

MUTATIONS DANS LE CHAMP DES PEINES ET DE LEUR EXÉCUTION

Dan Kaminski *et al.*

Médecine & Hygiène | *Déviance et Société*

**2007/4 - Vol. 31
pages 487 à 504**

ISSN 0378-7931

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2007-4-page-487.htm>

Pour citer cet article :

Kaminski Dan *et al.*, « Mutations dans le champ des peines et de leur exécution » ,
Déviance et Société, 2007/4 Vol. 31, p. 487-504. DOI : 10.3917/ds.314.0487

Distribution électronique Cairn.info pour Médecine & Hygiène.

© Médecine & Hygiène. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

MUTATIONS DANS LE CHAMP DES PEINES ET DE LEUR EXÉCUTION

Dan Kaminski*, Sonia Snacken** et Michel van de Kerchove***

À partir du système pénal belge, nous proposons d'examiner six mutations significatives : la définition de la peine est plus difficile que jamais à produire (1) et les peines et mesures pénales se diversifient (2), phénomène auquel s'associe l'hétérogénéité croissante de leurs objectifs (3). Sur un plan procédural, des mouvements de (dé)judiciarisation et de juridicisation (4), conjoints à la diversification des peines, favorisent une tendance à la contractualisation (5) et à la privatisation (6) de l'intervention pénale.

MOTS-CLÉS : PÉNALITÉ – DROIT PÉNAL – PROCÉDURE PÉNALE – EXÉCUTION DES PEINES

Les quelques réflexions proposées ici sont surtout des hypothèses, élaborées, pour l'essentiel, et sauf indications contraires, à partir du système pénal belge. Il convient dès lors, non seulement de les soumettre à la discussion en tant que telles, mais encore d'interroger leur fécondité à la fois dans le temps, étant donné la rapidité des mutations et leur absence d'homogénéité, et dans l'espace, étant donné les évolutions plus ou moins divergentes que l'on peut constater d'un pays à l'autre.

Six mutations articulées nous semblent devoir être mises en exergue. La définition de la peine est plus difficile que jamais à produire (1) et les peines et mesures pénales se diversifient (2), phénomène auquel s'associe l'hétérogénéité croissante de leurs objectifs (3). Sur un plan procédural, des mouvements de (dé)judiciarisation et de juridicisation (4), conjoints à la diversification des peines, favorisent une tendance à la contractualisation (5) et à la privatisation (6) de l'intervention pénale.

Les contours de plus en plus incertains de la peine

Une première mutation affecte les contours mêmes de la peine. Sans doute la définition de la peine a-t-elle toujours suscité certaines difficultés et les cas-limites problématiques ont-ils toujours existé. Cependant, plusieurs facteurs tendent à accroître ces difficultés.

Le premier est interne à l'évolution des sanctions pénales et réside dans la place toujours plus importante qu'occupe le souci de réparation du dommage causé par l'infraction dans la politique criminelle consacrée tant par le législateur que par les organes d'application de la

* Université catholique de Louvain.

** Vrije Universiteit Brussel.

*** Facultés universitaires Saint-Louis.

loi. Nous reviendrons sur cette évolution plus loin, mais on peut observer dès à présent que, si cette évolution se poursuivait, il semble que la frontière entre sanctions pénales et civiles tendrait progressivement à s'effacer.

Il convient ensuite d'apercevoir que le développement, en marge des sanctions pénales, des mesures dites de sûreté et de protection, voire des sanctions administratives au niveau tant interne qu'européen, a suscité des débats critiques accrus concernant la portée réelle – pénale ou non ? – de ces mesures au-delà de leur qualification formelle.

Ainsi peut-on évoquer le cas, en Belgique, des mesures de protection prévues à l'égard des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction. Si le législateur avait manifesté successivement en 1912, puis en 1965, l'intention d'ôter tout caractère pénal à ces mesures et de les considérer comme des mesures de *garde, de préservation et d'éducation* prononcées dans l'intérêt exclusif du mineur lui-même, cette intention affichée ne pouvait entièrement dissimuler les ambiguïtés et les fictions qui lui étaient sous-jacentes (van de Kerchove, 1976-1977). Ces difficultés éclatèrent au grand jour lorsque, pour soutenir la compétence du législateur fédéral, le ministre de la Justice affirma lui-même en 1980 que « cette matière peut être considérée comme ressortissant *sui generis* au droit pénal ». Bien que la Cour d'arbitrage ait ultérieurement décidé que, malgré leur caractère contraignant, ces mesures avaient *essentiellement une finalité d'aide et d'assistance*, cette question a rebondi à chaque nouveau projet de réforme (Cartuyvels, 2002) et la dernière modification de la loi adoptée en date des 15 mai et 13 juin 2006 entretient encore cette ambiguïté puisque, sans remettre intégralement en cause la philosophie de la loi du 8 avril 1965, elle s'appuie sur l'idée que les mesures qui sont prises doivent tout à la fois relever de la protection, de l'éducation et de la contrainte et prévoit que le tribunal de la jeunesse sera dorénavant appelé à tenir compte notamment de la gravité des faits et de la sécurité publique (article 37, § 1^{er}).

Ces incertitudes se sont également manifestées au niveau européen à propos des amendes, des astreintes ainsi que de certaines sanctions nouvelles, telles que des mesures d'interdiction, prévues par certaines dispositions du droit communautaire. Si les dispositions qui les établissent prévoient souvent elles-mêmes que ces sanctions n'ont pas un caractère pénal, et que la Cour de justice des communautés européennes paraît avaliser cette qualification, celle-ci n'en a pas moins reconnu leur nature « punitive » ainsi que l'applicabilité, à ce titre, de certains principes généraux du droit pénal. Plus radicalement, certains auteurs n'ont pas hésité à voir dans cette qualification une véritable fiction et à souligner le caractère réellement pénal de telles sanctions (Spielmann, 1996). L'avenir nous dira si l'arrêt *Commission c. Conseil* du 13 septembre 2005, par lequel la Cour de justice a reconnu une compétence pénale – à tout le moins indirecte – de la Communauté aura une incidence sur cette question.

Il semble cependant qu'aujourd'hui, à la suite principalement du développement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la notion de matière pénale, la notion soit affectée d'une indétermination essentielle qui modifie encore très largement ses contours selon son contexte d'énonciation (Convention européenne des droits de l'homme, droit européen, droit constitutionnel, droit pénal interne) et son contexte d'application (selon la juridiction qui intervient et selon le type d'enjeu lié concrètement à cette qualification) (Tulkens, van de Kerchove, 2006).

La Cour européenne des droits de l'homme a en effet donné à la notion de peine, en particulier dans le cadre de l'article 6 de la Convention, une signification plus large que celle qui lui est traditionnellement donnée dans le droit interne des différents États membres. Afin d'éviter que la qualification adoptée par ceux-ci ne conduise à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention, certaines sanctions qualifiées de disciplinaires,

administratives, fiscales ou autres en droit interne, ont ainsi été considérées par la Cour comme relevant de la « matière pénale », au sens de l'article 6 de la Convention. Si la Cour a retenu à cet effet un certain nombre de critères (qualification donnée par l'État concerné ; caractères de l'acte sanctionné ; fonction, nature et degré de sévérité de la sanction) permettant d'établir les contours de cette notion, il convient cependant de rappeler que, à l'exception de la qualification de pénale éventuellement donnée par la législation qui consacre la sanction et qui semble déterminante à elle seule, les autres critères sont généralement considérés par la Cour comme ayant un caractère « alternatif » et non « cumulatif », ce qui permet de voir en chacun d'eux une condition suffisante, mais non nécessaire, pour rattacher une sanction à la matière pénale. Parfois, cependant, « si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire », une approche cumulative se trouve néanmoins suivie et aboutit alors à retenir la « prédominance » des aspects qui « présentent une coloration pénale ». Il en résulte à la fois une relativisation des frontières établies en droit interne entre les peines et les sanctions de nature non pénale et une incertitude importante concernant les limites de la matière pénale ainsi conçue, qui a pu être qualifiée de concept flou (Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques, 1987). Cette incertitude paraît encore accrue depuis l'arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006 dans lequel la Cour distingue cette fois, au sein de la matière pénale elle-même, certaines sanctions qui, telles les majorations d'impôt, ne font « pas partie du noyau dur du droit pénal » et décide en conséquence que « les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'(y) appliquer dans toute leur rigueur » (§ 43).

Les retombées d'une telle relativisation en droit interne apparaissent clairement. On citera notamment l'exemple en droit belge de l'applicabilité de différentes modalités d'individualisation de la peine. Ainsi, la Cour de cassation a pu décider que des amendes administratives, malgré leur caractère non pénal, devaient être considérées comme poursuivant un but préventif et répressif et, à ce titre, se voir appliquer l'admission de circonstances atténuantes, tout en décidant, au contraire, que la suspension du prononcé, le sursis et la probation ne leur sont pas applicables. La Cour d'arbitrage, en revanche, a admis l'applicabilité du sursis aux amendes administratives, tout en refusant celle de la suspension du prononcé, bien que ces deux modalités soient consacrées par la même loi du 29 juin 1964. L'approche de la notion de peine paraît donc marquée par un « conséquentialisme » croissant qui aboutit à lier ses contours fluctuants aux conséquences variables qu'on entend lui attribuer.

La diversification des sanctions

Une deuxième mutation concerne la diversification des peines et la multiplication des mesures et sanctions alternatives. Cette diversification a-t-elle amené une diminution ou une augmentation de la pénalité globale ? Quelle que soit la réponse concernant la pénalité dans sa globalité, l'on ne peut contourner l'évolution de la peine la plus sévère, la peine de mort.

Multiplication des peines et mesures alternatives

La diversification des peines semble être un maître-mot de la politique pénale depuis des décennies, s'accompagnant en particulier de ce que Georges Kellens a appelé la *rhétorique des substituts à l'emprisonnement*. Il faut bien reconnaître cependant que l'éventail réel des peines proprement dites s'est peu élargi en Belgique. Il s'est même paradoxalement rétréci avec l'abolition de la peine de mort en 1996 (loi du 10 juillet 1996). Ni l'avertissement, ni

la simple déclaration de culpabilité, ni la conversion éventuelle des peines accessoires en peines principales, ni la surveillance électronique, ni la formation, ni la probation n'ont été consacrées comme telles, malgré de nombreuses propositions en ce sens. Seule la peine de travail a été introduite en tant que peine autonome (loi du 17 avril 2002), mais sous la forme très ambiguë de « peine alternative » (van de Kerchove, 2006a, 139). En revanche, de nombreuses « modalités » nouvelles de la peine ont été introduites, tant au niveau de son prononcé (la loi du 10 février 1994 étend les possibilités de sursis, de suspension et de probation) qu'au niveau de son exécution (la libération provisoire a été introduite par l'exécutif à côté de la libération conditionnelle et appliquée de façon collective sous la pression de la surpopulation des prisons ; la surveillance électronique et d'autres modalités d'exécution des peines privatives de liberté ont été consacrées récemment par la loi du 17 mai 2006). Se sont également multipliées les « mesures » alternatives à la peine au niveau des poursuites (pour la France, voir Danet, 2006, 116) telles que l'avertissement, la transaction pénale ou administrative, la médiation pénale. Cette forme particulière de diversification a évidemment pour particularité de renforcer continuellement l'individualisation judiciaire ou administrative de la peine, tout en faisant l'impasse sur une réflexion en profondeur, relative à la gravité « objective » des infractions et sur les mesures les plus appropriées à mettre en œuvre pour y répondre. En effet, les différentes mesures ou sanctions alternatives s'appliquent toutes aux mêmes catégories de délits, le législateur s'étant contenté – à l'exception notable de la peine de travail (loi du 17 avril 2002) – de poser des limites relatives à la gravité de la peine applicable ou au casier judiciaire de l'auteur. Ainsi la médiation pénale est applicable à tout délit ne devant pas se voir appliquer une peine d'emprisonnement de plus de deux ans (loi du 10 février 1994), la transaction pénale une peine de cinq ans d'emprisonnement (loi du 28 juin 1984), et cinq ans également pour la suspension, le sursis et la probation (loi du 10 février 1994). Le législateur ne donne aucune indication aux juges ou au ministère public concernant les cas dans lesquels ces mesures ou sanctions devraient s'appliquer, ni sur l'emplacement de ces sanctions sur l'échelle pénale existante. Une mesure probatoire de cinq ans avec suivi thérapeutique est-elle plus légère ou plus lourde qu'une grosse amende ou une transaction ? La médiation pénale est-elle moins ou plus intrusive qu'une suspension simple ? De plus, le ministère public peut de cette façon soustraire un nombre important de délits de moindre gravité au juge pénal, limitant ainsi les possibilités pour ce dernier d'appliquer des sanctions « alternatives » et lui donnant de surcroît l'impression que la criminalité s'aggrave. Ce qui amène en général un durcissement dans le prononcé des peines (De Pauw, 2002).

Le respect des grands principes de subsidiarité et de proportionnalité de la peine est donc très largement passé des mains du législateur aux mains des organes d'application de la loi pénale (ministère public, organes administratifs, juridictions pénales, exécutif et tribunaux d'application des peines) (voir *infra*). Le principe de proportionnalité suppose par ailleurs qu'il y ait justement une commune mesure afin de déterminer l'emplacement de chaque sanction sur l'échelle pénale. Le concept de *degrés de liberté* (van Zyl Smit, 1994) pourrait aider à déterminer l'impact d'une sanction sur la (privation de) liberté d'un auteur d'infraction. Plus récemment, plusieurs auteurs ont posé la question du degré d'intervention dans les *secrets of the self* (Hudson, 2006) résultant de certaines sanctions réparatrices et programmes comportementalistes. Cette multiplication des peines et mesures « alternatives » ne signifie en effet pas automatiquement une diminution de la pénalité globale dans nos sociétés ou de l'intrusion dans le vécu des citoyens.

Diminution ou augmentation de la pénalité globale ?

Le développement des sanctions dites « alternatives » n'amène pas nécessairement une diminution du recours à la privation de liberté. En effet, la plupart des alternatives restent liées à l'emprisonnement subsidiaire en cas de non-respect des conditions (amende, probation, travail, surveillance électronique) ou de récidive. Ce lien persistant avec la prison devient encore plus problématique dans le contexte bien connu de l'élargissement du filet pénal et du rétrécissement des mailles du filet (Austin, Krisberg, 1981). La littérature internationale démontre de façon quasi systématique que 50% au plus des alternatives sont vraiment appliquées en remplacement d'une privation de liberté. Les autres 50% se substituent à des sanctions moins intrusives ou à la liberté (Junger-Tas, 1995 ; Tonry, 1996 ; Van Kalmthout, 2001) : la probation remplace le sursis simple, la surveillance électronique s'ajoute à la probation ou au travail d'intérêt général (TIG), etc. Autres effets pervers constatés : les juges auraient tendance à hausser la peine d'emprisonnement en cas d'octroi d'un sursis, afin de maintenir l'effet dissuasif de la peine (Bottoms, 1981 ; Kuhn, 1993) ; l'extension du sursis à des peines plus longues renforcerait l'application de ces peines plus longues (Kuhn, 1993) ; l'échec d'une sanction alternative est ressenti comme doublement imputable au délinquant, qui se montre « indigne de la faveur octroyée », et par conséquent se retrouve puni plus sévèrement que ne le justifiait le délit d'origine (De Pauw, 1996). Tous ces effets pervers des sanctions alternatives peuvent donc créer une augmentation de la population carcérale. S'ajoute à cela le fait que l'application de sanctions alternatives en bas de l'échelle pénale (délits de moindre gravité, délinquants primaires) semble souvent compensée par un renforcement de la répression en haut de l'échelle (peines de prisons plus longues pour récidivistes et pour les délits violents, sexuels ou liés à la drogue), augmentant le nombre de détenus condamnés à des peines supérieures à 5 ans (*bifurcation policy* : Bottoms, 1981 ; dualisation : Tubex, Snacken, 1995 ; Tubex, 2002). Et pour terminer ce tableau sombre : malgré l'existence des alternatives, certaines populations « cibles » continuent à se retrouver plus facilement en prison, soit en raison de l'air du temps (les délinquants sexuels après l'affaire Dutroux en Belgique et ailleurs), soit par manque d'attache (légale) avec le pays où ils sont condamnés tels les étrangers, soit en raison d'un pronostic négatif lié à leur condition socio-économique, porté notamment sur certaines minorités ethniques (De Pauw, 2002 ; Raes, Snacken, 2004). Les populations pénitentiaires, qui se sont toujours caractérisées par leur vulnérabilité socio-économique, se trouvent en conséquence de plus en plus « racialisées » ou « ethnicisées » (Van Kalmthout, 2007). Les discours officiels de « la prison comme remède ultime » se trouvent donc contredits par la pérennité de la prison comme la sanction de référence du système pénal (Garland, 1990 : *saying things with walls*).

Et cependant, des différences énormes continuent d'exister concernant l'ampleur de la pénalité dans différents pays européens. Les taux de détention le confirment : en 2005, ceux-ci varient en Europe occidentale de 40 détenus pour 100 000 habitants en Islande et 66 en Norvège à 148 en Angleterre et au Pays de Galles, en Europe centrale et orientale de 65 en Slovénie à 615 en Russie (Dünkel, Snacken, 2005). Les politiques pénales jouent un rôle important dans ces différences, en particulier la place accordée à la privation de liberté dans ces politiques (Zimring, Hawkins, 1991 ; Snacken *et al.*, 1995). L'existence de sanctions alternatives y est une condition nécessaire mais pas suffisante. Ainsi, certains pays de l'Europe centrale (République Tchèque et Lituanie par exemple) ont réussi à diminuer leur population carcérale par l'introduction de sanctions alternatives jusque-là inexistantes. Dans d'autres pays, tels que la Russie, les réformes visant à réduire la population carcérale

se sont confrontées à une résistance abrupte au sein de l'opinion publique. Toutefois, la Russie a pu réduire, grâce à une vaste amnistie, le taux de détention de près de 20%, passant de 730 en 1999 à 615 en 2005 (Dünkel, Snacken, 2005). D'autres pays, tels que l'Angleterre, ont au contraire une longue tradition de sanctions alternatives, qui connaissent une application répandue. Mais la politique pénale y défend l'idée selon laquelle « *prison works* », que ce soit comme lieu de neutralisation ou de traitement ; dès lors l'ensemble des sanctions augmente, autant les sanctions dans la communauté que les privations de liberté. Par contre, la Finlande, qui a réussi à diminuer sa population carcérale de 190 en 1950 à 110 en 1977 et jusqu'à 50 en 1999, ne connaît que l'amende et le sursis comme sanctions non privatives de liberté. La réduction impressionnante du taux de détention s'est faite par le biais d'une politique réductionniste cohérente, impliquant des réformes législatives limitant les possibilités d'application de peines d'emprisonnement. L'augmentation récente (de 59 en 2001 à 75 en 2005) est due aux peines d'emprisonnement substitutives à un non-paiement d'amende et à la criminalité issue des migrations (Lappi-Seppälä, 2004).

Une discussion des tendances de la pénalité en Europe ne peut passer tout à fait à côté du phénomène assez remarquable de la disparition de la peine de mort sur tout le continent européen ces dix dernières années. Nous voyons ici l'illustration d'une politique pénale radicalement « européenne », tant au niveau de l'Union européenne que du Conseil de l'Europe, contrairement à la tradition (juridique et politique) qui laisse les politiques pénales à la discrétion des pays membres. Au niveau de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux (2000) énonce clairement sous son Titre I (Dignité humaine) que *Nul ne sera condamné à mort ou exécuté*. Au niveau du Conseil de l'Europe, une politique radicalement abolitionniste a été menée à partir de 1994 envers les pays de l'Europe centrale et de l'Est souhaitant devenir membres du Conseil de l'Europe, dont plusieurs connaissaient encore la peine de mort et l'exécutaient. En effet, ceux-ci se voient obligés de ratifier le Protocole 6, qui propose l'abolition de la peine de mort en temps de paix, d'arrêter immédiatement toute exécution et d'abolir la peine de mort endéans les deux ans, indépendamment du soutien de l'opinion publique. Pour les instances européennes, la peine de mort est donc essentiellement un problème de droits de l'homme *qui ne devraient jamais dépendre d'une opinion publique changeante*, alors que les États-Unis par exemple considèrent que la peine de mort ne porte pas atteinte aux droits de l'homme et que sa légitimité se trouve dans le soutien important de l'opinion publique américaine. Nous pouvons y voir une illustration intéressante de conceptions différentes concernant le lien entre pénalité, démocratie, opinion publique et droits de l'homme. Tous les pays européens, à l'exception de la Russie, ont depuis lors aboli la peine de mort. La Russie n'a cependant plus procédé à des exécutions depuis 1999.

L'hétérogénéité croissante des objectifs de la peine

Une troisième mutation réside dans le développement croissant d'une conception à la fois plurielle et pluraliste des objectifs de la peine, qui contraste d'ailleurs singulièrement avec le fait que les juridictions pénales internationales paraissent au contraire se concentrer essentiellement sur les seuls objectifs de dissuasion et de rétribution (Ambos, Steiner, 2002).

Même si une telle conception n'a sans doute jamais été parfaitement homogène, on a le sentiment que certains objectifs ont occupé une place plus ou moins importante selon la période considérée. Ainsi, l'apparition – ou plutôt la réapparition – récente de certains objectifs, tels que la réparation du dommage causé par l'infraction, est certainement signi-

ficative, même si elle n'occupe sans doute pas encore une place dominante. Cependant, comme Durkheim l'avait très justement souligné concernant l'opposition traditionnelle des théories de l'expiation et de la défense sociale, les conceptions de la peine qui se sont succédées historiquement étaient sans doute en réalité moins contradictoires qu'on ne l'a prétendu. On pourrait en dire autant aujourd'hui de l'opposition apparente des théories réparatrices par rapport aux théories de la rétribution ou de la réhabilitation.

Par ailleurs, ne peut-on pas considérer qu'une évolution récente au moins aussi importante réside dans l'acceptation simultanée d'une pluralité d'objectifs? Cette conception plurielle est parfaitement illustrée par les propositions faites récemment en Belgique par la Commission dite Holsters. *Lors de l'imposition ou de la réquisition d'une peine, il convient de tendre vers les objectifs de la peine suivants: 1° exprimer la désapprobation de la société à l'égard de la violation de la loi pénale; 2° promouvoir la solution du problème et la réparation du dommage causé par l'infraction; 3° favoriser l'intégration sociale de l'auteur; 4° protéger la société* (Commission «tribunaux de l'application des peines», 2003, article 6bis). Elle se retrouve cependant aussi dans la plupart des textes qui ont explicité de tels objectifs à l'étranger: Code criminel canadien (article 718), Code pénal français (article 132-24, alinéa 2 nouveau), *U.S. Criminal Code* (titre 18, sec. 3353), *U.K. Criminal Justice and Court Services Act 2000* (ch. 43, 2), *Sentencing and parole reform Act 2001* de Nouvelle-Zélande (article 7).

Une telle conception se concilie évidemment très bien avec le souci d'individualisation judiciaire des peines. Elle se double cependant de l'idée que cette diversité doit également tenir compte du fait que les objectifs de la peine peuvent partiellement différer selon qu'elle est envisagée au niveau de sa création, de son prononcé ou de son exécution. De l'autonomie relative des différentes phases du processus pénal découle à la fois l'idée que la peine puisse être exécutée différemment de la façon dont elle avait été initialement prévue, voire non exécutée (van de Kerchove, 2005, 121-124), et qu'elle puisse se voir attribuer des objectifs différents de ceux qui étaient assignés à son prononcé, notamment par la substitution progressive d'un objectif de resocialisation à un objectif de prévention générale ou de rétribution.

Enfin, cette conception plurielle fait également écho au développement d'une conception «pluraliste» des objectifs de la peine résidant dans l'idée qu'ils ne font pas l'objet d'une représentation homogène et «consensuelle», mais partiellement divergente, que ce soit parmi les juges eux-mêmes ou au niveau de l'ensemble de la population. En ce qui concerne les juges, de telles divergences apparaissent notamment à travers l'examen concret de la motivation des peines, lorsque cette motivation fait référence aux objectifs de la peine prononcée (van de Kerchove, 2006b). En ce qui concerne l'ensemble de la population, elles résultent d'un certain nombre d'études qui ont été consacrées aux États-Unis et ailleurs à l'analyse des représentations de la justice pénale en général (Dubouchet, 2004; Roberts, Hough, 2002). On citera également une étude récente en Suisse d'où il ressort que, *malgré l'importance statistique prédominante d'une forme d'éclectisme quant aux fonctions de la peine, des choix moraux et sociaux alternatifs bien affirmés existent* et se fondent notamment sur des critères liés au sexe, à l'âge, au niveau social et à la proximité d'une forme de victimité (Languin *et al.*, 2006, 53).

Comme l'a dit très justement Thierry Pech, *cette accumulation... des missions dévolues à la peine* est ainsi emblématique d'une démocratie pluraliste *qui cherche à concilier des intérêts multiples plutôt qu'à les fondre dans un même et unique «intérêt général», d'ailleurs frappé d'incertitudes* (Pech, 2001, 165).

Variations sur un thème : déjudiciarisation, judiciarisation, juridicisation...

La mutation suivante consiste en un déplacement de l'intervention judiciaire qui se traduit par une certaine déjudiciarisation de la réponse à l'infraction pénale et une certaine judiciarisation et juridicisation de son exécution.

Déjudiciarisation de la réponse pénale

Le premier mouvement est lié au transfert de plus en plus important des compétences du juge pénal vers le ministère public (et même la police et autres acteurs). Dans les pays où le ministère public apprécie l'opportunité des poursuites, la sélection des classements sans suite (70% des cas en Belgique) a toujours déterminé le nombre et la nature des cas qui seront jugés par le juge du fond. À cela s'est ajouté, surtout ces deux dernières décennies, l'accroissement des compétences conférées au ministère public pour sanctionner des délits par des mesures pénales. Nous pensons à la transaction pénale ou administrative, aux sanctions administratives, à la médiation pénale en Belgique, au *plea bargaining* anglo-saxon, à la comparution française sur reconnaissance préalable de culpabilité, etc. (Mary, 2002 ; Raes, 2006 ; Kaminski, 2006). Cette évolution peut se comprendre par la place grandissante que prennent les thèmes de l'insécurité, la criminalité et la justice pénale dans les débats publics et politiques. Pressés d'une part par le succès des partis d'extrême droite sur ces thèmes, et d'autre part de plus en plus réduits dans leurs pouvoirs socio-économiques, les gouvernements se replient sur leurs compétences pénales pour renforcer leur légitimité vacillante (Van Campenhoudt, 1999 ; Snacken, 2001). Une politique pénale qui se veut efficace et visible se construit et s'exécute plus facilement par le biais d'organes hiérarchisés comme la police et le ministère public que par des juges de fond qui décident de cas individuels. En Belgique, la politique criminelle se développe depuis les années 1990 au sein du collège des Procureurs généraux, sous l'égide du ministre de la Justice (Snacken, 2002 ; Raes, 2006). La prévention intégrée, la politique de sécurité intégrée deviennent les mots-clés des années 1990, mettant l'accent sur l'intégration et l'efficacité des différents services compétents en matière pénale. À cela s'ajoute le recours accru des citoyens à la justice pour la résolution de conflits de tous ordres, aboutissant à une surcharge du système de justice (entre autres) pénale et un arriéré judiciaire qui entame à nouveau la légitimité de la justice (Huyse, Verdoodt, 1999 ; Périlleux *et al.*, 1999). Au niveau politique, la solution est cherchée dans des procédures accélérées, des transactions et la médiation pénale, qui sont censées contrer le sentiment d'impunité par rapport à la petite délinquance, dans le chef tant des délinquants que des victimes. Les procédures accélérées amenant souvent une réponse plus répressive et la médiation pénale remplaçant souvent les classements sans suite, nous nous retrouvons devant un mécanisme d'augmentation de la pénalité (Raes, 2002 ; Snacken, Beyens, 2002 ; Guillain, 2000 ; Scohier, 2000). Et ce, dans le cas des transactions et médiations pénales, sans les garanties procédurales classiques du *fair trial* devant un juge impartial (Gutwirth, De Hert, 2002). Ces nouvelles réponses pénales font par ailleurs émerger de nouveaux acteurs pénaux à côté du ministère public, reprenant le collier du pouvoir sanctionnel, tels les assistants de justice pour la médiation pénale ou les agents administratifs pour les transactions (Raes, 2006).

Judiciarisation et juridicisation de l'exécution des sanctions pénales

Un mouvement inverse s'est développé parallèlement dans le cadre de l'exécution des peines. Constitutionnellement ancrée dans les compétences du pouvoir exécutif, l'exécution des peines – et en particulier l'exécution des peines privatives de liberté – a connu ces dernières trois décennies une individualisation administrative importante. En Belgique, par exemple, l'introduction de diverses modalités d'exécution et d'interruption de la peine, telles que la permission de sortie, le congé pénitentiaire, la semi-liberté, la surveillance électronique, et l'extension de l'application des libérations provisoires par le ministre, ont fortement augmenté le pouvoir discrétionnaire de l'administration pénitentiaire concernant le statut externe du détenu. Pareillement, l'ouverture des prisons vers le monde extérieur, l'extension des possibilités de visites (avec ou sans surveillance) et d'activités, inscrites cependant dans un système de privilèges et non de droits, ont renforcé ce pouvoir discrétionnaire concernant le statut interne du détenu.

Le premier mouvement, concernant le statut externe du détenu, fait surgir des questions fondamentales concernant le lien entre pouvoir d'exécuter une décision judiciaire et interruptions, altérations et libérations par le ministre et son administration. Les plaidoyers pour une judiciarisation de l'exécution des peines qui caractérisent la doctrine belge depuis les années 1980 retrouvent tout à coup un relais politique lorsque l'affaire Dutroux éclate en août 1996 : il apparaît dans cette affaire que l'auteur présumé du viol et du meurtre de plusieurs jeunes filles avait été libéré conditionnellement par le ministre de la Justice précédent. Le pouvoir politique s'accorde rapidement pour se défaire de cette compétence dangereuse et la confier à un nouvel organe, la commission de libération conditionnelle, présidée par un magistrat, dans l'attente de la création de véritables tribunaux de l'application des peines. Ces derniers verront le jour dix ans plus tard (loi du 17 mai 2006). Avec cette judiciarisation du statut externe du détenu, la Belgique rejoint un nombre important d'autres pays européens (Tubex, 2003).

Le développement d'un régime interne du détenu fortement discrétionnaire amène de son côté un renversement de la jurisprudence belge, qui – en l'absence d'un droit pénitentiaire reconnaissant des droits subjectifs aux détenus – se considérait traditionnellement incompétente pour contrôler les décisions prises par l'administration pénitentiaire. Cette attitude change à partir des années 1980 et suit en cela la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, alors que la Cour estimait jusqu'en 1975 que la privation de liberté amène automatiquement la perte des autres droits et libertés fondamentaux (théorie des « limitations inhérentes »), un revirement important se fit avec l'arrêt *Golder v. UK*. Depuis lors, les autorités compétentes doivent motiver explicitement la légitimité des restrictions imposées aux droits et libertés fondamentaux des détenus, c'est-à-dire leur nécessité, leur légalité et leur proportionnalité (Smaers, 1994). Les tribunaux belges se baseront sur la Convention européenne des droits de l'homme pour reconnaître certains droits fondamentaux aux détenus, même en l'absence d'un cadre légal. Ce cadre légal ne verra le jour qu'avec la loi de principes du 12 janvier 2005 qui est encore en attente partielle d'exécution. Munie d'une loi transformant un régime de privilèges en un régime de droits (juridicisation), la Belgique rejoint, avec quelque trente années de retard, d'autres pays européens (Allemagne, Espagne, Grèce, France, Pays-Bas).

L'impact de ces nouvelles législations sur la réalité pénitentiaire reste cependant à vérifier. Le droit pénitentiaire se retrouve de toutes parts entre le marteau et l'enclume. Vécu comme un danger par une partie du personnel pénitentiaire, comme un leurre par une partie des détenus, comme un nouveau levier de légitimation de préservation de la prison par une

partie des criminologues critiques, il se retrouve au centre du dilemme bien connu qui oppose réforme et suppression de l'institution pénitentiaire. Un droit pénitentiaire ne peut atteindre le but poursuivi de rééquilibrage des relations de pouvoirs qu'en interaction avec une pénologie critique, tout en restant modeste sur ses possibilités de transformer une institution qui restera toujours (en partie) totalitaire (voir la discussion à ce sujet *in* De Schutter, Kaminski, 2002).

La contractualisation du droit des peines

Une quatrième mutation réside dans le développement d'une certaine contractualisation de la peine ou, à tout le moins, le développement d'une sorte de consensualisme propre au droit pénal. Ce consensualisme coexiste partiellement avec l'idée d'une peine imposée dont l'hétéronomie semble requérir une justification à la fois éthique et politique, ainsi qu'avec l'idée d'une peine « naturalisée » qui surgirait « naturellement » du crime et échapperait à toute autre exigence de justification. En effet, un invariant persiste à travers toutes les formes de l'action pénale : cet invariant consiste en la menace ou l'imposition d'une mesure prescrite institutionnellement a priori en réponse à un comportement défini par la même opération comme crime (Pires, 1995). Quelles que soient les tendances nouvelles analysées ici, *l'action pénale préserve sa particularité de contenir un noyau « innégociable », sans quoi il n'y aurait plus lieu de lui conserver son nom* (Kaminski, 2002, 91). On peut émettre l'hypothèse que la contractualisation de la sanction pénale est tout autant tributaire des altérations contemporaines de la figure juridique du contrat – dans les sphères du droit où il est incontestablement central – que des transformations des dispositifs d'autorité et de contrainte (Crawford, 2003). Alain Supiot analyse lesdites altérations en soulignant que l'objet premier du contrat n'est plus *d'échanger des biens déterminés, ni de sceller une alliance entre égaux, mais d'organiser l'exercice d'un pouvoir* (Supiot, 2005). Une pseudo-contractualisation de la peine prend son essor et un « nouveau sujet de droit pénal » apparaît, conçu dans les liens d'une véritable allégeance, soit une figure prémoderne d'obéissance à son propre engagement et non à l'ordre de l'autre (Kaminski, 2006, 59) ; selon les termes de Foucault, ce sujet devient *le gestionnaire de sa propre punition* (Foucault, 1993, 18).

Les auteurs d'infractions sont, via les alternatives, *de plus en plus appelés à se concevoir comme « responsables » de la mesure pénale ou de la peine qui leur est imposée* (Kaminski, 2002, 89). Consentement et responsabilité sont à l'agenda des politiques pénales contemporaines, sous au moins deux figures : l'appel à la société civile ou à la communauté dans la politique pénale (Pearson *et al.*, 1992 ; Gaudin, 1999), symptôme d'une des formes de privatisation de l'action pénale discutées sous le titre suivant, et la revalorisation de la responsabilité individuelle du délinquant, tant comme facteur de légitimation de la répression pure et dure que comme facteur de participation du délinquant à l'exécution de peines ou de mesures alternatives (Tulkens, van de Kerchove, 1996 ; Brownlee, 1998).

La légitimité du consensualisme pénal

L'intrusion de procédures consensuelles dans la « matière pénale » est très généralisée en raison de la multiplication des mesures pénales décidées par le ministère public et de l'absence de pouvoir de contrainte de ce dernier, ainsi qu'en raison de la diffusion de l'exécution de peines dans la « communauté » et de l'incompatibilité de la contrainte pure avec leur nature et leurs objectifs.

Un ressort manifeste du développement de l'appel juridique à l'acceptation du délinquant tient dans le développement de modalités nouvelles de réaction dans le champ des poursuites, déjà évoquées *supra*. Le consentement du prévenu est donc avant tout une exigence juridique tributaire de l'absence de pouvoir de contrainte dans le chef du ministère public et l'obstacle formel à la considération de la mesure comme atteinte aux libertés. Le consentement permet en quelque sorte de « blanchir » légalement le détournement du cours normal de la répression et d'éviter formellement la violation de droits fondamentaux.

Par ailleurs, parmi les symptômes de l'extension du consensualisme pénal, de nombreuses mesures pénales, exécutées dans la « communauté », exigent la participation libre d'autres personnes que le prévenu ou le condamné. Le consentement du prévenu ou du condamné ne suffit pas à asseoir la bonne exécution de la mesure qu'il aurait même parfaitement et intimement acceptée : une peine de travail doit trouver, pour être exécutée, l'assentiment d'un lieu de prestation qui accueillera le prestataire ; une guidance ou un suivi thérapeutique doivent encore être librement consentis par le thérapeute qui s'y engage avec son patient ; l'exécution de la surveillance électronique suppose l'accord des cohabitants du bénéficiaire de cette mesure. Dans certains cas, une contractualisation préalable et organique est directement réalisée entre les autorités judiciaires et des organismes sociaux, sanitaires ou éducatifs, selon des formules de partenariat ou de subventionnement qui « obligent » ces organismes à recevoir les justiciables qui leur sont déférés. Dans tous ces cas, l'action pénale rencontre des obstacles déontologiques et éthiques, qui sont levés par la participation formellement acceptée de l'ensemble de ses protagonistes.

L'efficacité du consensualisme pénal

Quand la peine est « acceptée », « négociée », voire « auto-imposée », elle paraît répondre non seulement à un souci de légitimation spontanée, mais aussi à une exigence d'efficacité accrue. Cette exigence d'efficacité doit être déployée sur deux axes : un axe individuel et un axe systémique. Sur le plan individuel, la justification utilitaire (par l'efficacité) de l'adhésion n'est pas nouvelle : une peine comprise et acceptée par son destinataire se verra remplir ses objectifs avec plus de certitude. Mais la nature de l'attente adressée au sujet est nouvelle. Cette attente n'est plus strictement de l'ordre de la conformation ; elle rejoint aujourd'hui la morale dominante du dépassement de soi, de l'efficience et de la *prescription indéfinie d'obligations de rendement maximal* (Belley, 2000, 329). Le sujet de droit pénal n'est plus contraint de se conformer ; il est invité à se transformer (Kaminski, 2006, 52).

Sur le plan systémique, la contractualisation constitue un outil dans une politique globale de gestion des flux ou de régulation dont Danet explicite les modalités sous le titre suivant : *tout traiter sans retard* (Danet, 2006, 123). Les procédures civiles sont réputées plus flexibles, moins formelles et moins coûteuses. Si la « civilisation » de la justice pénale fait place à un sujet de droit invité à prendre parole, fût-ce pour dire oui ou ne pas dire non, il s'avère aussi que cette parole facilite théoriquement la régulation des flux du système pénal. L'analyse juridique du phénomène de contractualisation du droit pénal indique qu'on peut voir dans ce phénomène *une délégation de compétence d'une partie de son pouvoir de juger faite par une justice surchargée. Il s'agit alors de l'abandon volontaire de son pouvoir régalien au justiciable* (Alt-Maes, 2002, 514). La contractualisation constitue par ailleurs le remède, systématiquement fluide, à l'impunité des auteurs de petits délits dont les dossiers sont classés sans suite.

L'un de nous a traduit sur le plan juridique les effets de la prééminence, politique et systémique, du devoir de réagir sur celui de punir : si la répression pénale est effectivement

incertaine, la certitude s'accroît *quant à la mise en œuvre d'autres formes de réaction sociale de plus en plus diversifiées* (van de Kerchove, 2000, 10). À ce titre, le droit pénal contractualisé apporterait le plus souvent une *réponse* et non une *sanction*.

La privatisation de la peine

La contribution d'acteurs privés au processus pénal

La privatisation partielle du droit pénal ne concerne pas seulement la multiplication des agents privés associés à la prévention et à la détection des infractions. Elle concerne également l'association de plus en plus fréquente d'agents privés à l'exécution des peines (probation, travaux d'intérêt général, formations, peines de travail, voire, dans certains pays, peines d'emprisonnement, formes diverses de libération anticipée). Il est de plus en plus difficile de se représenter le domaine de l'exécution des peines sous une forme systémique. La métaphore du réseau est plus adéquate, l'action pénale se diffusant dans les interactions d'un réseau tissé d'acteurs pénaux au sens strict, d'entités politiques locales associés par partenariat et subventionnement à l'exécution des décisions pénales, d'agences privées chargées spécifiquement de leur exécution et enfin d'agents, privés et associatifs, instrumentalisés par l'action pénale en sus de leurs missions traditionnelles sociales, sanitaires, thérapeutiques, éducatives. Le développement de ce que l'on a appelé communément les alternatives fournit à l'action pénale une dimension apparemment civilisatrice (Van Dijk, 1989) indissociablement liée aux processus de privatisation ici discutés. Une lecture sceptique de ces processus considère que le système pénal y dissout son identité et sa visibilité sans rien perdre pourtant de sa puissance répressive. Cette puissance est, en effet, au mieux suspendue par l'alternative. Pour certains, cette puissance est même accrue, le système pénal assurant, par cette voie, sa pénétration dans la société (Cohen, 1985).

Sans jeu de mots, la privatisation accroît la participation du « public » à l'administration de la justice pénale. On peut s'interroger sur la colonisation cognitive et normative que le système pénal opère ainsi à l'égard d'opérateurs privés, parfois bénévoles, pour le moins profanes ou « déconnectés » jusque-là de l'action pénale (Cauchie, 2005). De même, comme le souligne Pierre Reynaert, le public apparaît le plus souvent sous la forme d'une *victime allégorique* (Reynaert, 2006, 352), à l'égard de laquelle l'objectif moderne de réparation trouverait sa matérialisation symbolique (au mépris éventuel de la victime réelle). En quelque sorte, la privatisation de la peine peut être considérée comme un corollaire du consensualisme pénal : les formes actuelles de maintien en liberté systématiquement sujettes au consentement entraînent souvent le justiciable à « contracter » sous contrainte avec les médecins et les thérapeutes, les médiateurs, les services de placement et de prestation de la peine de travail (Van Kalmthout, 2001), les services de formation, au nom de leur réinsertion sociale dont la forme est bien souvent « rédemptivo-autothérapeutique » (Houchon, 1984).

Les acteurs en question ne sont pas nécessairement mus par un noble intérêt pour la réinsertion des justiciables ou la réparation symbolique des effets dommageables de leurs comportements. Certaines des contributions privées à l'activité pénale sont payantes (les injonctions formatives sont exécutées soit auprès d'un organisme généraliste dont le justiciable loue les services, soit auprès de services subventionnés par la justice à cette fin) ; d'autres sont coûteuses mais créatrices d'emplois (l'encadrement des mesures judiciaires alternatives et l'aide aux justiciables et aux détenus sont des secteurs dans lesquels se développe une nébuleuse de services sociaux privés) ; d'autres encore – telles que la peine de travail qui

« profiterait » aux lieux de prestation qui accueillent la force de travail des condamnés – sont parfois tendancieusement perçues comme rentables; d’autres enfin relèvent de stratégies commerciales d’entreprises lobbyistes, offrant contre rémunération des services technologiques (la construction de prisons et la surveillance électronique sont de véritables marchés).

Le contrôle de l’action pénale par la victime

La peine tend à se privatiser également par l’association de plus en plus fréquente des victimes, au moins sous une forme consultative, aux modalités de la peine, tant au niveau de leur prononcé qu’au niveau de leur exécution. Ce second éclairage de la privatisation des sanctions pénales découle de trois mouvements interreliés.

D’abord, la promotion de l’objectif pénologique de réparation fait subir à la peine une forme de privatisation caractérisée par la subordination partielle de l’intérêt public – associé traditionnellement à la répression pénale – à l’intérêt privé de la victime. Ensuite, l’explosion du mouvement victimaire (Chaumont, 1997) voire du « victimisme » (Erner, 2006) retentit jusque dans l’institution française du secrétaire d’État aux victimes. Elle répand, au nom de la reconnaissance désirée par les uns et de la compassion des autres, le postulat contestable (Cesoni, Rechtman, 2005) que le procès et la peine contribuent à la restauration subjective de la victime. Cette construction idéologique fournit de nouveaux atouts propres à déguiser le droit étatique de punir en un devoir (thérapeutique) de punir. Enfin, la reconnaissance de droits de la victime à tous les stades du processus pénal confirme juridiquement l’« intérêt privé à la répression » dont nous discutons ici. Cette reconnaissance est assurée depuis longtemps par le mécanisme classique de constitution de partie civile; elle se développe aussi dans de nouveaux contrôles procéduraux accordés à la victime (notamment au stade de l’information et de l’instruction où la place de la victime était fragile). Elle se répand depuis peu via les requêtes devant la Cour européenne des droits de l’homme faisant valoir que l’absence de condamnation pénale de l’auteur de l’infraction a constitué un élément essentiel de l’insuffisance de protection d’un droit de l’homme, dont le requérant a été victime. Elle émerge encore dans le domaine de l’exécution des peines, via un droit d’intervention dans le processus judiciairisé de la libération anticipée des détenus. En témoigne l’intitulé de la loi belge du 17 mai 2006, relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et *aux droits reconnus à la victime* dans le cadre des modalités d’exécution de la peine.

Conclusion

Vouloir présenter les évolutions décrites dans ces lignes sous la forme de mutations stables présente trois difficultés: elles sont ambiguës, elles sont souvent interdépendantes et elles sont profondément tributaires de circonstances historiques et politiques variables. Il est donc périlleux de tirer de leur identification un pronostic valable jusqu’au soixantième anniversaire de *Déviante et Société* par exemple... En guise de conclusion, seules quelques questions peuvent être posées, relatives au développement du pluralisme dans l’action répressive, aux tendances de la pénalité et de l’emprisonnement en particulier et à la dissolution des frontières entre sanctions.

La démocratie pluraliste se satisferait d’un système pénal conçu comme instrument de conciliation d’intérêts multiples. La pluralité des objectifs de la peine, la diversification des peines et mesures (au stade du prononcé et à celui de l’exécution), la multiplication des

acteurs privés intéressés de gré ou de force à l'action pénale, l'extension de pouvoirs partiels de sanctionner accordés au ministère public ou à des fonctionnaires constituent autant de mouvements de diffusion de l'action pénale. Il est difficile d'en évaluer la portée et leur contribution à un pluralisme de bon aloi. On est en droit, devant ces mouvements, d'hésiter entre trois diagnostics : l'approfondissement démocratique, la préfiguration d'un État pénal et l'ouverture dépolitisée d'une auberge espagnole. Le premier diagnostic – trop optimiste – trouverait une consistance plus sûre dans la recherche de la conciliation d'intérêts multiples par d'autres voies que la sanction. On peut craindre à cet égard que, par son développement réticulaire, l'action pénale soit de plus en plus capitalisée par des jeux d'intérêts qui la rendent, en apparence, plus nécessaire que jamais. La pression des revendications victimaïres et la transformation politique du pouvoir de punir en devoir compassionnel alimentent cette crainte et favorisent les deux autres diagnostics, moins optimistes, faisant de la pénalité soit le ressort de légitimité de l'État, soit un marché obéissant « librement » à la demande. Il est probable qu'aucun de ces trois diagnostics ne soit totalement pertinent. Le nom de la forme nouvelle qui naîtra des évolutions en cours reste sans doute à inventer.

Quant aux tendances de la pénalité, la disparition de la peine de mort en Europe est significative. Celle-ci mise à part, la pénalité s'accroît et, par sa diversification, perd le sens de la mesure au point qu'il est impossible de nuancer ce constat de croissance par celui d'un adoucissement des peines. Sans politique volontariste et radicale, à l'instar de la Finlande, la diversification des « sanctions » ne s'accompagne pas de la réduction du recours à la prison. La reconnaissance de droits au détenu et la judiciarisation de l'octroi des modalités de sortie de prison ne pourront guère produire d'effets en ce sens, pas plus qu'elles ne pourront réduire l'ethnisation ou la racialisation des populations pénitentiaires. Adouciront-elles l'expérience de la prison ? Elles constituent en tout cas de nouveaux instruments de lutte contre l'arbitraire dans la régulation de la vie pénitentiaire.

Enfin, en écho aux exigences de la démocratie pluraliste et à celles des victimes, l'on assiste à la dissolution relative de la distinction entre sanctions civiles et sanctions pénales. Le flou est produit et entretenu par la promotion de l'objectif de réparation, par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, par le développement des sanctions administratives et par la contractualisation de la contrainte. Ce brouillage des frontières offre-t-il la perspective d'une civilisation du système pénal ou plutôt la perspective d'une société qui, à la mesure de sa faim de droit, sera de plus en plus sanctionnatrice et sanctionnée ?

Dan Kaminski

Université catholique de Louvain
Département de droit pénal et de criminologie
Collège Thomas More
2, place Montesquieu
B-1348 Louvain-la-Neuve
kaminski@crim.ucl.ac.be

Sonja Snacken

Vrije Universiteit Brussel
Vakgroep criminologie
2, Pleinlaan
B-1050 Brussel
ssnacken@vub.ac.be

Michel van de Kerchove
 Facultés universitaires Saint-Louis
 Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques
 43, boulevard du Jardin botanique
 B-1000 Bruxelles
 vandekerchove@fusl.ac.be

BIBLIOGRAPHIE

- ALT-MAES Fr., 2002, La contractualisation du droit pénal, mythe ou réalité ?, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3, juillet-septembre, 501-515.
- AMBOS K., STEINER Ch., 2002, On the Rationale of Punishment at the Domestic and International Level, in HENZELIN M., ROTH R. (Eds), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris-Genève-Bruxelles, L.G.D.J.-Georg-Bruylant, 305-323.
- AUSTIN J., KRISBERG B., 1981, Wider, Stronger and Different Nets : the Dialectics of Justice Reform, *Journal of Research on Crime and Delinquency*, 18, 165-196.
- BARNETT R.E., 1977, Restitution : a New Paradigm of Criminal Justice, in BARNETT R.E., HAGEL I. J., *Assessing the Criminal. Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Cambridge, Mass., Ballinger, 349-383.
- BELLEY J.-G., 2000, Une philosophie de l'aspiration juridique : l'art de bien se contraindre, *Archives de philosophie du droit*, tome 44, 317-330.
- BOTTOMS A.E., 1981, The Suspended Sentence in England, *British Journal of Criminology*, 31, 1, 1-26.
- BROWNLEE I., 1998, New labour – New Penology ? Punitive Rhetoric and the Limits of Managerialism in Criminal Justice Policy, *Journal of Law and Society*, 25, 3, 313-335.
- CARTUYVELS Y., 2002, Les horizons de la justice des mineurs en Belgique : vers un retour « soft » du pénal ?, *Déviance et société*, 26, 3, 283-296.
- CAUCHIE J.-F., 2005, Un système pénal entre complexification et innovations. Le cas ambivalent des travaux communautaires belges, *Déviance et Société*, 29, 4, 399-422.
- CESONI M. L., RECHTMAN R., 2005, La réparation « psychologique » de la victime : une nouvelle fonction de la peine ?, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2, 158-178.
- CHAUMONT J.-M., 1997, *La concurrence des victimes. Génocide, identité, reconnaissance*, Paris, La Découverte.
- COHEN S., 1985, *Visions of Social Control*, Cambridge, Polity Press.
- COMMISSION « TRIBUNAUX DE L'APPLICATION DES PEINES, STATUT JURIDIQUE EXTERNE DES DÉTENUÉS ET FIXATION DE LA PEINE », 2003, *Avant-projet de loi modifiant le Code d'instruction criminelle, le Code pénal, la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation et la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police*, Bruxelles.
- CRAWFORD A., 2003, « Contractual Governance » of Deviant Behaviour, *Journal of Law and Society*, 30, 4, december, 479-505.
- DANET J., 2006, *Justice pénale, le tournant*, Paris, Folio/Le Monde, coll. Actuel.
- ERNER G., 2006, *La société des victimes*, Paris, La Découverte.
- DE PAUW, 1996, *Le traitement pénal des affaires de drogue à Bruxelles en 1993 et 1994*, Bruxelles, Iris-Bres.
- DE PAUW W., 2002, Justitie onder invloed, in S. SNACKEN (Ed.), *Strafrechtelijk beleid in beweging*, Bruxelles, VUB Press, 179-298.
- De SCHUTTER O., KAMINSKI D. (dir.), 2002, *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant.
- DUBOUCHET J., 2004, Les représentations sociales de la justice pénale. Retour sur un chantier abandonné, *Déviance et société*, 28, 2, 179-194.
- DÜNKEL F., SNACKEN S., 2005, *Prisons en Europe*, Paris, L'Harmattan.

- FOUCAULT M., 1993, Alternatives à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social. Une entrevue avec Michel Foucault, *Criminologie*, XXVI, 1, 13-34.
- GARLAND D., 1990, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*. Chicago, The University of Chicago Press.
- GAUDIN J.-P., 1999, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Paris, Presses de Sciences Po.
- GROUPE DE RECHERCHE DROITS DE L'HOMME ET LOGIQUES JURIDIQUES, 1987, La « matière pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 819-862.
- GUILLAIN C., 2000, Le parquet : entre dépendance institutionnelle et autonomie décisionnelle, in VAN CAMPENHOUDT L., CARTUYVELS Y., DIGNEFFE F., KAMINSKI D., MARY Ph., REA A. (Eds), *Réponses à l'insécurité : des discours aux pratiques*, Bruxelles, Labor, 321-344.
- GUTWIRTH S., DE HERT P., 2002, Grondslagentheoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht. Perspectieven op schuld-, risico- en strafrechtelijke aansprakelijkheid, slachtofferclaims, buitengerechtigde afdoening en *restorative justice*, in BOONEN K., CLEIREN C.P.M., FOUQUÉ R., DE ROOS TH. A., *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer, Kluwer, 121-170.
- HOUCHON G., 1984, À la recherche du temps perdu, *Déviante et Société*, 8, 2, 199-206.
- HUDSON G., 1984, Secrets of the Self: Punishment and the Right to Privacy, in CLAES E., DUFF A., GUTWIRTH S. (Eds), *Privacy and the Criminal Law*, Antwerpen/oxford, Intersentia, 137-162.
- HUYSE L., VERDOODT A., 1999, À la recherche de nouvelles formes d'intermédiation entre la population et la justice, in VAN DONINCK B., VAN DAELE L., NAJI A. (Eds), *Le droit sur le droit chemin ?*, SSTC, Academia-Bruylant, Maklu, 161-200.
- JUNGER-TAS J., 1995, Alternative sanctions : myth and reality, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Consistency in sentencing, 2, 1, 44-66.
- KAMINSKI D., 2002, Troubles de la pénalité et ordre managérial, *Recherches sociologiques*, XXXIII, 1, 87-107.
- KAMINSKI D., 2006, Un nouveau sujet de droit pénal ?, in MOREAU Th., DIGNEFFE Fr. (Eds), *Responsabilité et responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 45-64.
- KUHN A., 1993, Punitivité, politique criminelle et surpeuplement carcéral ou comment réduire la population carcérale, *Schweizerische kriminologische Untersuchungen*, 6, Stuttgart/Vienne, Verlag Paul Hapt.
- LANGUIN N., KELLERHALS J., ROBERT Ch.-N., 2006, *L'art de punir. Les représentations sociales d'une « juste » peine*, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess.
- LAPPI-SEPPÄLÄ T., 2004, Reducing the Prison Population : Long-term Experiences from Finland, in Council of Europe (Ed.), *Crime Policy in Europe: Good Practices and Promising Examples*, Strasbourg, Council of Europe, 139-156.
- MARY Ph. (Ed.), 2002, *Le système pénal en Belgique. Bilan critique des connaissances*, Bruxelles, Bruylant.
- PEARSON G. et al., 1992, Crime, Community and Conflict : The Multi-Agency Approach, in DOWNES D. (Ed.), *Unravelling Criminal Justice*, London, Macmillan, 46-72.
- PECH Th., 2001, Neutraliser la peine, in GARAPON A., GROS F., PECH Th., *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 139-244.
- PÉRILLEUX T., MARQUET J., VAN CAMPENHOUDT L., CARTUYVELS Y., OST F., MINCKE C., 1999, De la plainte sociale à la demande de justice, in VAN DONINCK B., VAN DAELE L., NAJI A. (Eds) *Le droit sur le droit chemin ?*, SSTC, Academia-Bruylant, Maklu, 201-235.
- PIRES A. P., 1995, Quelques obstacles à une mutation du droit pénal, *Revue Générale de Droit*, 26, 133-154.
- RAES A., 2002, Haast en spoed is zelden goed. Snelrecht : een hoogdravende justitie ?, in SNACKEN S. (Ed.) *Strafrechtelijk beleid in beweging*, VUBPress, Criminologische Studies, 41-84.
- RAES A., 2006, *Naar een communicatieve en participatieve justitie? Een onderzoek bij het Openbaar Ministerie als hedendaagse bestraffer*, Doctorat criminologie, VUBrussel.
- RAES A., SNACKEN S., 2004, The Application of Remand Custody and its Alternatives in Belgium, *The Howard Journal of Criminal Justice*, 43, 5, December, 506-517.
- REYNAERT P., 2006, Pourquoi tant de peines ? La peine de travail ou les métastases de la pénalité alternative, in UNION BELGO-LUXEMBOURGEOISE DE DROIT PÉNAL (Ed.), *L'exécution des peines. De strafuitvoering*, Bruxelles, La Chartre, vol. 13, 339-389.

- ROBERTS J.V., HOUGH M. (Eds), 2002, *Changing Attitudes to Punishment. Public Opinion, Crime and Justice*, Portland, Willan.
- SCOHIER C., 2000, Genèse et stratégies de la cellule « justice accélérée, de proximité et de démentèlement ». Une organisation à légitimité limitée, in VAN CAMPENHOUDT L., CARTUYVELS Y., DIGNEFFE F., KAMINSKI D., MARY Ph., REA A. (Eds), *Réponses à l'insécurité : des discours aux pratiques*, Bruxelles, Labor, 345-370.
- SMAERS G., 1994, *Gedetineerden en mensenrechten*, Antwerpen, Maklu.
- SNACKEN S., 2001, Justice et société : une justice vitrine pour une société en émoi. L'exemple de la Belgique des années 80-90, *Sociologie et sociétés*, 107-137.
- SNACKEN S. (Ed.), 2002, *Strafrechtelijk beleid in beweging*, VUBPress, Criminologische Studies.
- SNACKEN S., BEYENS K., 2002, Alternatieven voor de vrijheidsberoving: hoop voor de toekomst?, in SNACKEN S. (Ed.) *Strafrechtelijk beleid in beweging*, VUBPress, Criminologische Studies, 271-316.
- SNACKEN S., BEYENS K., TUBEX H., 1995, Changing Prison Populations in Western Countries: Fate or Policy?, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1, 18-53.
- SPIELMANN D., 1996, Deux conséquences du caractère pénal des amendes prononcées par la Commission des Communautés européennes dans le domaine du droit de la concurrence, in TULKENS Fr., BOSLY H.-D., (Eds), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 509-520.
- SUPIOT A., 2005, *Homo Juridicus. Essai sur les fondements anthropologiques du droit*, Paris, Seuil.
- TONRY M., 1996, *Sentencing Matters* (Chapter 4: Intermediate sanctions), Oxford, Oxford University Press, 100-133.
- TUBEX H., 2002, Dangerousness and Risk: From Belgian Positivism to New Penology, in TATA C., HUTTON N. (Eds), *Sentencing and Society: International Perspectives*, Aldershot, Ashgate, 452-468.
- TUBEX H., 2003, *Study of Conditional Release (Parole) in the Member States. Analysis of Replies to the General Questionnaire*, Strasbourg, Conseil de l'Europe.
- TUBEX H., SNACKEN S., 1995, L'évolution des longues peines. Aperçu international et analyse des causes, *Déviance et Société*, 19, 2, 103-126.
- TULKENS F., van de KERCHOVE M., 1996, La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 5, 445-494.
- TULKENS F., van de KERCHOVE M., 2006, La nature et les contours de la peine. Regards croisés sur la jurisprudence interne et internationale, *Une criminologie de la tradition à l'innovation. En hommage à Georges Kellens*, Bruxelles, Larcier, 453-474.
- VAN CAMPENHOUDT L., 1999, L'insécurité est moins un problème qu'une solution, in CARTUYVELS Y., MARY Ph. (Eds), *L'État face à l'insécurité. Dérives politiques des années 90*, Bruxelles, Labor, 51-68.
- van de KERCHOVE M., 1976-1977, Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 4, 245-279.
- van de KERCHOVE M., 2000, Éclatement et recomposition du droit pénal, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 5-15.
- van de KERCHOVE M., 2005, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- van de KERCHOVE M., 2006a, Punir hors les murs en Belgique. La place des sanctions pénales non privatives de liberté dans le système pénal, in PONCELA P., ROTH R., *La fabrique du droit des sanctions pénales au Conseil de l'Europe*, Paris, La documentation française, 119-147.
- van de KERCHOVE M., 2006b, La motivation des peines et la pluralité de leurs objectifs, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 12, 1039-1069.
- VAN DIJK J.J.M., 1989, Sanctions pénales et processus de civilisation, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 42, 3, 249-261.
- VAN KALMTHOUT A.M., 2001, *Si non solvit in opere...*, *Bijdragen over de geschiedenis en ontwikkeling van onbetaalde arbeid als strafsanctie*, Proefschrift, Nijmegen, Wolf Legal Publishers.
- VAN KALMTHOUT A.M. (Ed.), 2007, *Foreign Prisoners in European Institutions*, EU project on foreign prisoners in european penitentiary institutions, à paraître.

VAN ZYL SMIT D., 1994, Degrees of Freedom, *Criminal Justice Ethics*, 13, 31-38.

ZIMRING F.E., HAWKINS G., 1991, *The Scale of Imprisonment*, Chicago/London, University of Chicago Press.

Summary

Starting from the Belgian criminal justice system, we propose to examine six important transformations: defining the penal sanction is more difficult than ever (1) and sanctions and measures are increasingly diverse (2), a feature which also leads to an increasing diversity of the penal aims (3). At the procedural level, trends in (de)judicialisation and juridicalisation (4), combined with the diversification of the sanctions, favours the contractualisation (5) and the privatisation (6) of the penal intervention.

KEY-WORDS: PENALTY – CRIMINAL LAW – CRIMINAL PROCEDURE – ADMINISTRATION OF PENALTIES

Zusammenfassung

Ausgehend von belgischem Kriminallsystem werden sechs zentrale Transformationen diskutiert: Die Definition von Strafen ist schwieriger geworden (1) und die Strafen bzw. die mit ihnen verbundenen Interventionen sind diversifizierter geworden (2). Dies geht einher mit einer wachsenden Heterogenität der Strafziele (3). Auf der prozeduralen Ebene zeigt sich eine widersprüchliche Bewegung von Entrechtlichung und Verrechtlichung (4), in Zusammenhang mit einer Tendenz zur Favorisierung von Verträgen (5) sowie einer Privatisierung strafrechtlicher Interventionen (6).

Sumario

A partir de un análisis del sistema penal belga, los autores se proponen examinar seis cambios significativos: Definir la sanción penal se hace cada vez más difícil (1) y las penas y medidas se diversifican (2); al mismo tiempo, este fenómeno está asociado a una heterogeneidad creciente de los objetivos de esas sanciones (3). Desde el punto de vista del procedimiento, unos movimientos de (des-)judicialización y judicialización (4), paralelos a la diversificación de las penas, favorecen una tendencia a la contractualización (5) y a la privatización (6) de la intervención penal.