

# Champ pénal/ Penal field

Vol. XII | 2015 :

Abolitionnisme - Abolitionism

Dossier : Abolitionnisme

## L'abolition par la réforme

Dépénaliser en contexte d'intensification pénale ?

LAURA AUBERT ET PHILIPPE MARY

---

### *Résumés*

Français English

En contexte d'intensification du recours à la pénalité, il est nécessaire de chercher à penser celle-ci autrement et, pour ce faire, de remettre sur le métier la proposition abolitionniste. Cet article entend reprendre la piste d'une position abolitionniste qui ne se conçoit pas contre, mais bien avec la réforme. De la même manière que l'on a pu parler d'idéal réhabilitatif, on peut concevoir l'abolitionnisme comme un idéal à poursuivre qui ne se réduit pas à des énoncés utopiques, mais qui engage pour être atteint une autre façon de concevoir la réforme en s'attaquant aux fondements mêmes du droit pénal par la dépénalisation.

In a context of increasing use of penalty, it is necessary to try and see it differently, and to do so, put the abolitionist proposal back on the table. This article seeks to explore an abolitionist position that is designed not against, but with the reform. In the same way that we have been able to speak of a rehabilitative ideal, we can conceive abolitionism as an ideal to be pursued that cannot be reduced to utopian statements, but that works toward developing another way of thinking about reform by attacking the very foundations of the

criminal law by depenalization.

## ***Entrées d'index***

**Mots-clés** : administration de la justice pénale, abolition, dépenalisation, diversion

**Keywords** : administration of criminal justice, abolition, depenalization, diversion

**Chronologique** : XXe siècle, XXIe siècle

## ***Texte intégral***

# **Introduction**

- 1 Y a-t-il encore un sens à soutenir aujourd'hui l'abolition du droit pénal et du système qui le fait vivre ? Si une telle posture a connu son heure de gloire dans les années 1970 et 1980, les temps semblent avoir bien changé et, à voir l'intensification du recours à la pénalité qui caractérise les politiques de la plupart des pays occidentaux depuis une bonne vingtaine d'années, prôner l'abolition du système pénal peut être considéré comme irréaliste, voire irresponsable. Pourtant, face aux modalités répressives de traitement de la question sociale et à l'érosion continue des finalités sociales attribuées à la pénalité, fût-ce en termes de légitimation, c'est précisément le contexte actuel qui nous pousse à considérer qu'il est nécessaire de chercher à penser autrement la pénalité et la criminalité et, pour ce faire, de remettre sur le métier la proposition abolitionniste, conçue dans une optique réformatrice *via* la dépenalisation.
- 2 Dans un premier temps, nous examinerons trois éléments contextuels de nature à infléchir la portée d'une perspective abolitionniste : l'intensification du recours au pénal, l'appréhension nouvelle de l'extension du filet pénal et les modalités de gestion pénale des « surnuméraires ». Il s'agira d'indiquer en quoi l'abolitionnisme d'aujourd'hui ne peut plus être celui des origines. Dans un second temps, nous examinerons des principes constitutifs d'un cadre cognitif radicalement différent tel que celui qu'offre l'abolitionnisme : celui de la prise en compte des coûts sociaux du crime qui, dans une optique durkheimienne, prend acte de la normalité du crime, et celui de subsidiarité qui, sans grand succès aujourd'hui, ne conçoit la réaction pénale qu'en dernier ressort. Cet examen nous conduira à rappeler ensuite la doctrine abolitionniste proposée par Louk Hulsman ; le choix de cet auteur est essentiellement motivé par deux éléments : d'une part, par ses publications, il s'agit d'un des abolitionnistes les plus connus dans le monde francophone qui est le nôtre et, d'autre part, son influence a été grande tant dans des sociétés savantes comme la Société internationale de défense sociale<sup>1</sup> que dans des organisations internationales comme le Conseil de l'Europe<sup>2</sup>. Dans un troisième et dernier temps, nous aborderons la voie réformatrice susceptible de conduire à l'abolition, à savoir la dépenalisation, entendue, avec Michel van de Kerchove (1987), comme un processus générique de désescalade pénale pouvant conduire à la décriminalisation qui recouvre une multitude de cas de figure, soit autant de pistes de réformes à portée abolitionniste.

# I - Intensification pénale, extension du filet et surnuméraires

3 En criminologie, le courant abolitionniste a connu son heure de gloire principalement dans les années 1970, sous l'influence des théories critiques ou radicales, souvent d'inspiration marxiste comme c'était d'ailleurs le cas pour nombre de théories en sciences sociales produites à l'époque. Le contexte général était plutôt favorable au développement de telles doctrines : mai '68 n'était pas loin, drainant des courants contestataires à l'égard des institutions de contrôle social d'un État social encore épargné par la crise économique et par le néo-libéralisme qui conduiront à son déclin. Quarante ans plus tard, les changements intervenus n'ont rien d'anodin : la plupart des États sociaux occidentaux ont vu leurs capacités politiques dans les champs économique et social sérieusement écornées, et leur réponse aux demandes de sécurité repose régulièrement sur une mobilisation, rhétorique et pratique, de leurs fonctions autoritaires. La pénalité apparaît ainsi de plus en plus comme une figure centrale des politiques étatiques au point que l'on peut parler de pénalisation du social, c'est-à-dire de l'immixtion d'une logique pénale dans les modes de prise en charge de problèmes sociaux, comme effet de la transformation de l'État social et des réponses gestionnaires qui y sont apportées (Mary, 2003). Parmi ces changements, trois relatifs à la pénalité sont de nature à infléchir la portée d'une perspective abolitionniste : l'intensification du recours au pénal, l'appréhension nouvelle des processus d'extension du filet pénal et les modalités de gestion pénale de ceux devenus des « surnuméraires ».

4 *Primo*, l'intensification du recours au pénal. Jusque dans les années 1970, les taux de détention dans la plupart des pays d'Europe occidentale étaient relativement bas, en particulier dans un pays comme la Hollande (le taux le plus bas fut atteint en 1973 avec seulement 18 détenus pour 100 000 habitants)<sup>3</sup>, comme si la prison était sur le point de disparaître ; soit un terreau idéal pour l'abolitionnisme, en particulier en Hollande (Hulsman, Bianchi, etc.) ou dans les pays scandinaves (Mathiesen, Christie, etc.), qui, en retour, a contribué quelque temps au maintien d'une telle situation. Aujourd'hui, la situation a considérablement changé. L'augmentation des populations détenues s'observe dans pratiquement tous les pays d'Europe occidentale, y compris dans des pays traditionnellement modérés. Ainsi, entre 1990 et 2012<sup>4</sup>, seule la Finlande n'a pas connu d'augmentation de son taux de détention et celui-ci explose littéralement dans plusieurs pays, passant par exemple de 66 détenus pour 100 000 habitants à 111 en Belgique, de 82 à 117 en France, de 49 à 112 en Grèce ou de 57 à 111,6 en Italie. Comme la plupart des taux d'entrées (nombre annuel d'entrées pour 100 000 habitants) ne suivent pas la même tendance, c'est l'allongement des peines qui éclaire généralement ces augmentations. La Finlande, à nouveau, les Pays-Bas et la Suède font exception, mais il s'agit de trois pays où les taux d'entrées ont sensiblement augmenté, indiquant un autre type d'usage de l'emprisonnement : pas plus long mais pour plus d'individus. Quand bien même, à partir de 1985, les Pays-Bas ont connu un durcissement de leurs politiques pénales et l'inflation carcérale la plus forte d'Europe, comparable même à celle des États-Unis (Boone, Moerings, 2007) ; le taux de détention y est ainsi passé de 31 en 1984 à 113 en 2007 (Aebi, Delgrande, 2009, 21). Et pour faire face à ces tendances, la capacité pénitentiaire a augmenté dans quasiment tous les pays, parfois de manière spectaculaire<sup>5</sup>, sans que cette augmentation n'ait d'incidence majeure sur la densité pénitentiaire : les systèmes tournent à plein régime, peu de pays ayant une densité significativement inférieure à 100. Quelles que soient les

spécificités nationales, l'heure semble nettement moins propice aux doctrines prédisant, ou simplement prônant, la fin de la prison.

5 *Secundo*, l'appréhension nouvelle des processus d'extension du filet pénal. En proposant l'analogie du filet de pêche, l'objectif de Stanley Cohen était de proposer une analyse non seulement théorique du contrôle social dans les sociétés occidentales, mais aussi critique de la tendance de ces sociétés à trop classer les individus pour en assurer le contrôle (Cohen, 1985, 1). Si, ce faisant, son analyse visait aussi le fossé entre un certain discours critique prônant la désinstitutionnalisation, les mesures dans la communauté ou de diversion, dans un idéal de contrôle communautaire, d'une part, et la réalité des modalités de contrôle social existantes ou émergentes, d'autre part (Cohen, 1985, 37), la notion fit florès en particulier dans les milieux abolitionnistes pour dénoncer les réformes liées à l'introduction de sanctions alternatives au motif que, même quand leur usage augmente, elles sont rarement en mesure de concurrencer le recours à la prison à laquelle, pour l'essentiel, elles viennent s'ajouter sans effet réductionniste majeur. Aujourd'hui, la question de l'extension du filet pénal n'est plus vue de la même manière. D'un côté, une telle approche critique a elle-même été critiquée au motif qu'elle entraînerait des effets pratiques contre-productifs non seulement en sapant les fondements de toute réforme au motif qu'il est impossible d'humaniser la prison, mais aussi en rejetant toutes solutions de remplacement sous prétexte d'extension du contrôle social. À la limite, l'examen de l'extension du filet ne conserve qu'un intérêt pratique pour anticiper ou mesurer l'impact de certaines de ces réformes réductionnistes. D'un autre côté, la notion est aujourd'hui de plus en plus considérée comme une solution pour adapter un système pénal en crise aux nécessités de la répression du crime. Les sanctions dans la communauté sont ainsi qualifiées de « sanctions intermédiaires » qui ne font peut-être pas baisser significativement les populations carcérales, les coûts ou la récidive, mais auraient une réelle capacité de neutralisation et de prévention de la commission d'infractions pendant leur application. De ce point de vue, l'expansion des populations pénales n'est pas nécessairement un problème puisqu'il s'agit de prononcer des peines dont la sévérité est proportionnelle à la gravité de l'acte, ce que permettent précisément les sanctions intermédiaires en sortant le juge de la seule alternative prison ou probation<sup>6</sup>. Dans le même sens, la multiplication du nombre de dispositifs destinés à limiter les sorties de prison (permissions de sortie, congés pénitentiaires ou libérations conditionnelles) ou ajoutant aux peines diverses mesures de sûreté (mise à disposition du tribunal de l'application des peines, rétention de sûreté...), constitue une autre illustration de cette évolution.

6 *Tertio*, les modalités de gestion pénale de ceux devenus des « surnuméraires ». Dans les années 1970, Michel Foucault a non seulement montré une certaine réussite de la pénalité dans la *gestion des illégalismes populaires* (Foucault, 1975, 277sq.), mais aussi, parmi les processus d'émergence de la société disciplinaire, ce qu'il appelait *l'inversion fonctionnelle des disciplines : On leur demandait surtout à l'origine de neutraliser des dangers, de fixer des populations inutiles ou agitées, d'éviter les inconvénients de rassemblements trop nombreux ; on leur demande désormais, car elles en deviennent capables, de jouer un rôle positif, faisant croître l'utilité possible des individus (...). Les disciplines fonctionnent de plus en plus comme des techniques fabriquant des individus utiles* (Foucault, 1975, 211-212). Aujourd'hui, c'est précisément l'utilité des populations soumises à semblable contrôle qui semble de plus en plus faire défaut : dans un marché à la main-d'œuvre pléthorique, en particulier lorsqu'elle est sous-qualifiée, il ne s'agit plus de cultiver l'utilité de tous les individus car il en est qui, exclus définitivement et délibérément de toute possibilité de mobilité sociale et économique, sinon vers le bas, ne peuvent plus être disciplinés que par le renforcement du contrôle

et de la surveillance. Neutralisation, invisibilisation et immobilisation de ceux que Robert Castel (1995) appelle les *surnuméraires* afin de contenir les risques dont ils sont censément porteurs, apparaissent ainsi comme priorités des institutions disciplinaires au point qu'elles en viennent à s'apparenter à des *fabriques de l'immobilité* (Bauman, 1999) et que s'en trouve réactivée une *discipline-blocus* (Foucault, 1975, 211). Les dispositifs pénaux participeraient ainsi d'une nouvelle « inversion fonctionnelle des disciplines », d'un retour aux fonctions originaires des disciplines, de moins en moins appelées à jouer un rôle « positif » d'inclusion, comme celui dévolu à la libération conditionnelle ou à la probation. Elles seraient en effet de plus en plus tenues d'agir sur le mode défensif, à la manière de ce dispositif emblématique qu'est la surveillance électronique ou des divers dispositifs de neutralisation générale, qui visent à modifier la distribution des délinquants dans la société, et sélective, où la condamnation se base, non tant sur l'infraction ou la personnalité, que sur des profils de risque, permettant de développer un contrôle intensif pour les délinquants à haut risque et un contrôle moins intense, et aussi moins coûteux, vis-à-vis des délinquants à bas risque. Ainsi, le *continuum correctionnel* hérité du XIXe siècle (Garland, 1985, 231sq.) serait progressivement remplacé par un *continuum de contrôle* (Feeley, Simon, 1992, 459), nouvelle approche stratégique intégrant également les anciennes figures pénologiques comme la prison ou la probation et éclairant en retour les deux autres changements dont il a été question *supra*.

- 7 Un tel contexte est un puissant déterminant pour le maintien d'un système pénal fort et partant, ne peut que conférer à la posture abolitionniste un statut de douce utopie ou de nouvel idéal à atteindre lorsqu'un beau jour, le capitalisme réformé (« à visage humain ») renouera avec le plein emploi. Il n'en reste pas moins que, pour peu qu'on ne se satisfasse pas de ces modalités répressives de traitement de la question sociale, sans méconnaître l'état des rapports de force politiques dans la gestion des illégalismes, rien n'empêche en guise de contre-feux de continuer à penser autrement la criminalité et la pénalité. Pour ce faire, le cadre cognitif offert par l'abolitionnisme paraît particulièrement indiqué, sans négliger certaines voies réformistes qui s'imposent peut-être plus que jamais, d'autant que, comme dit le Petit Robert, réformer signifie aussi « supprimer pour améliorer ». Un abolitionniste de la première heure, Thomas Mathiesen, considère ainsi aujourd'hui que les réformes pénales ne doivent plus se limiter à ce qu'il appelait dans les années 1970 des réformes « négatives », seules valides parce que susceptibles de miner le système, mais doivent dorénavant aussi comprendre des réformes sociales (*welfare reforms*) face aux manquements politiques dans ce domaine (Mathiesen, 2014). À sa manière, une autre abolitionniste, Catherine Backer, dit de même : *Vouloir la suppression des prisons n'a rien de contradictoire avec le combat que mènent certains pour des adoucissements de la vie carcérale. Les biologistes qui luttent contre le cancer ne ricanent pas lorsque d'autres humblement se penchent sur le problème des nausées de la chimiothérapie. Tout ce qui peut rendre la détention moins dégradante est bienvenu. Ceux qui estiment que ces bidons d'eau dans le désert risquent de calmer la colère des détenus et que seul le pire est porteur de rébellion sont des idéologues et des niais* (Backer, 2004, 80).

## II - Penser autrement : de quelques principes

- 8 Pour penser autrement la criminalité et la pénalité, deux principes peuvent servir de point d'appui : celui de la prise

en compte des coûts sociaux du crime qui, dans une optique durkheimienne, prend acte de la normalité du crime et celui de subsidiarité qui, sans grand succès aujourd'hui, ne conçoit la réaction pénale qu'en dernier ressort. Rien de tout cela n'est bien neuf et il ne s'agit pour l'essentiel que du rappel de choses bien connues en criminologie ou dans les disciplines environnantes, mais ceci conduit plus facilement à l'examen de la doctrine abolitionniste apparue dans les années 1980.

## 1) Le coût social du crime

9 Dans les débats relatifs à la politique criminelle des années 1970, généralement marqués par la recherche des meilleurs moyens d'éradication du crime, au moins un auteur se démarqua fortement : le criminologue finlandais Patrick Törnudd<sup>7</sup> qui va soutenir qu'*aucune définition de la politique criminelle ne devrait impliquer que le but est d'éliminer la criminalité, car une telle élimination est impossible* (in Bernat de Celis, 1977, 26). Pour soutenir cette thèse, Patrick Törnudd va partir de l'idée durkheimienne de la normalité du crime, qu'il est peut-être utile de rappeler brièvement.

10 Dans *Les règles de la méthode sociologique*, Émile Durkheim examine les règles relatives à la distinction entre normal et pathologique, et, à la manière de l'époque, énonce notamment la règle selon laquelle *un fait social est normal pour un type social déterminé, considéré à une phase déterminée de son développement, quand il se produit dans la moyenne des sociétés de cette espèce, considérées à la phase correspondante de leur évolution* (Durkheim, 1987 [1895], 64). Pour montrer que ce type de règle permet l'analyse de faits moins évidents qu'il n'y paraît, Émile Durkheim prend l'exemple du crime, considéré unanimement comme fait pathologique par ce qu'il appelle les « criminologistes », alors qu'il s'observe dans tous les types de sociétés ; partant, conclut-il, *ce qui est normal, c'est simplement qu'il y ait une criminalité pourvu que celle-ci atteigne et ne dépasse pas, pour chaque type social, un certain niveau qu'il n'est peut-être pas impossible de fixer* (Durkheim, 1987 [1895], 66). Le crime est donc normal, d'autant que, pour qu'une société en soit exempte, il faudrait que les sentiments collectifs blessés par le crime rencontrent une adhésion totale et absolue chez tous les membres de la société sans exception, c'est-à-dire dans toutes les consciences individuelles. Or, ceci est impossible car, si une telle adhésion devait exister, le crime changerait de forme et les atteintes aux états plus faibles de la conscience collective deviendraient des délits. Mais, de toute façon, la disparition du crime est impossible dès lors que la conscience collective ne pourra jamais se retrouver chez chaque individu et que subsisteront donc toujours des divergences dont certaines auront un caractère criminel. Plus encore, pour Émile Durkheim, le crime est nécessaire et donc utile car il contribue à l'évolution de la société. Si les sentiments collectifs qui fondent la morale étaient forts au point d'empêcher tout acte criminel, la conscience collective, disposant d'une telle autorité, se figerait et s'opposerait à tout changement de la morale et du droit. Émile Durkheim tirera deux conclusions fortes de sa démonstration : *primo*, le criminel n'est pas ce parasite insociable et inassimilable, mais est un « agent régulier de la vie sociale » ; *secundo*, la peine n'est pas le remède à une maladie et sa fonction doit être recherchée ailleurs (Durkheim, 1987 [1895], 71-72).

11 Patrick Törnudd va donc soutenir sur cette base qu'*aucune définition de la politique criminelle ne devrait impliquer que le but est d'éliminer la criminalité, car une telle élimination est impossible et qu'aucune définition de la politique*

criminelle ne devrait impliquer que les mesures de politique criminelle sont prises seulement sur la base de leur effet attendu sur la criminalité sans souci pour la souffrance et les coûts entraînés par les mesures (in Bernat de Celis, 1977, 26). Il proposera ainsi de définir la politique criminelle de la manière suivante : « La politique criminelle comprend tous les efforts de politique sociale se donnant pour but principal : 1) de régler la somme totale des coûts sociaux (y compris la souffrance humaine) résultant de la criminalité et 2) de distribuer ces coûts sociaux équitablement entre les parties impliquées (le criminel, la victime, la communauté politique en général, etc.) » (in Bernat de Celis, 1977, 26).

- 12 De ce point de vue, dans les coûts sociaux du crime, le coût de la privation de liberté par exemple est le plus souvent démesuré et tout le monde est généralement perdant : l'auteur non seulement perd sa liberté et sa vie sociale (famille, travail, protection sociale, etc.), mais il subit aussi des conditions de détention souvent dégradées et dégradantes. Sa peine a également de nombreux effets négatifs sur ses proches (partenaire, enfants, parents, etc.) et sur son propre avenir ; la victime, quand il y en a une, n'obtient que rarement réparation, notamment financière, et doit continuer à vivre avec sa souffrance et son ressentiment ; la société doit assumer de nombreux coûts, à commencer par celui, exorbitant, de la construction et de l'entretien des prisons. La réglementation des coûts sociaux en politique criminelle appelle donc ce que l'on pourrait appeler un principe d'économie ou d'épargne qui peut être rencontré par le principe de subsidiarité.

## 2) Le principe de subsidiarité

- 13 La privation de liberté comme *ultima ratio* de la réaction pénale, comme moyen à utiliser en dernier ressort, est une idée aujourd'hui bien ancrée dans la plupart des discours sur la peine, y compris les discours politiques, nationaux comme internationaux. L'idée, assez simple en soi, est que la prison ne doit être utilisée que quand toutes les autres possibilités de réaction pénale non privatives de liberté ont été tentées ou doit être réservée aux cas les plus graves. Il s'agit de ce que l'on appelle aussi le principe de subsidiarité, justifié par le fait que, portant atteinte à la valeur la plus chère des sociétés libérales, la prison doit rester une mesure exceptionnelle, ou par le constat de l'échec de la prison et des problèmes qu'elle crée. Un tel principe a cependant une portée plus large et trouve à s'appliquer au système pénal dans son ensemble : le recours au droit pénal ne se justifie que lorsque les autres types de réaction sociale, ont été mis en œuvre ou ne sont pas envisageables (notamment pour atteindre les mêmes objectifs). Dans la pratique, ce principe est largement contredit, ne serait-ce que par l'explosion des populations pénales. Si cette situation est en grande partie liée à la punitivité exacerbée qui frappe le monde occidental, elle est aussi due au fait que, fondamentalement, le droit pénal moderne ne permet pas de penser véritablement la prison comme ultime recours.
- 14 Parmi les grands principes du droit pénal moderne, hérité du XVIII<sup>e</sup> siècle, figurent notamment ceux de modération et de proportionnalité des peines, qui pourraient apparaître de prime abord comme un important soutien à l'idée de la prison comme *ultima ratio* alors même qu'ils induisent l'inverse. Selon Cesare Beccaria, en effet, la mesure des peines doit être le dommage causé à la société : *Les châtiments n'ont pour but que d'empêcher le coupable de nuire désormais à la société, et de détourner ses concitoyens de la voie du crime. 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 car, pour que le châtement produise l'effet que l'on doit en attendre, il suffit que le mal qu'il cause surpasse le bien que le coupable a retiré du crime (Beccaria, 1979 [1764], 87-88). De ce point de vue, modération et proportionnalité ont une portée utilitariste axée presque exclusivement sur la dissuasion destinée à faire diminuer, voire disparaître le crime. Par ailleurs, c'est la cruauté qui doit être modérée et on sait qu'étaient visés ici la peine de mort, les supplices et autres tortures ayant cours sous l'Ancien Régime, la prison apparaissant alors comme une peine civilisée.

15 Plus fondamentalement, ce qu'Alvaro Pires appelle la *rationalité pénale moderne*, en faisant l'apologie de la peine comme un mal (pénal) nécessaire pour rétablir la justice, assurer l'égalité et donner accès au bonheur, en est venue à ne plus pouvoir soutenir le principe de subsidiarité pour la peine en général : *Ce qu'on veut dire, sans doute, c'est qu'elle est un mal de première instance – et d'une valeur inestimable – mais appliqué seulement dans l'enclos de la justice criminelle. Cependant, on se rend bien compte que les théoriciens de la pénalité moderne ont besoin du principe de dernière instance, y compris les rétributivistes, mais ils ne sont pas en mesure de l'intégrer effectivement à leurs théories. Résultat : ce principe, qui est un véritable idéal de la rationalité pénale, n'est formulé que d'une façon inopérante, dégradée ou travestie, il est réduit aux règles de protection de l'accusé durant la procédure, au vœu irréalisable de son application effective par le pouvoir législatif, etc. On peut dire que les théories de la peine fondent et laissent mourir ce principe, sans s'en rendre compte et sans pouvoir annoncer sa mort* (Pires, 1998, 212-213).

16 Plusieurs éléments pratiques de cette pensée moderne constituent ainsi autant d'obstacles pour penser le « crime » ou la « peine » autrement : dans la législation pénale, la prison est tout sauf un moyen ultime puisqu'elle figure comme sanction pour quasiment toutes les infractions ; seul le mal causé par le crime est pris en considération, à l'exclusion de tout autre dommage, à commencer par celui ou ceux causés par la peine elle-même, particulièrement s'agissant de la prison ; il n'est que deux relations qui importent : celle entre le criminel et la « société » (en fait l'appareil de justice pénale) à l'exclusion de tout autre protagoniste, à commencer par la victime, et celle entre la peine et le « peuple », mais uniquement sous l'angle de l'intimidation de celui-ci. Finalement, le seul acteur véritablement actif sur cette scène est l'appareil de justice pénale et la prison reste un de ses moyens d'action privilégiés pour répondre au mal causé par le crime.

17 Dès lors, comme le suggérait Lieven Dupont, ceci nécessite une rupture avec le principe de proportionnalité pour le remplacer par celui selon lequel *les conséquences de la réaction répressive pour le délinquant, la victime et la société ne peuvent pas être pires que les conséquences de l'infraction ou que celles qu'elle menace de causer si l'action répressive ne se produit pas* (Dupont, 1975, 78). Ce faisant, on retrouve la référence au coût social du crime de nature à permettre de penser autrement la réaction au crime.

18 Au total, étant donné la normalité du crime comme fait social et l'inanité subséquente de tendre à son éradication notamment par la peine, étant donné par ailleurs l'impossibilité de respecter le principe de subsidiarité – au moins autant pour des raisons conjoncturelles qu'en raison des fondements même du droit pénal moderne –, le souci de réglementer et de distribuer équitablement les coûts sociaux du crime, en veillant à ce que les conséquences de la réaction sociale ne dépassent pas celles du crime, suppose presque nécessairement et, en tous cas, rationnellement une praxis abolitionniste.

### 3) L'abolitionnisme

19 Quelques précisions liminaires peuvent être utiles pour la compréhension du propos qui suit. Si, comme le montre l'exemple de la peine de mort, il est évidemment possible de penser l'abolition d'une peine indépendamment de celle du système dont elle fait partie, les doctrines abolitionnistes se sont le plus souvent attaquées à l'ensemble du droit pénal ; l'impossibilité de respecter le principe de subsidiarité justifierait d'ailleurs à elle seule une telle posture. Première précision donc : l'abolitionnisme dépasse la seule abolition de la prison, même si celle-ci peut en constituer une étape ou être l'horizon ultime de certaines doctrines. Deuxième précision : il n'y a pas une, mais bien *des* doctrines abolitionnistes qui, de surcroît, sont loin d'être neuves. Nous entendons par-là moins la diversité de positions doctrinales pouvant forcément diverger les unes par rapport aux autres que les doctrines historiquement situées dans un contexte socio-politique et économique particulier. Ainsi, par exemple, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, un auteur comme Filippo Gramatica va développer une doctrine abolitionniste intimement liée aux conceptions contemporaines de l'État social<sup>8</sup>. Une telle doctrine diffère singulièrement de celle, plus récente, de Louk Hulsman qui, en phase avec la crise de l'État social, contient une critique de l'appareil étatique et présente une dimension nettement plus communautariste (Hulsman, 1981 ; Hulsman, Bernat de Celis, 1982, 1984). Notons d'emblée que nous ne nous intéresserons d'ailleurs ici qu'au second de ces auteurs en raison de sa situation historique. Enfin, la référence à Filippo Gramatica appelle une troisième précision qui vient complexifier la première et sur laquelle il faudra donc aussi revenir : une doctrine abolitionniste du droit pénal ne contient pas en soi l'abolition de la privation de liberté.

20 La doctrine abolitionniste de Louk Hulsman s'est développée fin des années 1970, début des années 1980, sur base d'une critique radicale de la pénalité. La pénalité y est considérée comme un mal social car non seulement elle n'atteint aucun des objectifs qui lui sont assignés (lutter contre la criminalité, rendre la justice, protéger les droits de l'individu et de la société, etc.), mais elle crée de nouveaux problèmes en étant avant tout une machine bureaucratique composée de diverses sous-structures (police, magistrature, administration pénitentiaire, etc.) qui fonctionnent indépendamment les unes des autres, selon leurs propres règles, critères et objectifs, ce qui rend impossible une action d'ensemble logique et cohérente. Un tel fonctionnement est à la base de décisions irresponsables puisque la division du travail poussée entre ces sous-structures, et en leur sein même, aboutit à ce qu'aucun des nombreux intervenants ne se sente responsable et ne maîtrise ce que le pénal produit, à savoir la punition, donc la souffrance.

21 Par ailleurs, le système pénal s'approprie le conflit des personnes qui y sont impliquées, le retire de son contexte et l'interprète selon ses stéréotypes pour finalement le transformer en un problème abstrait. De la même manière, la réponse du système pénal est, elle aussi, stéréotypée car limitée à la stigmatisation par la punition, à une intervention violente, particulièrement archaïque en ce qui concerne l'emprisonnement qui enlève aux condamnés beaucoup plus que la liberté en leur infligeant une souffrance qui ne les grandit pas, mais les aliène et les infantilise.

22 Qui plus est, le système pénal ne prend en charge qu'une infime partie des cas qui pourraient être de son ressort. D'un côté, la mise en évidence non seulement de l'existence du chiffre noir, mais aussi des mécanismes de sélection de la police ou du parquet, indique à quel point ces cas lui échappent et combien le pénal est contraire au principe d'une justice égale pour tous puisqu'il s'adresse presque exclusivement aux catégories les plus pauvres de la population. D'un autre côté, un grand nombre de problèmes sont réglés par la voie civile et non pénale, sans que l'on puisse déterminer

avec précision le critère permettant de considérer comme civil plutôt que pénal (et vice versa) un comportement portant préjudice à autrui. Dès lors, *l'absence d'une notion ontologique de crime (ou de délit), c'est-à-dire le fait qu'on ne puisse reconnaître aux comportements actuellement définis comme punissables aucune nature intrinsèque particulière (...) montre que tout pourrait être CIVILISÉ, s'il existait une volonté politique dans ce sens. C'est justement ce que réclament les abolitionnistes du système pénal* (Hulsman, Bernat de Celis, 1984, 308).

23 En vue de remplacer ce système pénal producteur de souffrances inutiles, Louk Hulsman prônera tout d'abord l'adoption d'un nouveau cadre conceptuel qui problématise la notion de crime ou de délit et qui tienne compte du vécu des intéressés. Il parlera pour ce faire de « situation-problème », non en remplacement de la notion de crime, mais comme notion ouverte à différents choix tant pour l'interprétation de la situation, que pour une éventuelle réponse au problème. Les principes de base de cette nouvelle logique se résument en cinq points : 1. *Aucun événement victimisant n'est d'avance attribué à un acteur coupable.* 2. *Seules les situations qui font problème pour quelqu'un (personnes individuelles ou collectives) peuvent être l'occasion d'une intervention extérieure aux personnes impliquées dans cette situation, sur la demande de celles-ci.* 3. *Les solutions propres à résoudre ou à rendre viables les situations-problèmes ne sont pas déterminées à l'avance : le choix du modèle de réponse à envisager appartient aux intéressés.* 4. *Les conflits qui se produisent à l'intérieur d'un groupe sont résolus de préférence au sein de ce groupe. Cependant, quand une personne impliquée dans une situation-problème souhaite y trouver remède à l'aide d'une intervention extérieure, elle peut recourir, soit à une médiation psychologiquement proche, soit à une justice officielle travaillant sur le mode civil de règlement des conflits.* 5. *Lorsque dans une situation-problème, aucun recours concret n'est envisageable, un processus de soutien et d'apaisement doit exister qui aide la victime à faire face à la situation* (Hulsman, Bernat de Celis, 1984, 310-311).

24 Plus récemment, Louk Hulsman a précisé et actualisé des éléments de sa pensée, dont certains nous intéressent plus particulièrement. L'abolition du système pénal ne vise pas tant la disparition d'institutions comme la police ou les tribunaux, que le remplacement de la rationalité pénale par une autre manière de penser la résolution des conflits dans nos sociétés<sup>9</sup>. Par ailleurs, ceci ne signifie pas l'abolition de toutes les formes d'enfermement, dès lors que la limitation du droit à la mobilité peut s'avérer nécessaire et légitime dans certains cas comme la détention pour les besoins d'une instruction judiciaire, le maintien (ou le refuge) dans un lieu d'asile pour permettre de régler avec les victimes les conséquences de faits particulièrement graves ou encore le placement en hôpital psychiatrique<sup>10</sup>.

25 Tout pourrait être civilisé, s'il existait une volonté politique dans ce sens : dans le contexte actuel, la proposition de Louk Hulsman paraît totalement utopique, à mille lieues des positions politiques qui s'expriment dans les mouvements de pénalisation dont nous avons rendu compte et en l'absence de réels questionnements – politiques mais aussi sociaux – quant à la raison d'être et la légitimité de tels mouvements. Qui plus est, cette « civilisation » n'est pas sans poser divers problèmes. Ainsi, Michel Foucault s'interrogeait sur les risques de psychologisation de la réaction à la délinquance contenus dans la doctrine de Louk Hulsman (Foucault, 1984, 43). Dans sa postface à *Peines perdues*, Claude Faugeron s'interrogeait quant à elle sur les risques d'extension d'un contrôle social diffus, exercé par un système ne présentant pas les mêmes garanties que le judiciaire et moins visible que le pénal, donc moins contrôlable (Faugeron, 1982, 180). On pourrait ajouter que les propositions de Louk Hulsman ne sont pas sans renvoyer à une image plutôt romantique des communautés, occultant le fait que, dans certains cas, le contrôle social informel qui y est exercé n'a

rien à envier à la violence institutionnelle de certaines agences pénales ; ou ajouter aussi que la médiation paraît peu envisageable lorsque l'on prend en considération certains rapports de force, en particulier quand une des parties n'est pas un individu, mais une organisation : difficile en effet de concevoir pareille voie pour la résolution d'un problème avec une grande chaîne de distribution (le vol à l'étalage par exemple) ou, à l'inverse, avec une organisation criminelle (le racket par exemple).

- 26 Mais, si l'abolitionnisme rencontre ainsi plusieurs limites qui semblent soutenir le maintien du système pénal, elles ne sont pas pour autant toutes infranchissables, y compris dans les pires situations : après le génocide rwandais de 1994, le constat de l'impuissance de la justice pénale à condamner tous les auteurs et à assurer la pacification sociale s'est rapidement imposé et c'est un mode collectif de justice, inspiré de la tradition – les juridictions *Gacaca* –, qui a alors été choisi pour répondre aux crimes de génocide et contre l'humanité (Digneffe, Fierens, 2003 ; Van Billoen, 2008). La réaction à l'*apartheid* en Afrique du Sud en fournit un autre exemple avec l'instauration, en 1995, de la *South African Truth and Reconciliation Commission*, quand bien même les travaux de ce genre de commission peuvent déboucher sur des résultats forts différents selon les pays (Leman-Langlois, 2008). De surcroît, les modalités de dépénalisation ainsi que leurs éventuels modes de substitution sont en fait nombreuses et très diversifiées, offrant ainsi un large panel de pistes dont certaines sont d'ores et déjà empruntées par certains pays. Ce sont ces modalités de dépénalisation et leurs modes éventuels de substitution que nous nous proposons d'explorer afin d'en saisir les traductions concrètes et leur portée réelle en matière de déflation pénale dans cette tentative de penser l'abolition par la réforme.

### III - La dépénalisation

- 27 En matière de décriminalisation et de dépénalisation, on doit aux travaux de Michel van de Kerchove une précieuse clarification des concepts. À partir d'une recension bibliographique ayant mis en évidence de nombreuses acceptions différentes, il retient finalement les définitions générales suivantes : la *décriminalisation* est le processus tendant non seulement à la suppression de l'application de toute sanction pénale à l'égard d'un comportement déterminé, mais encore à la suppression de son statut même de 'crime' (au sens large), c'est-à-dire d'infraction pénale, tandis que la *dépénalisation* est le processus générique – et, en ce sens, plus général que le précédent – tendant à réduire l'application de sanctions pénales à l'égard d'un comportement déterminé, cette réduction pouvant aboutir à leur suppression pure et simple et, à la limite, à la décriminalisation de ce comportement (van de Kerchove, 1987, 311).
- 28 Générique, en ce qu'elle inclut la décriminalisation, la notion de dépénalisation sera précisée par l'auteur selon le degré du processus de retrait, les personnes concernées par celui-ci ou son fondement (van de Kerchove, 1987, 317sq.). S'agissant du degré du processus de retrait, une distinction sera opérée entre dépénalisation relative et absolue. La dépénalisation *relative* est toute désescalade au sein du système pénal de l'infraction ou de la peine mais sans leur suppression. La dépénalisation *absolue* est par contre la suppression de toute peine, mais n'est pas pour autant synonyme de décriminalisation en fonction des personnes concernées. Selon celles-ci, en effet, la dépénalisation peut être objective ou subjective. La dépénalisation *objective* est la réduction ou la suppression de peines pour certains comportements, indépendamment des personnes les adoptant. La dépénalisation *subjective*, pour sa part, consiste en

la réduction ou la suppression de peines pour certaines catégories de personnes ou certains individus, indépendamment de leur comportement (qui, pour d'autres catégories de personnes ou d'autres individus, reste donc incriminé). S'agissant du fondement du processus, une distinction est opérée entre dépenalisation *de jure* et *de facto* dans la mesure où *aux phases de criminalisation 'primaire' et 'secondaire' inhérentes au processus pénal correspondent corrélativement des phases de dépenalisation primaire et secondaire auxquelles sont associés des agents de nature diverse* (van de Kerchove, 1987, 329), même si les phases en question peuvent évidemment entretenir des liens étroits. Cette distinction s'avère d'autant plus pertinente que les rationalités à l'œuvre dans la création et dans l'application de la loi ne sont le plus souvent pas les mêmes : la rationalité d'un parlementaire diffère de celle d'un magistrat ou d'un policier, de même que diffèrent, parfois sensiblement, les enjeux des rapports de force dans les champs d'action respectifs de ces acteurs ; d'où la distance entre loi et pratiques, voire l'autonomisation de celles-ci.

**Tableau 1 : Processus de dépenalisation**

Degré du processus de retrait	Fondement du processus de dépenalisation							
	<i>de jure</i>				<i>de facto</i>			
	absolu		relatif		absolu		relatif	
	objectif	subjectif	objectif	subjectif	objectif	subjectif	objectif	subjectif
	1	2	3	4	5	6	7	8

29 Le tableau synoptique *supra*, en reprenant et combinant les différentes distinctions opérées par Michel van de Kerchove, permet de mettre au jour au moins huit configurations : les quatre premières, fait du législateur, ainsi que les quatre dernières, issues des décisions prises par les organes d'application de la loi, se déclinent en quatre modalités en fonction de leur caractère absolu ou relatif, caractère absolu ou relatif lui-même distingué selon sa dimension objective ou subjective. Ces combinaisons recouvrent l'ensemble des différentes possibilités de réforme, selon une hiérarchie allant des réformes les plus profondes ou les plus « négatives » selon Mathiesen, liées à la dépenalisation de droit, aux plus aléatoires ou plus « positives » toujours selon Mathiesen, liées à la dépenalisation de fait.

30 La première configuration – *dépenalisation de droit, absolue et objective* – renvoie à la voie abolitionniste par excellence, celle de la décriminalisation, en d'autres termes, la suppression par le législateur de toute peine pour un comportement déterminé. La décriminalisation de droit, qu'elle soit directe ou indirecte, a par le passé principalement concerné des contentieux liés aux mœurs : avortement ; adultère ; réduction du champ d'application du délit d'atteinte sexuelle sur mineur<sup>11</sup>. Aujourd'hui encore, la décriminalisation de droit concerne, dans les débats, des contentieux de même nature, tels que l'euthanasie, la prostitution ou l'usage de stupéfiants pour lesquels les modes de substitution les plus envisagés sont la légalisation et la réglementation. La légalisation de l'usage de stupéfiants, accompagnée d'une prise en charge par l'État de la production et de la commercialisation desdits produits, constituerait indubitablement une voie à emprunter, surtout si l'on raisonne en termes de coûts sociaux du crime. En Belgique, par exemple, il est

patent que les stupéfiants contaminent l'ensemble du système pénal : quasiment toutes les infractions ayant entraîné un emprisonnement ont augmenté entre 1980 et 1998 (de même que la durée des incarcérations) et on retrouve les stupéfiants en tête du peloton avec une augmentation de 625% ; en 1998, 28,7% des détenus étaient incarcérés pour au moins une infraction liée aux stupéfiants (Maes, 2002). Or, cette tendance ne semble pas pour autant trouver sa source dans une modification du profil des infractions jugées puisqu'entre 1995 et 2003, les infractions liées aux stupéfiants ont diminué de 1,6%. Le cas du Portugal illustre le « bien-fondé » de la décriminalisation de la consommation et de la détention pour usage de toutes les drogues : elle a eu d'importants effets sur les politiques publiques, qu'il s'agisse de l'allègement du système pénal ou de l'amélioration des conditions sanitaires (da Agra, 2009 ; Greenwald, 2009).

31 La deuxième configuration – *dépénalisation de droit, absolue et subjective* – renvoie à la suppression par le législateur de toute peine pour certaines catégories de personnes ou certains individus sans que cela n'implique une décriminalisation du comportement pour lequel cette dépénalisation s'applique (ledit comportement restant, pour les autres, incriminé) : on peut penser aux législations visant l'irresponsabilité pénale comme celle des mineurs ou des personnes atteintes de troubles mentaux. En Belgique, par exemple, ces dernières sont soumises depuis 1930 à un internement à durée indéterminée censé à la fois protéger la société et leur fournir les soins adéquats (Mary, Kaminski, Maes, Vanhamme, 2011). Or, invariablement depuis 80 ans, sans exception au gré des réformes, l'internement vient buter contre le problème de l'absence ou du manque de soins. Et, depuis une vingtaine d'années, le nombre d'internés explose littéralement<sup>12</sup>, sans que le nombre de décisions d'internement n'augmente ; conclusion : les commissions de défense sociale, qui décident des libérations, bloquent celles-ci, parce qu'elles sont devenues nettement plus prudentes, voire frileuses, depuis certaines affaires fortement médiatisées, parce que les structures psychiatriques sont de plus en plus réticentes pour accueillir d'anciens internés ou parce que certains cas sont de plus en plus lourds, surtout s'ils ne reçoivent pas les soins adéquats. Bien que la loi vienne d'être réformée à deux reprises (mais sans que les réformes n'entrent en vigueur), il conviendrait de tirer une fois pour toutes les conséquences logiques d'une telle situation, comme cela fut déjà suggéré par le passé : abroger l'internement pour revenir au système d'acquiescement des délinquants atteints de troubles mentaux qui, le cas échéant et sous la contrainte si nécessaire, seraient renvoyés vers le circuit, civil, de la psychiatrie.

32 La troisième configuration – *dépénalisation de droit, relative et objective* – renvoie à toute désescalade, du fait du législateur, au sein du système pénal de l'infraction ou de la peine mais sans leur suppression, pour certains comportements, indépendamment des personnes les adoptant. On peut citer les processus législatifs de correctionnalisation ou de contraventionnalisation, les amnisties fiscales, sociales et pénales<sup>13</sup> ou encore l'adoption de sanctions dans la communauté qui, contrairement à d'autres, peuvent être prononcées indépendamment des antécédents, comme la peine de travail en Belgique.

33 La quatrième configuration – *dépénalisation de droit, relative et subjective* – renvoie à toute désescalade, du fait du législateur, au sein du système pénal de l'infraction ou de la peine mais sans leur suppression, pour certaines catégories de personnes ou certains individus, indépendamment de leur comportement (qui, pour d'autres catégories de personnes ou d'autres individus, reste donc incriminé) : injonction thérapeutique dans le cadre d'une médiation pénale en Belgique dont peuvent bénéficier les personnes faisant état d'une assuétude comme cause de l'infraction, mesure pouvant conduire à l'extinction de l'action publique. Dans ces deux cas, apparaît toutefois rapidement le piège classique

de l'extension du filet pénal ou le risque tout aussi classique de perversion rétributiviste de réformes à visée humaniste. Pour éviter de tels risques, deux pistes sont envisageables.

34 Premièrement, si l'on raisonne en termes de coûts sociaux du crime comme de subsidiarité, la voie à suivre ne peut plus être celle de la diversification mais bien celle de la diversion en tant que processus visant à faire sortir le plus vite possible du système pénal. Parmi les modalités possibles de diversion, la médiation est peut-être celle qui permet le mieux la prise en compte des coûts sociaux proposée par Patrick Törnudd ; elle est aussi au cœur de la proposition abolitionniste de Louk Hulsman. En Belgique, depuis une loi de 2005<sup>14</sup>, un nouvel article 3<sup>ter</sup> du code de procédure pénale dispose que « la possibilité de recourir à une médiation est offerte aux personnes ayant un intérêt direct dans le cadre d'une procédure judiciaire, conformément aux dispositions légales y afférentes. La médiation est un processus permettant aux personnes en conflit de participer activement, si elles y consentent librement, et en toute confidentialité, à la résolution des difficultés résultant d'une infraction, avec l'aide d'un tiers neutre s'appuyant sur une méthodologie déterminée. Elle a pour objectif de faciliter la communication et d'aider les parties à parvenir d'elles-mêmes à un accord concernant les modalités et les conditions permettant l'apaisement et la réparation ». Si la loi actuelle permet de demander une médiation à chaque phase de la procédure pénale et même durant l'exécution de la peine<sup>15</sup>, une proposition pourrait être de rendre cette procédure automatique dans un certain nombre de cas (par exemple, ceux où le ministère public a décidé de poursuivre) et ce, avant toute poursuite.

35 Deuxièmement, on peut recourir à l'application abolitionniste effective du principe de subsidiarité, en limitant la privation de liberté aux seuls cas les plus graves. Pour définir ces derniers, on pourrait par exemple se référer à la loi belge du 26 avril 2007 relative à la mise à disposition du tribunal de l'application des peines ; entendons bien qu'il s'agit d'un cas n'ayant que valeur d'exemple pour l'élaboration d'une liste d'infractions et non de modèle. Cette loi définit la mise à disposition du tribunal de l'application des peines comme « une peine complémentaire qui doit ou peut être prononcée dans les cas prévus par la loi aux fins de protection de la société à l'égard de personnes ayant commis certains faits graves portant atteinte à l'intégrité de personnes » (art. 34<sup>bis</sup> nouveau du code pénal). La mise à disposition est obligatoire dans les cas de récidive de crime sur crime, d'une part, et pour les condamnations à une peine criminelle pour des faits considérés comme particulièrement odieux ayant entraîné la mort (infraction terroriste, viol ou attentat à la pudeur, torture, enlèvement de mineur). Elle est facultative dans certains cas de récidive pour des faits ayant causé intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou pour les condamnations pour les formes les plus graves de violence (violations graves du droit humanitaire, prise d'otages, meurtre, traitement inhumain, traite des êtres humains, meurtre pour faciliter le vol, etc.). On pourrait ainsi envisager que les cas énoncés dans cette loi soient les *seuls* pour lesquels une peine privative de liberté puisse être prononcée par un juge, l'amende ou la peine de travail étant réservées à tous les autres cas.

36 Restent les quatre configurations liées à la dépénalisation de fait. Si elles ne sont pas sans incidence sur l'alimentation du système pénal, leur étroite dépendance aux pratiques des acteurs les rend fragiles comme réformes à portée abolitionniste. En dehors de l'un ou l'autre cas de figure justifiant un classement sans suite pour inopportunité des poursuites ou quelques mesures permettant l'extinction de l'action publique, elles semblent d'ailleurs avoir peu de traduction concrète<sup>16</sup>. Ceci montre combien le cadrage légal des processus de dépénalisation peut être important, d'autant que, comme on l'a vu, une fois le système pénal saisi, le principe de subsidiarité s'en trouve généralement

malmené.

37 Un bon exemple en est fourni par l'usage d'un dispositif qui figure parmi les principales sources d'alimentation du système pénal, en général, et de la prison, en particulier : la détention avant jugement. Si le recours à ce type de détention devrait plus que tout autre s'adosser au principe de subsidiarité, il apparaît comme un problème commun à beaucoup de systèmes pénaux. Prenons l'exemple de la Belgique et du Canada qui enregistrent des tendances sinon comparables, à tout le moins similaires (Aubert, 2012). En Belgique, on assiste depuis le début des années 1980 à une augmentation continue du nombre des prévenus<sup>17</sup> et à un allongement tout aussi continu des durées de détention avant jugement (Deltenre, Maes, 2004 ; Maes, 2010), à telle enseigne que cette forme de détention constitue un des trois facteurs responsables de l'inflation carcérale observable nationalement (Snacken, 1999, 10). Au Canada, parler d'inflation du recours à la détention avant jugement n'a rien d'exagéré : l'importance quantitative croissante de la détention avant jugement depuis le milieu des années 1980 a même été jusqu'à modifier la structure de la population carcérale. Particulièrement significative sur les flux d'entrées (hausse de près de 127% des admissions d'adultes en détention avant jugement dans les établissements provinciaux et territoriaux canadiens entre 1986-1987 et 2008-2009), elle s'observe aussi sur les stocks de personnes incarcérées. Sous l'effet conjugué de l'augmentation des durées de détention avant jugement et de ses corollaires – la baisse des admissions en détention après condamnation (baisse de près de 30 % entre 1986-1987 et 2008-2009) et la diminution de la durée des peines d'emprisonnement prononcées –, la proportion de prévenus parmi tous les adultes incarcérés sous responsabilité provinciale ou territoriale n'a cessé de croître depuis 1996-1997 pour dépasser la barre des 50% à compter de 2004-2005 (Landry, Sinha, 2008).

38 Pour faire face au problème, des alternatives ont été recherchées : la liberté sous conditions en Belgique et la remise en liberté sous conditions au Canada. Laissées à l'appréciation des acteurs, elles offrent une illustration saisissante des limites des solutions de rechange puisqu'elles s'avèrent sans effet sur la hausse des flux d'entrées de prévenus. En Belgique, le recours à la liberté sous conditions enregistre pourtant une nette augmentation entre 1995 et 2009 (Jonckheere, Maes, 2011b, 41), révélant par-là même le rôle de cette nouvelle mesure dans l'élargissement du filet. Quant au Canada, la démultiplication des conditions de remise en liberté va même jusqu'à contribuer à l'auto-alimentation du système, voire en fermer la sortie en fabriquant artificiellement de la récidive (Aubert, Mary, 2014, 448). Face à de tels constats, les travaux d'Alexia Jonckheere et d'Éric Maes offrent quelques pistes pour réduire réellement et significativement le recours à la détention avant jugement, qui passent par un cadrage légal limitant drastiquement les marges de manœuvre des acteurs. À partir de simulations réalisées sur base des mandats délivrés en Belgique en 2003, ils montrent en effet que, par exemple, l'adoption d'une liste d'infractions susceptibles de donner lieu à la délivrance d'un mandat d'arrêt, limitée aux seules infractions portant atteinte à la vie ou à l'intégrité physique, permettrait de réduire le nombre de mandats d'arrêts de plus de la moitié (Jonckheere, Maes, 2011a).

39 Cet exemple de la détention avant jugement ouvre à un autre enseignement, lié quant à lui aux modalités de fonctionnement de l'administration de la justice pénale : les réformes abolitionnistes ne peuvent se limiter à la seule dépénalisation de comportements. Il importe en effet de jouer également sur les entrées dans le système, principalement au niveau des principales agences situées à l'entrée – la police et le ministère public –, ce qui vient renforcer le poids de la diversion évoquée *supra*.

# Conclusion

40 Au vu de ce qui précède, on peut relever l'extrême diversité des processus de dépenalisation et, partant, la grande complexité de la question qu'illustrent les exemples retenus, lesquels, sans prétendre à l'exhaustivité, n'en sont pas pour autant dénués de représentativité. Sans pouvoir en faire le décompte exact, nombreuses sont les variantes envisageables pour chaque comportement pénalement incriminé, pouvant de surcroît différer selon les systèmes juridiques et les législations nationales. Reste évidemment la question de la portée du contrôle social selon les modalités éventuelles de substitution en cas de dépenalisation. Un exemple classique est celui de la dépenalisation des malades mentaux pouvant conduire à des formes de prises en charge psychiatrique tout aussi problématiques que le pénal. Le problème est évidemment complexe, mais ici aussi, coût sociaux et principe de subsidiarité apparaissent comme de précieuses balises dont ne manquent pas de se servir certains acteurs de la santé mentale pour soutenir la voie ambulatoire face à l'hospitalisation psychiatrique. Ces quelques pistes ne sont certainement pas la panacée et, à elles seules, ne constituent évidemment pas *la* recette abolitionniste. À tout le moins, elles indiquent à contre-courant que la prison ou le système pénal ne sont pas des institutions totalement inébranlables, que les tendances contemporaines de la pénalité ne sont pas inéluctables, pour peu que l'on accepte de s'interroger. S'interroger, c'est ce que proposait, en 1764, un certain Cesare Beccaria en des termes étonnamment contemporains :

Mais si les lumières de notre siècle ont déjà produit quelques avantages, elles sont loin d'avoir dissipé tous les préjugés qui nous restent. On ne s'est élevé que faiblement contre la barbarie des peines en usage dans nos tribunaux. On ne s'est point occupé de réformer l'irrégularité des procédures criminelles, de cette partie de la législation aussi importante que négligée dans toute l'Europe. On a rarement cherché à détruire, dans leurs principes, ces suites d'erreurs accumulées depuis plusieurs siècles ; et bien peu de personnes ont tenté de réprimer, par la force des vérités immuables, les abus d'un pouvoir sans bornes, et de faire cesser les exemples trop fréquents de cette froide atrocité, que les hommes puissants regardent comme un de leurs droits. Et pourtant, les douloureux gémissements du faible, sacrifié à la cruelle ignorance ou aux lâches opulents ; les tourments affreux que la barbarie prodigue pour des crimes sans preuves, ou pour des délits chimériques ; le hideux aspect des prisons et des cachots, dont l'horreur s'augmente encore par le supplice le plus insupportable pour les malheureux, l'incertitude ; tant d'usages odieux, partout répandus, auraient dû réveiller l'attention des philosophes, de cette sorte de magistrats dont l'emploi est de diriger et de fixer les opinions humaines (Beccaria, 1979 [1764], 46-47).

## Bibliographie

AEBI M., DELGRANDE N., 2009, *Council of Europe Annual Penal Statistics – SPACE I. Survey 2007*, Strasbourg, Council of Europe.

AEBI M., DELGRANDE N., 2014, *Council of Europe Annual Penal Statistics – SPACE I. Survey 2012*, Strasbourg, Council of Europe.

ANCEL M., 1985, La révision du programme minimum (suite et fin), *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 157-161.

AUBERT L., 2012, Plaidoyer pour une nouvelle approche de la détention avant jugement, *Revue de science criminelle et de droit*

*pénal comparé*, 2, 454-468.

AUBERT L., MARY Ph., 2014, La fabrique de la récidive, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2, 435-450.

BACKER C., 2004, *Pourquoi faudrait-il punir ? Sur l'abolition du système pénal*, Lyon, Éd. Tahin party.

BAUMAN Z., 1999, *Le coût humain de la mondialisation*, Paris, Hachette Littératures.

BECCARIA C., 1979 [1764], *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion.

BERNAT de CELIS J., 1977, La politique criminelle à la recherche d'elle-même, *Archives de politique criminelle*, 2, 3-60.

BOONE M., MOERINGS M., 2007, Growing prison rates, in BOONE M., MOERINGS M. (Eds), *Dutch prisons*, The Hague, Bju Legal Pub., 51-77.

CASTEL R., 1995, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard.

COHEN S., 1985, *Visions of social control*, Cambridge, Polity Press.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, 1980, *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe.

DA AGRA C., 2009, Requiem pour la guerre à la drogue. L'expérimentation portugaise de décriminalisation, *Déviance et société*, 1, 27-49.

DELTENRE S., MAES E., 2004, Simulation de l'impact de quelques changements législatifs en matière de détention avant jugement, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1, janvier, 83-115.

DIGNEFFE Fr., FIERENS J. (dir.), 2003, *Justice et gacaca. L'expérience rwandaise et le génocide*, Namur, Presses universitaires de Namur.

DÜNKEL Fr., SNACKEN S., 2005, *Les prisons en Europe*, Paris, L'Harmattan.

DUPONT L., 1975, Het belgisch strafrechtssysteem in het licht van een behoorlijke rechtsbedeling, in *Le système pénal belge : professions-fonctionnement-politiques. III<sup>e</sup> journées belges de criminologie*, Liège, École de criminologie de l'Université de Liège, 69-102.

DURKHEIM É., 1987 [1895], *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF.

FAUGERON Cl., 1982, Postface, in HULSMAN L., BERNAT de CELIS J., *Peines perdues*, Paris, Le Centurion, 173-182.

FEELEY M., SIMON J., 1992, The new penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications, *Criminology*, 30, 449-474.

FOUCAULT M., 1975, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard.

FOUCAULT M. (Entretien avec), 1984, Qu'appelle-t-on punir ?, in RINGELHEIM F. (dir.), *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1-3, 35-46.

GARLAND D., 1985, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, Gower.

GRAMATICA F., 1963, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas.

GREENWALD G., 2009, *Drug Decriminalization in Portugal. Lessons for Creating Fair and Successful Drug Policies*, Washington, Cato Institute.

HULSMAN L., 1981, Une perspective abolitionniste du système de justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques, in DEBUYST Ch. (dir.), *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Genève, Masson-Médecine et hygiène, 7-16.

- HULSMAN L., BERNAT de CELIS J., 1982, *Peines perdues*, Paris, Le Centurion.
- HULSMAN L., BERNAT de CELIS J., 1984, Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal, in RINGELHEIM F. (dir.), *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1-3, 297-317.
- JONCKHEERE A., MAES E., 2011a, À la recherche de mesures juridiques susceptibles de réduire la détention préventive, in JONCKHEERE A., MAES É. (dir.), *La détention préventive et ses alternatives. Chercheurs et acteurs en débat*, Gent, Academia Press, 1-19.
- JONCKHEERE A., MAES E., 2011b, Caractéristiques des personnes placées sous mandat d'arrêt et/ou en liberté sous conditions, in JONCKHEERE A., MAES É. (dir.), *La détention préventive et ses alternatives. Chercheurs et acteurs en débat*, Gent, Academia Press, 35-54.
- LANDRY L., SINHA M., 2008, Les services correctionnels pour adultes au Canada, 2005-2006, *Juristat*, produit n°85-002-XIF au catalogue de Statistique Canada, 28, 6, 1-27.
- LEMAN-LANGLOIS S., 2008, *Réconciliation et justice*, Outremont, Éd. Athena.
- MAES E., 2002, Studie van de evolutie van de gedetineerdenpopulatie naar misdrijfcategorie (1980-1998), *Panopticon*, 4, 340-350.
- MAES E., 2010, De nieuwe wet op de voorlopige hechtenis... 20 jaar na datum, *Fatik, Tijdschrift voor Strafrecht en Gevangeniswezen*, 128, 5-8.
- MARY Ph., 2003, *Insécurité et pénalisation du social*, Bruxelles, Labor.
- MARY Ph., KAMINSKI D., MAES E., VANHAMME Fr., 2011, Le traitement de la « dangerosité » en Belgique : internement et mise à la disposition du gouvernement, Séminaire GERN « Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], 2011, Vol. VIII, mis en ligne le 25 octobre 2011, URL [<http://champpenal.revues.org/8188>].
- MATHIESEN Th., 2014, « Four themes », A talk on skype to the International conference on penal abolition, Ottawa, Canada, 14 june, and to the European group for the study of deviance and social control, Liverpool, England, 6 september.
- PIRES A. P., 1998, En guise de conclusion : un nœud gordien autour du droit de punir, in DEBUYST Ch., DIGNEFFE Fr., PIRES A. P., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Paris - Bruxelles, De Boeck Université, 207-219.
- SNACKEN S., 1999, Analyse des mécanismes de la surpopulation pénitentiaire, in MARY Ph., PAPTHEODOROU T. (dir.), *La surpopulation pénitentiaire en Europe. De la détention avant jugement à la libération conditionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 9-31.
- uit BEIJERSE J., van SWAANINGEN R., 2007, Non-custodial sanctions, in BOONE M., MOERINGS M. (Eds), *Dutch prisons*, The Hague, Bju Legal Pub., 77-98.
- VAN BILLOEN S., 2008, *Les juridictions gacaca au Rwanda. Une analyse de la complexité des représentations*, Bruxelles, Bruylant, Coll. des travaux et monographies de l'École des sciences criminelles Léon Cornil.
- van de KERCHOVE M., 1987, *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

## Notes

1 Voir par exemple les débats au sein de cette société qui ont abouti à la reformulation de son programme dans le sens d'une dépenalisation (Ancel, 1985).

2 Voir le rapport sur la décriminalisation (Comité européen pour les problèmes criminels, 1980) à la rédaction duquel Louk Hulsman

prit une part active : il fut l'auteur d'une étude préparatoire sur les critères de décriminalisation et fut par ailleurs le seul expert du comité chargé de préparer ce rapport à participer à toutes les réunions (voir l'annexe 1, 283-284).

3 Voir Dünkel, Snacken, 2005, 17-18 ; uit Beijerse, van Swanningen, 2007, 77.

4 *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, 1<sup>st</sup> ed. pour 1990 ; Aebi, Delgrande, 2014, pour 2012.

5 Par exemple, entre 1997 et 2012, passage de 57 042 à 90 897 places en Angleterre, de 7 462 à 9 348 places en Belgique, de 38 083 à 77 895 places en Espagne, de 49 841 à 56 991 places en France, de 4 432 à 8 224 places (en 2011) en Grèce ou de 2 357 à 4 413 en Irlande (données SPACE I).

6 De telles positions ont notamment été développées dans les années 1990 par des auteurs comme Maurice Cusson pour qui la sous-exploitation de ces « sanctions intermédiaires » s'expliquerait par l'influence sur les juges du « travail de sape » d'abolitionnistes qui s'en seraient pris à une mesure comme la surveillance électronique pour discréditer toutes les peines de ce type en vue d'en finir avec le système pénal.

7 Patrick Törnudd a été directeur de l'Institut national de recherche en politique légale finnois et président du Conseil scandinave de la recherche en criminologie. Actif dans les congrès, il a cependant peu publié en anglais ou en français, raison pour laquelle nous utilisons ici une source indirecte (Bernat de Celis, 1977).

8 La fonction de l'État, écrit-il, est *d'éliminer les causes du malaise de l'individu dans la Société. Pour réaliser l'ordre voulu par la loi, l'État n'a pas le droit de punir, mais le devoir de socialiser. L'œuvre de socialisation ne doit pas être menée au moyen de 'peines', mais de mesures de défense sociale préventives, éducatives et curatives. La 'mesure de défense sociale' doit être adaptée à chaque individu, en fonction des exigences de sa personnalité (antisocialité subjective) et non en fonction (responsabilité) du dommage causé (infraction). Le procès de défense sociale commence par l'appréciation de la nature et du degré d'antisocialité du sujet et prend fin – toujours judiciairement – avec la disparition de la nécessité d'appliquer la mesure, de même qu'un traitement se termine par la guérison du malade. La socialisation de l'individu entre dans le cadre d'une plus large politique de défense sociale* (Gramatica, 1963, 6).

9 Conférence de Louk Hulsman dans le cadre du cours de Politique criminelle, Université Libre de Bruxelles, 20 octobre 2004.

10 Communication personnelle de Louk Hulsman, 22 octobre 2008.

11 L'article 227-25 du Code pénal français définit le délit d'atteinte sexuelle sur mineur comme suit : « Le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ». La réduction de son champ d'application s'est faite *via* un abaissement de l'âge à partir duquel un mineur peut avoir des relations sexuelles avec un majeur sans que ce dernier n'encoure des poursuites et une condamnation, comme ce fut le cas en France en 1982, où la majorité sexuelle pour les relations homosexuelles passa de 18 ans à 15 ans (15 ans étant l'âge de la majorité sexuelle pour les relations hétérosexuelles depuis 1945).

12 Passage de 528 internés au 1<sup>er</sup> mars 1990 à 1 103 au 1<sup>er</sup> mars 2011, hormis les internés des sections de défense sociale des hôpitaux psychiatriques de Mons et Tournai.

13 En Belgique, une loi du 31 décembre 2003 instituait une déclaration libératoire unique qui prévoyait une telle amnistie pour les contribuables qui régulariseraient leurs capitaux et valeurs mobilières non déclarés au fisc moyennant le paiement d'une pénalité forfaitaire unique de 6 à 9 %. Cette déclaration libératoire unique fut en fait reconduite à deux autres reprises.

14 Loi du 22 juin 2005 introduisant des dispositions relatives à la médiation dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale et dans le Code d'instruction criminelle.

15 Comme l'a d'ailleurs montré la médiation entre Jean-Denis Lejeune et Michèle Martin, l'ex-épouse de Marc Dutroux, intervenue en novembre 2012, soit dès le début de la libération conditionnelle de cette dernière, libération à laquelle Jean-Denis Lejeune s'était fortement opposé quelques mois auparavant.

16 Pour mémoire : la dépénalisation de fait, absolue et objective, est la suppression de toute peine pour certains comportements,

indépendamment des personnes les ayant adoptés, sans que ces comportements soient décriminalisés ; la dépénalisation de fait, absolue et subjective, est la suppression de toute peine pour certaines catégories de personnes ou certains individus sans décriminalisation du comportement pour lequel cette dépénalisation s'applique ; la dépénalisation de fait, relative et objective, est toute désescalade au sein du système pénal de l'infraction ou de la peine mais sans leur suppression, pour certains comportements, indépendamment des personnes les adoptant ; et la dépénalisation de fait, relative et subjective est toute désescalade au sein du système pénal de l'infraction ou de la peine mais sans leur suppression, pour certaines catégories de personnes ou certains individus, indépendamment de leur comportement.

17 Voir *Justice en chiffres 2012*, Bruxelles, SPF Justice, 2013.

## ***Pour citer cet article***

### *Référence électronique*

Laura Aubert et Philippe Mary, « L'abolition par la réforme », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. XII | 2015, mis en ligne le 20 août 2015, consulté le 31 août 2015. URL : <http://champpenal.revues.org/9132> ; DOI : 10.4000/champpenal.9132

## ***Auteurs***

### **Laura Aubert**

Faculté de droit et de criminologie, Université Libre de Bruxelles. Contact : [Laura.Aubert@ulb.ac.be](mailto:Laura.Aubert@ulb.ac.be).

### *Articles du même auteur*

**Jean Danet (dir.), La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits** [Texte intégral]

Rennes, PUR, 2013, 522 pages

Paru dans *Champ pénal/Penal field*, Vol. XI | 2014

**Appréhension systématique des phénomènes de délinquance et troisième voie : les dilemmes d'un parquet divisé** [Texte intégral]

Paru dans *Champ pénal/Penal field*, Vol. VI | 2009

### **Philippe Mary**

Faculté de droit et de criminologie, Université Libre de Bruxelles. Contact : [phmary@ulb.ac.be](mailto:phmary@ulb.ac.be).

### *Articles du même auteur*

**The treatment of "dangerousness" in Belgium: internment and placing at the government's disposal** [Texte intégral]

Paru dans *Champ pénal/Penal field*, Séminaire du GERN "Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité" (2008-2009)

**Le traitement de la « dangerosité » en Belgique : internement et mise à la disposition du gouvernement** [Texte intégral]

Paru dans *Champ pénal/Penal field*, Vol. VIII | 2011

**Le traitement de la « dangerosité » en Belgique : internement et mise à la disposition du gouvernement** [Texte intégral]

Séminaire GERN "Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité" (Bruxelles, 13 mars 2009)

Paru dans *Champ pénal/Penal field*, Séminaire du GERN "Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité" (2008-2009)

**La critique de la critique : un fondement problématique de l'innovation pénale** [Texte intégral]

Paru dans *Champ pénal/ Penal field*, Séminaire Innovations Pénales

## ***Droits d'auteur***

© Champ pénal