

Le droit pénal suisse sous l'angle du droit des sanctions : Du rétroviseur au pare-brise*

André Kuhn

Professeur aux Universités de Neuchâtel et de Genève

Table des matières

- I. Introduction
- II. L'utopie initiale
- III. La «modernisation» du droit pénal
- IV. La révision du 1^{er} janvier 2018
- V. Conclusion dystopique

I. Introduction

Traditionnellement, on fait remonter le Code pénal suisse, soit à son premier avant-projet datant de 1893 et élaboré par Carl Stooss¹, soit à la date de l'adoption par les Chambres fédérales du premier Code pénal unifié en 1937², soit à la votation populaire qui suivit le référendum déposé contre ce Code pénal et à son adoption par la majorité

* Certaines parties du présent texte – et surtout les idées qui y sont véhiculées – ont déjà été publiées par l'auteur dans des écrits antérieurs (entre autres : Droit suisse des sanctions : de l'utopie à la dystopie, *Revue Pénale Suisse* 3/2017, 235-255 ; Le droit des sanctions version 2018, in: *Droit pénal – Évolutions en 2018*, Bâle 2017, 1-25). Là où certains utiliseront peut-être la notion ridicule d'«auto-plagiat», l'auteur considère qu'il s'agit plutôt d'un phénomène positif, puisqu'il est le reflet d'un mode de pensée logique, cohérent et surtout constant.

¹ C. Stooss, Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Im Auftrage des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss / Avant-Projet de Code pénal suisse, Partie générale, traduit par mission du Département Fédéral de Justice et Police par Alfred Gautier, Bâle et Genève 1893. Ce texte a toutefois été élaboré sur la base de travaux qui ont fait l'objet de plusieurs publications antérieures du même auteur : C. Stooss, Die Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrates Herausgegeben / Les Codes pénaux suisses rangés par ordre de matières et publiés à la demande du Conseil Fédéral, Bâle et Genève 1890 ; C. Stooss, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt, Band I, Bâle et Genève 1892 ; C. Stooss, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt, Band II, Bâle et Genève 1893.

² Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale – Conseil National, 1937, 871-874 ; Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale – Conseil des Etats, 1937, 497-501. Pour le texte du Code pénal et le délai référendaire, voir FF 1937 III 645 (BBl 1937 III 625). Pour le Message du Conseil fédéral, voir FF 1918 IV 1 (BBl 1918 IV 1). Pour un aperçu plus large des travaux préparatoires et les documents s'y référant, voir www.rwi.uzh.ch/de/lehreforschung/alphabetisch/thommen/materialien.html (dernière consultation le 23 février 2018).

du peuple suisse exprimée en 1938³, soit encore à 1942, date de l'entrée en vigueur du texte⁴.

Néanmoins, le droit des sanctions n'a pas attendu l'entrée en vigueur du Code pénal unifié pour exister. Avant 1942, il figurait en effet dans le domaine de compétences des cantons qui avaient chacun leur propre droit pénal et, dès lors, leur propre droit des sanctions⁵. C'est de cette situation initiale que partira notre propos.

II. L'utopie initiale

Initialement, le droit pénal consistait à tenter de dissuader les criminels de récidiver et à nous dissuader nous tous, criminels potentiels que nous sommes, de commettre des infractions. Le droit pénal était donc une véritable machine aux mains de l'État pour intimider les gens, pour leur faire peur, pour insuffler en eux la peur du gendarme. C'est ce que l'on appelle aujourd'hui encore la prévention spéciale – lorsqu'elle s'adresse au criminel pour qu'il ne récidive pas – et la prévention générale – lorsqu'elle s'adresse à nous tous pour nous enlever toute envie de commettre des infractions.

Notons au passage que, vu sous l'angle de la dissuasion, un droit qui vise à faire peur aux justiciables n'est pas un droit très sympathique et est donc hautement questionnable en termes de désirabilité sociale.

Mais le droit pénal n'avait pas que cette fonction⁶ de dissuasion. Il servait aussi, selon le sociologue français Émile Durkheim – qui a d'ailleurs vécu à la même époque que Carl Stooss – à «maintenir la cohésion sociale et la conscience commune»⁷, en d'autres termes à marquer le pouvoir de l'État sur les justiciables, ainsi que les limites de ce qui est permis dans une société. De plus, on lui attribue également les fonctions de rétribution – c'est-à-dire de punition, fonction purement morale sous-tendue par le ressentiment et qui n'a d'autre ambition que de permettre à la société de se venger⁸ –

³ FF 1938 II 551 (BBl 1938 II 547). Pour la petite histoire, rappelons que le Code pénal unifié a passé de justesse lors de cette votation, avec 53.5% des voix, les résistances les plus fortes provenant des cantons de la Suisse dite primitive et de la Suisse dite romande.

⁴ Art. 392 CP (RS 311.0). Pour trouver sur Internet le Code pénal suisse dans sa version actualisée en permanence, il suffit de se rendre à l'adresse suivante : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html>.

⁵ À ce propos, voir *Stooss* 1890 (n. 1).

⁶ Pour un exposé explicatif des diverses fonctions de la sanction pénale, voir notamment *A. Kuhn*, Peut-on se passer de la peine pénale ? – Un abolitionnisme à la hauteur des défis contemporains, *Revue de Théologie et de Philosophie* 2009, 179.

⁷ *E. Durkheim*, Définitions du crime et fonction du châtement, *in*: De la division du travail social, Paris 1893 : «Elle [la peine] 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». Il est intéressant de constater que ces mots datent de l'année même de la parution du premier avant-projet de Code pénal suisse élaboré par Carl Stooss. On peut donc constater que la remise en question du droit pénal de l'époque, que nous, pénalistes suisses, attribuons fièrement à notre père spirituel Carl Stooss, n'était en fait rien d'autre qu'une concrétisation des idées dans l'air du temps à la fin du 19^{ème} siècle.

⁸ L'illustration la plus claire de cette fonction de la peine est la loi du talion (soit le châtement qui consiste à infliger au coupable le même traitement qu'il a fait subir à sa victime) ; il convient néanmoins de souligner que celle-ci a représenté, à ses origines, un progrès puisqu'elle canalisait le

, d'élimination des criminels – soit le retrait plus ou moins définitif de la société de ses éléments dangereux et/ou gênants, par l'intermédiaire de la peine capitale, de la neutralisation par un enfermement de longue durée, du bannissement, de l'exil ou de l'expulsion pénale⁹ –, ou encore de resocialisation – en tentant de «corriger» l'auteur d'une infraction et d'annuler ses tendances non conformes pour lui donner toutes les chances de pouvoir vivre en société sans commettre de nouvelles infractions¹⁰.

C'est sur ces notions de «resocialisation» et de «correction» de l'individu ayant commis une infraction que le législateur du début du 20^{ème} siècle fondera le droit pénal unifié, et ce sur la base d'une idée de génie – que l'on attribue généralement ici en Suisse à Carl Stooss –, idée qui a consisté à introduire un système de sanctions dit dualiste. Dans le but de traiter la criminalité par les moyens les plus efficaces possible, et parce que parfois la peine ne suffit pas à freiner une personne dans son activité délictueuse, le législateur a créé les mesures.

Les sanctions pénales se subdivisent ainsi en peines d'une part, et en mesures d'autre part¹¹. Les premières – initialement des peines de privation de liberté et des peines d'amende – sont destinées à punir un acte commis dans le passé et leur quotité est donc fixée en fonction de la faute pénale commise par le condamné – soit le degré de culpabilité de l'auteur de l'infraction –, alors que les secondes consistent en une prise en charge particulière – et de durée indéterminée – d'individus particuliers¹², pour que ceux-ci ne soient pas amenés à recommencer à l'avenir¹³.

recours à la violence en imposant une compensation s'élevant à un mal pour un mal, alors que, jusque-là, la compensation pouvait aller jusqu'à dix fois le mal initial. Ainsi, le système du talion implique, non pas que la société de l'époque était dominée par un esprit de vengeance, mais bien plutôt que cette vengeance était contrôlée et devait s'exercer dans un certain cadre.

⁹ On sait toutefois aujourd'hui que les effets de ce genre de politiques criminelles sur le taux de criminalité sont infiniment modestes pour des raisons aussi diverses que le fait que l'on ne peut neutraliser un délinquant qu'après la commission d'une première série de méfaits, qu'on ne neutralise pas forcément les personnes présentant les plus grands risques de récidive, que certains auteurs neutralisés sont simplement remplacés sur le marché du crime, etc.

¹⁰ La resocialisation – que l'on trouve d'ailleurs explicitement mentionnée à l'art. 75 CP – consiste ainsi à remettre dans le droit chemin, sur les bons rails, notions qui impliquent d'ailleurs que toutes les sociétés (même celles que nous considérons aujourd'hui comme étant ou ayant été «mauvaises») savent toujours et ont toujours su ce qui est bon et ce que sont donc les «bons rails»...

¹¹ En ce temps, les peines principales étaient les peines privatives de liberté d'une part et l'amende d'autre part. À ces «peines principales», venaient s'ajouter quelques «peines accessoires» (c'est-à-dire prononçables qu'accessoirement à une peine principale), telles que la privation des droits civiques, la déchéance de la puissance paternelle, l'interdiction d'exercer une profession, l'expulsion, ou encore l'interdiction de débits de boissons. Quant aux mesures, elles se subdivisaient elles aussi en deux catégories : d'un côté les «mesures de sûreté» (internement des délinquants d'habitude, renvoi dans une maison d'éducation au travail, renvoi de buveurs invétérés ou de toxicomanes dans un établissement approprié) et, de l'autre côté, les «autres mesures» que l'AP de 1908 nommait encore «mesures de prévention» (cautionnement préventif, confiscation, publication du jugement, etc.). À ce propos, voir *P. Logoz*, Commentaire du Code Pénal Suisse – Partie générale, 1^{ère} éd., Fascicule II, Neuchâtel 1939, 148-151.

¹² Les individus particuliers initialement concernés par ces mesures sont principalement les délinquants d'habitude, les personnes qui souffrent de troubles mentaux et les personnes qui souffrent d'une addiction.

¹³ À ce propos, voir également *Logoz* (n. 11), 147 : Entre les mesures et les peines, «il y a une différence fondamentale. La peine est un mal infligé à un individu parce qu'il a violé la loi d'une façon coupable. Elle peut donc être plus ou moins sévère. Il en va autrement pour la mesure, dont la raison d'être est tout autre : la mesure est ordonnée en raison d'un *état personnel* spécial dans

En d'autres termes, parce que la peine n'est pas en mesure de dissuader certains individus, on a inventé les mesures. La création même de ce système dualiste est dès lors – comme le disait déjà Durkheim lorsqu'il affirmait que la peine «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»¹⁴ – une reconnaissance implicite du non-fonctionnement de la dissuasion comme but de la peine¹⁵ et que *tout le système pénal n'est donc qu'une grande utopie...*

III. La «modernisation» du droit pénal suisse

On a donc créé, au 19^{ème} siècle déjà, un droit pénal qui ne se contente plus de regarder dans le rétroviseur et de sanctionner les malfaiteurs en fonction de l'acte qu'ils ont commis dans le passé, mais qui regarde aussi à travers le pare-brise pour prendre en charge un individu dont on pense que la peine ne l'empêchera pas de commettre une nouvelle infraction à l'avenir.

À l'entrée en vigueur du CP, les commentateurs écrivaient cependant : «Le CPS n'a pas, sous prétexte de réforme, perdu le contact avec les bases traditionnelles du droit pénal»¹⁶. En effet, peines et mesures s'inscrivaient ensemble dans un dualisme à caractère humain, cherchant à faire au mieux pour le délinquant. On voyait les choses de manière complémentaire ; c'est-à-dire que les peines et les mesures visaient en fait le même but, à savoir celui de prendre en charge un délinquant de manière optimale pour lui éviter de commettre de nouvelles infractions et de retomber dans les griffes du droit pénal. Carl Stooss lui-même qualifiait ce système dualiste de sanctions – peines et mesures – de «moderne» et de «précurseur» et considérait que les dispositions sur le sujet étaient « parmi les plus importantes » de son Avant-projet de 1893¹⁷.

En 1971, le législateur révisé quelque peu ce droit des sanctions¹⁸, notamment en y apportant certaines corrections et en y ajoutant quelques nouvelles formes d'exécution de certaines sanctions¹⁹. Néanmoins, cette révision partielle a certes «modifié ce système, mais non dans son essence» nous dit Logoz, avant d'ajouter dans la foulée :

lequel se trouve l'accusé. L'état personnel de ce délinquant est tel que ... la peine prononcée contre lui n'est pas le moyen le plus efficace de prévenir de nouveaux méfaits».

¹⁴ Durkheim (n. 7).

¹⁵ Aujourd'hui encore, l'art. 56 CP dispose que ce n'est que lorsque la peine ne suffit pas à écarter le risque de commission de nouvelles infractions que l'on envisage d'appliquer aussi une mesure.

¹⁶ Logoz (n. 11), 146.

¹⁷ C. Stooss, Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches – Allgemeiner Teil, Bâle et Genève 1893, 49 : «Die Art. 23 und 40 gehören zu den wichtigsten Bestimmungen des Entwurfes. Sie sehen Massnahmen gegen diejenigen Verbrecher vor, gegen welche die ordentliche Strafe ihre Wirkung versagt».

¹⁸ RO 1971 777-807 (AS 1971 777-807); FF 1965 I 569 (BBI 1965 I 561).

¹⁹ Cette révision est résumée de manière quelque peu simplificatrice par le Conseil fédéral dans son Message de 1999 concernant la révision de grande envergure suivante en ces termes : «La révision de 1971 fut d'une grande importance ; elle a notamment introduit de nouvelles formes d'exécution des peines et de nouvelles sanctions, telles que la semi-liberté et la semi-détention, l'astreinte au travail pour les adolescents et le sursis à l'exécution d'une peine privative de liberté n'excédant pas 18 mois» (FF 1999 1790 / BBI 1999 1983). Pour des détails supplémentaires, voir toutefois P. Logoz, Commentaire du Code Pénal Suisse – Partie générale, 2^{ème} éd., Neuchâtel 1976, 17-18 et 186 ss.

«Sur le *pronostic* à faire à cet égard par le juge pénal, cf. Schultz... et Clerc...»²⁰. On n'a donc pas touché aux fondements mêmes du système dualiste à caractère humain, système qui vise à l'individualisation extrême de la répression pénale «par un emploi intelligent des moyens pénaux de l'une et de l'autre espèce»²¹, nous affirme-t-on. Mais en même temps, subrepticement, le langage se modifie quelque peu en mentionnant que la bonne application des mesures nécessite l'établissement d'un *pronostic*. On observe ainsi, dans les années 70 déjà, un léger glissement du rétroviseur vers le pare-brise.

Une dizaine d'années plus tard, on remet l'ouvrage sur le métier en envisageant une refonte de la partie générale du Code pénal. Du mandat donné au Professeur Hans Schultz de l'Université de Berne en 1983²² à l'entrée en vigueur d'une partie générale du Code pénal largement révisée²³ – principalement sur la question du droit des sanctions d'ailleurs²⁴ – le 1^{er} janvier 2007, en passant entre autres par l'«Avant-Projet Schultz»²⁵, le Message du Conseil fédéral²⁶, un texte adopté par le Parlement²⁷ et une révision de ce texte avant même son entrée en vigueur²⁸, bien des choses se sont passées. Principalement durant les années 90, les débats furent vifs – et c'est peu dire – principalement autour de la question de l'abolition des courtes peines privatives de liberté²⁹. Malheureusement, ces débats – qui se sont terminés par l'introduction dans le Code pénal d'une très forte restriction de l'usage des peines de moins de six mois³⁰ – étaient bien futiles par rapport à ce qui était en train de se tramer par ailleurs. Le véritable changement qui était en train de se préparer durant ce temps est résumé de la manière suivante dans le Message du Conseil fédéral concernant la modification du Code pénal suisse du 21 septembre 1998 :

«Dans les années nonante, la discussion sur la politique pénale prit un nouveau virage. Face aux différents délits d'ordre sexuel et à des homicides particulièrement révoltants, à la crainte de l'extension de la criminalité

²⁰ Logoz (n. 19), 186 et 187.

²¹ Logoz (n. 19), 186-187.

²² FF 1999 1794 (BBI 1999 1987).

²³ RO 2006 3459 (AS 2006 3459).

²⁴ Parmi les principales nouveautés à cet égard, on trouvait l'abolition des peines privatives de liberté de moins de six mois, l'introduction du travail d'intérêt général au titre de peine à part entière, la création d'un nouveau mode de calcul des peines monétaires (les jours-amende), l'extension du sursis aux peines allant jusqu'à deux ans, l'introduction du sursis partiel, la facilitation du prononcé des mesures, l'introduction de l'interdiction de conduire au titre d'«autre mesure», et bien d'autres encore.

²⁵ H. Schultz, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Berne 1987.

²⁶ FF 1999 1787 (BBI 1999 1979).

²⁷ FF 2002 7658 (BBI 2002 8240).

²⁸ RO 2006 3539 (AS 2006 3539) ; FF 2005 4425 (BBI 2005 4689) : Message relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003.

²⁹ À ce propos, voir par exemple les actes d'un congrès du Groupe suisse de criminologie consacré à ces questions, actes qui ne contiennent évidemment pas les assauts verbaux dont ont fait l'objet certaines des présentations lors des séances de questions qui les suivirent (*S. Bauhofer / P.-H. Bolle* [édit.], Reform der strafrechtlichen Sanktionen – Réforme des sanctions pénales, Zurich et Coire 1994). Mentionnons toutefois ici que les débats ne concernaient pas exclusivement les courtes peines privatives de liberté ; le sursis partiel, les mesures thérapeutiques et l'internement n'étaient pas en reste, même si de manière bien moins conflictuelle.

³⁰ Art. 40 et 41 CP (dans sa version en vigueur entre 2007 et 2017).

organisée et aux difficultés à poursuivre les délits économiques, plusieurs interventions parlementaires ont réclamé que le droit pénal garantisse à la société une plus grande sécurité.»³¹

On était donc clairement en train de mettre le cap sur une punitivité accrue en prônant le regard dans le pare-brise plutôt que dans le rétroviseur ! Le débat sur les courtes peines ne concernait probablement que la contrepartie nécessaire au système dans son ensemble pour que – de manière systémique – son équilibre soit maintenu.

Ce changement a notamment été concrétisé par l'introduction dans le Code pénal de l'art. 64 – permettant un internement même pour des délinquants primaires – et de la notion de dangerosité à l'art. 75a CP.

Et dans les années 2000, on en a remis une couche, puisque le Conseil fédéral, non content du texte pourtant voté aux Chambres fédérales en 2002³² sans faire l'objet d'un référendum, proposa un durcissement supplémentaire de certaines dispositions, dont notamment les art. 59 al. 3 – sur l'exécution d'une mesure thérapeutique de traitement des troubles mentaux en établissement pénitentiaire –, 65 al. 2 – sur le prononcé *a posteriori* d'un internement – et 64 al. 1 – pour y introduire une clause générale pour le prononcé d'un internement à cinq ans, alors que le Parlement l'avait fixée à dix ans en 2002³³.

À cela viennent encore s'ajouter toute une série d'initiatives populaires qui ont été conçues par leurs auteurs comme autant d'expressions de la volonté de renforcement du mouvement de protection de la société³⁴. On a ainsi ajouté à l'arsenal pénal, en 2008, l'internement à vie³⁵ – en partant de l'idée qu'il est possible aujourd'hui de savoir qu'un être humain qu'on a diagnostiqué comme étant «malade» de la maladie de «dangerosité» ne changera pas jusqu'à sa mort – et, dans les années 2010, on a même envisagé le retour de la peine de mort dans le droit des sanctions de notre pays³⁶, en partant du principe que la justice était beaucoup trop laxiste et qu'il fallait protéger la société à n'importe quel prix contre les actes de certains criminels.

Et finalement, au 1^{er} janvier 2018³⁷, on est revenu en arrière sur les seuls points introduits ces dernières années dans notre législation pénale avec une volonté un tant soit peu humaniste – à savoir l'abolition des courtes peines privatives de liberté et l'introduction du travail d'intérêt général au titre de peine pénale –, que l'on a effacés d'un coup de gomme sans même prendre la peine de faire une évaluation officielle sérieuse du droit des sanctions de 2007, et cela évidemment en ne revenant en rien

³¹ FF 1999 1791 (BBI 1999 1984).

³² BO CN 2002 2171 et BO CE 2002 1306 ; FF 2002 7658 (BBI 2002 8240).

³³ RO 2006 3539 (AS 2006 3539) ; FF 2005 4425 (BBI 2005 4689).

³⁴ À ce propos, voir *A. Kuhn / C. Perrier Depeursinge / D. Brun*, Dangerosité, mesures et droit pénal : Un ménage à trois voué au divorce, RPS 2014, 353, 361.

³⁵ Art. 123a Cst. (RS 101), accepté en votation populaire le 8 février 2004, ainsi que art. 64 al. 1^{bis} CP, introduit dans le Code pénal par le ch. I de la LF du 21 déc. 2007 (Internement à vie des délinquants extrêmement dangereux), en vigueur depuis le 1^{er} août 2008 (RO 2008 2961 / AS 2008 2961 ; FF 2006 869 / BBI 2006 889).

³⁶ Initiative populaire fédérale «Peine de mort en cas d'assassinat en concours avec un abus sexuel», FF 2010 4975 (BBI 2010 5471) modifiant l'art. 10 al. 1 et 3 et l'art. 123a al. 4 (nouveau) Cst., initiative ayant échoué au stade de la récolte des signatures (FF 2012 2231 / BBI 2012 2439).

³⁷ FF 2012 4385 (BBI 2012 4721) ; RO 2016 1249 (AS 2016 1249). Nous y reviendrons d'ailleurs plus loin, au chapitre III de la présente contribution.

sur les aspects les plus répressifs de la révision de 2007 que sont les normes concernant les mesures privatives de liberté mentionnées ci-avant.

Toutes les modifications susmentionnées tendent progressivement à une protection accrue de la société contre les éventuels méfaits futurs des personnes qui ont commis une infraction. On nous incite – comme en conduite automobile – à jeter un coup d'œil dans le rétroviseur pour voir si une infraction a été commise, avant de regarder sérieusement à travers le pare-brise pour déterminer s'il existe un risque statistique non négligeable que l'individu re-commette une infraction à l'avenir.

En d'autres termes, on demande aux autorités pénales de *sanctionner au présent un acte du passé dans le but de servir l'avenir...* On mélange donc allègrement les temps de conjugaison que sont le présent, l'imparfait et le futur³⁸.

Les prémisses de ce mode de penser totalement «détemporel» – et donc fondamentalement illogique – sont à chercher dans la littérature de science-fiction. C'est en effet l'auteur Philip K. Dick qui, en 1956, a le premier traité du passage d'une «*post-crime society*» à une «*precrime society*» dans sa nouvelle intitulée «*The Minority Report*»³⁹. Ces concepts ont ensuite largement été repris dans la littérature anglo-saxonne⁴⁰, avant d'apparaître également dans la littérature germanophone sous le vocable de «*Repressions*» ou «*Schuld-Strafrecht*» vs. «*Preventions-Strafrecht*»⁴¹.

C'est probablement principalement dans les années 90 que s'est finalement concrétisé cette nouvelle conceptualisation, qu'un changement fondamental de paradigme s'est opéré dans le domaine du droit pénal : un glissement d'un droit *réactif* à un droit pénal que l'on voudrait *préventif*. On est en effet passé d'une vision de la mission du droit pénal comme étant celle d'infliger une punition à celui qui a commis un crime dans le passé à une vision de la sanction protectrice de la société de demain.

C'est toute la focale qui change :

³⁸ Cette manière de présenter les choses a été inspirée par C. Baker (Pourquoi faudrait-il punir?, Lyon 2004, 42), qui – en traitant du système pénal vindicatif – écrit avec un brin de sarcasme : «Pour se venger, il faut avoir une conception claire du temps des conjugaisons. Quelqu'un pense à un drame futur capable de le dédommager d'un drame passé».

³⁹ P. K. Dick, *The Minority Report*, *Fantastic Universe*, January, vol. 4, 1956, 5-6 : «Anderton said: "You're acquainted with the theory of precrime, of course. I presume we can take that for granted." "I have the information publicly available," Witwer replied. "With the aid of your precog mutants, you've boldly and successfully abolished the post-crime punitive system of jails and fines. As we all realize, punishment was never much of a deterrent, and could scarcely have afforded comfort to a victim already dead."

They had come to the descent lift. As it carried them swiftly downward, Anderton said: "You've probably grasped the basic legalistic drawback to the precrime methodology. We're taking in individuals who have broken no law."

"But they surely will," Witwer affirmed with conviction.

"Happily they *don't*—because we get them first, before they can commit an act of violence. So the commission of crime itself is absolute metaphysics. We claim they're culpable. They, on the other hand, eternally claim they're innocent. And, in a sense, they *are* innocent."

The lift let them out, and they again paced down a yellow corridor. "In our society we have no major crimes," Anderton went on, "but we do have a detention camp full of would-be criminals."».

⁴⁰ Jusqu'à se trouver à questionner les fondements de la criminologie elle-même d'ailleurs ; à ce propos, voir L. Zedner, *Pre-crime and post-criminology?*, *Theoretical Criminology* 2007, 261.

⁴¹ À ce propos, voir par exemple M.A. Niggli, *Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte*, ou encore N. Capus, *Strafverteidigung und Sicherheitswahn*, tous deux in: *Strafverteidigung und Sicherheitswahn*, Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen (édit.), Zurich 2014, 13, respectivement 53.

- Hier, on cherchait à assurer la *justice* par le rétablissement d'un certain *équilibre* rompu par la commission d'une *infraction* commise dans le *passé* et on agissait par l'intermédiaire du prononcé d'une *peine* dont la quotité était fixée selon la *culpabilité* de l'auteur. On était donc dans un système *répressif* tourné contre *l'individu* qui a commis une *faute*.
- Aujourd'hui, on cherche de la *sécurité* par la *prévention* du *risque* potentiel qui pourrait se concrétiser dans le *futur*, ceci par l'intermédiaire de *mesures* à durée indéterminée dont la libération dépendra de l'état de la personne concernée, de son *degré de risque*. On vise donc la *protection* de la *société* contre le *risque de récidive*.

Tableau 1 : Changement de focale du droit pénal⁴²

Autrefois	Aujourd'hui
Justice	Sécurité
Équilibre	Prévention
Infraction	Risque
Passé	Futur
Peine	Mesure
Degré de culpabilité	Degré de risque
Répression	Protection
Individu	Société
Faute	Risque de récidive
Infraction puis instruction	Instruction avant infraction
Analyse criminelle ordinaire	« <i>Predictive policing</i> »

Ce changement de paradigme ne vaut d'ailleurs pas que pour le droit de fond, puisque même en droit de forme on est passé d'une procédure pénale dans laquelle l'instruction était menée *après* la commission d'une infraction à une procédure dans laquelle l'«instruction» débute *avant même* la commission d'une infraction, par la réalisation d'une multitude de bases de données dans lesquelles les autorités d'instruction n'auront plus qu'à puiser après la commission d'une infraction pour trouver l'auteur, sur la base des traces que celui-ci a laissées sur les lieux de son méfait, voire en pratiquant le «*predictive policing*»⁴³. Par ailleurs, des considérations de sécurité intérieure viennent s'ajouter à cela lorsque le législateur dote le Service de Renseignement de la Confédération de larges pouvoirs d'enquête préventive, mettant ainsi à mal certains principes pourtant fondamentaux de procédure pénale⁴⁴.

IV. La révision du 1^{er} janvier 2018

La révision du droit des sanctions entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018 ne participe que marginalement à la tendance susmentionnée. Elle y contribue néanmoins

⁴² Ce tableau a été largement inspiré par ceux présentés par *Niggli* (n. 41), 15 et 50.

⁴³ Le «*predictive policing*» peut se définir comme étant l'application de techniques d'analyses statistiques en vue d'identifier des cibles potentielles d'infractions et donc de cibler les interventions policières préventives. Plusieurs outils commerciaux sont dérivés de ce modèle dont notamment «PredPol» (<http://www.predpol.com> ; dernière consultation le 23 février 2018) ou «Precobs» (<http://www.ifmpt.de> ; dernière consultation le 23 février 2018).

⁴⁴ Pensons par exemple à la Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI ; RS 120), ainsi qu'à la votation fédérale du 25 septembre 2016 lors de laquelle le peuple suisse a accepté massivement la Loi fédérale sur le renseignement (FF 2015 6597 / BBI 2015 7211 ; FF 2017 339 / BBI 2017 371).

par l'accent qu'elle met sur un retour à la «bonne vieille peine dissuasive» en réinstaurant les courtes peines privatives de liberté et en reléguant le travail d'intérêt général à un simple mode d'exécution de certaines peines.

1. Ce qui a changé en matière de peine

En très résumé, le 1^{er} janvier 2018 a marqué le retour des courtes peines privatives de liberté, puisque le juge peut aujourd'hui prononcer de telles peines pour 3 jours à 20 ans – à la place de 6 mois à 20 ans précédemment –, l'art. 41 CP prévoyant néanmoins que la peine principale reste la peine pécuniaire.

Pour ce qui est de cette dernière, elle peut être prononcée pour 3 à 180 jours (art. 34 al. 1 CP) – et donc plus pour 1 à 360 jours comme précédemment. Par contre, le prononcé de jours-amende avec sursis reste possible (art. 42 CP), contrairement aux peines pécuniaires prononcées avec un sursis partiel (art. 43 CP). Quant à la quotité du jour-amende, elle peut – selon une règle un peu alambiquée – être de 10 à 3000 francs (art. 34 al. 2 CP).

Finalement, le travail d'intérêt général disparaît en tant que peine pénale, rendant ainsi impossible son prononcé par un juge pénal.

2. Ce qui a changé en matière d'exécution de peine

Pour ce qui est de la peine privative de liberté, en plus de la semi-détention de l'art. 77b CP que le Code pénal connaissait déjà précédemment en tant que mode d'exécution de certaines courtes peines, le droit actuel connaît le travail d'intérêt général (79a CP) – qui est donc passé du statut de peine à part entière (prononcée par le tribunal) à celui de mode d'exécution de certaines peines ou soldes de peines privatives de liberté de six mois au plus (décidé par l'administration pénitentiaire) – et, toujours au titre de mode d'exécution d'une peine privative de liberté, mais cette fois-ci de 20 jours à 12 mois, ainsi qu'en fin de peine, la surveillance électronique (art. 79b CP).

Quant à la peine pécuniaire, elle peut elle aussi être remplacée par du travail d'intérêt général lorsque les conditions de l'art. 79a CP sont réalisées. Lorsque tel n'est pas le cas, son délai de paiement est de 6 mois (art. 35 CP). En cas de non-paiement, que celui-ci soit fautif ou non, la peine pécuniaire est transformée en peine privative de liberté de substitution à raison d'un jour de privation de liberté par jour-amende resté impayé. Ce système – lui aussi revu en 2018 – a pour conséquence que l'on traite celui qui ne *peut* pas payer exactement de la même manière que celui qui ne *veut* pas payer en les envoyant tous deux en détention pour purger leur peine privative de liberté de substitution...

V. Conclusion dystopique

On observe donc bel et bien un glissement – voire un dérapage – du rétroviseur vers le pare-brise... «Mais où est donc le problème ?» répondront probablement certains. Le problème provient justement du parallèle que nous n'avons cessé de faire avec la circulation routière. Chacun le sait bien : un jour, il n'y aura plus de rétroviseur dans

nos voitures, puisqu'ils seront devenus inutiles lorsque la voiture sera devenue autonome. Et lorsque le droit pénal abolira lui aussi le rétroviseur, il permettra de sanctionner une personne pour la simple raison qu'elle est «dangereuse» pour la société, indépendamment du fait de savoir si elle a préalablement commis une infraction. Le grand retour de *l'arbitraire est dès lors la conséquence inéluctable de la voie sur laquelle nous nous sommes engagés*. Il suffira en effet d'étendre la notion de «dangerosité» à toute personne un peu trop subversive aux yeux des gouvernants pour permettre leur condamnation et donc leur élimination. C'est ainsi que disparaîtra toute opposition... ainsi que toute forme de démocratie, et cela au nom de la recherche de la sécurité absolue pour le citoyen.