

X. BEBIN, *Pourquoi punir? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, Paris, l'Harmattan, 2006, 235 p.

Xavier Bebin traite de l'approche utilitariste de la sanction pénale. Son ouvrage en est un véritable plaidoyer. L'auteur ne néglige pourtant pas d'évoquer différentes critiques formulées à l'encontre de l'utilitarisme pénal; mais il les démonte toutes grâce à une analyse essentiellement économique du crime.

Cet ouvrage est divisé en trois parties qui sont les trois étapes jugées nécessaires par l'auteur pour évaluer l'approche utilitariste de la sanction pénale. Dans la première partie, l'utilitarisme pénal est mis à l'épreuve de nos «intuitions morales». Pour ce faire, l'auteur cherche à voir si les implications de l'utilitarisme pénal heurtent «nos intuitions morales» (chapitre 1). Pour mener à bien ce travail de confrontation, l'auteur aborde la question de la proportionnalité des délits et des peines (chapitre 2) et celle de la condamnation des innocents (chapitre 3).

Dans la deuxième partie, il s'agit de questionner le statut ontologique de nos intuitions morales. Ces dernières sont mises à l'épreuve du naturalisme scientifique. Cette mise à l'épreuve va se faire en trois temps. Le naturalisme scientifique va d'abord permettre de critiquer nos intuitions morales en démontrant les caractères illusoire de la responsabilité morale (chapitre 4) et de l'objectivité des normes morales (chapitre 5). Après avoir été mobilisé pour critiquer nos intuitions morales, le naturalisme scientifique est une dernière fois mobilisé en tant que soutien à l'approche utilitariste (chapitre 6).

Dans la troisième et dernière partie de l'ouvrage, l'auteur annonce la mise à l'épreuve de l'utilitarisme pénal face aux réalités empiriques. Il va faire plus que cela puisqu'il conclut cette dernière partie par une analyse des limites des politiques pénales fondées sur des intuitions non utilitaristes (chapitre 10). L'auteur réfute les critiques qui présentent l'approche utilitariste comme incertaine et trop complexe face aux réalités empiriques (chapitre 7). Il va ensuite, en insistant sur la dissuasion générale, examiner empiriquement les objectifs utilitaristes de la peine (chapitre 8). Finalement, l'auteur s'essaie à formuler quelques recommandations concrètes cadrant avec l'utilitarisme pénal (chapitre 9).

Cette recension pourrait presque s'arrêter ici. Cependant, l'originalité (extrême à certains égards) de ce livre nous pousse à approfondir la présentation des principes, des idées, des convictions qui s'y retrouvent. Pour la clarté de l'exposé, les remarques et critiques personnelles seront mentionnées dans les notes de bas de page, tandis que le corps du texte sera entièrement consacré à la présentation (forcément partielle et partielle) de l'ouvrage de Xavier Bebin.

Le premier chapitre rappelle que la peine est un mal qui ne peut être justifié que par ses conséquences positives pour le bien-être de la population (33). La peine doit être tournée vers l'avenir puisqu'il est impossible d'annuler les souffrances passées (35).

L'approche utilitariste permet de déterminer aisément les faits qui doivent être criminalisés même si l'hypothèse de la rationalité du criminel est indépendante de cette approche (36 et 40)⁽¹⁾. Les actions susceptibles de causer plus de dommage que de bienfaits et dont l'interdiction permet de produire un bien supérieur au mal causé doivent être criminalisées⁽²⁾. La criminalisation suppose également qu'il n'existe pas de moyens moins néfastes pour atteindre le même résultat⁽³⁾ (37).

L'approche utilitariste s'intéresse donc tant aux maux qu'aux bienfaits liés à l'infraction et à la peine. Au niveau des maux, elle prend en considération non seulement ceux des victimes mais encore ceux des infracteurs (34). Au niveau des bienfaits de la peine, elle prend en considération la diminution des infractions commises. La finalité de la peine est prioritairement la dissuasion générale même si d'autres conséquences peuvent être présentes: dissuasion spéciale, neutralisation et réhabilitation (38). Il importe que ces conséquences ne soient pas simplement affirmées mais vérifiées empiriquement⁽⁴⁾ (39).

(1) Cette affirmation ne trouvera guère d'occasion de s'illustrer dans la suite de l'ouvrage. En effet, les exemples proposés par l'auteur supposent que les criminels sont informés de la sanction pénale qu'ils sont susceptibles d'encourir et que cette information guide leurs activités délinquantes.

(2) L'opérationnalisation de ce principe est-elle si évidente?

(3) Il est étonnant que dans le chapitre relatif aux recommandations, l'auteur n'évoque aucune décriminalisation. Seule la criminalité «en col blanc» devrait bénéficier d'une pénalisation plus «soft» (215).

(4) La même remarque pourrait être faite à la dissuasion générale. L'auteur semble, à certains moments, reconnaître une historicité de l'approche utilitariste lorsqu'il affirme que l'utilitarisme pénal «ne saurait être assimilé aux recommandations de Bentham» (39), tandis qu'à de nombreux autres il ne tire pas les conséquences de cette historicité en voulant présenter, selon une «objectivité absolue» — «Mais que recommanderait réellement l'utilitarisme dans ce cas?» (74) —, les liens entre l'approche utilitariste et la dissuasion générale (G. Fourez, *La Construction des Sciences. Introduction à la Philosophie et à l'Éthique des Sciences*, Bruxelles, De Boeck, 1988). L'ouvrage donne l'impression que la dissuasion générale est toujours l'objectif prioritaire de l'utilitarisme pénal.

L'ouvrage de Xavier Bebin donne parfois l'impression que la dissuasion générale est l'objectif de la peine qu'il s'agit de mettre prioritairement en œuvre et que cette priorité a nécessité, pour se justifier, le développement de l'approche utilitariste. Nous défendons l'hypothèse que cet ouvrage fait une présentation de l'utilitarisme pénal essentiellement liée au projet de son auteur de privilégier la

Le caractère dissuasif de la peine dépend de la probabilité de la condamnation et de sa sévérité (42). L'utilitarisme pénal n'exige pas une dissuasion «maximale» puisqu'il faut tenir compte de la finalité de promotion du bonheur de la population⁽⁵⁾ (42). Il faut éviter que le coût marginal de la dissuasion soit trop élevé (43).

Le deuxième chapitre débute par la critique de la possible mise en place de peines disproportionnées par l'utilitarisme pénal (47). Même si le principe de proportionnalité est défendu par l'utilitarisme lorsqu'il implique qu'il faille «dissuader plus vigoureusement les infractions les plus nuisibles», ce principe n'implique pas une sévérité accrue pour les infractions les plus nuisibles puisque la dissuasion dépend également de la probabilité de la condamnation (49)⁽⁶⁾.

Pour déterminer la sanction adéquate, c'est-à-dire celle qui crée le moins de dommage, il faut tenir compte de l'effet de la modération de la peine sur le nombre de délits commis (54)⁽⁷⁾. La sanction promue par l'utilitarisme ne dépend pas uniquement de ce calcul dissuasif puisque Xavier Bebin note, en bas de page, qu'il faut prendre en compte la «sensibilité populaire» (50)⁽⁸⁾. A savoir qu'il faut prendre en considération ce que les gens définissent comme la peine «appropriée» pour assurer la crédibilité de l'institution pénale (55). Cette «préférence» de la population pour la proportionnalité des peines doit faire l'objet d'un travail pédagogique démontrant les conséquences néfastes d'une telle préférence (59).

fonction de dissuasion générale de la peine. Pour mettre à l'épreuve cette hypothèse, nous serons attentif aux conséquences tirées par l'auteur de cette priorité de la dissuasion générale. Cette hypothèse s'inspire de la position épistémologique que qui prétend que l'observation est toujours une interprétation dépendante d'un projet de connaissance particulier (G. FUREZ, 1988, *op. cit.*).

(5) Lorsque l'auteur évoque la finalité du bonheur de la population pour s'écarter de la détermination de la peine selon des principes utilitaristes, cela permet généralement de justifier une peine plus sévère. C'est le cas lorsqu'il indique qu'il faut respecter la «sensibilité populaire» qui est profondément indignée par certains comportements (50).

(6) On retrouve un raisonnement basé sur une analyse économique du crime et sur la rationalité du criminel.

(7) L'exemple de la page 52 témoigne d'une approche économique de la criminalité et de sa répression. Ainsi, pour calculer le degré de souffrance qui permettrait de dissuader les délinquants, il faut comprendre que l'auteur part du postulat que la souffrance liée à un emprisonnement de 10 ans est égale à dix emprisonnements d'un an. Il ne justifie pas cette affirmation.

(8) La prise en compte de cette «sensibilité populaire» montre que le raisonnement utilitariste est susceptible de se baser sur tout et son contraire, y compris, comme dans cet exemple, sur nos «intuitions morales».

Le troisième chapitre commence par la critique de l'utilitarisme pénal en ce qu'il recommanderait la condamnation d'innocents lorsqu'elle est favorable au bonheur de la population (63). Pour répondre à cette question, l'auteur s'interroge : «Pourquoi serait-il a priori plus justifié de punir les coupables» (63), «en quoi (...) le passé de l'individu pourrait justifier ou permettre l'imposition d'une sanction dans le présent» (64)?

De plus, «tout système judiciaire commet nécessairement des erreurs qui conduisent à envoyer des innocents en prison» (69). Le mal lié aux condamnations d'innocents doit être mis en balance avec les bienfaits dissuasifs de la peine (70). Si l'on protège les hommes vis-à-vis des erreurs de la justice, on ne sait plus les protéger correctement des agressions potentielles d'autrui (70).

La distinction entre la condamnation intentionnelle et accidentelle d'un innocent n'est pas pertinente puisque la «décision d'instituer un système pénal n'est pas accidentelle. On voit donc mal ce qui distingue le fait de punir directement un innocent et le fait de créer une institution dont on sait pertinemment qu'elle conduira à condamner des innocents» (73)⁽⁹⁾.

Le quatrième chapitre lie la difficulté de fonder une sanction présente sur une action passée avec les questions du libre arbitre et de la responsabilité morale (83). Le libre arbitre et la responsabilité morale sont des concepts qui contredisent la «thèse causale» qui affirme que «tous les événements, 'physiques' ou 'mentaux', sont causés par des événements préexistants» (84). Responsable ni de son patrimoine génétique ni de l'environnement qui l'a modelé pendant sa petite enfance, l'homme ne peut être tenu pour responsable de ses actes (84).

Xavier Bebin convoque les neurosciences à l'appui de la thèse causale. Les idées et les émotions correspondent à une activité physiologique du cerveau. Les actions humaines «sont tout aussi causées que les actions d'un ordinateur, puisque les deux obéissent aux lois de la physique» (86). Les neurosciences permettent également d'expliquer pourquoi nous avons l'impression de posséder un libre arbitre et pourquoi nous percevons nos intentions comme «librement voulues» (94).

Fonder la responsabilité morale du criminel sur l'idée qu'il aurait pu ne pas commettre le crime s'oppose à la théorie causale⁽¹⁰⁾. Seul l'utilitarisme pénal permet de tenir compte des conséquences de la thèse causale (97).

(9) Cet argument nie la distinction proposée par Merton entre les «fonctions» et les «motifs» (R. MERTON, *Éléments de théorie et de méthode sociologique*, Paris, Plon, 1965).

(10) Pourquoi vouloir «dissuader» si la théorie causale montre que l'individu «ne pouvait pas s'empêcher de commettre son acte» (91) (*cf. infra*)?

Après avoir critiqué la rationalité de notre intuition morale, qui veut que le criminel «mérite» sa sanction, et après avoir décrit le concept de responsabilité morale, l'auteur s'interroge, dans le cinquième chapitre, sur les causes «lointaines» et «prochaines» de nos intuitions morales (11).

Il mobilise la «psychologie évolutionniste» pour expliquer l'origine biologique «lointaine» de nos intuitions rétributives (100 et 105). La psychologie évolutionniste affirme que «la psychologie des êtres humains a été façonnée par les forces sélectives qui se sont exercées sur les ancêtres de l'homme moderne» (100).

Nos intuitions rétributives ont été sélectionnées par l'évolution parce qu'elles se sont avérées utiles pour dissuader autrui de nous agresser (101). On a développé un «goût pour la vengeance» car cela a permis de riposter même lorsqu'une analyse «coût-bénéfice» nous aurait poussés à ne pas riposter, ce qui aurait affaibli la dissuasion.

Le caractère adaptatif de nos croyances morales empêche de les penser comme objectives puisque l'évolution est un phénomène sans aucune finalité (109). C'est pourquoi, le fait qu'une chose soit naturelle ne la rend pas moralement bonne. On ne peut donc pas affirmer qu'un individu mérite d'être puni parce que son acte réveille naturellement en nous une réaction hostile (110). Il devient naïf de «penser que la morale (...) possède un fondement» (113).

Pour expliquer les causes «prochaines» de nos intuitions rétributives, l'auteur mobilise les neurosciences pour démontrer que nous aimons sanctionner, que nous en retirons du plaisir, comme en témoigne la libération de dopamine qui accompagne ce comportement (114). Les caractères émotionnel, automatique et largement inconscient de nos réponses punitives font croire à l'objectivité de la notion de «mérite» (115 et 116). Les neurosciences confirment la thèse projectiviste de Hume selon laquelle «nous projetons nos croyances morales sur le monde par le biais de nos sentiments» (117).

Dans le sixième chapitre, l'auteur montre en quoi l'approche utilitariste est la seule qui cadre avec le naturalisme scientifique.

Il faut renoncer à utiliser le vocabulaire du juste et de l'injuste car il faut éviter de projeter une propriété métaphysique sur les choses (126). Le caractère descriptif de ces termes nous pousse à croire que les choses possèdent réellement des propriétés morales, que nous sommes face non pas

(11) A de nombreuses reprises dans l'ouvrage, l'auteur emploie indifféremment les expressions «intuitions morales» et «intuitions rétributives», comme si celles-là se réduisaient à celles-ci.

à un jugement subjectif mais bien à «une vérité que chacun admettrait s'il voyait les choses clairement et sans distorsion» (128)⁽¹²⁾.

Cette mise en garde permet de comprendre, dans le cadre d'un «naturalisme scientifique», le double attrait psychologique de l'utilitarisme lorsqu'il propose de maximiser le bien-être de la collectivité (128). D'une part, l'utilitarisme affirme que les «biens» ont une valeur contingente et non intrinsèque (130). En absence de norme absolue, le «conséquentialisme est plus convaincant que les théories déontologiques» (132). D'autre part, l'approche utilitariste permet d'éviter «d'attribuer à la réalité matérielle des propriétés morales» (133).

Pour vérifier empiriquement l'utilité de la sanction pénale, l'auteur ouvre le septième chapitre en répondant aux critiques d'inapplicabilité, d'incertitude et de complexité de l'utilitarisme pénal. Il estime que la difficulté d'établir des «comparaisons interindividuelles d'utilité» n'est pas décisive puisque, lorsqu'on établit des politiques publiques, on peut postuler que «les individus sont psychologiquement similaires» (148). De plus, on peut aisément utiliser des «variables par substitution», comme la durée de la peine⁽¹³⁾ ou le nombre de délits commis, pour additionner le bien-être d'individus différents (148 et 149).

Les répercussions bénéfiques et nocives d'une loi ne sont pas si inextricables puisqu'il y a un «relatif consensus autour des objectifs pénaux les plus efficaces⁽¹⁴⁾» (151).

L'approche utilitariste nécessite une statistique fiable pour «mesurer avec précision l'effet dissuasif⁽¹⁵⁾ de la peine» (149 et 150). La faiblesse

(12) L'auteur donne aux sciences la tâche de critiquer nos intuitions morales. Les sciences nous permettraient de regarder le réel de manière objective, de voir les choses telles qu'elles sont. Or les sciences peuvent être considérées comme une construction historique permettant une interprétation de la réalité (parmi d'autres), comme une organisation de la vision. Dans ce cas, point d'objectivité absolue possible, point d'accès aux choses «telles qu'elles sont» (G. FOURREZ, 1988, *op. cit.*). Plutôt que d'opérer un «dévoilement» de la réalité, la science effectue toujours déjà une «mise en forme» de celle-ci.

(13) On retrouve le raisonnement qui suppose que dix peines de prison d'un an causent la même souffrance qu'une peine de dix ans!

(14) Sur quoi porte ce «relatif consensus»? L'auteur n'est pas explicite à cet égard.

(15) Il est étonnant que ce soit le seul effet dissuasif de la peine qui est envisagé. La vision est purement déductive (c'est cet effet-là qu'il s'agit de prouver et pas un autre!) alors que l'utilitarisme est censé rester «muet s'il ne dispose pas de données empiriques fiables» (145).

actuelle des statistiques n'est pas un argument fort à l'encontre de l'utilitarisme et requiert plutôt une amélioration dans le domaine⁽¹⁶⁾.

Le manque de fiabilité des études actuelles sur la délinquance est dû à la funeste influence du «fonctionnalisme foucauldien» et, d'une manière générale, à l'inadéquation du «holisme méthodologique» (158)⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾.

Le manque d'intérêt des études actuelles pour les effets de dissuasion générale est lié à des «présupposés méthodologiques erronés et (...) des *a priori* idéologiques» (161). En effet, s'intéresser à de tels effets revient à admettre le «postulat de la rationalité» selon lequel les «causes principales des actions du sujet résident dans les bonnes raisons qu'il a de les adopter» (161 et 162). La perspective de sanction serait une bonne raison de ne pas délinquer⁽¹⁹⁾. Le naturalisme scientifique discrédite toute explication non individuelle du social mais il ne suppose pas l'individu de

(16) Les statistiques officielles ne permettent pas de mesurer la criminalité mais mesurent les activités des différentes agences du système pénal. Et contrairement à ce que laisse sous-entendre la note 196, il n'est pas correct d'ajouter les résultats des statistiques officielles et des enquêtes de victimisation puis-que commettre un crime et être réprimé pour un crime sont deux phénomènes de nature différente (Ph. ROBERT, «Les statistiques criminelles et la recherche. Réflexions conceptuelles», *Déviante et Société*, n° 1, p. 3-27).

(17) Une fonction «n'a de sens qu'au sein d'objectifs tenus par des individus identifiables. Or, Foucault n'identifie à aucun moment les acteurs susceptibles d'avoir concocté ces stratégies, alors qu'il n'existe aucune 'stratégie' sans stratégie, aucune 'tactique' sans tacticien» (155 et 156). Il semble que le raisonnement de l'auteur est problématique d'une part en raison d'une connaissance superficielle de la pensée de Foucault lui permettant de parler de «fonctionnalisme foucauldien» et d'autre part en raison de son refus d'opérer la distinction entre intentions individuelles et fonctions objectives (R. MERTON, 1965, *op. cit.*).

(18) En affirmant que «les phénomènes sociaux doivent pouvoir être expliqués de façon satisfaisante en montrant qu'ils sont la conséquence de représentations et de comportements individuels», l'auteur se refuse à prendre en compte le caractère politique de la définition pénale de certains comportements et de l'application de la loi pénale à certains individus.

En insistant sur l'impact des caractéristiques biologiques sur le comportement de l'homme, l'auteur en vient à faire des délinquants des *homines criminales* anthropologiquement différents des honnêtes gens. Les délinquants, contrairement aux honnêtes gens, passent à l'acte malgré la probabilité d'être condamné et la sévérité des peines. La volonté de l'auteur d'expliquer la criminalité par des causes individuelles l'empêche d'imaginer que la réaction pénale puisse favoriser des «carrières» délinquantes.

(19) Ceci conduit-il à promouvoir une aggravation de la sanction à l'égard des pauvres qui, ayant «moins à perdre», vont plus facilement passer à l'acte?

l'individualisme méthodologique qui «entend une action parce qu'elle a un sens pour lui» puisque «la plupart des processus mentaux sont inconscients» (164). Les progrès en biologie et en psychologie doivent être mobilisés par les spécialistes en sciences sociales afin d'améliorer les modèles prédictifs des comportements humains (165). Cependant, le fait que les comportements soient largement inconscients ne signifie pas que les prédictions de la théorie du choix rationnel soient fausses car les «individus peuvent avoir des comportements objectivement rationnels sans que ceux-ci ne soient le fruit d'une délibération consciente et réfléchie» (165).

L'auteur clôture ce chapitre par le tour de force d'allier naturalisme et dissuasion générale grâce au concept d'«instincts de raisonnement» : les comportements «aussi 'impulsifs' que peuvent l'être ceux des criminels» sont «inconsciemment soumis à une certaine rationalité et [sont] donc sensibles à la menace de sanction» (165 et 166).

L'auteur commence le huitième chapitre en affirmant que la réhabilitation, la dissuasion individuelle et la neutralisation jouent un rôle moins important que la dissuasion générale dans la réduction de la criminalité (167)⁽²⁰⁾ (21).

De nombreux exemples montrent que beaucoup de gens «violeraient la loi s'ils pensaient pouvoir le faire en toute impunité» (174).

La probabilité d'être sanctionné et la sévérité de la peine sont les deux facteurs qui influencent la dissuasion générale (177). Au niveau du premier facteur, c'est la probabilité subjective d'être sanctionné qui importe (177). Au niveau du second, la sévérité quantitative (quantum de la peine) et la sévérité qualitative (mauvaises conditions carcérales) influencent la dissuasion générale (180)⁽²²⁾.

(20) On retrouve ici un indice de notre hypothèse voyant cet ouvrage «au service» de la promotion de la dissuasion générale. En effet, l'auteur est élogieux sur le principe de la neutralisation sélective mais il va y renoncer en raison de difficultés techniques. Il va reconnaître des difficultés techniques similaires à la dissuasion générale sans pour autant y renoncer (*cf. supra*).

(21) Les exemples donnés reviennent à la peine de prison et témoignent de l'enfermement de la pensée de l'auteur dans «la bouteille à mouches» (A.P. PRES, «Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne», in Ch. DEBUYST, F. DIGNERRE et A.P. PRES (dir), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, 1998, vol. 2, pp. 3-51).

(22) Les exemples donnés sont dans les deux cas liés à la peine de prison, décidément incontournable pour une pensée enfermée dans une «bouteille à mouches».

Dans le neuvième chapitre, l'auteur prévient qu'il n'est pas évident d'établir des recommandations basées sur l'approche utilitariste puisque «l'appréciation de ce qui promet le bonheur est en partie intuitive» (183)⁽²³⁾. Ceci explique que deux utilitaristes peuvent aboutir à des recommandations différentes⁽²⁴⁾.

L'utilité de la sanction pénale est moins à chercher du côté de la personne sanctionnée que du côté de la population. Le système pénal en général et la prison en particulier sont un mal nécessaire (184)⁽²⁵⁾.

La crédibilité du système pénal suppose un «fonctionnement régulier» de celui-ci (184). Pour ce faire, il est essentiel que les juges ne se préoccupent pas des conséquences spécifiques de leurs décisions. Ils doivent se baser sur la culpabilité et le type d'infraction⁽²⁶⁾.

Au niveau de la réhabilitation, l'auteur ne s'oppose pas aux traitements individuels s'ils sont efficaces et s'ils ne s'opposent pas à l'objectif de la dissuasion générale⁽²⁷⁾. Il faut donc développer une culture de l'évaluation et remplacer les «cures psychanalytiques» par des «thérapies comportementales et cognitives» (186).

La dissuasion individuelle ne doit pas être à proprement parler un objectif mais un éventuel effet positif de la peine. L'auteur critique donc la condamnation avec sursis et son effet désastreux sur la dissuasion générale⁽²⁸⁾.

(23) Dans les chapitres antérieurs, il insistait beaucoup plus lourdement sur la dimension inconsciente de l'action humaine.

(24) Ce chapitre nous renseigne donc sur la manière plus ou moins efficace dont Xavier Bebin a pu contrôler, lorsqu'il rédige ces recommandations, l'influence de son patrimoine génétique le poussant à vouloir sanctionner. A la lecture des recommandations, force nous est de constater que cette influence n'a pu être efficacement contrecarrée.

(25) On retrouve notre hypothèse voyant cet ouvrage au service de la dissuasion générale. Cette priorité donnée à la dissuasion générale permet de légitimer la peine de prison : son effet criminogène sur les détenus est contrebalancé par son effet dissuasif plus important sur la population.

(26) Bien qu'il s'en défende, lorsque l'auteur recommande que les juges soient «tournés vers le passé», il propose un «utilitarisme de la règle» (185).

(27) La priorité donnée à la dissuasion permet ici encore de défendre la mobilisation de la prison. En effet, pour que la réhabilitation ne s'oppose pas à la dissuasion, il «conviendrait d'appliquer ces [traitements individuels] le plus souvent en milieu carcéral».

(28) Cette fois-ci, la priorité donnée à la dissuasion générale permet de justifier une obligation de punir les moindres faits : «il conviendrait plutôt d'infliger pour chaque infraction une véritable peine, aussi légère soit-elle» (187). Cette obligation de punir légitime les courtes peines de prison (208).

La neutralisation doit également être considérée comme un effet positif de la peine plutôt que comme un véritable objectif, vu ses coûts humains et financiers (187). La neutralisation sélective aurait pu être plus avantageuse mais les erreurs de prédiction tempèrent son intérêt, sauf en ce qui concerne les individus les plus dangereux dont les criminels sexuels⁽²⁹⁾.

Pour améliorer la dissuasion, il faut travailler sur la probabilité des condamnations en améliorant le taux d'élimination des infractions (189). L'auteur recommande ainsi une augmentation de l'effectif policier, une amélioration des techniques policières, une augmentation du nombre des condamnations et une réelle exécution de ces condamnations (189 et 190)⁽³⁰⁾(31).

L'amélioration de la dissuasion nécessite également d'être attentif à la sévérité des peines. L'auteur recommande alors la plus grande circonspection par rapport aux alternatives à la prison (192)⁽³²⁾(33).

Dans le dernier chapitre, l'auteur analyse les conséquences de l'application des principes non utilitaristes dans le domaine pénal. Il évoque en premier lieu le principe d'individualisation des peines (201). Ce principe est attrayant pour nos intuitions rétributives et pour l'objectif de réhabilitation, mais, «comme l'objectif de la dissuasion générale doit être prédominant dans le prononcé des peines, de tels critères ne semblent avoir aucune validité» (203). Une réduction de la marge de manœuvre au niveau des décisions judiciaires et de leur exécution cadre avec les princi-

(29) Pourquoi, dans l'approche utilitariste défendue par l'auteur, les criminels sexuels sont-ils classés parmi les plus dangereux : sont-ils ceux qui compromettent le plus le bien-être de la population? Les infractions commises par les «délinquants en col blanc» ne sont-elles pas plus problématiques pour le bien-être de la population?

(30) Voici des nouveaux intérêts de la priorité donnée à la dissuasion : la diminution des entraves procédurales à la recherche des infractions et la légitimation de la «construction de nouvelles prisons» (191). Par ailleurs l'auteur justifie également la création de nouvelles prisons pour éviter des souffrances inutiles liées à la surpopulation. En effet, les mauvaises conditions de vie en prison n'ont pas un effet dissuasif suffisant pour laisser la situation des prisonniers se dégrader! (191).

(31) On ne voit pas pourquoi l'auteur affirme que ce rétablissement de la certitude de la peine serait «probablement peu coûteux pour lutter contre la criminalité» (190).

(32) La priorité donnée à la dissuasion permet de légitimer la prison en disqualifiant les alternatives de celle-ci (travail d'intérêt général, médiation, sursis, probation).

(33) L'auteur n'évoque pas la peine de mort dans ses recommandations, ni pour la critiquer ni pour la louer.

pes utilitaristes et elle ne doit pas être interprétée uniquement comme le « triomphe de la doctrine rétributive du 'juste dû' » (205). Des barèmes précis n'entraînent pas forcément une plus grande sévérité. On peut même penser que ces « lignes directrices » permettent une diminution des peines vu qu'elles facilitent la connaissance du tarif criminel par la population (207) (34) (35).

Ensuite, l'auteur évoque l'effet d'indulgence excessive lié aux intuitions de la responsabilité. Le critère de la responsabilité morale ne doit pas conduire à renoncer à punir des individus « qui devraient l'être du point de vue de l'utilité publique » (208). Chaque découverte biologique accréditant la thèse causale ne doit pas élargir le domaine de l'irresponsabilité pénale (209). Il faudrait plutôt « refonder la responsabilité pénale sur la capacité à être dissuadé » (209) (36).

T. SLINGENEYER

Chr. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif, une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Préface de Otto Pfersmann, avant-propos de Jean-Claude Scholsem, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2006, 537 p. + XXXVII p.

En écho à la théorie kelsenienne qui faisait du juge constitutionnel un législateur négatif, l'argument développé par Christian Behrendt dans la remarquable thèse qu'il a brillamment défendue en juin 2005 à Paris montre, de façon extrêmement convaincante, que le juge constitutionnel

(34) Si malgré la meilleure connaissance de la population du tarif criminel, on constate que le nombre de faits commis ne diminuent pas, l'utilitarisme suggérera une augmentation de la sévérité des peines.

(35) On peut douter de cet effet de diminution des peines lorsque ces « lignes directrices » remplacent un système donnant une place importante à l'individualisation puisque dans un tel système il est « naturel que les juges aient du mal à percevoir l'utilité d'ajouter le mal de l'emprisonnement au mal déjà commis, lorsque l'accusé ne paraît pas avoir besoin d'être réhabilité, neutralisé ou dissuadé » (203). L'auteur évoque un effet « théorique » et oublie de se baser sur la réalité du système français qu'il étudie. Il nous avait pourtant bien mis en garde contre une détermination des effets de la sanction pénale sans tenir compte de l'empirie (145).

(36) Ce nouveau fondement proposé suppose que tout le monde soit dissuadé de commettre un fait par une peine identique. La justification de ce nouveau fondement distingue difficilement les dissuasions spéciale et générale : « la question serait de savoir si le châtiement va empêcher ces gens, ou quiconque se trouverait dans une semblable situation, de commettre des crimes à l'avenir » (209).

n'échappe pas à la nécessité d'agir de façon positive sur le corpus législatif.

L'auteur analyse en profondeur les décisions rendues par la Cour d'arbitrage de Belgique, le Conseil constitutionnel français et le Bundesverfassungsgericht allemand, — ce qui présuppose de sa part une excellente connaissance des systèmes de contrôle constitutionnel de ces trois pays —, et met en évidence un phénomène qui n'avait probablement jamais été étudié, en tout cas de manière aussi complète et précise, qu'il conceptualise à l'aide de la notion « d'interférence ». Non content d'annuler ou d'invalider la production législative, le juge constitutionnel interviendrait en effet dans celle-ci, de manière positive. « L'interférence » est définie par l'auteur, qui s'inscrit en cela dans l'héritage de Kelsen, comme « une norme juridique, comme l'habilitation qui confère à son destinataire le pouvoir de produire à l'avenir des normes législatives dotées d'un certain contenu » : l'auteur de l'habilitation, à savoir le juge constitutionnel, produit une norme juridique qui habilite son destinataire, à savoir le législateur, à édicter une loi conformément à l'interférence émise. Deux types d'interférences sont identifiées selon qu'elles revêtent un caractère simplement permissif ou qu'elles comportent une obligation d'agir : les « lignes directrices » et les « injonctions » adressées par le juge constitutionnel au législateur.

Bien sûr, aucune règle de droit positif, aucune disposition constitutionnelle ou légale ne prévoit le pouvoir du juge constitutionnel d'interférer dans l'activité législative. Il fallait donc démontrer non seulement la réalité des interférences, mais également leur source, et surtout leur légitimité. Christian Behrendt le fait brillamment, situant dans l'indétermination des règles concernant la compétence et les effets des décisions des juridictions constitutionnelles l'origine des interférences. Ainsi, lorsque le juge constitutionnel module les effets de l'annulation qu'il prononce en maintenant la norme annulée provisoirement, afin de laisser au législateur l'occasion de revoir son ouvrage, lorsqu'il indique dans quel sens une nouvelle législation pourra être adoptée, ou lorsqu'il précise ce qui manque à une norme pour la rendre compatible avec la Constitution, il crée une interférence.

L'étude de Christian Behrendt, s'appuyant sur une lecture exhaustive des arrêts belges et des décisions françaises, ainsi que sur une étude sélective des décisions allemandes, montre l'importance quantitative des interférences de l'un et de l'autre type dans les trois ordres juridiques abordés et indique leur progression.

Après avoir décrit, classifié et quantifié les différentes manifestations des interférences dans les trois pays abordés, l'auteur aborde la question,