

Zeitschrift: Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie SAK = Criminologie / Groupe Suisse de Criminologie GSC = Criminologia / Gruppo Svizzero di Criminologia GSC

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 30 (2012)

Artikel: Le droit pénal est-il une menace pour la société et l'ordre juridique?

Autor: Kuhn, André

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051469>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 25.06.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Le droit pénal est-il une menace pour la société et l'ordre juridique ?

ANDRÉ KUHN

Professeur de criminologie et de droit pénal aux Universités de Lausanne, Neuchâtel et Genève.

Table des matières

Résumé	35
1. Introduction	36
2. La brutalisation.....	37
3. Le deuil de la victime	39
4. Le frein à la réflexion	41
5. Le droit pénal criminogène	45
5.1. Qui ne connaît pas Garaudy ?	45
5.2. Vive la souris marathonnienne	46
5.3. Pauvres enfants	47
5.4. L'instigation à la transmission de maladie	49
6. Conclusion	50
Bibliographie	51

Résumé

La présente contribution met en évidence que le droit pénal est davantage un problème en soi plutôt qu'une solution aux problèmes sociaux pour la résolution desquels il a été créé. En effet, non seulement il augmente la criminalité violente par l'intermédiaire de la brutalisation, il détériore l'état de la victime et il nous empêche de réfléchir à des solutions meilleures, mais il va même jusqu'à nuire sévèrement à la société lorsqu'il génère de la discrimination raciale, lorsqu'il décourage les tests de dépistage du VIH, lorsqu'il décourage les enseignants à offrir à nos enfants des moments de détente scolaire et lorsqu'il pousse les tricheurs à tricher toujours plus subtilement.

1. Introduction

Dans un texte paru en 2007, David A. GREEN compare le traitement – médiatique, politique et juridique – de deux cas d’homicides commis par des mineurs, l’un en Grande-Bretagne (Bulger¹) en 1993 et l’autre en Norvège (Redergård²) en 1994.

Au niveau médiatique, le cas anglais eut une résonance qui ne cessa de rebondir jusqu’à plus de dix ans après les faits. De son côté, le cas norvégien fit parler de lui dans la presse durant... deux semaines. Le contraste est par ailleurs saisissant entre le «*Society needs to condemn a little more and understand a little less*» anglais (GREEN, 2007, 601)³ et le «*The case was a tragedy, not a killing*» norvégien (GREEN, 2007, 597, note 2).

Au niveau politique, tous les partis anglais se sont prononcés pour un durcissement du droit pénal des mineurs à la suite de ce meurtre. En Norvège, rien de tel ; juste quelques experts, psychologues et autres travailleurs sociaux pour dire combien il était important de prendre en charge les auteurs de manière à les réintégrer dans la société. Au parlement anglais, le nom de la victime est prononcé dans 49 débats, alors que le nom de la victime norvégienne ne figure dans aucun procès-verbal du parlement norvégien.

Au niveau juridique, non seulement les deux garçons anglais ont été condamnés à la prison à vie avec une période de sûreté de 8 ans, mais les peines privatives de liberté dans leur ensemble connurent un allongement dans les années qui suivirent. En Norvège, le système judiciaire ne connut aucun changement significatif et la justice des mineurs trouva rapidement des places pour les trois auteurs dans des écoles enfantines dans le but de les réintégrer au plus vite dans la société.

Lorsque, le 5 mars 2010, *Libération* titrait : «Tortionnaire à 10 ans, libéré à 18 ans, ré-arrêté à 27 ans», il faisait référence à l’un des deux auteurs de l’homicide anglais. Selon les informations glanées sur Internet, il semblerait qu’il ait dû retourner en prison pour téléchargement d’images

¹ Deux enfants âgés de dix ans enlèvent et tuent un enfant de deux ans près de Liverpool.

² Une fille de cinq ans est agressée et tuée par trois enfants de six ans près de Trondheim.

³ Phrase attribuée à John Major, Premier Ministre anglais de l’époque.

de pornographie infantine et qu'il s'y trouverait encore au moment où nous évoquons son cas dans la présente contribution⁴.

Les deux faits divers évoqués ci-dessus – et leur traitement très différent – nous semblent légitimer notre questionnement sur la justification de l'utilisation de la justice rétributive pour tenter de gérer des comportements étiquetés comme étant des infractions pénales. Cette justice rétributive à laquelle on accorde beaucoup de crédit – à tel point d'ailleurs qu'elle en devient porteuse d'espairs irréalistes et qu'on lui attribue bêatement la capacité de résoudre des problèmes sociaux dont on ne prend même pas la peine de chercher les sources – est-elle véritablement en mesure de satisfaire nos attentes ? A force de croire aveuglément aux bienfaits de la justice pénale, on en oublie régulièrement et naturellement de porter la réflexion sur ses éventuels méfaits... Nous tenterons donc ici de pallier ce défaut et de brosser un tableau moins idyllique du système pénal actuel. Celui-ci comporte en effet en lui un certain nombre de risques pour notre société.

2. La brutalisation

Lorsque l'on se penche sur l'effet dissuasif des sanctions, la recherche montre que, dans le domaine de la circulation routière, un abaissement des limitations légales de vitesse était immédiatement suivi d'une diminution de la vitesse moyenne⁵ effective sur les routes et qu'une obligation d'attacher la ceinture de sécurité – accompagnée de sanctions à l'égard des contrevenants – était propre à augmenter très significativement le nombre de personnes s'attachant (KILLIAS/AEBI/KUHN, 2012, 1028ss). Ainsi, à tout le moins dans le domaine de la circulation routière, la sanction semble donc avoir un effet de prévention générale.

Néanmoins, lorsque l'on quitte le domaine de la criminalité de masse, on observe que les peines extrêmes n'intimident pas forcément davantage que des peines plus douces. Au contraire même, certaines recherches ont permis d'observer que, lorsque l'État procède lui-même à des exécutions capitales, il désinhibe les citoyens en les confortant dans l'idée que la violence est une manière adéquate de résoudre les conflits, augmentant

⁴ Février 2012.

⁵ Cela ne signifie pas pour autant que les limitations de vitesse sont respectées, mais simplement qu'un abaissement de la limite autorisée de 10 km/h engendre une baisse de la vitesse moyenne effective de 10 km/h.

ainsi le nombre de crimes violents. Ce dernier effet – déjà mentionné par MONTESQUIEU⁶ – est connu en criminologie sous le terme de «brutalisation»⁷. C'est ainsi que lorsque l'Etat ou ses représentants justifient, voire commettent, des actes violents – à titre de sanctions pénales – ils ouvrent inévitablement la porte à la tolérance de la violence criminelle commise par des individus qui y trouveront une justification pour passer à l'acte.

Il y aurait donc dissuasion au bas de l'échelle des sanctions et «brutalisation» – c'est-à-dire encouragement au crime et donc effet inverse de celui de la prévention générale – au haut de l'échelle. La question reste toutefois ouverte en criminologie de savoir à quel moment la courbe de l'effet dissuasif en fonction de la sévérité de la peine s'incurve, passant de la dissuasion à l'encouragement au crime. Dans ce contexte, une étude américaine publiée en octobre 2008 par le *Center on Juvenile and Criminal Justice* montre qu'en Californie les groupes d'âge que l'on envoie de plus en plus en prison voient ensuite leur taux de criminalité augmenter, alors que ceux que l'on envoie de moins en moins en prison voient leur taux de criminalité baisser...

Les quelques développements présentés ci-dessus montrent donc clairement que dans le domaine de la dissuasion par l'intermédiaire de la sanction pénale, les certitudes de l'époque, ainsi que certaines croyances bien ancrées aujourd'hui encore, ont de plus en plus de mal à résister aux connaissances scientifiques nouvelles... Ce constat nous oblige en outre à concéder qu'en l'état actuel des connaissances, la sanction pénale ne peut pas tirer sa justification de son effet intimidateur, puisque celui-ci n'est que très partiellement démontré.

Pourtant, si l'effet brutalisant de la peine capitale n'est pas très difficile à imaginer, il en va différemment de l'éventuel effet brutalisant que pourrait avoir la privation de liberté imposée par l'Etat à certains de ses justiciables. Mais il suffit de songer à la punition ordinaire que les parents infligent à leurs enfants lorsque ceux-ci font une bêtise. Bon nombre de parents – et d'enfants d'ailleurs aussi – ont totalement intégré l'acceptabilité de l'enfermement dans la chambre de l'enfant comme sanction,

⁶ Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix*, Livre VI, Chapitre XII : «Souvent un législateur qui veut corriger un mal ne songe qu'à cette correction; ses yeux sont ouverts sur cet objet, et fermés sur les inconvénients. Lorsque le mal est une fois corrigé, on ne voit plus que la dureté du législateur; mais il reste un vice dans l'État, que cette dureté a produit: les esprits sont corrompus, ils se sont accoutumés au despotisme».

⁷ Cette hypothèse de la «brutalisation» a par exemple été vérifiée dans l'État d'Oklahoma par BAILEY W.C. (1998).

alors que ce genre d'enfermement n'est rien d'autre – aux yeux de la loi – qu'un crime de séquestration⁸. Ne devons-nous donc pas admettre que nous sommes tous fortement brutalisés par le système étatique de sanctions que nous reproduisons sans même nous en rendre compte à plus petite échelle ?

3. Le deuil de la victime

Le fondement même du processus pénal est de prendre en charge les auteurs d'infractions pénales pour tenter de prévenir le crime. La question se pose dès lors de savoir quelle place on fait dans ce processus à l'autre grand concerné par la commission d'une infraction : le lésé.

Partant des constats, d'une part, que la victime était la grande oubliée du processus pénal (KILLIAS, 1989, 11ss) et, d'autre part, que ce processus «volait» le conflit aux véritables protagonistes (CHRISTIE, 1977) – les empêchant de trouver par eux-mêmes une solution qui leur convienne –, pour le mettre entre les mains d'hommes de loi finissant par leur imposer leur solution, deux tendances très différentes virent le jour. D'une part, on préconisa de soumettre le conflit pénal à une justice plus réparatrice (KUHN/PERRIER, 2010 ; KUHN/FALLER, 2011) et, d'autre part, on campa sur la justice rétributive, mais en octroyant au lésé un droit de participation. S'inscrivant dans cette seconde logique, les législateurs de bon nombre d'Etats décidèrent de réhabiliter la victime et de lui donner une place de choix dans la procédure pénale. C'est ainsi que, s'inscrivant pleinement dans ce mouvement, la Suisse introduisit la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)⁹ dans son arsenal législatif en 1993. Outre une aide financière et une aide morale, ce texte de loi prévoyait un renforcement de la position de la victime dans la procédure pénale.

Une telle manière de procéder revient en filigrane à indiquer à la victime que le procès pénal – et donc la condamnation de l'auteur – aura un effet bénéfique pour elle et qu'il lui permettra de faire le deuil de ce qui lui est arrivé. Néanmoins, avec le recul des années et grâce à quelques recherches (LANGUIN/ROBERT, 2008 ; DOMENIG, 2008, 81ss ; ANDRÉ, 2009 ; PEDRA JORGE BIROL, 2010), force est d'admettre aujourd'hui que cela n'est en rien conforme à la réalité, puisque la justice pénale est desti-

⁸ Crime qui, en Suisse et selon l'art. 183 CP (RS 311.0), est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans.

⁹ RS 312.5.

née à s'intéresser à l'*auteur* de l'infraction et est donc totalement impropre à satisfaire les besoins des victimes. C'est ainsi que s'il n'y a pas d'auteur – parce qu'il est décédé ou resté introuvable – ou que celui-ci ne peut pas être reconnu coupable de l'acte commis – pour cause d'irresponsabilité ou au bénéfice du doute – la justice pénale n'est tout simplement pas mise en œuvre. Et même lorsque la justice pénale parvient à sanctionner le coupable, la victime reste insatisfaite par la manière dont ses affirmations ont été traitées, dont la défense l'a fait passer pour une menteuse, dont la police et l'autorité d'instruction n'ont cessé de remettre en question ses allégations, *etc.*

Ainsi, imaginer que la rétribution pourrait aider la victime à faire le deuil de ce qui lui est arrivé est un leurre (LANGUIN/ROBERT, 2008) ; plutôt que de permettre à la victime de faire le deuil, le droit pénal semble donc faire une fois de plus le deuil de la victime... Celles-ci ne s'y trompent d'ailleurs pas, puisque les recherches empiriques montrent qu'elles ne sont pas plus punitives que les personnes qui n'ont pas subi d'infraction (KILLIAS, 1989, 180ss). Elles ne désirent pas un véritable durcissement de la politique criminelle vis-à-vis des auteurs. «Il semble donc que les victimes soient plutôt sceptiques à l'égard d'une répression renforcée et qu'elles aient d'autres priorités, d'autres revendications à faire valoir que celle de réclamer le retour du bourreau ... Les victimes ne souhaitent pas vraiment une justice plus dure, mais elles réclament que justice soit faite» (KILLIAS, 1989, 181s.). Le public souhaite donc des peines crédibles plutôt que maximales et serait dès lors très certainement disposé à entrer en matière sur des solutions nouvelles non obligatoirement plus punitives. Les recherches sur l'adéquation entre les peines prononcées par les juges et celles désirées par le public dans des cas concrets et en connaissance de l'ensemble des éléments montrent d'ailleurs qu'une majorité du public infligerait des peines moins lourdes que les juges eux-mêmes (KUHN/VUILLE, 2010).

Les victimes ont ainsi d'autres revendications à faire valoir que celle de réclamer des peines plus sévères à l'encontre des auteurs ; elles semblent bien plus chercher à comprendre ce qui leur est arrivé – ce que pourrait permettre la justice réparatrice (KUHN/PERRIER, 2010 ; KUHN/FALLER, 2011) – et à se voir reconnaître dans leur statut de victime. Dans le but de satisfaire cette dernière revendication, ce n'est donc pas vers le droit pénal qu'il s'agit de se tourner. Ni d'ailleurs vers le droit civil, puisque la réparation du dommage n'est pas non plus suffisante à reconnaître une personne dans la souffrance qu'elle a subie. Ni finalement vers

la LAVI, puisque, même si la reconnaissance apportée par les travailleurs sociaux présents dans les centres LAVI jouit effectivement d'une bonne image auprès des victimes (PEDRA JORGE BIROL, 2010), elle n'est pas judiciaire et est donc, elle aussi, impropre à satisfaire pleinement leurs attentes et leurs besoins.

En d'autres termes, une prise en compte sérieuse de la victime ne peut se faire qu'au travers d'une nouvelle forme de justice : un procès en reconnaissance du statut de victime. L'Etat reconnaîtrait qu'une personne a été victime d'une infraction et qu'il n'a pas réussi à la protéger. Cette procédure serait mise en œuvre à chaque fois qu'une victime en ferait la demande et indépendamment du procès pénal à l'encontre de l'auteur ; elle aurait par ailleurs une importance toute particulière dans les cas dans lesquels l'auteur n'a pas été retrouvé, s'il est décédé, s'il est acquitté en raison de son irresponsabilité ou encore si un doute persiste quant à sa culpabilité.

Une telle procédure – qui, au demeurant, existe déjà au Rwanda, ainsi qu'en droit argentin (GARIBIAN, 2011) sous la dénomination de «procès pour la vérité» (*juicios por la Verdad*) – outre qu'elle permettrait de satisfaire certaines victimes frustrées par la justice pénale, déchargerait cette dernière de la pression de devoir trouver à tout prix un coupable et le condamner au nom d'un pseudo-bien de la victime.

En résumé nous retiendrons ici que la «promesse» sous-jacente au droit pénal d'être en mesure de rendre service à la victime et les attentes ainsi engendrées chez celle-ci par rapport au procès pénal se sont avérées être non seulement fausses – comme nous l'avons vu –, mais également nocives. En effet, la déception des attentes des victimes lors de leur participation au procès pénal est propre à diminuer la confiance que celles-ci ont en l'Etat qui leur avait pourtant promis qu'elles se porteraient mieux après le procès.

4. Le frein à la réflexion

Le système pénal, tel que nous le connaissons aujourd'hui, est fondé sur l'idée que la sanction pénale – qui représente l'aboutissement d'un processus judiciaire inventé par l'être humain en guise de réaction sociale à des comportements considérés comme inadéquats et érigés en crimes – est propre à contrer la criminalité. On en est tellement persuadé que l'on pense souvent au droit pénal comme premier et unique moyen de résoudre

certaines problèmes sociaux, à tel point d'ailleurs que l'on ne se pose même plus des questions aussi fondamentales que celles de savoir comment le crime peut s'expliquer, comment il pourrait éventuellement être évité, pourquoi certains criminels continuent à sévir malgré l'existence du droit pénal, pourquoi des Etats connaissant – tels les Etats-Unis – des peines plus lourdes que celles infligées en Suisse ont un problème de criminalité plus grand que le nôtre, *etc.*

C'est ainsi que l'idée largement répandue selon laquelle le droit pénal ne peut être que bon pour lutter contre la criminalité nous empêche – ou nous fait oublier – de nous pencher sur l'étude des causes profondes de la criminalité – que sont la pauvreté, l'absence de perspectives sociales dignes de ce nom, le niveau de formation, *etc.* (KUHN, 2010) –, ainsi que d'envisager de véritables mesures de prévention (telles que la prévention situationnelle, la valorisation des caractéristiques généralement attribuées aux femmes¹⁰, *etc.*). Serions-nous donc abrutis par notre droit pénal et ses – fausses – promesses au point de ne plus être capables de réfléchir ?

En matière de prévention, BECCARIA (1764, Chapitre XXXI) n'affirmait-il pas déjà que «*la punition d'un crime ne saurait être juste ou nécessaire... tant que la loi n'a point employé, pour le prévenir, les meilleurs moyens possibles dans les circonstances où se trouve la nation*»¹¹. En d'autres termes, il nous incite à n'envisager l'usage du droit pénal que lorsque toutes les formes connues de prévention ont été mises en œuvre. L'idée est d'ailleurs d'une évidence telle qu'elle fait même l'objet d'un dicton: «Mieux vaut prévenir que guérir». La question qu'il reste ainsi à

¹⁰ Sachant en effet que les femmes ne contribuent qu'à raison de quelque 15% à la criminalité (KUHN, 2010, 24s.), une manière de faire baisser celle-ci consisterait à «féminiser» la population masculine ; la féminisation physique n'étant évidemment pas envisageable, l'idée véhiculée ici reviendrait à rejeter les valeurs généralement attribuées à la gente masculine (tel le machisme) et à valoriser des valeurs que la société attribue plus volontiers aux femmes (telles que la gentillesse). A propos des différences entre hommes et femmes dans les domaines couverts par la criminologie, voir KUHN/VUILLE (2011).

¹¹ Mentionnons à ce propos que l'ouvrage de BECCARIA – qui fut très rapidement traduit de l'italien en français (en 1765 déjà), en anglais (en 1768), puis dans toutes les langues européennes – reçut l'aval d'intellectuels de renom (tels que Voltaire et Diderot), mais fit aussi l'objet de vives critiques, telles que celle publiée par Pierre-François MUYART DE VOUGLANS (1713-1791) intitulée «*Réfutation des principes hasardés dans le traité des délits et des peines*», datant de 1767 et dans laquelle l'auteur développe ses idées en faveur de la rigueur de l'instruction et de la sévérité de la répression pénale (à ce propos, voir LAINGUI, 1995). Finalement, l'histoire retiendra davantage le «*Traité des délits et des peines*» que les écrits de ses détracteurs.

résoudre est de savoir si nous avons bel et bien mis en œuvre toutes les formes de prévention possibles et connues à notre époque.

La réponse à cette question est clairement négative. En effet, parmi les multiples théories d'explication du phénomène criminel, on en trouve une qui part de l'idée que *l'occasion fait le larron*. Selon cette manière de voir, le crime ne découlerait pas des caractéristiques sociales ou de la personnalité du criminel, mais serait le produit de la situation (HINDELANG/GOTTFREDSON/GAROFALO, 1978 ; COHEN/FELSON, 1979). Il serait dès lors possible de faire diminuer le nombre de «larrons» si les occasions de commettre des crimes étaient restreintes.

Constatant par exemple qu'en matière d'ivresse au volant, le droit pénal a démontré qu'il était incapable d'éradiquer le problème, il serait sans autre possible d'abolir la norme pénale condamnant l'ivresse au volant si des moyens de prévention situationnelle étaient mis en œuvre. Il suffirait pour ce faire de rendre obligatoire un système d'allumage du véhicule muni d'un éthylomètre empêchant de mettre en marche sa voiture après avoir bu de l'alcool¹². De la même manière, en matière de non-respect des limitations de vitesse, le GPS sachant non seulement où un véhicule se trouve, mais également à quelle vitesse ce dernier se déplace et à quelle vitesse maximale les véhicules sont autorisés à se déplacer à cet endroit précis, il pourrait émettre un son strident à chaque dépassement de la vitesse autorisée (incitant ainsi le conducteur à respecter les limitations), voire empêcher le véhicule de dépasser ladite vitesse¹³.

Sachant que la circulation routière produit plus de la moitié des inscriptions au casier judiciaire suisse¹⁴, gageons que ce genre de mesures de

¹² A ce propos, voir par exemple <http://www.motorlegend.com/actualite-automobile/volvo-et-la-securite/1038.html> (dernière consultation: mars 2012). Notons par ailleurs que l'art. 17a al. 2 du projet actuel de modification de la LCR (FF 2010 7794) prévoit un tel test de sobriété avant de permettre l'allumage du véhicule, mais davantage en tant que sanctions et pour éviter la récidive qu'en tant que moyen de prévention situationnelle destiné à éviter *toutes* les infractions d'ivresse au volant.

¹³ Mentionnons à ce propos que, des étudiants de la «Hochschule für Technik» de Buchs ont développé un modèle de ce genre d'appareil, permettant de limiter automatiquement la vitesse, tout en maintenant la possibilité d'effectuer une accélération en cas de danger ou pour effectuer une manœuvre de dépassement ; à ce propos, voir le journal *Blick am Abend* du vendredi 20 mai 2011 (p. 32), ainsi que <http://www.setomat.ch> (dernière consultation: mars 2012).

¹⁴ Pour les années 2008 à 2010, il y avait en effet annuellement plus de 54'000 inscriptions au casier judiciaire pour infractions à la circulation routière pour un total d'inscriptions qui se situe en dessous de 100'000 ; à ce propos, voir les statistiques publiées par l'Office fédéral de la statistique et plus particulièrement sous

prévention auraient un effet non négligeable sur la criminalité dans notre pays.

Toujours dans le domaine de la prévention situationnelle et contrairement à toute attente, le fait d'avoir modifié la situation en abolissant l'ensemble de la signalisation routière en ville de Drachten (Pays-Bas) semble avoir accru le «savoir SE conduire» et ainsi *diminué* le nombre d'accidents et d'infractions au code de la route¹⁵... S'inscrivant dans le concept connu sous le nom de «*shared space*» (HAMILTON-BAILLIE, 2008), ce constat découle en effet de l'hypothèse – qui semble d'ailleurs se vérifier – que les conducteurs prêtent davantage attention à leur environnement lorsqu'ils ne peuvent pas se baser sur des règles précises de circulation routière. Un espace «désignalisé», exempt de lignes blanches, de feux de signalisation, de panneaux de circulation, de gendarmes couchés, de voies cyclables ou autres passages pour piétons – à première vue plus dangereux qu'un espace balisé –, semble donc obliger les usagers à davantage de prudence et d'attention et, par là, réduire les risques d'accidents.

Ces quelques exemples¹⁶ montrent donc que, plutôt que de criminaliser de plus en plus de comportements¹⁷, nous pourrions également envisager une société dans laquelle nous aurions de moins en moins besoin de normes pénales, puisque nous aurions de moins en moins l'occasion de commettre certaines infractions. Cependant, pour que de tels moyens de prévention puissent voir le jour, il faudra d'abord que la société s'émancipe des croyances véhiculées par son droit pénal qui, en la matière

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/03/03/key/straftaten/gesetze.html> (dernière consultation: mars 2012).

¹⁵ A ce propos, voir <http://fr.wikipedia.org/wiki/Drachten> (dernière consultation: mars 2012).

¹⁶ Pour d'autres exemples, voir KILLIAS, 2006, 383ss.

¹⁷ De manière générale, la principale réponse au crime envisagée par le législateur est la punition. La circulation routière ne fait d'ailleurs pas exception, puisque les projets actuels de modification de la législation vont tous dans la direction d'un accroissement de la sévérité de la prise en charge de l'automobiliste par des mesures telles que l'installation d'un enregistreur de données (sorte de «boîte noire» bien connue dans le monde de l'aviation civile ; voir par exemple l'art. 17a al. 1 du projet actuel de modification de la LCR : FF 2010 7794). Pire encore, la technologie permet aujourd'hui d'envisager une transmission instantanée, par le véhicule lui-même (à l'exemple de la Nissan «Leaf», dotée d'une connexion sans fil GSM, capable de transmettre toutes les informations sur sa position, sa vitesse de déplacement, la charge de sa batterie, *etc.*), des informations quant à un éventuel excès de vitesse à une centrale de police, voire à une centrale d'envois automatisés d'amendes d'ordre...

n'est rien d'autre qu'un frein au développement harmonieux de notre société.

5. Le droit pénal criminogène

Au-delà du fait que le droit pénal freine la prévention du crime et est un semblant de solution simpliste qui nous incite à ne pas chercher les vraies réponses au problème qu'il cherche à combattre, il est même des cas dans lesquels il génère carrément la commission d'infractions.

5.1. Qui ne connaît pas Garaudy ?

En 1996, Roger Garaudy publie un livre intitulé *«Les mythes fondateurs de la politique israélienne»*, ouvrage dans lequel «il met notamment en doute qu'un ordre d'extermination systématique des Juifs ait été donné par les instances supérieures nazies et même qu'il ait existé une politique nazie d'extermination délibérée des Juifs, que les nazis aient eu recours à des chambres à gaz homicides et que les fours crématoires installés dans les camps de concentration aient été un élément de l'extermination planifiée des Juifs, que le nombre des victimes juives de la Seconde Guerre mondiale ait été de six millions ou d'un chiffre avoisinant et que les Juifs aient été victimes d'un génocide pendant ce conflit» (ATF 125 IV 206). Malgré son contenu manifestement négationniste, un libraire vaudois propose ledit ouvrage à ses clients et en fait même une certaine publicité par voie d'annonces. A la suite de diverses plaintes, le libraire est renvoyé devant la justice pénale sous l'accusation de discrimination raciale au sens de l'art. 261^{bis} al. 4 CP et condamné par le Tribunal de première instance. Donnant suite au recours du libraire, le Tribunal cantonal vaudois considère toutefois que celui-ci n'est pas punissable, en application de la disposition légale applicable en matière de punissabilité des médias¹⁸, disposition qui prévoit que lorsque l'auteur d'un texte a été condamné – ce qui est le cas dans cette affaire, puisque Garaudy avait été condamné en France en 1998 –, les autres intervenants ne le sont plus. Suit un pourvoi en nullité du Ministère public du canton de Vaud au Tribunal fédéral et l'arrêt *Ferraglia* dont est tiré l'extrait cité ci-dessus. Le Tribunal fédéral conclut au bien-fondé de ce recours car, dit-il, même si les conditions

¹⁸ Art. 27 aCP, devenu art. 28 CP.

nécessaires à l'application de la disposition sur la punissabilité des médias sont réalisées, elles ne suffisent pas toujours pour entraîner son application ; «encore faut-il que l'application de cette disposition à une infraction déterminée n'aboutisse pas à un résultat contraire au but que poursuivait le législateur en réprimant cette infraction» (ATF 125 IV 211).

Indépendamment de ce que chacun peut penser de la manière dont cette affaire a été traitée par la justice pénale de notre pays, le fait est qu'en se saisissant de ce cas, la justice pénale a offert une tribune inespérée à l'auteur de cet ouvrage et à tous les adeptes des idées négationnistes qui y sont véhiculées. Jamais auparavant un ouvrage interdit n'avait fait autant parler de lui en Suisse, ni fait l'objet d'autant de téléchargement sur Internet... La justice pénale a donc manifestement contribué à la large diffusion d'idées négationnistes au sein de la population suisse...

5.2. Vive la souris marathonnienne

Il y a quelques années déjà, on apprenait que «des scientifiques du Centre hospitalier universitaire (CHU) d'Heidelberg viennent de montrer qu'un gène manquant dans l'expression d'une protéine musculaire, la calsarcine 2, pouvait rendre des souris beaucoup plus rapides et endurantes... Chez les souris génétiquement modifiées présentant un défaut génétique dans l'expression de la calsarcine 2, les chercheurs ont remarqué une amélioration de l'endurance. Ne produisant pas de calsarcine 2, les muscles de ces souris se caractérisaient par un nombre plus important de fibres musculaires lentes. Contrairement aux fibres musculaires rapides, qui se contractent rapidement, les fibres musculaires lentes réagissent moins vite mais sont plus endurantes à l'effort»¹⁹. Dans le même ordre d'idée, en 2011, des généticiens californiens, coréens, ainsi que de l'EPFL et de l'Université de Lausanne annoncent «la création d'une souris génétiquement modifiée aux performances athlétiques exceptionnelles. Grâce à un plus grand nombre de fibres musculaires de type I – des fibres lentes oxydatives, résistantes à la fatigue –, la marathonnienne a pu parcourir une distance deux fois plus importante que la normale et environ 65% plus longtemps»²⁰.

¹⁹ Citation tirée de <http://bioclear.free.fr/dotclear/index.php/post/Un-g%C3%A8ne-manquant-transforme-des-souris-en-marathonniennes> (dernière consultation: mars 2012).

²⁰ Citation tirée de http://www.futura-sciences.com/fr/news/t/vie-1/d/elle-court-elle-court-la-souris-marathonnienne_4310/ (dernière consultation: mars 2012).

Mais à quoi peuvent bien servir de telles recherches ? Officiellement cela pourrait conduire à de «nouveaux traitements, notamment dans le cas des pathologies liées à une anomalie de la contraction du muscle cardiaque»... Mais ne nous y trompons pas, le monde du sport est évidemment concerné. D'ailleurs les médias ont immédiatement fait le lien, titrant «L'EPO bientôt dépassée?»²¹ ou parlant plus sobrement de «dopage génétique»²², sans oublier les mots de «*marathon athletes*» utilisés dans une interview²³ par l'un des découvreurs lui-même, en parlant de ses souris génétiquement modifiées.

La question qui nous occupe ici n'est pas de savoir ce qui pousse un sportif à se doper²⁴, mais plutôt ce qui pousse la science à aller toujours plus loin dans les méthodes d'amélioration des performances physiques humaines. La lutte anti-dopage n'y est probablement pas pour rien, poussant d'ailleurs certains auteurs à préconiser une prise en charge responsable du phénomène, passant en premier lieu par sa libéralisation (KUHN, 2002 ; KUHN/JEANNERET, 2011). Même si, dans ce cas, le droit pénal n'est pas formellement en cause – puisque la lutte contre le dopage s'effectue principalement dans le cadre d'associations sportives – la traque au dopage, ainsi que les sanctions – quasi pénales – infligées aux sportifs dopés sont en effet de nature à pousser l'excès toujours plus loin et à favoriser l'émergence de nouvelles méthodes, telles que le dopage génétique...

5.3. Pauvres enfants

A la suite du décès – en 1991 – de six élèves du collège vaudois de Champittet et de leur accompagnant alors qu'ils effectuaient une randonnée en montagne au Grand-Saint-Bernard, empruntant un itinéraire réputé sans danger, le juge d'instruction avait invoqué la fatalité et rendu un non-

²¹ <http://www.20minutes.fr/sciences/212916-Sciences-L-EPO-bientot-depassee.php> (dernière consultation: mars 2012).

²² <http://guetiev.joueb.com/news/souris-marathonniennes> (dernière consultation: mars 2012).

²³ <http://www.humanosphere.info/2011/11/ils-creent-des-souris-marathonniennes> (dernière consultation: mars 2012).

²⁴ Question qui fait l'objet d'autres publications, telles que KUHN (2002), ainsi que KUHN/JEANNERET (2011).

lieu²⁵. Par la suite le Tribunal fédéral a été saisi, mais a jugé irrecevable le recours des parents de deux des victimes qui entendaient incriminer le recteur du collège (TF 1P.327/1995 du 10 août 1995).

A la suite de la noyade – en 2000, lors d’une course d’école – d’un élève au parc de loisirs Aquaparc au Bouveret, le ministère public valaisan a requis une peine privative de liberté pour homicide par négligence à l’encontre de l’enseignant accompagnant ses élèves. Ce dernier a certes été acquitté en fin de compte, mais une telle mise en accusation laisse néanmoins des traces sur la personne qui la subit, ainsi que sur ses collègues enseignants²⁶.

A la suite de son sauvetage *in extremis* de la noyade par l’une des deux enseignantes se trouvant sur place – en 2002, lors d’un cours de natation – un élève fribourgeois est resté gravement handicapé et les deux enseignantes présentes au moment des faits ont été condamnées en 2006 pour lésions corporelles graves par négligence, condamnations confirmées par le Tribunal cantonal fribourgeois en 2007²⁷.

A la suite de la noyade – en 2004, lors d’un camp organisé par son école – d’un élève pris dans un tourbillon, alors qu’il se baignait dans l’Ardèche, à un endroit très prisé des touristes et autres baigneurs et considéré comme étant sans danger, un enseignant vaudois est condamné en 2008, puis – à la suite d’un recours – à nouveau en 2010, pour homicide par négligence²⁸.

A la suite de la noyade – en 2007, lors d’un cours de natation – de l’un de ses douze élèves, une enseignante de l’école primaire argovienne, pourtant acquittée en première instance, a été condamnée en 2010 pour homi-

²⁵ Pour quelques précisions, une recherche dans les archives du journal 24heures est nécessaire (voir ATS des 9.3.1991; 2.3.1993; 29.8.1995). Nous remercions ici Madame Laurence Pidoux du journal 24heures pour son aide efficace et aimable.

²⁶ Pour quelques précisions voir, entre autres, http://www.hebdo.ch/les_profs_coupables_un_proces_instructif_58406_.html et <http://www.20min.ch/ro/news/vald/story/29949367> (dernière consultation: mars 2012).

²⁷ Pour quelques précisions voir, entre autres, http://www.fr.ch/tc/files/pdf3/cap_2006_14_15_18_06_07.pdf (dernière consultation: mars 2012).

²⁸ Pour quelques précisions voir, entre autres, <http://www.tsr.ch/video/info/journal-12h45/557831-valais-adolescent-noye-a-aquaparc-en-juin-2000-ouverture-du-proces-ce-matin-duplex-par-telephone-en-direct-de-monthey-avec-olivier-tornay-journaliste-tsr.html?date=2011-10-31> et <http://news.search.ch/inland/2004-08-30/noyade-a-aquaparc-en-2000-condamnation> (dernière consultation: mars 2012).

cide par négligence par le Tribunal cantonal argovien pour n'avoir pas su garder en permanence un œil sur chacun de ses douze élèves²⁹.

Dans ce contexte, on ne peut évidemment pas parler de droit pénal criminogène, mais bien plus de droit pénal desservant la société par un interventionnisme trop important. En effet, à trop vouloir trouver un coupable pour tout événement malheureux et ne plus accepter la fatalité, la justice d'aujourd'hui, sous la pression de justiciables toujours plus revendicatifs, aura inévitablement pour conséquence que les enseignants ne seront plus prêts à courir le risque de se faire criminaliser et que les enfants de demain se trouveront ainsi privés de courses d'école, de camps scolaires, de voyages d'études et surtout de cours de natation...

5.4. L'instigation à la transmission de maladie

En matière de propagation du VIH, la question se pose de savoir s'il faut poursuivre pénalement celui qui transmet le virus. Diverses solutions sont envisageables, dont les trois tendances principales sont les suivantes :

1. D'une part, on pourrait partir de l'idée que celui qui entretient des relations sexuelles avec autrui (séronégatif) en se sachant séropositif doit impérativement être poursuivi pour propagation d'une maladie de l'homme (art. 231 CP), voire pour lésions corporelles³⁰.
2. D'autre part, on pourrait admettre qu'un agent transmetteur du VIH soit poursuivi pénalement même s'il agit par négligence ; de simples doutes sur son état sérologique impliqueraient donc une condamnation au même titre que pour un individu connaissant sa séropositivité³¹.
3. Finalement, on pourrait penser qu'une relation sexuelle consentie est toujours le fait de deux personnes responsables et que, par conséquent, en cas de transmission du VIH à la suite d'un rapport sexuel non protégé aucun des deux ne doit être poursuivi³².

²⁹ Pour quelques précisions voir, entre autres, <http://www.aargauerzeitung.ch/aargau/lehrerin-wegen-fahrlaessiger-toetung-verurteilt-102567061> (dernière consultation: mars 2012).

³⁰ Cette position semble être défendue par le Tribunal fédéral à l'ATF 125 IV 242, datant de 1999, ainsi qu'à l'ATF 131 IV 1, datant de 2004.

³¹ Il s'agit de la vision que semble défendre le Tribunal fédéral à l'ATF 134 IV 193, datant de 2008.

³² Pour des avis allant dans le sens d'une décriminalisation de la transmission du VIH, voir HÜBNER (1996), CEREGETTI (2005), GASQUEZ (2009).

Selon une étude sur la jurisprudence dans les affaires de transmissions du VIH soutenue par le Fonds national suisse de la recherche scientifique (PÄRLI/MÖSCH PAYOT, 2009), dans la majorité des condamnations rendues en Suisse depuis 1990 pour tentative de lésions corporelles graves et/ou propagation d'une maladie de l'homme, le dol éventuel a été retenu. Cette forme de l'intention implique que l'auteur ait connu sa séropositivité et qu'il ait été conscient de la transmissibilité de la maladie ainsi que du fait que son comportement pouvait avoir pour conséquence d'infecter une autre personne. Il accepte ainsi le résultat constitutif de l'infraction pour le cas où il se produit (ATF 125 IV 242). C'est ainsi que la Suisse semble principalement suivre la première tendance mentionnée ci-dessus, avec quelques ouvertures sur la deuxième³³, soit des tendances manifestement répressives.

S'il va de soi que si la troisième tendance dispense totalement le droit pénal – puisque ce dernier n'intervient pas –, il n'en va pas de même pour les deux premières. En effet, ériger la connaissance – ou la supposition – de sa séropositivité en condition pour qu'une poursuite pénale soit menée revient à décourager les personnes ayant des doutes sur leur état sérologique de subir un test de dépistage ! En d'autres termes, cela revient à ériger le droit pénal en obstacle qui vient contrecarrer les efforts visant à l'amélioration de la santé publique, voire en instigateur de la transmission – sans aucune imprévoyance coupable³⁴ – du VIH...

6. Conclusion

Ce qui précède laisse entrevoir que, contrairement à ce que l'on croit généralement et que lui-même essaie en permanence de nous faire croire, le droit pénal n'est pas la solution à tous les problèmes. Pire, il peut s'avérer être la cause même de certains actes que la société désirerait voir bannis par son intermédiaire. En effet, non seulement il augmente la criminalité violente par l'intermédiaire de la brutalisation, il détériore l'état de la victime et il nous empêche de réfléchir à des solutions meilleures, mais il va même jusqu'à nuire sévèrement à la société lorsqu'il génère de la discrimination raciale, lorsqu'il décourage les tests de dépistage du VIH, lorsqu'il décourage les enseignants à offrir à nos enfants des moments de

³³ Pour une étude plus approfondie de la jurisprudence et des tendances actuelles en Suisse et dans certains Etats étrangers, voir MOIX (2012).

³⁴ Au sens de l'art. 12 al. 3 CP.

détente scolaire et lorsqu'il pousse les tricheurs à tricher toujours plus subtilement.

Sachant ainsi que le droit pénal est probablement davantage un problème en soi plutôt qu'une solution aux problèmes sociaux pour la résolution desquels il a été créé, la pénalisation à tout va doit impérativement être remise en question. En effet, le législateur édicte – sans véritable réflexion – des lois pénales en imaginant ainsi régler des problèmes sociaux dont on ignore souvent la cause, mais dont on croit savoir comment les combattre efficacement. Criminaliser certains comportements procure peut-être le sentiment de s'attaquer à un phénomène et donne surtout bonne conscience, alors qu'en réalité, toute criminalisation équivaut à un aveu d'échec d'une politique sociale. Ce n'est en effet que parce que d'autres moyens de résoudre un problème échouent que l'on criminalise. C'est ainsi notamment que la consommation de stupéfiants n'est pas un problème pénal, mais bien un problème de santé publique géré de façon désastreuse par le politique (FERREIRA/BARBEZAT, 2011), et qu'il ne serait pas nécessaire de criminaliser la circulation routière si des politiques de préventions adéquates étaient enfin mises en œuvre (KUHN, 2011).

La réponse à la question contenue dans le titre de la présente contribution («Le droit pénal est-il une menace pour la société et l'ordre juridique ?») est ainsi clairement affirmative !

Bibliographie

- André J., La réparation: une histoire individuelle portée sur la scène sociale – Quelle place pour le droit?, in: *La nouvelle loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions*, Zurich: Dike, 2009, 37-46.
- Bailey W.C., Deterrence, Brutalization, and the Death Penalty: Another Examination of Oklahoma's Return to Capital Punishment, *Criminology*, vol. 36, 1998, 711-734.
- Beccaria C. (Cesare Bonesana Marchese di Beccaria), *Traité des délits et des peines*, 1764 (La version utilisée est une traduction de l'Italien par M. Chaillou de Lisy, publiée à Paris en 1773).
- Center on Juvenile and Criminal Justice, *Does more imprisonment lead to less crime?*, 2008, disponible sur Internet à l'adresse <http://www.cjcj.org>.
- Cereghetti A., Autour de la pénalisation de la transmission du SIDA, *Plädoyer*, Vol. 23/5, 2005, 56-60.

- Christie N., Conflicts as Property, *British Journal of Criminology, Delinquency and Deviant Social Behavior*, Vol. 17/1, 1977, 1-15.
- Cohen L.E. et Felson M., Social Change and Crime : A Routine Activity Approach, *American Sociological Review*, Vol. 44/4, 1979, 588-608.
- Domenig C., *Restorative Justice und integrative Symbolik: Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung*, Berne: Haupt, 2008.
- Ferreira L., Barbezat A., *Lutte contre la drogue: stupéfiantes contradictions ?*, Charmey: l'Hèbe, Collection «la question», 2011.
- Garibian S., Les procès de mémoire sont justifiés, in: *Le Monde* du 14 avril 2011.
- Gasquez R., Pour la dépénalisation de l'exposition au VIH, *Plädoyer*, Vol. 27/4, 2009, 52-55.
- Green David A., Comparing Penal Cultures : Child-on-Child Homicide in England and Norway, *Crime and Justice*, vol. 36/1, 2007, 591-643.
- Hamilton-Baillie B., Shared Space: Reconciling People, Places and Traffic, *Built Environment*, Vol. 34/2, 2008, 161-182.
- Hindelang M.J., Gottfredson M.R., Garofalo J., *Victims of Personal Crime : An Empirical Foundation for a Theory of Personal Victimization*, Cambridge (MA): Ballinger, 1978.
- Hübner F., Faut-il encore pénaliser la transmission du VIH en Suisse, *Plädoyer*, Vol. 14/6, 1996, 46-50.
- Killias M., *Les Suisses face au crime*, Grösch: Rüegger, 1989.
- Killias M., Prévenir la violence par la répression pénale?, *Revue Pénale Suisse* Vol. 124/4, 2006, 374-387.
- Killias M., Aebi M.F., Kuhn A. *Précis de criminologie*, 3^{ème} édition, Berne: Stämpfli, 2011.
- Kuhn A., Un mode alternatif de lutte contre le dopage: la libéralisation?, in: *Aspects pénaux du droit du sport*, Berne: Stämpfli, Collection CIES, vol. 6, 2002, 293-298.
- Kuhn A., Comprendre la criminalité: Quelles sont les variables à prendre en considération?, in: *Criminalité des étrangers, entre réalités et stigmatisations*, Synthèse des 7^{èmes} Assises de l'Immigration du 25 avril 2009, Chambre Cantonale Consultative des Immigrés, Etat de Vaud, 2010, 23-30.
- Kuhn A., Décriminaliser la circulation routière: est-ce vraiment impossible?», *Strassenverkehr – Circulation routière* 2/2011, 23-26.

- Kuhn A., Faller C., Demain est un autre jour – Quel futur pour la justice pénale?, *Revue de droit suisse*, vol. 130/I-5, 2011, 503-535.
- Kuhn A., Jeanneret Y., De l'EP¹ aux EP²?, in: *L'activité et l'espace – Droit du sport et aménagement du territoire* – Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2011, 107-118.
- Kuhn A., Perrier C., Quelle importance accordons-nous aux modes amiables de règlement des conflits?, in: *Straffjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit – Le système de justice pénale: ambitions et résultats*, Berne: Stämpfli, 2010, 217-244.
- Kuhn A., Vuille J., La justice pénale: Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique, Lausanne: PPUR, Le savoir suisse, 2010.
- Kuhn A., Vuille J., La femme est-elle véritablement l'égale de l'homme?, in: *Toujours agité – jamais abattu*, Festschrift für Hans Wiprächtiger, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2011, 647-661.
- Languin N., Robert C.-N., Quel rôle pour la victime dans le procès pénal?, *Plädoyer* 3/2008, 56-61.
- Laingui A., P. F. Muyart de Vouglans ou l'anti-Beccaria, *Archives de philosophie du droit*, 1995, vol. 39, 169-179.
- Moix M., La transmission du SIDA en droit pénal suisse, avec des aspects de droit français et canadien, *Jusletter*, 5 mars 2012.
- Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu), *De l'Esprit des Lois*, Genève, 1748.
- Pärli K., Mösch Payot P., *Strafrechtlicher Umgang bei HIV/AIDS in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/AIDS-Prävention*, Rapport FNS, Berne, 2009. (http://www.snf.ch/SiteCollectionDocuments/medienmitteilungen/mm_180909/mm_180909_NF-HIV-Strafrecht-Schlussbericht.pdf)
- Pedra Jorge Birol A., *Criminal justice, victim support centers, and the emotional well-being of crime victims*, Thèse, Lausanne, 2010.

