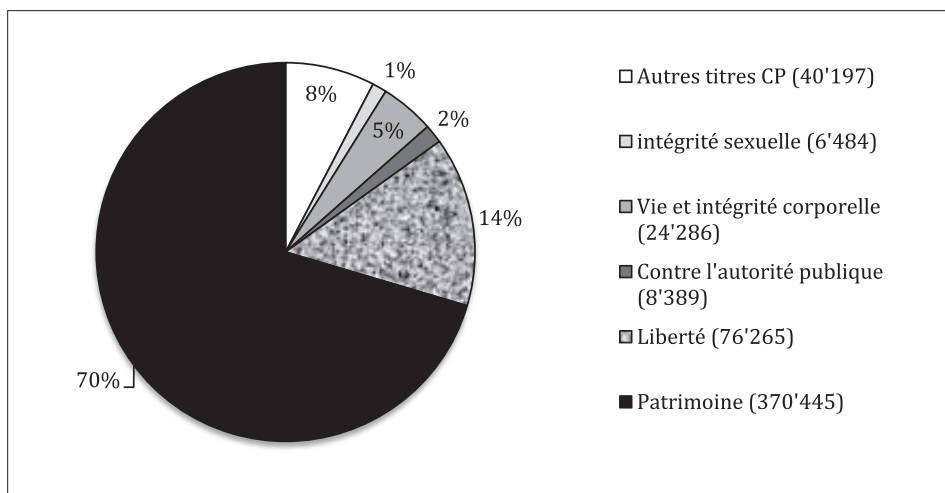


Graphique 2: Répartition des infractions selon les lois (hormis LCR, 2015)

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

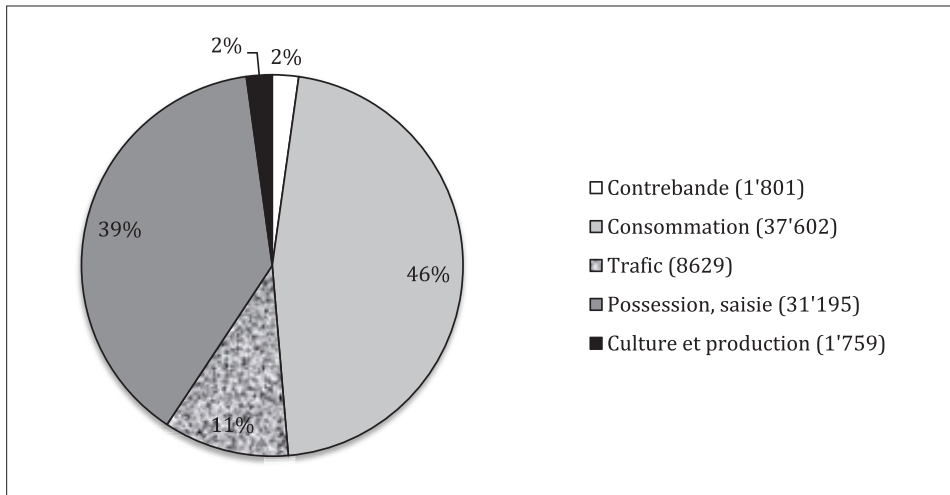
ces autres lois fédérales contenant des dispositions pénales que sont la LStup et la LEtr.

En ce qui concerne plus spécifiquement les infractions au Code pénal, le graphique 3 nous donne des indications quant à la nature des infractions les plus souvent enregistrées par la police en Suisse. Les infractions au patrimoine y apparaissent comme très largement majoritaires. Ces infractions au patrimoi-



Graphique 3: Répartition des infractions au CP enregistrées par la police (2015)

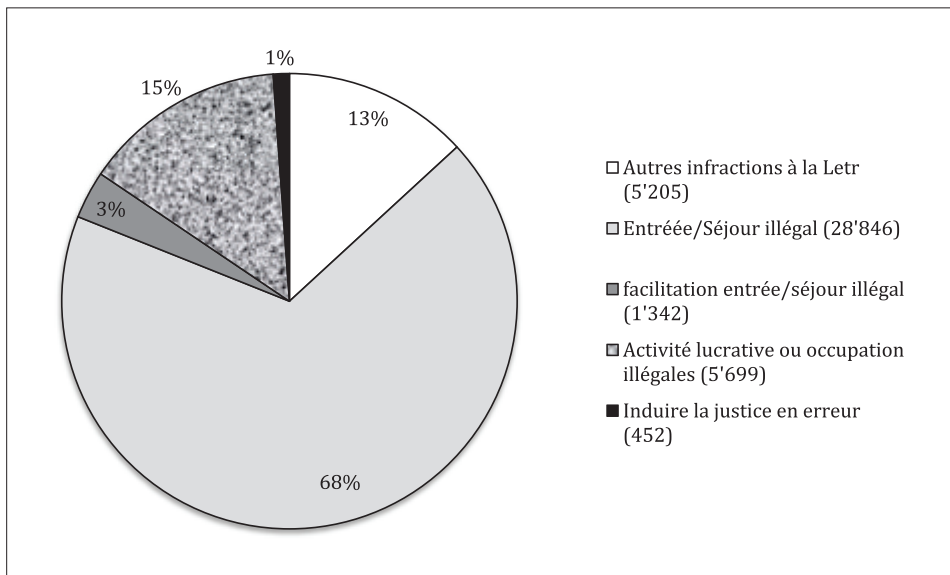
Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016



Graphique 4: Répartition des infractions à la LStup enregistrées par la police (2015)

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

ne, dans plus de la moitié des cas (186'708 cas, soit 50,4 % des infractions au patrimoine concernant 2015), sont des vols sans violence (les vols de véhicules n'étant pas compris dans cette catégorie). Autrement dit, si l'on fait abstraction



Graphique 5: Répartition des infractions à la LEtr enregistrées par la police (2015)

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

des infractions à la LCR, le vol est, de loin, le crime le plus couramment enregistré en Suisse par la police.

Concernant la LStup, la consommation et la possession de stupéfiants apparaissent comme étant les infractions les plus nombreuses, représentant à elles seules plus de 80 % du nombre total d'infractions enregistrées en la matière.

Enfin, en ce qui concerne la LEtr, le graphique 5 présente les infractions les plus couramment enregistrées par la police et identifie l'entrée et le séjour illégal comme prédominants et représentant plus de 2/3 des infractions enregistrées

Comme nous l'évoquions précédemment, les polices cantonales sont dotées d'une grande autonomie. Il existe ainsi d'importantes disparités en termes de fréquences des infractions enregistrées par la police selon le canton, disparités qui relèvent certainement autant des réalités locales que des priorités que se fixent les polices dans une perspective proactive. Si l'on analyse de plus près les fréquences des infractions à la LStup, les différences cantonales observées s'expliquent en partie à travers certains éléments propres à leurs situations sociodémographiques. Certains cantons sont principalement composés de régions rurales peu peuplées, alors que d'autres sont principalement faits de centres urbains à forte densité de population. Il en résulte des fréquences d'enregistrement de la criminalité liée aux stupéfiants allant du simple au quintuple en fonction de l'endroit où l'on se situe. En revanche, les disparités inter-cantonales concernant les infractions à la LEtr enregistrées par la police semblent plus difficiles à expliquer à partir des spécificités des populations locales. Un canton comme Genève, présentant des caractéristiques sociodémographiques similaires au canton de Bâle-Ville (canton frontière, canton-ville de type urbain), enregistre des taux presque trois fois plus importants d'infractions à la LEtr. Dans ce cas-ci, les spécificités sociodémographiques ne sont pas en mesure d'expliquer ces grandes différences qui doivent au contraire être interrogées à travers l'activité de la police elle-même.

II.3. Remarques finales

Aucune guerre n'a jamais servi la paix ! Pourquoi en irait-il autrement en matière de criminalité ? Si la guerre contre le crime avait la moindre chance d'éradiquer ou de faire diminuer la criminalité nous vivrions déjà depuis longtemps dans une société sans crime. En effet depuis plusieurs milliers d'années, l'être humain édicte des lois interdisant de tuer autrui. Pourtant, aujourd'hui comme hier, on constate que certains individus commettent des homicides. On doit donc se demander si la loi pénale elle-même bénéficie encore d'une légitimité, la société n'ayant en effet pas besoin de lois pour savoir qu'un meurtre est inadmissible. Ainsi, certains criminologues proposent l'abolition pure et simple de cette loi et donc une société sans droit pénal. Ces abolitionnistes avancent notamment que les sanctions informelles (soit celles qui ne sont pas prévues par une loi) seraient suffisantes pour réguler notre société. D'autres, en revanche, estiment qu'elles seraient insuffisantes. Cette seconde conception

est aujourd'hui, en Suisse, dominante, raison pour laquelle le législateur édicte encore et toujours des lois à caractère pénal en imaginant régler des problèmes sociaux dont on ignore souvent la source mais que l'on croit pouvoir combattre efficacement par cette entremise. Criminaliser un comportement procure certainement le sentiment de s'attaquer à un problème et donne surtout bonne conscience alors qu'en réalité, toute criminalisation équivaut à un aveu d'échec d'une politique sociale. Ce n'est en effet que parce que d'autres moyens de résoudre un problème social échouent que l'on criminalise. C'est ainsi notamment que la consommation de stupéfiants n'est pas un problème pénal, mais un problème de santé publique géré de façon désastreuse par le politique, que la criminalisation de la migration est un aveu d'échec face à l'incapacité de gérer un problème migratoire dont la source réside souvent hors de nos frontières et qu'il ne serait pas nécessaire de criminaliser la circulation routière si des politiques de prévention adéquates étaient enfin mises en œuvre.

Ce panorama des infractions à caractère pénal les plus couramment enregistrées par la police nous permet de dégager quelques éléments concernant l'impact qu'une potentielle décriminalisation de certains comportements pourrait avoir sur la fréquence des infractions enregistrées par la police. Nous constatons tout d'abord que si le Code pénal est bien une source de criminalisation importante, certaines autres lois contenant des dispositions pénales engendrent également un nombre important de délits enregistrés. Nous constatons par ailleurs qu'au sein même de ces différentes bases légales, un nombre restreint de délits représente une part très importante de la criminalité. Ainsi, en décriminalisant un petit nombre de comportements, la Suisse pourrait potentiellement réduire de manière importante le nombre d'infractions pénales enregistrées. De plus, les disparités régionales en termes de fréquence des infractions enregistrées nous montrent à quel point le contexte fédéraliste permet aux polices cantonales de garder une autonomie importante dans l'exercice de leur activité.

Enfin, mentionnons encore qu'une autre manière de surutiliser le droit pénal à travers la criminalisation de certains comportements, est de prévoir – tout étant égal par ailleurs – un allongement des délais de prescription. Si nous n'avons pas eu l'occasion de développer cet aspect dans le présent article, mentionnons néanmoins à ce propos que la Suisse a adapté ses délais de prescription à plusieurs reprises durant les 15 dernières années (en 2002, 2006, 2011, 2013 et 2014), et ce à chaque fois dans le sens d'un allongement, voire en prévoyant l'imprescriptibilité de certaines infractions (souvent d'ailleurs à travers le processus de l'initiative populaire).

Finalement, la question de savoir si le développement de la densité législative exerce une influence sur le taux de criminalité a également fait l'objet de développements intéressants dans la littérature (8). Il semblerait ainsi que l'inflation des lois pénales ne cause pas systématiquement un accroissement du nombre de crimes commis. Il n'existerait dès lors pas de corrélation entre le taux de criminalité et la densité législative d'un État.

III. Recours excessif à la mise en accusation

III.1. Considérations générales

Selon le principe du caractère impératif de la poursuite pénale, l'État doit engager des poursuites à chaque fois que les conditions en sont réalisées. C'est ainsi que lorsqu'il existe des indices permettant de présumer que les éléments constitutifs d'une infraction pénale sont réalisés, les autorités de poursuite sont tenues d'ouvrir une action pénale (9). Ce principe, dit de la *légalité des poursuites*, est pourtant quelque peu édulcoré par celui de l'*opportunité des poursuites*, selon lequel les autorités pénales peuvent – voire parfois doivent – renoncer à une poursuite pénale lorsque certaines conditions sont remplies. Il en va notamment ainsi dans bon nombre d'États lorsque la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte sont peu importantes, lorsque l'auteur a réparé le dommage causé et que l'intérêt du lésé et l'intérêt public à le poursuivre et le sanctionner sont peu importants, lorsque l'auteur a été personnellement atteint par les conséquences de son infraction et qu'il en a déjà suffisamment souffert, et enfin lorsque la poursuite d'une infraction ne serait pas propre à modifier de façon significative la situation juridique d'un prévenu.

C'est ainsi qu'un système dominé par le principe de la légalité produira un grand nombre de condamnés coupables de délits de peu de gravité, puisque toute enquête doit – en théorie du moins – y être poursuivie jusqu'à la condamnation dès que des indices permettent d'admettre la culpabilité du prévenu. En revanche, un système de procédure plus sélectif, dominé par le principe de l'opportunité permet aux autorités de ne poursuivre que les affaires dépassant un certain seuil de gravité (10). L'application plutôt stricte du principe de la légalité des poursuites – tel que pratiqué en Allemagne et au Japon – étant propre à mettre en marche le processus pénal bien plus souvent qu'une application plus large du principe de l'opportunité des poursuites – tel que pratiqué aux États Unis et aux Pays-Bas –, il en découle tout naturellement un nombre plus élevé de mises en accusation.

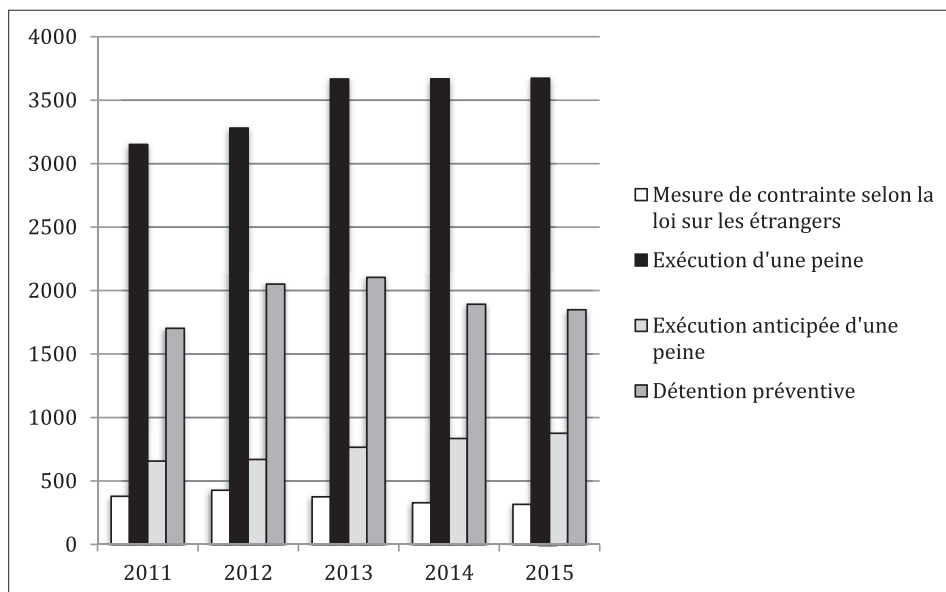
III.2. Le cas de la Suisse

En Suisse (11), le Code de procédure pénale instaure le principe de la légalité de la poursuite pénale, sous réserve de quelques motifs d'opportunité. En application de ce principe, l'autorité pénale – soit en général la police et le ministère public – a l'obligation de mettre en œuvre l'action publique à chaque fois qu'il existe des indices suffisants de commission d'une infraction pénale. Ce principe de la légalité est toutefois tempéré par la loi elle-même, dans laquelle on trouve un certain nombre d'exceptions reposant sur le principe de l'opportunité. Ce dernier permet ainsi de mettre un terme à l'action pénale par une décision de non-entrée en matière ou de classement, quand bien même la procédure révélerait des soupçons suffisants de la commission d'une infraction. Le principe de l'opportunité des poursuites est expressément placé dans les mains du ministère public – à l'exclusion de la police – dans la phase de la procédure préliminaire et des tribunaux dans la phase de jugement.

Les motifs d'opportunité retenus peuvent être regroupés en quatre catégories:

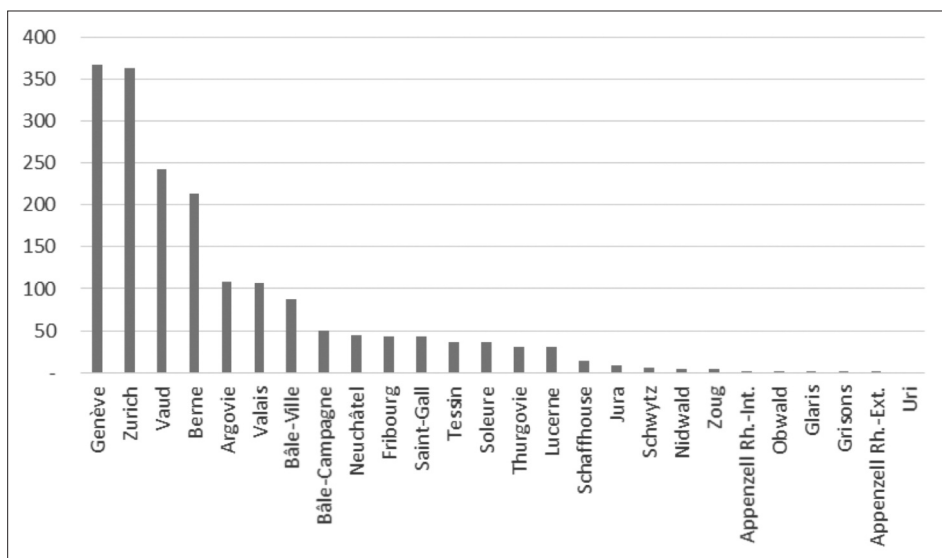
- Lorsque la loi permet ou impose de renoncer à toute poursuite pénale. La loi cite notamment (et lorsque certaines conditions sont réalisées) l'absence d'intérêt à punir des infractions bagatelles, la réparation du dommage et l'atteinte directe de l'auteur par les conséquences de son acte.
- Lorsque la poursuite aboutirait à la fixation d'une peine additionnelle insignifiante. Ce motif d'opportunité repose donc avant tout sur un principe d'économie de procédure et prévoit que lorsque parmi plusieurs infractions, certaines apparaissent à ce point accessoires qu'elles n'auront pour ainsi dire pas d'effet sur la fixation de la peine, il y a lieu d'en prononcer le classement.
- Lorsqu'une poursuite pénale menée à l'étranger à raison des mêmes faits a eu lieu. Là aussi, il s'agit d'un motif d'opportunité reposant, d'une part, sur un principe d'économie de procédure, mais d'autre part aussi sur la règle *ne bis in idem*.
- Lorsque l'intérêt d'une victime âgée de moins de 18 ans au moment des faits l'exige impérieusement (par exemple en raison du risque de suicide du mineur) et que celle-ci consent au classement de l'affaire.

La spécificité suisse s'exprime également à travers la diversité de l'activité des ministères publics cantonaux. Il est d'ailleurs intéressant de constater que les procureurs généraux sont, dans certains cantons, élus par le peuple, alors qu'ils le sont par les pouvoirs législatif ou exécutif dans d'autres. Au demeurant,



Graphique 6: Evolution de l'effectif des détenus selon le type de détention

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

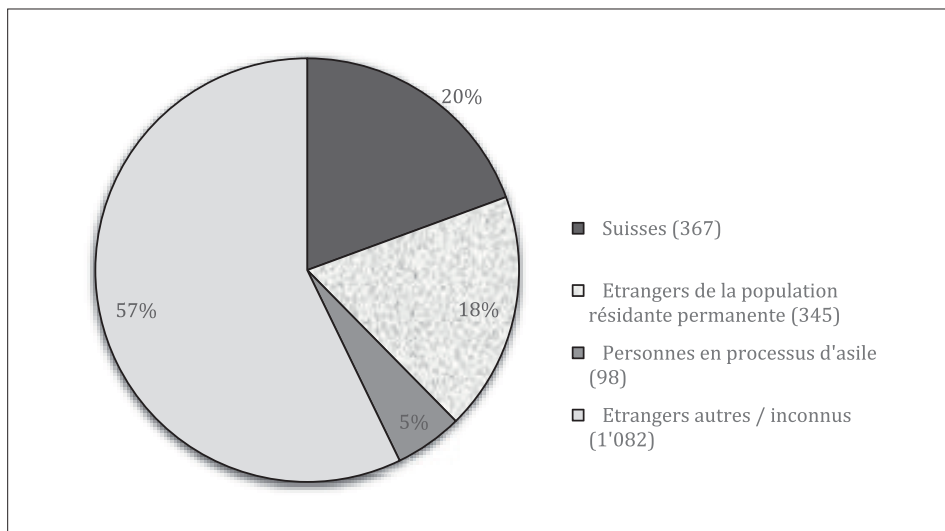


Graphique 7: Détentions avant jugement selon le canton en 2015 (nombres absolus, 2015)

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

les exigences liées à la formation que doivent avoir suivi les candidats pour être éligibles à ce poste ne sont pas forcément les mêmes dans tous les cantons. L'absence de statistiques au niveau national concernant l'activité des différents ministères publics cantonaux empêche de constater objectivement le polymorphisme que semble revêtir l'activité des différentes entités cantonales, mais les diverses formes de nomination n'en apparaissent pas moins comme un indicateur en lui-même de l'absence d'uniformité au niveau fédéral. L'utilisation différentielle de la détention avant jugement (anciennement appelée détention préventive) est un autre indice de ces disparités inter-cantoniales. Les graphiques 6 et 7 illustrent la part importante que la détention avant jugement représente sur l'ensemble des privations de liberté, mais également les différences extrêmes dans l'utilisation de la détention avant jugement dans les différents cantons.

Le type de populations placées en détention avant jugement est également un élément intéressant à mettre en évidence. On constate au graphique 8 que les étrangers sans titres de séjours sont très largement surreprésentés parmi les personnes placées en détention durant l'instruction. Cela s'explique en partie par le fait que, pour prononcer ce genre de détention, l'autorité d'instruction doit prendre en considération trois éléments-clés, soit le risque de fuite, le risque de collusion et le risque de réitération. C'est probablement dans le premier de ces éléments (risque de fuite) que les ministères publics puisent l'essentiel de leur argumentation pour maintenir des prévenus étrangers en détention. La différence inter-cantonale en termes d'usage de la détention avant jugement pourrait donc éventuellement être mise en relation avec le nombre



Graphique 8: Détention avant jugement selon le statut de séjour (2015)

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

d'étrangers résidant dans ces cantons. Néanmoins, à situation identique en la matière, les cantons de Genève et de Bâle (tous deux frontaliers) ne font pas du tout usage de la détention avant jugement dans les mêmes proportions.

III.3. Remarques finales

Nous l'avons mentionné plus haut, la Suisse connaît le principe de la légalité des poursuites, quelque peu édulcoré par certaines exceptions reposant sur le principe de l'opportunité. Sachant par ailleurs qu'une application plutôt stricte du principe de la légalité des poursuites est propre à mettre en marche le processus pénal bien plus souvent qu'une application plus large du principe de l'opportunité des poursuites, une diminution du nombre de poursuites pénales en Suisse pourrait être obtenue en élargissant les possibilités de classer certaines affaires en opportunité.

Constatant par ailleurs que la diversité de l'activité des ministères publics cantonaux engendre de grandes différences en matière de mise en détention avant jugement d'un canton à l'autre, une certaine uniformisation serait probablement la bienvenue, ne serait-ce que pour satisfaire le principe fondamental de l'égalité de traitement des prévenus. Une telle uniformisation pourrait éventuellement passer par une certaine uniformisation de l'organisation judiciaire au niveau national – ce qui nécessiterait toutefois que les prérogatives cantonales soient affaiblies et irait ainsi à l'encontre des principes du fédéralisme helvétique –, mais surtout par une immixtion beaucoup plus forte du Tribunal fédéral – notre Cour Suprême – dans les décisions de mise en détention avant jugement et une application plus large des mesures de substitution à la détention avant jugement, pourtant expressément prévues par le Code de procédure pénale.

Finalement, une dernière manière de tenter de diminuer le recours à la mise en accusation serait d'enfin introduire dans la législation pénale suisse une procédure tirée de la justice restaurative, telle que la médiation pénale (12). Cette dernière permettrait en effet de résoudre certains conflits en amont et donc d'éviter d'initier le processus pénal ordinaire. Une telle procédure de médiation avait été proposée par le Conseil fédéral (soit le Gouvernement suisse) (13), mais rejetée par le Parlement au moment des délibérations autour de l'unification de la procédure pénale (14).

IV. Recours excessif à la privation de liberté

IV.1. Considérations générales

La prison, en tant que peine, peut être surutilisée de deux manières très différentes: d'une part si l'on envoie trop de personnes en établissement pénitentiaire et, d'autre part lorsque les durées des peines sont trop importantes. Le *stock* pénitentiaire dépend en effet du *flux* d'entrées et de la *durée* des séjours. En d'autres termes, d'une part, rien ne sert d'infliger une peine privative de liberté lorsqu'une autre peine est également possible et que l'on peut en attendre le même résultat en termes de récidive potentielle et, d'autre part, rien ne sert de prévoir de longues durées de détention lorsque des privations de liberté plus courtes sont également possibles ou lorsque les programmes de resocialisation ne sont mis en œuvre que durant les dernières années de l'exécution de la peine.

Historiquement, cette thématique n'est pas nouvelle, loin s'en faut. En effet, avec les débuts de la peine d'enfermement apparaissent également ses détracteurs. C'est ainsi que, en 1864 déjà, partant de l'idée que la privation de liberté est parfois un «mal nécessaire» qu'il faut toutefois éviter à chaque fois que cela est envisageable, Bonneville de Marsangy (15) écrit dans ses conseils et propositions au législateur:

«Le juge doit se borner à prononcer l'amende toutes les fois, qu'eu égard au délit en lui-même ou au caractère du coupable, l'amende peut suffire à la répression; et il ne doit y ajouter l'emprisonnement qu'au cas de nécessité absolue... Une des règles consiste à ne jamais édicter ou prononcer la peine privative de liberté là où la peine pécuniaire suffit à la répression».

Il s'agit donc d'éviter l'emprisonnement autant que possible et de lui substituer des sanctions dont les effets personnels et sociaux seraient moins lourds. Quatre années plus tard, en 1868, Edouard Desprez (16) va encore plus loin que la simple limitation de la privation de liberté et écrit:

«L'Emprisonnement est un moyen radicalement mauvais et qui doit être abandonné complètement» (17).

Néanmoins, depuis que la liberté a été érigée en bien suprême dans le courant du XVIII^{ème} siècle, l'enfermement – représentant la perte de cette liberté – est progressivement devenu le châtement judiciaire par excellence. Ainsi, dans la grande majorité (pour ne pas dire dans la totalité) des systèmes pénaux européens, la peine privative de liberté est aujourd'hui la peine de référence en matière pénale.

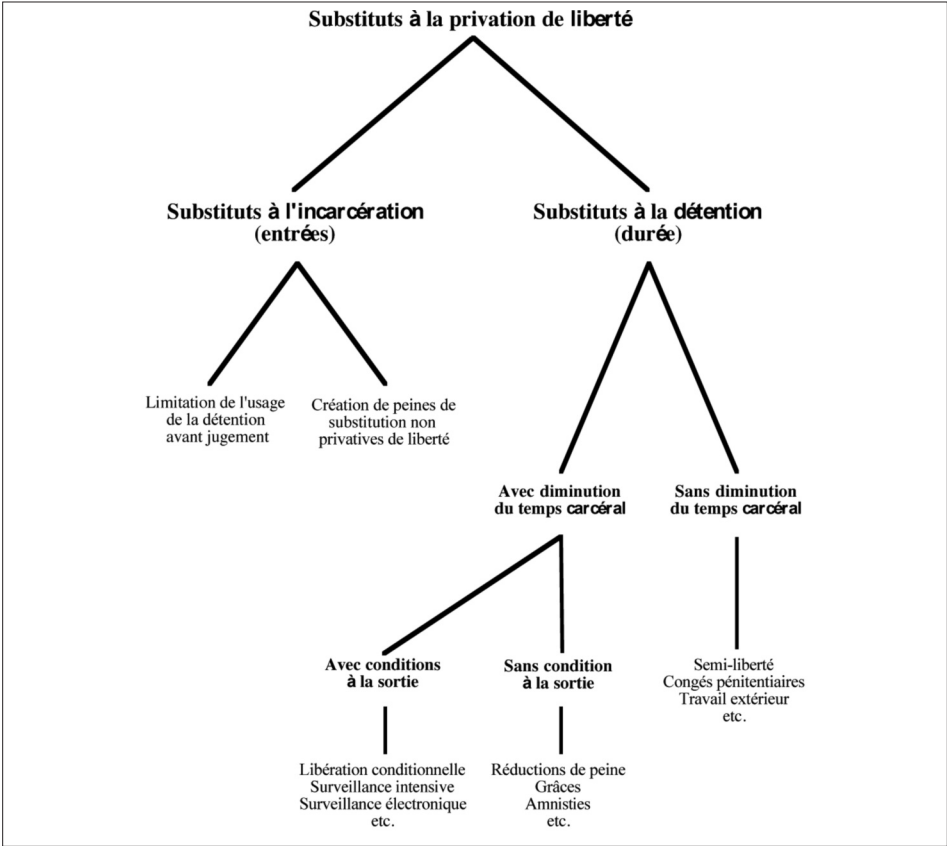
La dimension des populations carcérales ainsi créées est généralement mesurée par le *taux de détention*, obtenu en rapportant le nombre de personnes détenues – à une date donnée ou en moyenne annuelle – au nombre d'habitants. Ce taux permet d'obtenir des informations quant à l'effectif et à la structure des populations carcérales à un moment déterminé; cette statistique est dès lors dite de «*stock*» (18). Il est toutefois important de noter que l'effectif de ces populations résulte de mouvements (d'entrée et de sortie) considérables. Ces derniers sont pris en compte par ce que l'on appelle les statistiques de «*flux*» (19). Celles-ci se réfèrent à la notion dynamique d'*entrées* en prison plutôt qu'à la notion plus statique de personnes qui *sont* en prison.

Nous nous trouvons donc en présence de deux indices voisins – et souvent confondus – qui recouvrent pourtant des notions très différentes. Afin d'obtenir une vision plus dynamique des populations carcérales étudiées, il peut parfois être intéressant de mettre en relation ces deux indices. On doit alors faire intervenir une troisième notion qui est celle de la *durée* des peines. On peut en effet considérer que le nombre de personnes détenues (qui sont en prison) dépend du nombre de personnes incarcérées (qui entrent en prison) et de la durée des détentions. En d'autres termes, le stock est une composition du flux et de la durée (20): $Stock = Flux * Durée$

Nous parlerons de «*substituts à la privation de liberté*» lorsque nous entendons faire référence à toutes les mesures propres à diminuer, soit le flux des incarcérations, soit la durée des détentions. Cette terminologie a l'avantage de recouvrir aussi bien les mesures permettant d'éviter l'incarcération de certaines personnes (flux) que celles propres à diminuer la durée de la détention.

Afin de simplifier la problématique des substituts à la privation de liberté, nous avons tenté de la rendre accessible sous la forme d'un schéma. A chacune des extrémités des branches de cet arbre des possibles en matière de substituts à la privation de liberté sont énumérées des mesures qui semblent propres à diminuer le nombre des incarcérations ou la durée des détentions.

Dans un premier temps, cet arbre fait une distinction entre les substituts à l'incarcération (à savoir les mesures permettant d'éviter à certaines personnes d'entrer en prison) et les substituts à la détention (à savoir les mesures qui, sans éviter l'entrée en prison, permettent à des détenus d'éviter de devoir rester enfermés). Les substituts à l'incarcération se résument principalement à deux mesures: la limitation de l'usage de la détention avant jugement par des normes rendant la mise en détention préventive plus difficile, et la création – ou l'extension – de peines de substitution à la privation de liberté (telles que le sursis à la condamnation ou à l'exécution de la peine prononcée, le travail d'intérêt général, la peine pécuniaire, l'interdiction de conduire, la confiscation, les arrêts



Graphique 9: Arbre des possibles en matière de substituts à la privation de liberté

Conception: Pierre Tournier et André Kuhn, 1997 (21)

à domicile, l'interdiction d'exercer un métier, etc.). Ces peines sont dites *restrictives* de liberté.

Parmi les substituts à la détention, on trouve ceux qui entraînent une diminution du temps carcéral (la peine à purger devenant moins longue), et ceux qui n'interviennent pas sur la durée effective de la peine, mais qui sont néanmoins des mesures d'allègement pour les détenus. Il s'agit essentiellement de la semi-liberté, des congés pénitentiaires, des travaux que certains détenus sont amenés à effectuer à l'extérieur de la prison, etc. Si ces substituts à la détention sans diminution du temps carcéral ne modifient en réalité pas le taux de détention, les détenus étant toujours comptés comme présents, ils réduisent toutefois le temps à passer derrière les murs et permettent de préparer la sortie de prison, augmentant ainsi les chances d'insertion post-carcérale.

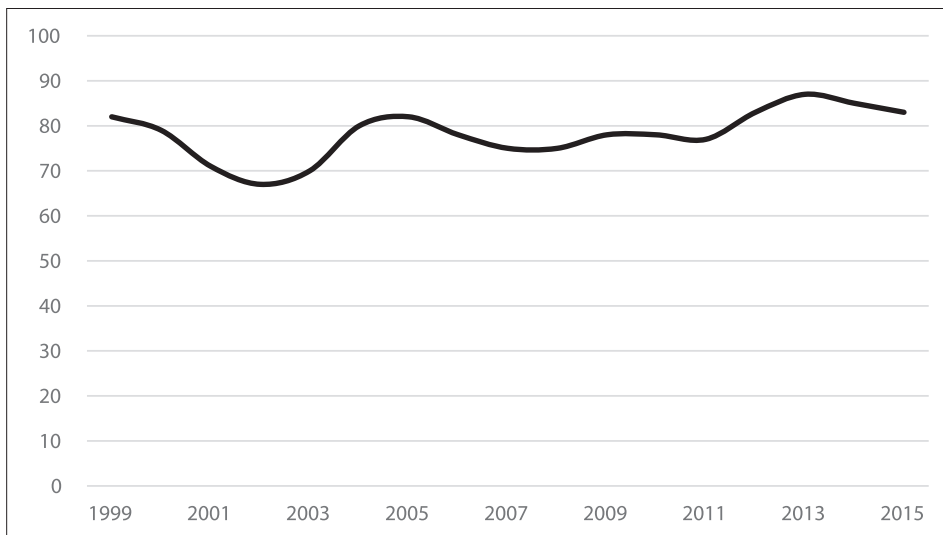
Finalement, parmi les substituts à la détention avec diminution du temps carcéral, on trouve les retours à la liberté soumis à une/des condition(s) (22)

résolutoire(s) ou suspensive(s), et les retours à la liberté sans condition, tels que les réductions de peine, les grâces et autres amnisties.

IV.2. Le cas de la Suisse:

Comme mentionné en introduction, l'usage abusif de la privation de liberté peut être appréhendé à travers l'activité de deux organes de la justice pénale. On peut en effet analyser l'usage de l'enferment à travers l'activité de l'*autorité de jugement* qui favoriserait des peines privatives de liberté au détriment d'autres peines plus proportionnées. On peut également l'interroger à travers les pratiques de l'*autorité d'exécution des peines*, qui, quant à elle, miserait davantage sur la neutralisation du condamné au détriment de sa resocialisation.

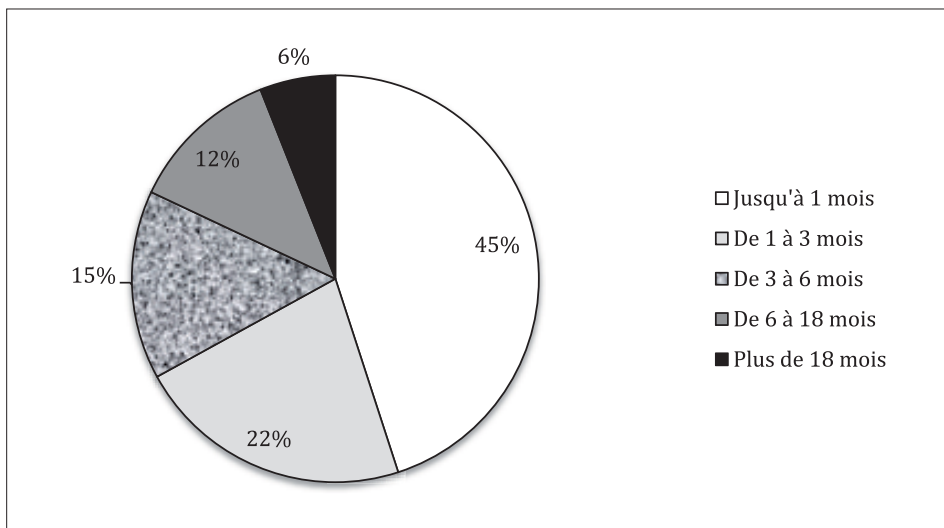
Tout d'abord, mentionnons que, malgré la limitation de l'usage des courtes peines privatives de liberté (soit des peines de moins de 6 mois) depuis 2007, le taux de détention est resté relativement stable, voire a même légèrement augmenté depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, passant de 75 à 83 détenus pour 100'000 habitants.



Graphique 10: Evolution du taux de détention pour 100'000 habitants

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

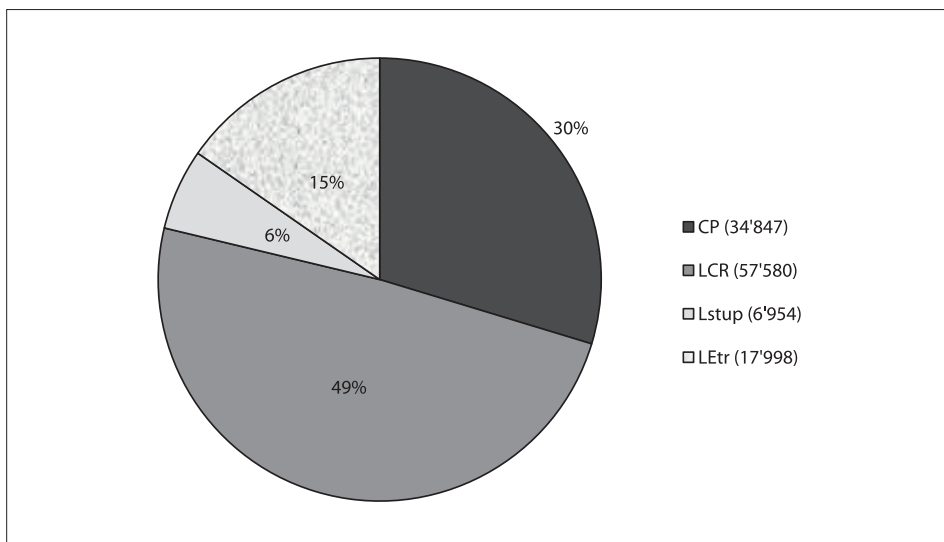
Or, un des objectifs de la révision 2007 du code pénal était précisément de remplacer les peines privatives de liberté de moins de six mois par des peines pécuniaires ou du travail d'intérêt général de manière – entre autres – à faire diminuer ce taux de détention. Si cet objectif a été atteint dans le cas des peines privatives de liberté inférieures à un mois (baisse de près de 100 % pour les peines avec sursis et de 77 % pour les peines fermes), il n'en demeure pas moins que les séjours carcéraux de moins de un mois représentent toujours une part importante des peines privatives de liberté exécutées en Suisse.



Graphique 11: Durée moyenne des exécutions de peines privatives de liberté (2015)

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

S'agissant des peines de un à six mois, le recul entre 2007 et 2015 est par contre relativement faible (-32 % pour les peines avec sursis et -19 % pour les peines fermes). Cela est dû notamment au fait qu'une grande partie de ces peines concerne des personnes étrangères sans statut de séjour (80 % des



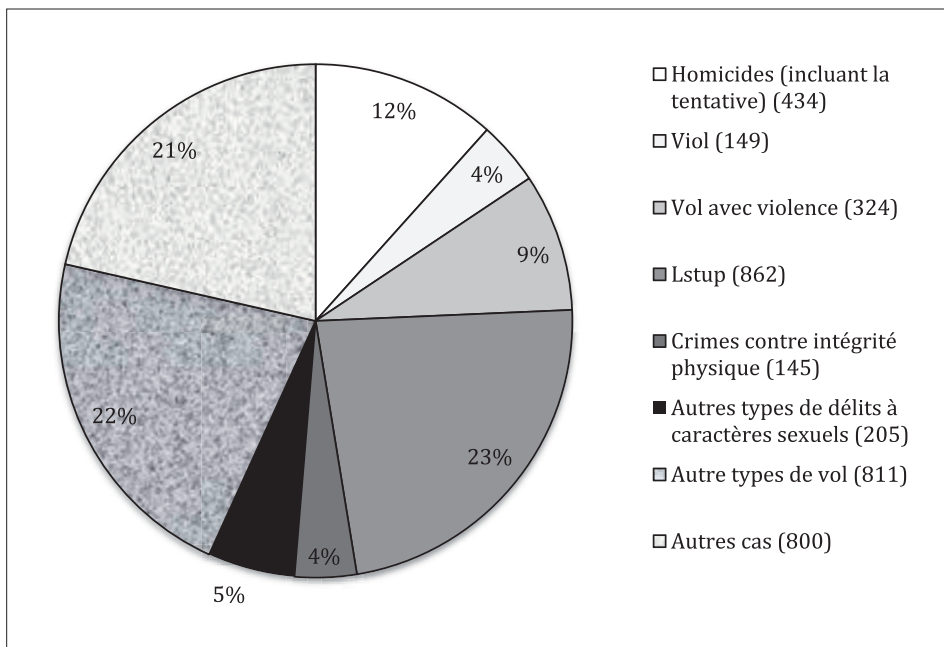
Graphique 12: Condamnation selon le type de loi (2015)

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

condamnations à une peine privative de liberté ferme de un à six mois), ce qui rend plus difficile l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'un travail d'intérêt général. Encore une fois, comme pour la détention avant jugement, les étrangers sans titre de séjour semblent être plus souvent incarcérés que les autres. Mais l'augmentation de la population carcérale pourrait également s'expliquer par le fait qu'en contraignant les juges à prononcer des peines pécuniaires pour les condamnations de moins de 6 mois, le système a probablement poussé ces derniers à augmenter leur punitivité en prononçant des peines plus longues augmentant ainsi le stock de détenus.

Toujours concernant l'activité de l'autorité de jugement, l'analyse des statistiques de condamnation permet de mettre en évidence les types de crimes les plus réprimés pénalement. On constate que, comme mentionné précédemment, la LCR représente environ la moitié des condamnations pénales pour crimes et délits en Suisse (23).

Au-delà de ces statistiques de condamnation, il n'existe en Suisse que peu d'informations relatives à l'incarcération, particulièrement en ce qui concerne les types de délits pour lesquels une personne est incarcérée. Néanmoins les Statistiques Pénales du Conseil de l'Europe nous fournissent quelques informations à ce sujet. A leur lecture on constate l'importance du nombre de personnes exécutant une peine privative de liberté pour des délits en lien avec la

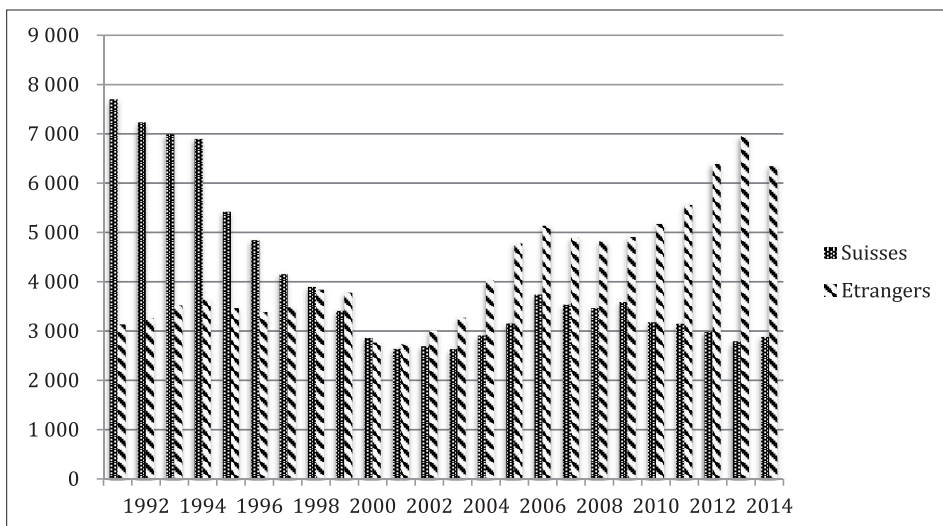


Graphique 13: Exécution de peines privative de liberté selon le type d'infraction (2013)

Source: Council of Europe Annual Penal Statistics, SPACE I, Prison Population Survey, 2013

LStup proportionnellement à la part des infractions enregistrées par la police en la matière. Si les infractions à la LStup ne représentent qu'un pourcentage relativement faible des délits enregistrés par la police (environ 12 %) et une part encore moins importante des condamnations pénales (moins de 10 %), elles concernent près d'un quart (23.1 %) des motifs d'exécution d'une peine privative de liberté en Suisse et constituent la catégorie de délits la plus représentée en détention! Malheureusement, cette statistique ne permet pas de faire émerger la part que représentent les infractions à la LEtr et à la LCR parmi les personnes condamnées à des peines d'enfermement, ces deux catégories étant incluses dans la sous-catégorie autres types de délit.

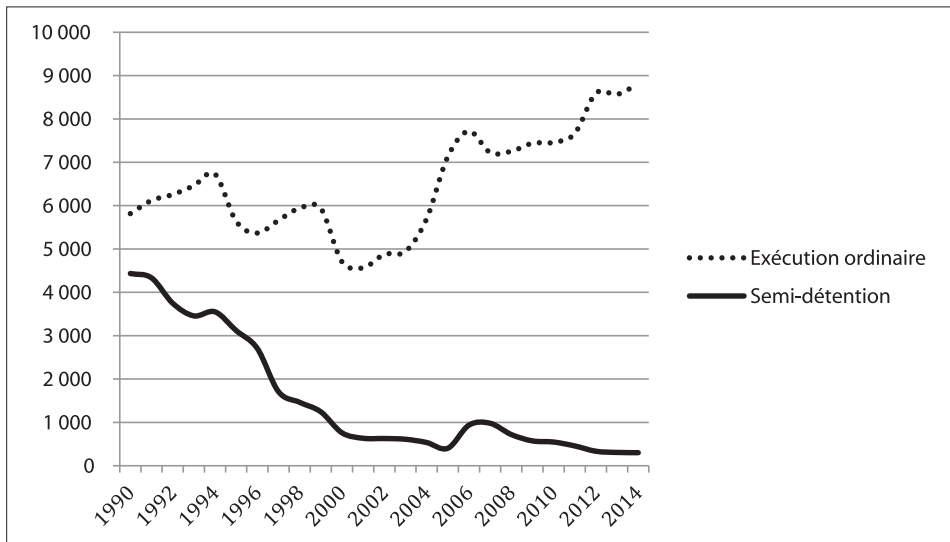
Concernant les caractéristiques de la population incarcérée, on constate à la lecture des données que les étrangers sont largement surreprésentés dans les statistiques pénitentiaires: ainsi plus de 2/3 des personnes en détention ne sont pas suisses. Cela pourrait s'expliquer par le fait que ces personnes semblent remplir les critères permettant aux tribunaux de leur infliger des courtes peines privatives de liberté en accord avec la modification du code pénal de 2007. Cependant la lecture longitudinale des données disponibles en la matière semble montrer que cette augmentation de la part des étrangers parmi le nombre total de détenus est antérieure à la modification légale de 2007.



Graphique 14: Proportion d'étrangers en exécution de peine privative de liberté

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

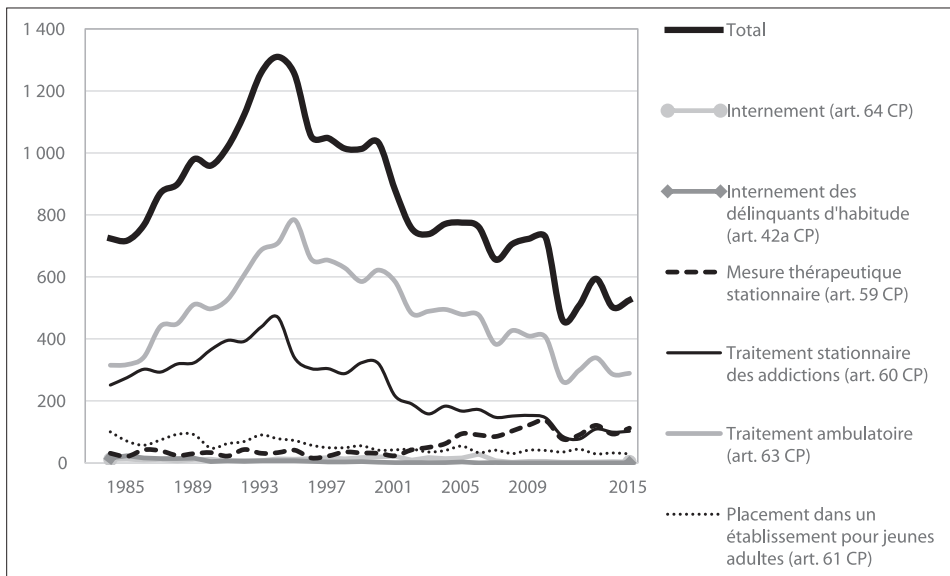
Le système de sanctions suisse est largement centré sur la peine privative de liberté et ses substituts qui interviennent principalement lors de l'exécution et sont utilisés de manière très limitée. Ainsi, lorsque l'on interprète les données en lien avec l'autorité d'exécution des peines, on constate la part de plus en



Graphique 15: Evolution des formes d'exécution de la sanction

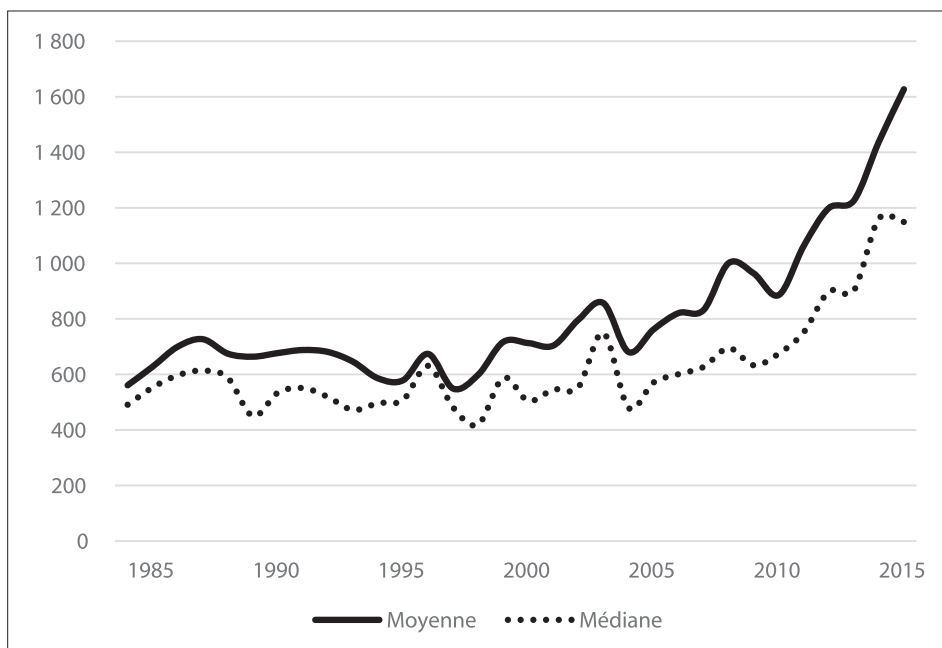
Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

plus faible que représente la semi-détention (soit la forme d'exécution qui consiste à pouvoir travailler dans la société libre tout en passant ses nuits et ses moments de loisirs en détention) dans les formes d'exécution de la sanction. La



Graphique 16: Evolution des mesures prononcées, selon le type de mesure

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016



Graphique 17: Exécution de mesures, durée moyenne et médiane de la détention (en jours)

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2016

semi-détention y apparaît comme en net recul depuis les années nonante alors que l'exécution ordinaire de la peine privative de liberté augmente, apparaissant toujours plus comme le mode d'exécution de référence.

En dehors des peines (généralement à durées déterminées), le système de sanctions suisse connaît encore des mesures privatives de liberté dont la durée est indéterminée. C'est ainsi que certains détenus malades et/ou représentant un danger particulier pour la société peuvent se voir imposer un traitement des troubles mentaux, un traitement des addictions ou un internement. Ces mesures pèsent sur le système carcéral par leurs durées généralement longues davantage que par leur nombre. En effet, comme en attestent les graphiques suivants (graphiques 16 et 17) l'effectif moyen de personnes incarcérées en vertu d'une mesure a tendance à diminuer alors que les durées moyennes et médianes de ces incarcérations augmentent drastiquement.

IV.3. Remarques finales

En admettant que la sanction pénale reste nécessaire malgré les développements présentés au chapitre II, le droit des sanctions doit idéalement devenir un droit de l'accèsion à la capacité de vivre en société sans commettre d'infractions. Pour qu'il en soit ainsi, il est indispensable que chaque sanction soit toujours adaptée à la situation particulière de l'individu qu'elle touche. En

d'autres termes, d'un droit de l'*acte*, le droit pénal doit devenir un droit de l'*auteur*, c'est-à-dire un droit non plus tourné vers l'infraction commise dans le *passé*, mais vers l'*avenir* de l'individu sanctionné.

La sanction doit donc être *personnalisée*. Pour y parvenir, en plus de la nécessité d'élargir la palette des sanctions (24) à la disposition des juges, nous proposons que le système de sanctions soit subdivisé en deux phases distinctes. L'idée serait ainsi de créer un système pénal à deux étages (25), avec un juge de siège qui se prononce essentiellement sur la *durée* de la peine et un juge d'application des peines qui se prononce ensuite sur le *type* de peine. Au tribunal, le juge, au lieu de prononcer un type de peine pour une certaine durée, ne se prononcerait plus que sur la *durée* de la peine. Il prononcerait ainsi sa peine en «unités pénales» en fonction de la culpabilité – ou plutôt de l'état et des besoins (26) – du délinquant.

Le juge aurait également le pouvoir de prononcer l'ajournement de ces «unités pénales», si les conditions de l'ajournement de la sanction sont remplies. S'il prononce l'ajournement, la procédure s'arrête là et le délinquant est condamné à un certain nombre d'«unités pénales» avec sursis. Si par contre le juge ne prononce pas le sursis, le dossier est renvoyé à un juge d'application des peines, à qui il revient de prononcer le *type* de peine le mieux adapté au délinquant. Ce juge d'application des peines sera tenu par le *quantum* de la peine, mais aura un large pouvoir d'appréciation, puisque la palette des sanctions qu'il aura à sa disposition sera très grande.

Dans certaines limites légales, le juge d'application des peines transformera donc chaque «unité pénale» soit en un jour-amende, soit en un jour de travail d'intérêt général, soit encore en un jour de détention, en un jour d'assignation à résidence, *etc.*

On peut même aller jusqu'à imaginer que ce juge d'application des peines puisse panacher et subdiviser la peine globale en une partie de peine à subir en détention et une seconde partie qui serait, par exemple, transformée en travail d'intérêt général. On pourrait aller encore plus loin et imaginer que le juge d'application des peines ait lui aussi le pouvoir d'assortir une partie de la peine, voire la peine dans sa totalité, d'un sursis.

Ce juge d'application des peines aurait comme obligation première de faire correspondre la sanction aux besoins réels du condamné et donc de répondre à l'exigence de personnalisation ou d'individualisation de la peine. Un tel système permettrait même une sorte de double individualisation, puisque le juge de condamnation prononcerait lui aussi sa peine en tenant compte de la situation personnelle du condamné.

Dans les faits, cette proposition reviendrait à passer d'un système où un seul juge décide de la culpabilité et de la peine dans son ensemble avant de laisser à une autorité (souvent administrative) le soin de prendre les décisions quant au mode d'exécution de cette peine, à un système dans lequel tout est judiciaire. C'est à un magistrat qu'il reviendrait de se prononcer sur la culpabilité et sur le *quantum* de la sanction et c'est encore à un magistrat qu'il reviendrait de déterminer le type de sanction et le mode d'exécution.

Le fait de transférer la décision quant au type de sanction du juge de siège à un juge d'exécution des peines est une garantie pour qu'il ne soit pas tenu compte du type de peine que l'on inflige lorsque l'on en prononce le *quantum*. De surcroît, un tel système laisse le soin du choix du genre de sanction à un spécialiste de la matière, soit à une personne dont les compétences devront être davantage psychologiques et/ou psychiatriques que juridiques.

En résumé, les décisions à prendre dans le processus pénal sont des décisions (1) quant à la culpabilité, (2) quant au *quantum* de la peine, (3) quant au type de peine, et (4) quant au mode d'exécution.

Aujourd'hui, le juge se prononce d'abord sur la culpabilité; dans un second temps, il prend une décision d'ensemble sur le type et le *quantum* de la peine, avant de se prononcer éventuellement sur le sursis; enfin, l'autorité d'exécution de la peine se détermine sur le mode d'exécution. Dans le système proposé, le juge de siège se prononce sur la culpabilité, sur le *quantum* de la peine et éventuellement sur son ajournement, puis c'est à un juge d'application des peines qu'il appartient de se prononcer sur le type de peine et sur le mode d'exécution.

Quant à la publicité du jugement, elle doit s'arrêter au *quantum* de la peine. En effet, le fait de ne publier que le *quantum* retire au juge d'application des peines la pression de l'opinion publique sur sa décision quant au type de peine. Cette dernière pourra donc être totalement adaptée au délinquant. C'est d'ailleurs également le seul moyen de faire comprendre de façon générale que la privation de liberté n'est définitivement plus la colonne vertébrale du système de sanctions.

En guise de conclusion, nous pensons qu'il n'est pas exagéré de prétendre que, pour améliorer la situation carcérale d'un État, ce dernier doit absolument être audacieux, ce que la Suisse n'est manifestement pas. Jacqueline Bernat de Celis (27) le disait:

«C'est à une évolution générale des mentalités qu'il faudrait travailler si l'on voulait vraiment, en politique criminelle, faire du neuf».

Par ailleurs, on attribue souvent à Einstein cette phrase ô combien intelligente selon laquelle *«on ne peut pas résoudre un problème au même niveau de pensée que celui qui a permis de le créer»*. Comme nous l'avons vu, il n'est pas insoutenable de prétendre que le système pénal est davantage un problème en soi qu'une solution aux problèmes sociaux qu'il est censé résoudre; il devient donc urgent de le repenser. Le repenser ne veut toutefois pas forcément dire qu'il suffit de remplacer les peines privatives de liberté par d'autres sanctions, mais peut-être faudrait-il revenir aux fondamentaux; nous allons le tenter dans notre conclusion.

V. Conclusion

Le présent article a tenté de présenter de manière succincte les éléments pouvant faire penser à une surutilisation du système pénal en Suisse. Il a tout d'abord mis en évidence le fait qu'un nombre restreint d'actes criminalisés représentait une

part importante des délits enregistrés et que parmi ces comportements problématiques, un certain nombre pourraient être traités sans avoir recours au système pénal. La spécificité du fédéralisme helvétique a également été mise en exergue. Elle se traduit par une grande diversité dans l'activité des divers organes étant amenés à faire respecter la loi. En effet, parmi les comportements proscrits, certains semblent faire l'objet d'une attention particulière en fonction du lieu où l'on se situe et indépendamment des caractéristiques endémiques. *A contrario*, certains délits que l'on sait pourtant récurrents dans notre pays, comme le blanchiment d'argent, semblent bénéficier d'un certain laxisme au regard de la rareté des cas instruits. Ces différences cantonales se traduisent notamment par l'usage extrêmement variable de la détention avant jugement. Une variabilité de l'action pénale qui concerne également la population à laquelle elle s'attaque. Ainsi, les étrangers semblent largement plus enclins à subir une période de privation de liberté que la population locale, qu'il s'agisse d'ailleurs de détention avant jugement ou d'exécution de peine. Concernant l'autorité de jugement, nous avons constaté que le taux de détention, tout comme la durée moyenne de l'enfermement sont à la hausse dans notre pays. En y regardant de plus près, nous avons pu mettre en évidence le fait que les infractions à la LStup pèsent lourd dans l'enfermement quand bien même cette catégorie d'infraction n'est que minoritairement enregistrée par la police. Enfin, concernant les formes d'exécution de la sanction, nous constatons que les autorités d'exécution des peines semblent de moins en moins enclines à octroyer aux condamnés des allègements de régime, en particulier à travers le régime de semi-détention dont l'usage se fait de moins en moins fréquent.

Mais au-delà de la simple remise en question de la criminalisation de certains actes, et de la manière dont ils sont traités par les ministères publics et les autorités de jugement puis d'exécution des peines, c'est peut-être également vers une autre forme de justice qu'il serait bon de se tourner. Il existe en effet deux grandes formes de justice à travers le monde. La première prévoit que le crime est une offense contre l'État et ses lois; que la justice se concentre donc sur l'établissement de la faute qui a été commise dans le passé, afin de mesurer la dose de souffrance à infliger à l'auteur; cette justice est recherchée au cours d'un duel entre adversaires, duel lors duquel l'accusé est opposé à l'État; finalement, on évalue cette justice pénale en fonction de la bonne application – et donc du respect – des règles matérielles et formelles en vigueur. Cette forme de justice pénale – que nous connaissons bien, puisqu'elle constitue le fondement de notre système pénal actuel – est généralement appelée la «justice rétributive» ou, plus métaphoriquement, la «justice du glaive» (28), notion faisant référence au fait que notre droit pénal suppose l'existence d'intérêts individuels distants les uns des autres, le conflit intervenant lorsque les intérêts des uns se rapprochent trop de (voire empiètent sur) ceux des autres. La justice est ainsi appelée à trancher le point de rencontre avec le glaive et à replacer les intérêts de chacun sur une balance afin de rétablir l'équilibre.

La seconde manière de prendre en charge les comportements ressortant de la déviance criminalisée envisage le crime comme une offense contre des gens

et des relations; dans cette conception, la justice – ouverte sur l’avenir – s’efforce d’identifier les besoins de chacun afin de trouver un remède à la situation, de réparer les dommages et de restaurer les relations; elle encourage le dialogue et l’accord mutuel et donne à l’auteur et à la victime un rôle central; finalement, on évalue cette justice en fonction du résultat, soit de l’étendue de la prise de conscience et de la «guérison» des individus et des relations. Cette forme de justice – relativement peu connue sous nos cieux actuellement, mais largement répandue dans d’autres cultures (29) – est généralement appelée la «justice restaurative» (30) ou, métaphoriquement, la «justice de l’aiguille» (31) et considère que les divers intérêts individuels s’imbriquent et forment les fibres d’un tissu social. Le conflit correspond alors à un éloignement des intérêts individuels, soit à une déchirure de ce tissu social. Telle une couturière munie d’un fil et d’une aiguille, la justice doit alors recoudre les intérêts séparés par la crise.

Ces deux conceptions montrent clairement que la justice est un concept polysémique et qu’il est donc possible de rendre justice de plusieurs façons. Nos tribunaux appliquent la «justice du glaive» (32), alors que d’autres sont plus sensibles à une forme de «justice de l’aiguille». Si notre logique judiciaire se propose de trancher un litige en donnant raison à l’une des parties en conflit au détriment de l’autre, la seconde conception vise, quant à elle, à permettre aux parties de trouver – si possible consensuellement – une solution à leur conflit grâce à l’intervention d’un tiers qui sera davantage médiateur (33) que juge.

Le système de justice étant construit comme une poupée russe, les pièces intérieures ne méritent un traitement que lorsque la pièce principale existe. Si le problème de la criminalisation était résolu, plus de problème de justice et d’exécution des sanctions. C’est donc bien sur le chapitre II qu’il est important de s’attarder.

Finalement, à ceux qui ne pourraient concevoir une société sans prison, sans sanction et sans loi pénale, il est utile de rappeler qu’il fut un temps, pas si lointain, où l’aveu était nécessaire pour condamner un individu et où le «bon» fonctionnement du système était dépendant de l’existence de la torture pour obtenir (ou extirper) cet aveu. En ce temps-là, une société sans torture n’était simplement pas concevable... Si l’on avait dit à des pénalistes de l’époque que, au XXI^{ème} siècle, on pourrait condamner un individu sans qu’il avoue son méfait, ils auraient simplement répondu que nous sommes des barbares, puisque nous prenons le risque de condamner des innocents... Avec l’œil averti d’un humain du XXI^{ème} siècle, nous regardons pourtant le droit de nos aïeux avec condescendance. Mais quel regard portera l’humain du XXV^{ème} siècle sur les pratiques pénales – dont fait partie l’enfermement – de ses propres aïeux ?

Rien n’est donc éternel... ni la prison, ni les sanctions formelles, ni même le droit pénal probablement... Une chose est en effet certaine, et notre système pénal ne l’a manifestement pas encore compris: «On ne peut garantir la vie en donnant la mort, on ne peut défendre la liberté en enfermant des milliers d’individus, on ne peut refuser la violence en utilisant la violence» (34); notre droit pénal est donc indubitablement destiné à se réformer en profondeur, voire à disparaître.

Notes

- 1 Martin Killias, André Kuhn & Nathalie Dongois, *Précis de droit pénal général*, Berne: Stämpfli, 4^{ème} édition, 2016, p. 26-27, n° 143.
- 2 Martin Killias, André Kuhn & Nathalie Dongois, *Précis de droit pénal général*, Berne: Stämpfli, 4^{ème} édition, 2016, p. 26-27, n° 501.
- 3 Martin Killias, Marcelo Aebi & André Kuhn, *Précis de criminologie*, Berne: Stämpfli, 3^{ème} édition, 2012, p. 348, n° 810.
- 4 Martin Killias, 'La criminalisation de la vie quotidienne et la politisation du droit pénal', 129 *Revue de Droit Suisse* 4 (1995), p. 369-458, plus précisément p. 371-372, n° 203.
- 5 Niklaus Oberholzer, in *NZZ am Sonntag* 3 janvier 2016, p. 9.
- 6 A ce propos, voir André Kuhn, 'Décriminaliser la circulation routière, est-ce vraiment impossible?', 3 *Revue Interdisciplinaire de Circulation Routière* 2 (2011), p. 23-26.
- 7 Les contraventions ne sont pas prises en compte dans la présente statistique malgré le fait que, dans certains cas, elles puissent également faire l'objet d'une inscription dans le casier judiciaire.
- 8 A ce propos, voir Martin Killias, Marcelo Aebi & André Kuhn, *Précis de criminologie*, Berne: Stämpfli, 3^{ème} édition, 2012, p. 346-352, n° 807-813.
- 9 A moins évidemment qu'une condition de poursuite (liée notamment à la prescription ou à la plainte pénale) ne soit pas réalisée. Il en va par exemple ainsi lorsque l'infraction n'est poursuivie que sur plainte et qu'aucune plainte n'a été déposée.
- 10 A ce propos et sur les effets – notamment sur la criminalité féminine – de ces deux politiques criminelles différentes, voir Martin Killias, Marcelo Aebi & André Kuhn, *Précis de criminologie*, Berne: Stämpfli, 3^{ème} édition, 2012, p. 90-95, n° 4090-4095.
- 11 Pour des détails sur le sujet, voir Yvan Jeanneret & André Kuhn, *Précis de procédure pénale*, Berne: Stämpfli, 2013, p. 201-202, n° 519.
- 12 A propos de la médiation pénale en Suisse, voir – entre autres – André Kuhn, 'La médiation pénale', *Journal des Tribunaux* 2002, p. 99-109, ainsi que Camille Perrier, *La médiation en droit pénal suisse: étude de la législation suisse relative à la médiation pénale à la lumière des droits français, allemand et belge*, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2011. Concernant plus généralement la justice restaurative, voir la conclusion de la présente contribution.
- 13 FF 2006 1057, plus particulièrement p. 1252-1253 et 1469-1470.
- 14 Sur les raisons – principalement politiques et financières – de ce rejet, voir Catherine Faller, 'Historique de la médiation pénale dans le Code de procédure pénale suisse: de son introduction à sa suppression', 127 *Revue pénale suisse* 1 (2009), p. 18-39.
- 15 Bonneville de Marsangy, *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, tome II, Paris: Cosse et Marchal, 1864, p. 253 et 258. Par ailleurs, il est à noter que Bonneville de Marsangy n'est pas à l'origine de cette manière de penser; en effet, Cesare Beccaria, (*Des délits et des peines*, Milan, 1764, § XV) écrivait un siècle auparavant: «Parmi les peines, et dans la manière de les appliquer en proportion des délits, il faut donc choisir les moyens qui feront sur l'esprit du peuple l'impression la plus efficace et la plus durable et, en même temps, la moins cruelle sur le corps du coupable».
- 16 Edouard Desprez, *De l'abolition de l'Emprisonnement*, Paris: Dentu, 1868, p. 202.
- 17 Par ailleurs, Desprez indique dans son avant-propos (p. I) que «En parlant de l'Emprisonnement, nous prenons le mot dans son sens le plus étendu, et non pas dans son acception spéciale et juridique. Nous comprenons sous la même dénomination, non seulement l'Emprisonnement correctionnel, mais encore la Réclusion et les Bagnes».
- 18 Le taux de détention s'exprime généralement par un nombre de détenus pour 100'000 habitants.
- 19 Sur la nuance entre le «flux» et le «stock», cf. également André Kuhn, *Détenus: Combien? Pourquoi? Que faire?*, Berne: Haupt, 2000, p. 11-14.
- 20 Pour davantage de précisions à ce sujet, cf. Pierre Tournier, 'Detention stocks, flows and durations: Modes of turnover of prison populations in Europe', in: HEUNI (eds), *Prison Population*

in *Europe and North America: Problems and Solutions*, Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1997, p. 67-91.

- 21 Conceptualisation entreprise dans le cadre des travaux préparatoires qui ont mené à l'adoption, le 30 septembre 1999, de la Recommandation n° R (99) 22 concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale; cf. «*Rapport sur le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale*» élaboré par le PC-CP avec l'aide des Experts scientifiques André Kuhn, Pierre Tournier et Roy Walmsley, Strasbourg: Conseil de l'Europe, 2000, p. 13-94, en particulier p. 67.
- 22 Si la condition n'est pas ou plus remplie, le libéré devra retourner en prison.
- 23 Pour rappel, les contraventions sont exclues de cette analyse.
- 24 A ce propos, voir par exemple les propositions de Yvan Jeanneret, André Kuhn & Laurent Moreillon, 'Quel droit pénal pour demain?', in: Marcel A. Niggli, José Hurtado Pozo & Nicolas Queloz (eds), *Festschrift für Franz Riklin*, Zurich: Schulthess, 2007, p. 137-151, contribution dans laquelle les auteurs proposent – outre une extension de l'opportunité des poursuites et l'introduction du système de l'ajournement de la peine – le travail d'intérêt général réparateur, la flexibilisation des peines existantes, l'assignation à résidence, l'interdiction de conduire, la peine panachée, etc. A ces peines, on pourrait encore ajouter bon nombre d'autres sanctions «originales» permettant de sanctionner l'infraction par la peine la mieux à même de faire réfléchir l'auteur et d'éviter sa récidive. Nous pensons ici, à titre d'exemple, à l'interdiction d'exercer une profession, l'interdiction de conduire, la publication du jugement, la confiscation du matériel de ski et à l'interdiction de se rendre sur un domaine skiable pour un skieur ayant causé des lésions corporelles ou un homicide par négligence en skiant de manière imprudente et en fonçant dans un autre utilisateur des pistes, etc.
- 25 A ce propos, voir André Kuhn, *Détenus: Combien? Pourquoi? Que faire?*, Berne: Haupt, 2000, p. 207-215.
- 26 A ce propos, voir par exemple Loïc Parein, *La fixation de la peine: de l'homme «coupable» à l'homme «capable»*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2010, p. 191-240, auteur qui parle du délinquant comme d'un individu «submergé» qu'il s'agit de «libérer», créant par là même le concept de «droit pénal libérateur».
- 27 Jacqueline Bernat de Celis J., 'Pourquoi les tribunaux français appliquent-ils si peu les peines dites «de substitution»?', 7 *Archives de Politique Criminelle*, Paris: Pedone, 1984, p. 239.
- 28 Métaphore empruntée à Anne-Catherine Salberg & Julien Knoepfler, 'Le Glaive, le miroir et l'Autre. Expériences de médiation transculturelle en Suisse romande', in: Pierre Centlivres & Isabelle Girod (eds), *Les défis migratoires*, actes du 4^e colloque CLUSE, Neuchâtel: Seismo, 2000, p. 518-527, plus particulièrement p. 526.
- 29 Principalement en Océanie, en Afrique, en Amérique du Sud et au nord de l'Amérique du Nord. A ce propos, voir notamment André Kuhn & Camille Perrier, 'Quelle importance accordons-nous aux modes amiables de règlement des conflits?', in: Nadja Capus & Jean-Luc Bacher (eds), *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit – Le système de justice pénale: ambitions et résultats*, Berne: Stämpfli, 2010, p. 217-244, plus précisément p. 227ss.
- 30 Cette justice est parfois appelée «réparatrice», en référence à l'aspect réparateur des préjudices de cette forme de justice, et parfois «restauratrice» ou «restaurative», en référence au terme anglophone «*restorative justice*» et à la volonté de restaurer des relations intersubjectives; à ce propos, voir Catherine Rossi, 'Le modèle québécois des Rencontres Détenus-Victimes', *Les Cahier de la justice* 2 (2012), p. 107-126, plus précisément p. 107.
- 31 Métaphore empruntée à Koffi Kumelio A. Afande, 'Les sanctions pénales en Afrique: entre tradition et modernité', in: Volker Dittman, André Kuhn, Renie Maag & Hans Wiprächtiger (eds), *Entre médiation et perpétuité: Nouvelles voies dans la lutte contre la criminalité*, Rüegger, Coire, 2002, p. 275-295, plus précisément p. 277.
- 32 Selon l'histoire telle qu'il est de coutume de la conter dans nos Facultés de droit européennes, de vengeance privée, la justice aurait passé aux mains de l'État, en conséquence de quoi la victime aurait progressivement perdu sa place au procès pénal au profit de cet État. Il est donc logique que, dans cette conception de la justice, le crime soit perçu comme une atteinte à l'État plutôt qu'à la victime. Cela ne laisse évidemment que peu de place à une justice couturiè-

re. Mais ne serait-il pas opportun de revoir quelque peu nos fondements historiques ? La vengeance privée était-elle véritablement la première forme de justice existante ? Comment expliquer que, dans des contrées aussi éloignées les unes des autres et en des temps où les contacts entre peuples de continents différents étaient inexistants, l'Afrique, l'Océanie et l'Amérique du Nord ont connu des modes de résolution des conflits aussi semblables que la palabre, la conférence et le cercle (à ce propos, voir par exemple André Kuhn & Camille Perrier, 'Quelle importance accordons-nous aux modes amiables de règlement des conflits ?', in: Nadja Capus & Jean-Luc Bacher (eds), *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit – Le système de justice pénale: ambitions et résultats*, Berne: Stämpfli, 2010, p. 217-244, ainsi que Assouman Bamba, 'Les États africains à l'école du pardon purificateur de l'arbre à palabre', *LXVI Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique* 2 (2013), p. 152-168) ? La première forme de justice n'aurait-elle pas peut-être plutôt été amiable que vengeresse ?

33 A propos de la médiation pénale, voir – entre autres – André Kuhn, 'La médiation pénale', *Journal des Tribunaux* 2002, p. 99-109, ainsi que Camille Perrier, *La médiation en droit pénal suisse: étude de la législation suisse relative à la médiation pénale à la lumière des droits français, allemand et belge*, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2011.

34 Catherine Baker, *Pourquoi faudrait-il punir ?*, Lyon: Tahin Party, 2004, p. 176-177.

