

Les justifications de la peine de prison : timidité du droit pénal européen et du droit international pénal face à la rationalité pénale moderne

Thibaut SLINGENEYER

Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain
Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Introduction

Le constat posé pour le système pénal belge (et probablement pour d'autres systèmes pénaux européens) d'une « hétérogénéité croissante des objectifs de la peine »¹ ne semble pouvoir être transposé ni au droit pénal européen ni au droit international pénal. Ces derniers semblent se centrer de manière plus traditionnelle sur la rétribution et sur la prévention (générale et spéciale). Les raisons qui ont permis d'affirmer la thèse de cette hétérogénéité croissante pour le système belge (la réapparition de la réparation du dommage comme objectif de la peine, l'acceptation simultanée d'une pluralité d'objectifs, l'acceptation de l'« autonomie relative de la détermination de la peine et de son exécution »² se caractérisant par la « substitution progressive d'un objectif de resocialisation à un objectif de prévention générale ou de rétribution »³ et la présence d'une démocratie pluraliste favorisant l'éclectisme) sont-elles donc absentes des deux ordres juridiques qui nous occupent ? L'article de Damien Scalia, auquel ce texte est une réaction, permet, nous semble-t-il, de répondre par l'affirmative, quoique de façon nuancée.

Après avoir rapidement rappelé les constats principaux clairement évoqués dans le présent ouvrage par Damien Scalia et Michel van de Kerchove⁴ (chapitre 1), nous proposerons quelques réflexions articulées principalement autour

¹ D. KAMINSKI, S. SNACKEN et M. VAN DE KERCHOVE, « Mutations dans le champ des peines et de leur exécution », *Déviance et Société*, 2007, p. 492.

² L. DUPONT, « Proeve van een voorontwerp van beginselenwet gevangeniswezen en tenuitvoerlegging van vrijheidstraffen », in *Op weg naar een beginselenwet gevangeniswezen*, sous la direction de L. DUPONT, Louvain, Universitaire Pers Leuven, p. 134.

³ D. KAMINSKI, S. SNACKEN et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 493.

⁴ La *summa divisio* qui structure leurs deux articles n'est pas la même. L'article de van de Kerchove est structuré d'abord grâce à la distinction entre fondement et objectif et ensuite grâce à la distinction entre le droit européen et le droit international. C'est l'inverse dans le texte de Damien Scalia. Profitons de cette remarque pour souligner le caractère construit du travail scientifique. Celui-ci ne doit ni prétendre à l'objectivité absolue ni dépendre d'une pure subjectivité, il est influencé par les projets du chercheur dans le cadre d'une « objectivité socialement instituée ». On structure toujours ce que l'on voit « en utilisant des notions qui

du concept de la « rationalité pénale moderne ». Ce concept, qui donne une place importante aux « théories de la peine » et dont il a été dit qu'il n'était pas « limité par les frontières géographiques »⁵, nous est apparu fécond pour un sujet touchant la justification de la peine privative de liberté en droit européen et international. La première réflexion concerne la terminologie utilisée en droit international pénal : il s'agit de montrer que la « peine d'emprisonnement » n'a pas été supplantée par la « peine privative de liberté » (chapitre 2). Ensuite, nous détaillerons l'articulation d'un fondement rétributif avec un objectif préventif, repérée dans les deux ordres juridiques étudiés (chapitre 3). Ces deux ordres juridiques accordent une place marginale à la réparation (chapitre 4). Nous tenterons ensuite de montrer qu'il ne faut pas sous-estimer l'existence d'un « devoir de punir » (chapitre 5). Nous évoquerons ensuite l'occasion manquée par le droit international pénal de questionner l'« évidence » selon laquelle la responsabilité d'une situation-problème doit être attribuée à un individu (chapitre 6). Finalement, nous essayerons de montrer la pertinence de parler d'« involution des finalités » et de « managérialisme pénal » quand on cherche à analyser le (l'absence de) traitement des justifications de la peine de prison par le droit pénal de l'Union européenne (chapitre 7).

Chapitre 1

Rappel des principaux constats

Les fondements et les objectifs de la peine privative de liberté repérés pour le droit pénal européen et pour le droit international pénal diffèrent peu.

Les fondements principaux de la peine privative de liberté prévus dans les dispositions normatives des deux ordres juridiques étudiés sont essentiellement issus du paradigme rétributif. Ces fondements sont l'accomplissement d'une infraction pénale et la gravité de cette dernière. Les juridictions internationales opérationnalisent le critère de la gravité grâce aux concepts suivants⁶ : les « circonstances particulières de l'espèce » (temps, lieu), le « contexte », le « degré de culpabilité de l'auteur », le « degré de participation », le « degré d'intention », l'importance du « dommage causé » (en particulier à la victime et à sa famille), la « nature du comportement », les « moyens utilisés » et le « risque de récidive »⁷. Cette dernière

paraissent utiles [...] c'est-à-dire qui répond[ent] au projet que l'on a » (G. FOUREZ, *La construction des sciences. Introduction à la Philosophie et à l'Éthique des Sciences*, Bruxelles, De Boeck, 1988, pp. 32 et 36).

⁵ M. MACHADO, « Qu'advient-il de la rationalité pénale moderne quand on parle de problèmes internationaux ? », in *La rationalité pénale moderne. Réflexions théoriques et explorations empiriques*, R. DUBÉ, M. GARCIA et M. MACHADO (dir.), Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2013, p. 248.

⁶ Cette liste se base sur les contributions de Michel van de Kerchove et de Damien Scalia dans le présent ouvrage.

⁷ Cette articulation entre les notions de « gravité des faits » et de « risques de récidives » est synthétisée par Houchon sous l'expression d'« incapacitation catégorielle », c'est-à-dire une incapacitation qui fait « du délit commis l'indicateur de dangerosité. [...] On présume sous un chef d'infraction une empirie de la

notion, le risque de récidive, est parfois mobilisée sans référence directe au concept de gravité ; ceci donne à penser que la juridiction internationale⁸ évoque alors la dangerosité du délinquant comme fondement de la peine privative de liberté. Il s'agit dès lors d'un fondement basé sur la prévention spéciale.

En plus de la notion de gravité, des dispositions normatives⁹ évoquent également la « situation personnelle du condamné ». Il nous semble que ce dernier élément peut cadrer à la fois avec le paradigme rétributif (sa situation fait qu'il est plus ou moins « coupable ») et avec le paradigme utilitariste (sa situation fait qu'il est plus ou moins « dangereux »).

Les objectifs principaux de la peine privative de liberté sont essentiellement issus du paradigme utilitariste. C'est en effet la prévention qui apparaît comme l'objectif principal de cette peine. Sont visées à la fois la prévention générale et la prévention spéciale. Cette dernière est prioritairement investie dans sa dimension dissuasive ou intimidante, secondairement dans sa dimension neutralisante, et beaucoup plus rarement dans sa dimension réhabilitante (absente dans les dispositions normatives et admise de manière limitée par la jurisprudence).

Un objectif de « renforcement symbolique des normes » semble également présent. Par la peine privative de liberté, le corps social exprime symboliquement son attachement aux normes violées¹⁰. D'une part, cette fonction « expressive » ou de « raffermissement des valeurs » peut être reliée à un objectif punitif : vouloir une punition exemplaire (voire le sacrifice du « bouc émissaire »¹¹) pour les crimes « odieux » qui sont à l'origine de l'« horreur de la communauté internationale ». Étymologiquement, « odieux » signifie qui excite la haine. Il y a projection (quasi au sens psychanalytique du terme) sur l'ennemi de toute l'« inhumanité ». Mead montre comment la justice criminelle organise socialement cette attitude hostile : « L'hostilité à l'égard d'un délinquant a l'énorme avantage d'unir les membres de la communauté par la solidarité émotionnelle de l'agressivité. »¹² D'autre part, elle peut être reliée à un objectif plus instrumental : « marquer sa vive désapprobation à des fins dissuasives »¹³. Il nous semble que le

dangerosité que l'on n'a pas pu prouver ailleurs. » (G. HOUCHON, « Les peines incompressibles. Exercice de pénologie : science sociale », in *Sûreté, pénalité et altérité*, J. PRADEL et H.-D. BOSLY (dir.), Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 20, Paris, Cujas, 1999, p. 89)

⁸ La juridiction internationale qui présente le plus souvent le risque de récidive de cette manière est la Cour européenne des droits de l'homme.

⁹ Art. 24 du Statut du TPIY ; art. 23 du Statut du TPIR ; art. 78 du Statut de la CPI.

¹⁰ Une sanction pénale exprime symboliquement davantage la réprobation que les sanctions administratives ou civiles. Parmi les sanctions pénales, la peine privative de liberté est, dans un contexte où la peine de mort n'existe pas, la plus efficace à cet égard (même si elle n'est sans doute pas la plus efficiente).

¹¹ D. SCALIA, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

¹² G.H. MEAD, « The Psychology of Punitive Justice », *American Journal of Sociology*, 1918, p. 591, notre traduction. Voyez comment Mead déconstruit l'idée que cette solidarité permettrait de faire une distinction entre les « bons » et les « mauvais » citoyens.

¹³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions. Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*, COM (2011) 573 final, p. 12.

droit international pénal illustre davantage la première branche de l'alternative tandis que le droit pénal de l'Union européenne illustre davantage la seconde (voy. *infra*).

Si la réparation ne semble pas être un objectif prioritaire, on pourrait néanmoins parler d'« effet secondaire »¹⁴. La réparation est perçue par le prisme de la satisfaction des victimes, ce qui ne manque pas de valoriser les « affinités de la réparation avec la fonction classique de l'expiation »¹⁵.

Chapitre 2

L'inexistence de la « peine privative de liberté » et l'omniprésence de la « peine d'emprisonnement » en droit international pénal

Dans cet ouvrage, Scalia utilise l'expression « peine privative de liberté ». Une telle formulation « optimiste » permet de mettre en valeur le principe de normalisation¹⁶ et l'idée que la seule privation liée à la détention concerne la liberté de mouvement. Or, les principales dispositions normatives du droit international pénal n'évoquent pas ce principe de normalisation¹⁷. De plus, ces mêmes dispositions utilisent les expressions « peine d'emprisonnement » et « peine de prison »¹⁸. Symboliquement, un tel classicisme dans les formulations retenues n'est pas sans lien avec le classicisme des fondements et des objectifs de la peine rappelé *supra*.

On est englué dans ce que Pires appelle la « rationalité pénale moderne ». Pour cet auteur, cette rationalité est formée de l'articulation des théories de la rétribution et de la dissuasion. Elle s'appuie sur une double idée : « (1) L'affirmation que seul un mal pourra produire un bien et (2) L'affirmation qu'il est absolument nécessaire (pour la survie de la morale ou de la société) d'avoir une institution spécialisée consacrée à cette tâche : le droit pénal. Ce système de pensée soutient donc qu'il est absolument nécessaire (de donner l'impression) de causer un mal, la souffrance, pour causer un bien, qu'il soit abstrait (réalisation d'un idéal de justice) ou concret (réduction ou contention de la criminalité). »¹⁹ Pires détaille les caractéristiques de la pénalité de la manière suivante : « *Hostile*, parce

¹⁴ M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 11.

¹⁵ D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2009, p. 49.

¹⁶ S. SNACKEN, « "Normalisation" dans les prisons : concepts et défis. L'exemple de l'avant-projet de loi pénitentiaire belge », in *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, O. De SCHUTTER et D. KAMINSKI (dir.), Paris-Bruxelles, L.J.D.J.-Bruylant, 2002, pp. 133 à 152.

¹⁷ L'expression a par contre été adoptée par le droit pénal de l'Union européenne.

¹⁸ Art. 77 du Statut de la CPI ; art. 24 du Statut du TPIY ; art. 23 du Statut du TPIR.

¹⁹ A. PIRES, *Questions – réponses sur la rationalité pénale moderne*, Document de travail non publié, Université d'Ottawa, 2006, p. 7, cité par J.-Fr. CAUCHIE et D. KAMINSKI, « Éléments pour une sociologie du changement

qu'on représente le déviant comme un ennemi du groupe tout entier et parce qu'on veut établir une sorte d'équivalence nécessaire, voire ontologique, entre la valeur du bien offensé et l'affliction à produire chez le déviant. *Abstraite*, parce que le mal (concret) causé par la peine est reconnu mais conçu comme devant causer un bien moral immatériel ("rétablir la justice par la souffrance", "renforcer la moralité des gens honnêtes", etc.) ou encore un bien pratique invisible et futur (la dissuasion). *Négative*, puisque ces théories excluent toute autre sanction visant à réaffirmer le droit par une action positive (le dédommagement, etc.) et stipulent que seul le mal concret et immédiat causé au déviant peut produire un bien-être pour le groupe ou réaffirmer la valeur de la norme. Et enfin, *atomiste*, parce que la peine – dans la meilleure des hypothèses – n'a pas à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes sauf d'une façon tout à fait secondaire et accessoire. »²⁰

Les décisions de la CPI, du TPIY et du TPIR mobilisent les dispositions normatives évoquées et condamnent les personnes reconnues coupables à des « peines d'emprisonnement ».

L'inexistence de la « peine privative de liberté » est une occasion manquée de disposer d'un cadre cognitif adéquat pour contester symboliquement la « rationalité pénale moderne ». Il en est de même de l'absence d'autres peines que la « peine d'emprisonnement ».

Le TPIY et le TPIR ne peuvent imposer que des peines d'emprisonnement. La « restitution à leurs propriétaires légitimes de tous biens et ressources acquis par des moyens illicites, y compris par la contrainte »²¹ n'est pas considérée comme une peine à part entière (ou à tout le moins comme une peine principale). La place donnée à cette mesure témoigne du caractère secondaire accordé à une justification de la peine axée sur la réparation. Or, une telle justification « réparatrice » est susceptible d'être « innovante »²² par rapport à la rationalité pénale moderne.

De plus, devant ces deux instances internationales, la peine d'amende est marginalisée. En effet, elle n'apparaît nullement dans les Statuts et elle n'est prévue, dans les Règlements de procédure et de preuve, uniquement pour les infractions « procédurales » que sont le « faux témoignage sous déclaration solennelle » et l'« outrage au Tribunal »²³. Dans ces deux situations, le condamné peut se

pénal en Occident. Éclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale », *Champ Pénal/Penal Field*, 2007, <http://champpenal.revues.org/613>.

²⁰ A. PIRES, A. CELLARD, et G. PELLETIER, « L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien », in *Régulations et gouvernances. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique*, P. FRAILLE (dir.), Barcelone, Éditions de l'Université de Barcelone, 2001, p. 198.

²¹ Art. 24 du Statut du TPIY ; art. 23 du Statut du TPIR.

²² Pour une analyse fine du concept d'innovation et en particulier pour une analyse de la distinction entre les changements pénaux « régressifs », « normaux », « déviants » et « innovants », voy. J.-Fr. CAUCHIE et D. KAMINSKI, « Éléments pour une sociologie... », *op. cit.*

²³ Art. 77 et 91 du Règlement de procédure et de preuve du TPIY ; art. 77 et 91 du Règlement de procédure et de preuve du TPIR.

voir infliger une peine d'amende, une peine d'emprisonnement ou les deux. À partir de la base de données du site du TPIY, nous avons trouvé assez peu de décisions prévoyant uniquement une peine d'amende. Quatre décisions concernent des divulgations, dans des livres et des articles, d'informations susceptibles d'ébranler « la confiance dans la capacité du Tribunal d'assurer la confidentialité des informations qui lui sont confiées et pourrai[en]t freiner la coopération nécessaire à une bonne administration de la justice pénale internationale »²⁴. Une décision concerne un avocat qui a poussé un témoin à mentir²⁵. Par opposition à ces cinq décisions, toutes les décisions relatives à un refus de témoigner se sont soldées par une peine d'emprisonnement. Nous n'avons pas trouvé de décision du TPIR condamnant à une amende. La seule décision de ce Tribunal que nous avons trouvée pour outrage et faux témoignage s'est clôturée par une peine d'emprisonnement²⁶.

La seule peine principale prononçable par la CPI est une peine d'emprisonnement. Deux peines complémentaires peuvent être ajoutées : l'amende et la « confiscation des profits, biens et avoirs tirés directement ou indirectement du crime, sans préjudice des droits des tiers de bonne foi »²⁷. Contrairement au TPIY et au TPIR, la CPI peut prévoir une peine d'amende pour une infraction « substantielle » mais, il est vrai, pas en tant que peine principale. Dans l'affaire *Lubanga*, la CPI ne suit pas les victimes dans leurs demandes de confiscation et d'amende, dont les montants auraient pu être versés dans le Fonds au profit des victimes. La CPI considère « compte tenu de la situation financière de Thomas Lubanga, qu'il n'échet pas de lui imposer une amende en sus de la peine d'emprisonnement. En dépit d'investigations approfondies, la Cour n'a pas trouvé de fonds pouvant être utilisés à cette fin. » La Cour a tenu compte des moyens financiers de la personne condamnée, comme le prévoit son Règlement de procédure et de preuve²⁸. Elle n'accorde pas un poids symbolique fort à une mesure considérée comme liée à la réparation : affirmer qu'il faut réparer (en participant au Fonds au profit des victimes) n'est pas analysé comme un moyen de renforcer symboliquement les normes. Ceci confirme le caractère « négatif » (voy. *supra*) de la rationalité pénale moderne.

²⁴ TPIY, 19 juillet 2001, *Hartmann*, aff. n° IT-02-54-R77.5-A ; TPIY, 24 juillet 2008, *Haxhiu*, aff. n° IT-04-84-R77.5 ; TPIY, 7 mai 2007, *Jović*, aff. n° IT-95-14&14/2-R77-A, TPIY, 10 mars 2006, *Marijacić et Rebić*, aff. n° IT-95-14-R77.2.

²⁵ TPIY, 27 février 2001, *Tadić*, aff. n° IT-94-1-A-R77.

²⁶ TPIR, 4 décembre 2007, *Gaa*, aff. n° ICTR-07-90-R77-I.

²⁷ Art. 77 du Statut de la CPI.

²⁸ Art. 146 du Règlement de procédure et de preuve de la CPI.

Chapitre 3

Une articulation entre un fondement prioritairement rétributif et un objectif prioritairement préventif

La peine peut être considérée comme une « variable dépendante » : on cherche alors à la justifier en s'intéressant à quelque chose qui se situe chronologiquement et logiquement avant elle, son fondement (qui est alors la « variable indépendante »). La peine peut être considérée comme une « variable indépendante » : on cherche alors à la justifier en s'intéressant à quelque chose qui se situe chronologiquement et logiquement après elle, son objectif (qui est alors la « variable dépendante »). La rétribution offre davantage de réponses au niveau du fondement (pourquoi) et la prévention offre davantage de réponses au niveau des objectifs (pour quoi).

Scalia cite un jugement du TPIY qui résume fort bien la situation : « Il est *juste* que l'auteur de l'infraction soit puni non seulement *parce qu'il* a enfreint la loi (*punitur quia peccatur*) mais également *pour que* personne ne soit plus tenté de l'enfreindre (*punitur ne peccatur*). »²⁹ Dans cette citation, il est question d'un fondement (rétributif) et d'un objectif (préventif) de la peine. Au niveau du droit de l'Union européenne, la formule prévoyant des sanctions « effectives, *proportionnées et dissuasives* » utilisée pour la première fois dans l'arrêt dit du « mais grec »³⁰, et rabâchée depuis à différentes reprises, illustre également cette articulation entre rétribution et prévention.

Cette articulation retrouvée en droit pénal européen et en droit international pénal n'est pas sans rappeler les constructions doctrinales de Saleilles ou de Hart. Saleilles veut sauvegarder l'« idée de responsabilité » comme fondement et la « défense sociale » comme objectif (via une individualisation de la peine)³¹. Hart affirme « à la fois que l'objectif justificatif général de la peine réside dans ses conséquences avantageuses et que la poursuite de cet objectif général devrait être tempérée ou limitée en tenant compte de principes de distribution qui exigent que la peine ne doit être infligée qu'à un contrevenant pour une infraction »³². La conciliation repérée au niveau des deux ordres juridiques étudiés n'est pas étonnante et cadre avec la « rationalité pénale moderne ».

La rationalité pénale moderne n'est pas le seul élément explicatif. Cette conciliation peut également, en ce qui concerne la CPI, le TPIY et le TPIR, trouver une explication spécifique du côté de la sociologie des professions. En effet, ces

²⁹ TPIY, 10 décembre 1998, *Furundžija*, aff. n° IT-95-17/1-T, § 288, nous soulignons.

³⁰ C.J.C.E., 21 septembre 1989, aff. 68/88, *Commission c. Grèce*, Rec., p. 2965 ; nous soulignons.

³¹ R. SALEILLES, « L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale », in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, R. OTTENHOF (dir.), Ramonville-Sainte-Agne, Erès, 2001, pp. 105 et 106, cité par M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine...*, op. cit., p. 293.

³² H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 1968, p. 9, cité par M. VAN DE KERCHOVE, op. cit., p. 294.

instances sont composées de « juges exotiques, au sens étymologique de ce mot, qui signifie étranger, donc du dehors »³³. Ceux-ci sont sans doute dans une position délicate pour privilégier un éventuel souhait d'innovation par rapport à un besoin de reconnaissance et d'acceptation.

Même si cette conciliation rétribution-prévention est relativement classique, il est possible d'indiquer de manière un petit peu plus précise comment elle opère dans les deux ordres juridiques étudiés.

Section 1

Fondement rétributif

Est-on face à un rétributivisme « moraliste » ou « légaliste » ? Selon le premier, « les formulations sont riches en termes moraux (“mérites”, “proportionnalité morale”, “méfait”, “moralement préférable”) ; un accent essentiel est mis sur le mérite »³⁴. Selon le second, « la justification de la peine réside toujours dans le fait qu’une règle a été transgressée, pour la violation de laquelle une peine a été prévue, peu importe que l’auteur se voie ou non imputer une culpabilité morale »³⁵.

Il nous semble que le droit international pénal illustre, à certains égards, le rétributivisme moral. Le Statut de la CPI prévoit une sanction plus forte (l’emprisonnement à perpétuité plutôt que l’emprisonnement pour un maximum de trente ans) en cas d’« extrême gravité »³⁶ du crime. Dans les formulations utilisées dans le préambule et dans les articles relatifs à la qualification des crimes, ce Statut use également de termes à connotations morales : « atrocités qui défient l’imagination et heurtent profondément la conscience collective », « critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international », « actes inhumains [...] causant intentionnellement de grandes souffrances », « par trahison », « de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à frapper sans discrimination »³⁷. Par l’application du principe de proportionnalité, l’immoralité de ces actes est la raison de la punition « extrême ». La CPI a évoqué (mais n’a pas retenu dans le cas d’espèce) comme circonstance aggravante le fait que « le crime a été commis avec une cruauté particulière »³⁸.

Les dispositions normatives liées au TPIY et au TPIR sont moins symptomatiques de ce rétributivisme moral. Par contre, certains arrêts du TPIY et du TPIR sont éloquentes : « En juillet 1995, Général Krstić, vous avez *adhéré au*

³³ Chr.-N. ROBERT, « La criminalisation du monde », in *Le droit pénal à l’épreuve de l’internationalisation*, M. HENZELIN et R. ROTH (dir.), Paris-Genève-Bruxelles, L.G.D.J.-Georg Éditeur-Bruyant, 2002, p. 338.

³⁴ H. GROSS, « Punishment », in *Punishment. Selected Readings*, sous la direction de J. FEINBERG et H. GROSS, Encino-Belmont, Dickenson Publishing Company, 1975, p. 2, cité par M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 167.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Art. 77 du Statut de la CPI.

³⁷ Préambule et art. 7 et 8 du Statut de la CPI.

³⁸ CPI, 14 mars 2012, *Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06.

mal. C'est pour cela qu'aujourd'hui cette Chambre vous condamne et prononce à votre encontre la peine de 46 ans d'emprisonnement. »³⁹ ; « Les auteurs principaux de tels crimes méritent de se voir infliger des peines exemplaires. [...] Cette attaque sauvage dirigée contre une femme enceinte appelle une condamnation des plus énergiques. [...] La peine doit être d'autant plus lourde que le crime est odieux. »⁴⁰ Par ailleurs, ces tribunaux reconnaissent régulièrement le plaidoyer de culpabilité et l'expression d'un remords sincère comme des circonstances atténuantes⁴¹. Que dire finalement du Rapport annuel du TPIY de 1999 : « il faut continuer de faire preuve d'une grande vigilance dans la lutte contre *les forces du mal* »⁴². Dans un tel contexte guerrier, il semble à première vue peu évident de contester l'intervention du droit pénal ainsi que sa justification « moraliste ». Il semble peu aisé de sortir de la « bouteille à mouches »⁴³ sauf à se donner les moyens pour opérationnaliser cette idée chère aux criminologues critiques : « pas un droit pénal meilleur mais quelque chose de meilleur que le droit pénal ». Paradoxalement, les situations-problèmes atroces rencontrées dans ce domaine pourraient dégoûter de réclamer ce surplus de souffrance lié à des peines (souvent fort tardives). La nécessité de continuer à vivre malgré tout, invite à promouvoir ce « quelque chose de meilleur que le droit pénal ». On pense, par exemple, aux commissions Vérité-Réconciliation.

Le droit pénal de l'Union européenne illustre davantage le rétributivisme légaliste. L'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne utilise l'expression « criminalité particulièrement grave ». Lorsqu'on regarde la liste des « euro-crimes » retenus, on peut se demander : pour qui ces crimes sont-ils graves ? Certains de ces crimes sont graves pour des individus particulièrement vulnérables (traite des êtres humains, exploitation sexuelle des enfants), mais la plupart semblent être une menace grave pour les États et l'Union européenne en tant que telle (« le trafic de drogue représente une menace [...] pour l'économie légale, la stabilité et la sécurité des États membres »⁴⁴). Le caractère endogène (voy. *infra*) de cette légitimation n'est pas sans lien avec le caractère « légaliste » du rétributivisme. En effet, ce sont les violations des dispositions légales des États et de l'Union européenne qui justifient la rétribution. C'est en effet à ces dispositions légales que font référence les expressions comme « un

³⁹ Communiqué de presse, cité par E. FRONZA et J. TRICOT, « Fonction symbolique et droit pénal international. Une analyse du discours des tribunaux pénaux internationaux », in *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Études des Law Clinics en droit pénal international*, E. FRONZA et St. MANACORDA (dir.), Paris-Milan, Dalloz-Giuffrè, 2003, p. 306.

⁴⁰ TPIR, 28 avril 2005, *Muhimana*, aff. n° ICTR-95-1B-T, §§ 603, 612 et 591.

⁴¹ Pour les références aux arrêts concernés, voy. E. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 891.

⁴² TPIY, *Rapport annuel*, 1999, p. 2, <http://www.icty.org/tabs/14/1>, nous soulignons.

⁴³ P. WATZLAWICK, « La mouche et la bouteille à mouches », in *L'invention de la réalité*, Paris, Seuil, 1988, P. WATZLAWICK (dir.), pp. 269 à 276.

⁴⁴ Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue.

besoin particulier de les combattre sur des *bases communes* »⁴⁵, « l'évolution hétérogène des *législations nationales* »⁴⁶ ou « en raison de la transgression des fondements du *système juridique* »⁴⁷.

Les contextes d'intervention de ces deux ordres juridiques – la guerre et le marché – permettent sans doute de comprendre cette variation de couleur dans la rétribution. Le combat contre la guerre fait appel à la morale, là où le combat contre l'insécurité (économique) fait appel à la sécurité juridique.

Section 2

Objectif préventif

Dans le présent ouvrage, Scalia a bien montré, d'une part, qu'il est fait référence à la fois à la prévention générale et spéciale et, d'autre part, que cette double référence n'est pas sans poser problème (spécialement pour le droit international pénal nous semble-t-il). Nous nous limiterons à des réflexions relatives à la prévention spéciale.

Peut-on, en suivant l'invitation de Bentham, distinguer intimidation, neutralisation et réhabilitation⁴⁸? La peine intimide si le délinquant n'ose plus commettre l'infraction. La peine neutralise si le délinquant ne peut plus commettre l'infraction. Enfin, la peine réhabilite si le délinquant ne veut plus commettre l'infraction.

Scalia semble montrer que c'est la première version de la prévention spéciale qui est prioritairement visée ; il s'agit d'intimider, de dissuader le contrevenant. Dans le contexte de guerre qui caractérise souvent le droit international pénal, cet objectif pose particulièrement question. En effet, dans un tel contexte, les comportements qui seront reprochés sont parfois, au moment de leur réalisation, considérés comme « non déviants » tant les individus sont encouragés à les percevoir comme une conduite sociale « normale »⁴⁹. Arendt indique que c'est souvent le refus de participer qui est perçu comme déviant et qui peut même être immédiatement sanctionné⁵⁰. Dans ces conditions, l'objectif d'intimidation présente un caractère paradoxal (puisque la peine cherche à éviter que le comportement passé non déviant ne se reproduise). L'être rationnel qui est postulé par la théorie de la dissuasion a-t-il toutes ses facultés dans un contexte d'hystérie collective et de peur⁵¹? En tout cas, il doit faire un étrange calcul :

⁴⁵ Art. 83 du TFUE.

⁴⁶ C.J.C.E., 10 décembre 2002, aff. C-491/01, *British American Tobacco, Rec.*, p. 11574.

⁴⁷ Conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer du 26 mai 2005 précédant C.J.C.E., 13 septembre 2005, aff. 176/03, *Commission c. Conseil*, § 74, *Rec.*, 2005, p. 7899.

⁴⁸ J. BENTHAM, « Théorie des peines légales », in *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, Bruxelles, L. Hauman et Cie, 1829, t. II, p. 4, cité par M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine...*, *op. cit.*, p. 209.

⁴⁹ M. DRUMBL, « Sclerosis : Retributive justice and the Rwandan genocide », *Punishment and Society*, 2000, p. 298.

⁵⁰ H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, New York, Viking Press, 1964, pp. 26 et 27.

⁵¹ M. DRUMBL, *op. cit.*, p. 300.

demain une peine va me dissuader pour un comportement qu'aujourd'hui je ne veux pas commettre (mais que certes, je n'ose pas ne pas commettre). Ricœur éclaire ce paradoxe lorsqu'il affirme que « Punir, c'est le moyen de ne pas oublier que l'on est vainqueur. »⁵²

Scalia montre également que la réhabilitation n'est pas l'objectif prioritaire mais qu'elle est parfois reconnue. La réhabilitation ne semble pas directement conçue comme un objectif de l'emprisonnement. En effet, les « perspectives de réinsertion » sont perçues comme des circonstances entraînant la réduction du temps qui doit être passé en prison. C'est donc dans ce type de raisonnement (qui est parfois accepté⁵³ et souvent refusé⁵⁴) que le TPIY envisage la réinsertion et non dans des raisonnements évoquant directement un objectif « thérapeutique » de l'emprisonnement. On conçoit la réhabilitation non pas « grâce » mais « malgré » l'incarcération (qu'il faut donc arrêter dès que les perspectives de réinsertion semblent favorables). Il y a parfois de timides affirmations d'un effet (mais est-ce un véritable objectif?) de « traitement resocialisant » de l'incarcération. Le TPIY précise par exemple que « la confrontation sinon avec les victimes elles-mêmes, du moins avec leur déposition, peut inspirer, voire réveiller chez [l']auteur la tolérance et la compréhension de "l'autre" »⁵⁵. Mais il faut reconnaître que le TPIY ne vise pas spécifiquement l'emprisonnement mais plus globalement le procès : « on peut prendre la réinsertion au sens large et y œuvrer à toutes les étapes de la procédure pénale et non pas seulement après la condamnation »⁵⁶.

La Cour européenne des droits de l'homme fait également le lien entre une réaction « adoucie » et la réinsertion⁵⁷. Elle reconnaît indirectement l'objectif de réhabilitation en affirmant qu'une peine à perpétuité sans possibilité *de jure* et *de facto* de libération est un traitement inhumain et dégradant⁵⁸. Mais un tel raisonnement se base-t-il sur la croyance dans l'effet d'amendement d'un encellulement ou bien plutôt sur la dignité de l'homme qui est atteinte par une sanction sans espoir de libération ?

Le fait que différents textes⁵⁹ prévoient la possibilité d'une libération anticipée (remise de peine) indique une prise en compte de la réhabilitation même si cette dernière n'est qu'un critère parmi d'autres (gravité de l'infraction, coopération lors du procès) pour décider de la remise de peine. Gardons à l'esprit la

⁵² P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, p. 587.

⁵³ TPIY, 2 août 2001, *Krstić*, aff. n° IT-98-33-T.

⁵⁴ TPIY, 29 novembre 1996, *Erdemović*, aff. n° IT-96-22, TPIY, 3 mars 2000, *Blaskić*, aff. n° IT-95-14.

⁵⁵ TPIY, 2 décembre 2003, *Momir Nikolić*, aff. n° IT-02-60/1, § 93.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Cour eur. D.H., 24 octobre 2002, *Mastromatteo c. Italie*.

⁵⁸ Cour eur. D.H., 17 janvier 2012, *Vinter et autres c. Royaume-Uni* ; Cour eur. D.H., 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*.

⁵⁹ Art. 110 du Statut de la CPI ; art. 224 du Règlement de procédure et de preuve de la CPI ; art. 27 du Statut du TPIR ; art. 126 du Règlement de procédure et de preuve du TPIR ; art. 28 du Statut du TPIY ; art. 123 à 125 du Règlement de procédure et de preuve du TPIY.

mise en garde de Robert⁶⁰ : la réhabilitation est difficile lorsque l'exécution des peines est « exotique », c'est-à-dire lorsqu'elle se déroule loin du milieu libre que le condamné va réintégrer.

Ces timides reconnaissances de la réhabilitation ne nous permettent pas d'en-trevoir une réelle « innovation »⁶¹ par rapport à la rationalité pénale moderne. Pires indique que la théorie de la réhabilitation se divise en deux paradigmes dont l'un, qu'il appelle la « théorie du pénitencier », s'inscrit dans la rationalité pénale moderne. L'omniprésence de la prison dans les ordres juridiques étudiés semble montrer que la réhabilitation est liée à cette « théorie du pénitencier » : « Le principe de l'obligation de punir, la préférence pour une sanction qui puisse à la fois infliger une souffrance et corriger, les grandes réserves [...] à d'autres sanctions alternatives ou [...] l'idée de produire le bien par le mal [sont] encore bel et bien là. [...] Ce paradigme met ensemble les objectifs "négatifs" de la peine (rétribuer, dissuader, etc.) avec l'objectif "constructif" de traiter. »⁶² Il nous semble que cet appel, timide, à la réhabilitation en droit pénal européen et international, confirme que la fonction sociale de l'emprisonnement est partagée entre deux logiques et que la réhabilitation prend place dans la seconde : « La première [...] est essentiellement pragmatique et sécuritaire : mettre à l'écart les condamnés [...]. La seconde, présente depuis l'invention de la peine de prison et empreinte d'idéologie humaniste [...] se trouve investie de fonctions légitimatrices. La première définit les fonctions essentielles des prisons [...], la seconde les légitime, elles sont complémentaires tout en étant contradictoires. »⁶³

Chapitre 4

La faible reconnaissance de la réparation et du pardon

La réparation n'est pas perçue comme une sanction par le droit international pénal. Ainsi, dans le Règlement de procédure et de preuve de la CPI, les « efforts [...] pour indemniser les victimes » sont considérés uniquement comme des circonstances atténuantes (art. 145). L'article 75 du Statut de la CPI montre clairement que la réparation est moins une sanction qu'un droit de la victime : « La Cour peut prendre contre une personne condamnée une ordonnance indiquant la réparation qu'il convient d'accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. » La possibilité de concevoir une peine de réparation avait été évoquée

⁶⁰ Chr.-N. ROBERT, « La criminalisation du monde », *op. cit.*, p. 339.

⁶¹ J.-Fr. CAUCHIE et D. KAMINSKI, « Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Éclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale », *op. cit.*

⁶² A. PIRES, *Questions – réponses sur la rationalité pénale moderne*, *op. cit.*, p. 12, cité par J.-Fr. CAUCHIE et D. KAMINSKI, « Éléments pour une... », *op. cit.*, § 13.

⁶³ Ph. COMBESSIE, *Prisons des villes et des campagnes : étude d'écologie sociale*, Paris, Les Éditions Ouvrières, 1996, p. 12.

lors de la négociation du Statut de la CPI pour être rapidement écartée⁶⁴. Jeangène Vilmer évoque une « résistance générale du droit pénal » vis-à-vis de solutions civiles « au nom de la distinction entre le civil et le criminel »⁶⁵.

La faible reconnaissance de la réparation est encore plus marquée dans les règlements du TPIY et du TPIR qui ne retiennent pas l'indemnisation comme circonstance atténuante. Une analyse de la jurisprudence internationale confirme que la réparation est rarement considérée comme une circonstance atténuante⁶⁶. La dévalorisation de la réparation se retrouve également dans le fait que l'amende et la confiscation ont une place tout à fait secondaire (voy. *supra*). Ceci montre la force de la rationalité pénale moderne, sa valorisation des peines afflictives et son obligation de faire souffrir. Contestons l'évidence de cette rationalité en rappelant le « projet » (au sens de Fourez, voy. *supra*) de Del Vecchio : « La justification intrinsèque de la peine se trouve précisément dans la fonction réparatrice et réintégratrice du droit lésé. [...] Rendre le mal pour le mal, dans la même mesure, est la manière la plus facile, mais non la plus vraie, de rétablir l'équilibre détruit : le mal ne se répare vraiment que par le bien. Par conséquent, il faut affirmer le principe suivant : au *malum passionis* [action injuste], représentée par le délit, on doit opposer, comme une exigence de la justice, non pas un *malum actionis* [une réaction par le mal], selon l'antique formule, mais bien un *bonum actionis* [une réaction par le bien], c'est-à-dire une activité s'exerçant en sens contraire de la part de l'auteur du délit, activité qui en annule ou en réduit les effets, dans la mesure où la chose est possible. »⁶⁷

On évoque le pardon et la réconciliation pour justifier l'institution du droit international pénal mais on ne fait pas le lien entre ces notions et la peine prononcée. Deux éléments, il y en a sans doute d'autres, peuvent éclairer cette situation. D'une part, il ne faut pas sous-estimer l'effet lié à l'imprescriptibilité qui imprègne le droit international pénal. D'autre part, les accusés sont dans ces procès souvent des « exclus de la parole »⁶⁸ ; il est difficile d'envisager un pardon lorsqu'officiellement le procès se fait dans une langue qu'ils ne maîtrisent pas. S'ils ne peuvent s'exprimer, leur réduction aux crimes qu'ils ont commis est plus probable et la possibilité de pardon est plus faible. Clôturons ce point avec Arendt : « Les hommes sont incapables de pardonner ce qu'ils ne peuvent punir et incapables de punir ce qui se révèle impardonnable. »⁶⁹

⁶⁴ J.-B. JEANGÈNE VILMER, *Réparer l'irréparable. Les réparations aux victimes devant la Cour pénale internationale*, Paris, PUF, 2009, p. 13.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁶⁶ Voy. les références des arrêts cités par Éric David (E. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 893).

⁶⁷ G. DEL VECCHIO, *La Justice – La vérité. Essai de philosophie juridique et morale*, Paris, Dalloz, 1955, pp. 142 et 143.

⁶⁸ Chr.-N. ROBERT, « La criminalisation du monde », *op. cit.*, p. 339.

⁶⁹ H. ARENDT, *Conditions de l'homme moderne*, Paris, Calmann Lévy, 1983, p. 271.

Chapitre 5

Le principe de l'*ultima ratio* : du droit au devoir de punir

Un certain nombre de législateurs nationaux⁷⁰ et même, d'un certain point de vue, le législateur européen par l'intermédiaire du Conseil de l'Europe⁷¹ défendent l'idée que l'emprisonnement ne doit être utilisée qu'en dernier ressort. Cependant, les deux ordres juridiques analysés mettent à mal ce principe par l'instauration d'une « obligation d'incriminer » qui se traduit souvent par une obligation de prévoir une incarcération.

Cette obligation d'incriminer est plus régulièrement interprétée comme impliquant une « peine », et qui plus est avec une forte connotation « afflictive » (la prison), que comme impliquant, sauf par exemple pour des raisons instrumentales d'efficacité, des sanctions administratives⁷². Comment passe-t-on de l'obligation d'incriminer à l'incarcération ? Dans un premier temps, on postule que les sanctions pénales sont généralement « l'instrument de contrôle social [...] le plus dissuasif »⁷³. Ensuite, on estime que « lorsqu'un comportement est réprimé pénalement, il est supposé mériter la sanction maximale en raison de la transgression des fondements du système juridique »⁷⁴.

La référence évidente, préconsciente, presque « naturelle » à la rationalité pénale moderne pour gérer une situation-problème apparaît dans le Statut de la CPI. Celui-ci rappelle qu'il est « du *devoir* de chaque État de soumettre à sa *juridiction criminelle* les responsables de crimes internationaux » et que la CPI est « complémentaire des *juridictions pénales* nationales »⁷⁵. Le « devoir » de l'État implique l'intervention d'une « juridiction » ; cela signifie que les mesures alternatives aux poursuites prises par un magistrat du ministère public ne seraient pas suffisantes.

⁷⁰ W. OUWERKERK, « Criminalisation as a last resort : a national principle under the pressure of europeanisation ? », *New Journal of European Criminal Law*, 2012, p. 228 ; A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, OUP, 2009, pp. 31 à 33.

⁷¹ COMITÉ DES MINISTRES, *Recommandation Rec (2006) 2 du Comité des ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes* ; COMITÉ DES MINISTRES, *Recommandation Rec (1999) 22 concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale*.

⁷² COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions. Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*, COM (2011) 573 final, p. 12, cité par Michel van de Kerchove dans son article introductif.

⁷³ Conclusions de l'Avocat général M. Jan Mazak du 28 juin 2007 précédant C.J.C.E., 23 octobre 2007, aff. 440/05, *Commission c. Conseil*, § 67, *Rec.*, 2007, p. 9097, cité par Michel van de Kerchove dans le présent ouvrage (« Introduction »). Un tel postulat est contesté entre autres par Louk Hulsman lorsqu'il s'attache à démontrer l'importance du contrôle social informel (L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues : le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982).

⁷⁴ Conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer du 26 mai 2005 précédant C.J.C.E., 13 septembre 2005, aff. 176/03, *Commission c. Conseil*, § 74, *Rec.*, 2005, p. 7899, cité par Michel van de Kerchove dans le présent ouvrage (« Introduction »).

⁷⁵ Préambule et art. 1 du Statut de la CPI ; nous soulignons.

De plus, cette juridiction doit être « pénale ». Donc, toute résolution alternative (non pénale), par exemple au moyen d'une « commission Vérité-Réconciliation » ou d'une procédure « civile », ne remet pas en cause la compétence de la CPI puisque le caractère complémentaire de cette dernière suppose l'intervention d'une juridiction pénale.

Cependant, les Statuts de la CPI, du TPIR et du TPIY témoignent d'une certaine résistance à la rationalité pénale moderne non seulement en ne prévoyant pas de peines minimales (alors que les théories de la peine fournissent des justifications à de telles peines minimales⁷⁶) mais encore en prévoyant un système (facultatif) de la peine « unique »⁷⁷ (la confusion des peines implique que la peine la plus sévère absorbe les autres peines) en cas de reconnaissance de culpabilité pour différents crimes.

Cette obligation d'incriminer est construite un peu différemment dans le droit de l'Union européenne et dans le droit du Conseil de l'Europe. Dans le premier cas, la construction de l'obligation, qui est à la fois jurisprudentielle et législative (art. 83 TFUE), se base sur la coopération loyale et l'harmonisation. Dans le second cas, la construction de l'obligation, qui est jurisprudentielle, se base sur l'effectivité de la protection de valeurs essentielles (théorie des obligations positives).

La rationalité pénale moderne est confortée lorsque le droit pénal européen prévoit une telle obligation de sanctionner. Cette dernière est perçue comme indispensable grâce à une sorte de test de nécessité inversé : « Alors que le contrôle de nécessité (ou de proportionnalité) conduit le plus souvent à sanctionner l'excès de droit pénal, dans l'obligation d'incriminer c'est son insuffisance qui fonde la condamnation de l'État. »⁷⁸ Cette obligation d'incriminer s'oppose de manière directe à une politique réductionniste et en particulier aux *front door strategies*⁷⁹ de cette politique qui cherchent à limiter les arrivées en prison.

Cette obligation d'incriminer est souvent présentée comme une exception, le droit de ne pas punir comme un principe. Ainsi lit-on à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'obligation de pénaliser ne peut s'appliquer qu'à une « valeur qu'elle juge essentielle », ou, à propos de la jurisprudence de la C.J.U.E. que cette obligation de pénaliser se rencontre « aussi [...] quoique de façon moins fréquente [que dans le cadre de la Cour européenne des droits de l'homme] »⁸⁰. Sans remettre en cause la pertinence de

⁷⁶ M. MACHADO et A. PIRES, « Intervention politique dans la sentence du droit : les fondements culturels de la peine minimale », *Criminologie*, 2010, vol. 43, n° 2, pp. 89 à 126.

⁷⁷ Art. 78 du Statut de la CPI ; art. 87 du Règlement de procédure et de preuve du TPIY ; art. 87 du Règlement de procédure et de preuve du TPIR.

⁷⁸ D. ZEROUKI-COTTIN, « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir », *Rev. sc. crim.*, 2011, p. 585.

⁷⁹ A. RUTHERFORD, *Prisons and the Process of Justice : The Reductionist Challenge*, Londres, Heinemann, 1984.

⁸⁰ D. ZEROUKI-COTTIN, « L'obligation... », *op. cit.*, p. 576.

cette lecture, il semble que l'on puisse également analyser ce « devoir de punir » comme étant un élément non pas exceptionnel mais fondamental de la rationalité pénale moderne. En effet, en postulant une différenciation marquée entre la justice civile et la justice criminelle, les discours relatifs à la justification de la peine aboutissent aisément à la transformation d'un droit de punir en une obligation de punir. Pour sortir de la « bouteille à mouches », une piste serait de ne plus se centrer sur les théories de la peine tant celles-ci (1) postulent cette différenciation marquée entre la justice « criminelle » et la justice « civile » ; (2) conçoivent la peine comme un mal nécessaire et fournissent de « “bonnes” raisons de punir sans relâche »⁸¹.

Chapitre 6

Condamnation individuelle et biopolitique

Un des impensés dans la rationalité pénale moderne concerne le responsable d'une situation-problème qui est forcément un individu. Cet impensé aurait pu être questionné par le droit international pénal puisque les origines « macro » ou systémiques d'un certain nombre d'atrocités sont plus visibles qu'ailleurs. Dans un tel contexte, il est étonnant qu'une « biopolitique » qui cherche à protéger la sécurité de populations, voire de l'humanité, pense trouver des solutions du côté de la condamnation et qui plus est de la condamnation d'individus. Certains systèmes pénaux nationaux ainsi que le droit de l'Union européenne⁸² ont tenté d'innover par rapport à cet impensé en prévoyant de rendre une personne morale responsable d'une infraction. Est-il possible d'imaginer une innovation similaire au niveau du droit international pénal ?

Pour sortir de cet impensé, des questionnements (de type foucauldien) sur le « comment » fonctionne le pouvoir de punir nous semblent plus heureux que ceux relatifs aux justifications de ce pouvoir (qui souvent⁸³ enferment dans la « bouteille à mouches »). Le plaidoyer de Casadamont⁸⁴ pour une absence de philosophie de la peine nous paraît avoir un attrait particulier dans le domaine qui nous occupe : « Qu'en est-il d'une peine individualisée pour sanctionner des violences politiques collectives, des crimes politiques collectifs ? »⁸⁵

⁸¹ A. PIRES, « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal », *Revue générale de droit*, 1995, n° 26, p. 146. Pires parle d'une nécessité « pratique » chez Beccaria, d'une nécessité « morale » chez Kant et d'une nécessité « juridique » chez von Feuerbach.

⁸² Voyez la liste des instruments européens proposant cette possibilité proposée par Flore (D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 248 et 249).

⁸³ Les publications de van de Kerchove montrent qu'il y a heureusement des exceptions.

⁸⁴ G. CASADAMONT, « Pénalité et modernité, Foucault en éclaircisseur », Texte repris et amplifié d'une intervention au Forum de la Direction de l'administration pénitentiaire, Ministère de la Justice, Paris, 9 janvier 2001, cité par P. PONCELA, « Mesure et motivation de la peine dans les jugements du TPIY », in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, M. HENZELIN et R. ROTH (dir.), Paris-Genève-Bruxelles, L.G.D.J.-Georg Éditeur Bruylant, 2002, p. 326.

⁸⁵ P. PONCELA, « Mesure et motivation de la peine... », *op. cit.*, p. 325.

Chapitre 7

L'involution des finalités et le managérialisme pénal

Par l'expression « involution des finalités » de la pénalité, Kaminski évoque la « fragilisation des références sociales et morales des justifications [...] de la pénalité »⁸⁶. Cette « déflation politique et morale » serait liée à une autre fragilisation, celle de l'État social. Cette définalisation procède par les techniques du repli et du cumul : « La pénalité peut aujourd'hui ne servir à rien, ou plutôt ne répondre qu'à l'ambition la plus réduite, c'est le *repli* [...]. Au contraire elle est parfois présentée comme servant à tout, c'est le *cumul*. »⁸⁷ Cette fragilisation des justifications de la pénalité aboutit à un managérialisme pénal qui se caractérise par une « légitimation endogène »⁸⁸, une « internalisation des fins »⁸⁹.

Section 1

L'involution des finalités par repli et cumul

Le repli et le cumul sont des « techniques discursives aptes à noyer le poisson de la justification. Le repli consiste à se taire ou à justifier de façon minimaliste le dispositif “dont il est question”. Le cumul consiste au contraire à faire miroiter la multifonctionnalité d'un dispositif. »⁹⁰

Il nous semble que le droit de l'Union européenne procède à la fois par repli et par cumul. On sait bien que ce droit n'était pas à l'origine un droit prioritairement « pénal ». Il ne le sera probablement jamais, mais il est possible actuellement de parler de l'émergence d'un « droit pénal de l'Union européenne »⁹¹. Malgré cette émergence, on constate une certaine « sécheresse » (repli) des dispositions normatives quant aux questions liées aux fondements et aux objectifs de la peine de prison et du droit pénal en général. Ce dernier serait envisagé, selon Flore, « de façon plutôt instrumentale »⁹². Or, le droit (pénal) européen est un droit jeune qui se construit postérieurement à une série de réflexions sur les fondements et les objectifs de la peine qui ont mené à l'introduction des mesures alternatives à la peine de prison. L'usage des formules rabâchées mais peu explicitées confirme cette impression de repli : des sanctions pénales « effectives, proportionnées et dissuasives » permettent à l'Union d'offrir à ses citoyens « un espace de liberté, de sécurité et de justice ». Ces deux slogans sont l'arbre qui

⁸⁶ D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, op. cit., pp. 27 et 33.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 31.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 27.

⁸⁹ Th. SLINGENEYER, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ Pénal/Penal Field*, 2007, <http://champpenal.revues.org/document2853.html>.

⁹⁰ D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, op. cit., p. 66.

⁹¹ E. GINDRE, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 2009.

⁹² D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, op. cit., p. 226.

cache la forêt d'un droit pénal de l'Union européenne qui souvent « se tait » (voy. *supra*).

La technique du cumul est également présente puisque les sanctions pénales – spécifiquement la peine d'emprisonnement – devant être « proportionnées et dissuasives », renvoient à une « synthèse lapidaire des différentes théories de la peine »⁹³. Le cumul ne s'arrête pas là : l'incarcération est aussi parfois considérée comme une manifestation symbolique de la « désapprobation sociale ou l'expression d'une condamnation morale »⁹⁴, elle doit également se montrer attentive à la protection de la réinsertion sociale (lorsque se pose la question de l'État d'exécution de la peine de prison en cas de mandat d'arrêt européen) même si cette attention particulière n'est pas synonyme d'un « droit à la réinsertion sociale »⁹⁵.

Il nous semble que ce double usage du repli et du cumul permet une éclosion plus aisée du managérialisme pénal dans cet ordre juridique (voy. *infra*).

La technique du cumul est présente dans certaines décisions des TPI : « la peine a pour but la rétribution, la dissuasion, l'amendement et la protection de la société »⁹⁶; la peine vise « le châtement, la protection de la société, la rééducation, la dissuasion, [...] la fin [des] violations graves du droit international humanitaire, [...] la restauration et [le] maintien de la paix en ex-Yougoslavie, [...] la réprobation et la stigmatisation publique par la communauté internationale »⁹⁷.

Section 2

Le managérialisme pénal

Le managérialisme pénal s'inscrit dans « un mouvement plus large de définalisation de l'action publique »⁹⁸. Il nous semble que le droit de l'Union européenne est l'ordre juridique dans lequel la pénalité gagne le plus en « autonomie » au sens d'une libération à l'égard des « valeurs » promues par la rationalité pénale moderne (et par un de ses éléments essentiels, les théories de la peine). En effet, on a déjà eu l'occasion d'indiquer en quoi cet ordre juridique est un lieu qui ne s'intéresse pas aux fondements et aux objectifs du droit pénal. Si l'on ne sait pas « pourquoi » on intervient, la tentation est grande de remplir ce « vide » par un souci sur le « comment » : faire en sorte que « les choses soient bien faites » à défaut de savoir si « les bonnes choses [sont] faites »⁹⁹.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Conclusions de l'Avocat général Jacobs précédant C.J.C.E., 27 octobre 1992, aff. 240/90, *République fédérale d'Allemagne c. Commission*, *Rec.*, 1992, p. 5408, citées par Michel van de Kerchove dans cet ouvrage.

⁹⁵ S. NEVEU, « Mandat d'arrêt européen et transfert de l'exécution de la peine privative de liberté : la réinsertion sociale des condamnés dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *R.D.P.C.*, 2013, p. 528.

⁹⁶ TPIR, 3 décembre 2003, *Nahimana, Barayagwiza et Ngeze*, aff. n° ICTR-99-52-T, § 1095.

⁹⁷ TPIY, 3 mars 2000, *Blaškić*, aff. n° IT-95-14-T, § 761 à 763.

⁹⁸ D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, *op. cit.*, p. 64.

⁹⁹ J. MÖNKES, « La nouvelle gestion publique : boîte à outils ou changement paradigmatique ? », in *La pensée comptable : État, néolibéralisme, nouvelle gestion publique*, M. HUFTY (dir.), Paris-Genève, PUF, 1998, p. 87.

Dans cet ordre juridique, le droit pénal est envisagé de façon instrumentale. Il doit être un instrument efficace, un outil accessoire au service des autres compétences (essentiellement économiques) de l'Union : « assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal »¹⁰⁰. La pénalisation utilisée dans le cadre des politiques migratoires illustre bien l'efficacité que l'Union européenne attend du droit pénal en termes de gestion des flux et de circulation des populations.

L'efficacité recherchée peut également se centrer sur elle-même : le management ne sert plus le projet politique, il « devient le projet politique, soit un projet a-politique »¹⁰¹. L'harmonisation (des incriminations et des sanctions) recherchée au sein de l'Union européenne illustre la substitution (partielle) d'objectifs « substantiels » par des objectifs procéduraux, techniques et managériaux. Cette harmonisation illustre la priorité donnée aux *outputs* (traces computables) sur les *outcomes* (effets réels).

Certes, des objectifs substantiels sont encore énoncés quand on justifie l'intérêt de l'harmonisation (égalité des citoyens, non-discrimination, « donner aux citoyens un sentiment commun de justice, une des conditions de la mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », consolider le socle des valeurs communes), mais il nous semble que la priorité est davantage du côté des objectifs endogènes (« faciliter l'acceptation de la reconnaissance mutuelle des jugements », « renforcer la confiance mutuelle » ; « aboutir à la réalisation de l'espace judiciaire européen »¹⁰², « contribuer au développement d'une coopération judiciaire et policière efficace »¹⁰³, faciliter « la mise en place d'organes européens d'enquête et de poursuite, tels Europol et Eurojust »¹⁰⁴). Par ailleurs, quand on regarde sur quelles infractions les efforts de l'harmonisation se sont portés, on constate que la sécurité des citoyens est certes un souci important (terrorisme, trafic illicite de drogues, exploitation sexuelle) mais qu'elle est concurrencée par la sécurité (économique) de l'Union européenne elle-même et des États membres (blanchiment, corruption, contrefaçon de moyens de paiement, criminalité informatique, trafic illicite de drogues, trafic illicite d'armes) ainsi que par leur propre « crédibilité » en tant qu'instances de pouvoir (terrorisme, criminalité organisée).

Il nous semble que le principe de proportionnalité qui traverse tout le droit de l'Union européenne favorise cette endogénéisation des objectifs : « L'application du principe de proportionnalité suppose en général la réalisation d'un

¹⁰⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions. Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*, COM (2011) 573 final.

¹⁰¹ D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, op. cit., p. 81.

¹⁰² COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne*, COM (2004) 0334 final.

¹⁰³ Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, p. 1, considérant 2.

¹⁰⁴ E. GINDRE, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, op. cit., p. 191.

bilan coûts/avantages pour plusieurs possibilités d'action permettant d'identifier la solution procurant le plus grand avantage à moindre coût *pour les États et pour l'Union*. Toutefois, s'agissant de l'harmonisation pénale, l'appréciation s'effectue la plupart du temps par rapport à son utilité *au sein du système pénal européen*.¹⁰⁵ Il n'est sans doute pas anecdotique que dans cet ordre juridique plus qu'ailleurs, on soit ouvert à une rationalité axée « productivité », « efficacité » et « service à la clientèle » et qu'on ait mis en place un outil d'« analyse d'impact » pour contrôler l'opportunité d'une harmonisation pénale¹⁰⁶.

Cependant, relativisons l'importance des réalisations particulières de l'harmonisation concernant les peines d'emprisonnement. L'harmonisation concerne peu d'infractions et uniquement le minimum de la peine maximale (voire une fourchette pour le minimum de la peine maximale).

Conclusion

L'« hétérogénéité croissante des objectifs de la peine » (voy. *supra*) que l'on retrouve dans certains systèmes pénaux nationaux, n'est pas une caractéristique marquante du droit pénal européen ni du droit international pénal. La plupart des raisons qui soutiennent cette hétérogénéité ne se retrouvent pas ici : il n'y a pas de réapparition de la réparation comme justification de la peine, il n'y a pas une place importante accordée à la réhabilitation (la seule version de la théorie de la réhabilitation dont on retrouve des traces est celle qui s'intègre à la rationalité pénale moderne et non celle qui cherche à contester cette dernière) ; finalement, ce n'est ni au niveau du droit pénal européen ni à celui du droit international pénal que la démocratie pluraliste peut le mieux favoriser un certain éclectisme. Seule l'acceptation simultanée d'une pluralité d'objectifs (cumul) est présente mais ce cumul se réduit prioritairement à l'articulation entre un fondement prioritairement rétributif et un objectif prioritairement préventif. L'impression principale qui se dégage de cette étude est une impression de faible remise en question de la rationalité pénale moderne par le droit pénal européen et le droit international pénal.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 188, nous soulignons.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 205 à 212.