

**CONGRES DU CENTENAIRE
DU CODE PENAL DES PAYS-BAS
Amsterdam, 4 et 5 septembre 1986 (Pays-Bas)**

Le 1^{er} septembre 1986 marque la date-anniversaire du Centenaire du Code pénal néerlandais, qui remplaça le Code pénal français. En cet honneur, un congrès fut organisé, les 4 et 5 septembre 1986, à Amsterdam. Au cours de cette rencontre, les intervenants néerlandais et étrangers présentèrent et discutèrent les six thèmes suivants : — les tendances au sein du droit pénal, — la politique criminelle, — les drogues et le droit pénal, — la cohérence, coordination et intégration au sein du système pénal, — les alternatives à la peine d'emprisonnement, — les victimes de la criminalité.

Ces différentes contributions et discussions sont rassemblées dans les Actes du Congrès, intitulés « Criminal law in action. An overview of current issues in Western societies », Arnhem, Gouda Quint, bv, 1986.

L'intérêt du point de vue de la théorie pénale et criminologique justifie un aperçu et un commentaire des contributions scientifiques relatives à ces six thèmes du Congrès.

H.-H. JESCHECK, directeur émérite de l'Institut Max-Planck (Fribourg), inaugura le Congrès par une approche historique et comparative, intitulée « Das niederländische Strafgesetzbuch im internationalen Zusammenhang ».

Il distingue trois périodes dans le développement, au cours de ces cent dernières années, du Code pénal néerlandais. Ce dernier est une émanation tardive de la théorie juridique classique. Le principe de légalité et l'idée de vengeance y tenaient une place centrale. La plupart des transgressions pénales y étaient sanctionnées par une peine d'emprisonnement. Ce Code pénal reflète toutefois un certain nombre de caractéristiques typiquement néerlandaises telles la grande confiance accordée au pouvoir judiciaire (la suppression des minima des peines) et les efforts particuliers accomplis en matière de reclassement des infracteurs.

Le changement de siècle marque la seconde période de l'évolution du Code pénal. Sous l'influence de la nouvelle tendance en théorie pénale, la tendance criminologique, propagée par des pénalistes éclairés tels VAN HAMEL, SIMONS et VAN BEMMELEN, le Code pénal subit un certain nombre de réformes (la libération conditionnelle des longues peines de prison, l'introduction d'un seul type de peine privative de liberté...). Sous l'impulsion des écrits humanistes de l'Ecole d'Utrecht et du pénaliste POMPE en particulier, l'exécution des peines, l'administration pénitentiaire et le reclassement furent réformés.

A partir des années soixante, le Code pénal connaît une nouvelle phase de développement. Les réformes récentes sont marquées par une tendance à la fonctionnarisation du droit pénal.

THEME 1 : TENDANCES DU DROIT PENAL

Dans son exposé «Main currents in criminal law theory», A.G. PETERS, professeur de sociologie du droit (Utrecht), esquisse un aperçu des trois écoles qui dominèrent, au cours des cent dernières années, la théorie pénale, à savoir l'Ecole Classique, l'Ecole Moderne ou Criminologique et l'Ecole du Contrôle social. Les idées de l'Ecole Classique se reflètent au sein des Codes pénaux qui, de la fin du 18^{ème} siècle jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle, virent le jour en Europe. L'Ecole Classique conçut la construction d'un Code pénal comme partie intégrante de l'élaboration d'un ordre juridique de l'Etat qui doit limiter le pouvoir politique du monarque. Un Code pénal réalise une rationalité juridique spécifique. Un Code pénal classique se devait de contenir un système compréhensible de catégories formelles et de principes logiques y afférents — grâce auxquels tous les problèmes pouvaient être résolus par la subsomption de «faits» sous des «normes».

Le champ d'action du droit pénal devait demeurer limité. Ceci ressort clairement des principes centraux de la théorie pénale classique : le principe de légalité, la règle de «mens rea» et le principe de proportionnalité de la punition. A l'exception du droit pénal politique, le droit pénal reflète la morale collective sécularisée de la société bourgeoise. Le prototype du comportement punissable consiste à porter atteinte à l'individu humain. Le droit pénal ne peut en aucun cas être un instrument de politique morale qui a pour but d'effacer la faute morale. Le Code pénal néerlandais de 1886 fut un produit tardif de cette Ecole Classique. L'apparition tardive de ce Code peut s'expliquer, d'après PETERS, par le fait que les abus de pouvoir contre lesquels lutte l'Ecole Classique sont moins présents aux Pays-Bas qu'ailleurs. Par voie de conséquence, une réforme pénale globale s'avère moins urgente.

Ce même Code pénal témoigne par ailleurs de plusieurs caractéristiques traditionnelles qui l'éloignent du modèle pénal classique. Le système pénal néerlandais se distingue par son caractère modéré, pragmatique et paternaliste. Moins de peines criminelles, par ailleurs plus douces, furent prononcées. Les réformes pénales sont introduites pour des raisons pratiques et non sur base de motifs théoriques. Une grande confiance fut accordée à la sagesse des magistrats à qui furent reconnus des pouvoirs discrétionnaires. Ces caractères propres au système pénal néerlandais s'expliquent par des circonstances historiques spécifiques qui ont joué un rôle dans la naissance de la collectivité néerlandaise moderne.

A la fin du 19^{ème} siècle naquit une nouvelle école de théorie pénale, à savoir l'Ecole Moderne ou Criminologique. La criminalité est perçue en tant que menace sociale qui doit être combattue à l'aide de la nouvelle science, la criminologie. Le droit pénal est considéré comme un instrument destiné à protéger la société contre les auteurs d'infractions. La peine est, dans cette optique, l'outil d'une défense sociale — qui doit neutraliser les auteurs incorrigibles par des peines à perpétuité ou à durée déterminée, qui doit corriger les auteurs amendables et qui doit décourager les auteurs auxquels une peine ne doit pas s'appliquer. Cette nouvelle théorie pénale tend à une réforme du droit pénal qui rendrait possible la prévention de la criminalité et le traitement des auteurs. Cette évolution au sein de la théorie pénale dominante peut, selon PETERS, s'expliquer à partir d'une modification fondamentale de l'Etat et ce, à partir de la fin du 19^{ème} siècle. Suite au besoin urgent de sécuriser la collectivité, l'Etat passe d'une structure normative — qui fonde

un règne éclairé — à un appareil étatique qui applique de manière instrumentale le droit en fonction de ses propres objectifs.

Dans l'exercice du pouvoir étatique, la pensée instrumentale et l'acte discrétionnaire occupent une place centrale. Le droit pénal devient l'instrument d'un état régulateur. La rationalité juridique subit également une transformation radicale. L'argumentation relative aux objectifs publics et aux moyens s'appuyant sur la raison est évincée par l'acte rationnel au sein duquel le critère de rationalité devient l'efficacité dans la sélection des moyens adéquats en vue de la réalisation des buts fixés. Cette évolution se manifeste pleinement dans les nouvelles conceptions de l'Ecole criminologique en matière de peine. La fonction primaire de la peine ne consiste plus dans l'application et la réalisation de la définition juridique du « mal moral » mais dans la resocialisation des auteurs. La peine cesse d'être une leçon morale et devient maintenant une technique en vue du contrôle des individus. L'accent mis sur le traitement individualisé implique l'introduction de pouvoirs discrétionnaires à différents niveaux du système pénal.

Dans la mesure où, lors du changement de siècle, régnait la conception que la collectivité devait être protégée contre les dangers de la dégénérescence morale, propre aux temps nouveaux, le Code pénal traditionnel fut fortement étendu. De nouvelles lois spéciales destinées à réglementer les activités sociales mais où les individus sont pris partiellement en considération, dans des fonctions spécifiques et non en tant que personnes morales à part entière, virent également le jour. Ces nouvelles incriminations s'appuyaient moins sur des conceptions morales, acceptées de manière générale.

Parallèlement à l'édification de l'Etat-Providence, une nouvelle théorie pénale devint dominante, à savoir l'Ecole du Contrôle social.

Le droit pénal est désormais conçu comme une forme de contrôle social, à côté d'autres formes de contrôle formel et informel. La peine devient l'instrument d'une politique. L'exécution de la peine est alors conçue dans un esprit centralisé, bureaucratisé et centré sur l'efficacité de la politique où les aspects financiers et quantitatifs pèsent davantage que la philosophie de la resocialisation.

Le fonctionnement de l'appareil pénal est orienté sur le contrôle de la quantité des pratiques délictueuses. Au sein de cette nouvelle théorie pénale dominante, tout gravite autour de notions telles « politique », « planification », « organisation ». L'administration du système pénal est appréhendée de manière générale. Le législateur et le praticien sont considérés en tant que participants à un projet social collectif au sein duquel les différents départements de l'Etat, les autorités locales et centrales endossent une responsabilité commune. Le travail du système pénal se doit d'être organisé d'une manière rationnelle, efficiente et coordonnée. Les différentes agences concernées par l'application du droit sont considérées comme un système. L'instrumentalisme, qui sous l'Ecole Moderne, fit son irruption dans la pensée pénale, s'impose maintenant complètement au sein du droit pénal et de son administration. Le caractère discrétionnaire de l'exercice des pouvoirs dans le système pénal est établi comme principe. La loi pénale ne détermine plus ce qui sera puni et de quelle manière mais détermine ceux qui sont chargés de manière formelle de l'application de la loi. La pensée orientée sur la stratégie et la politique prévaut sur la pensée normative. La rationalité juridique au sein du droit pénal est remplacée par la rationalité de l'organisation.

Les législations spéciales prennent une grande extension. Davantage qu'auparavant, ces nouvelles lois régulatrices sont l'expression d'une volonté politique. Elles ne sont plus le reflet de conceptions morales à propos desquelles un large consensus existe dans la collectivité.

Dans « Trends in criminal law », I. ANTILLA, directrice de l'Institut de prévention et de contrôle du crime (Helsinki), dresse un panorama historique du Code pénal finlandais qui est en vigueur depuis presque cent ans. Ce Code pénal est clairement un produit de l'Ecole Classique. Le principe de légalité et le principe qui y est lié, celui d'égalité, l'exemplarité et la proportionnalité de la peine y occupent une place centrale. Depuis quatorze ans, la réforme du Code pénal est en chantier. Les récents développements de la science pénale naissent parallèlement à ceux d'autres pays nord-européens. Ce parallélisme n'est pas étonnant dans la mesure où le Code pénal finlandais est profondément imprégné de la culture juridique scandinave.

L'idée d'un droit pénal en tant qu'une des nombreuses formes de contrôle social qui doit être conforme à une politique sociale globale s'impose depuis une vingtaine d'années. Par ses caractéristiques propres, le droit pénal ne peut être considéré que de manière accessoire comme instrument de politique sociale. Le droit pénal reste néanmoins un moyen essentiel en vue de l'application d'un certain nombre d'interdictions à propos desquelles un consensus existe dans la collectivité. Lors de la criminalisation des actes, on attache désormais davantage d'attention à la faute et à la dangerosité sociale des auteurs et beaucoup moins aux conséquences de l'acte punissable. A l'aide de diverses modifications législatives, la position en droit de la victime est renforcée.

Dans les années soixante et septante, une série d'infractions sans victimes sont décriminalisées. A l'opposé, par contre, un certain nombre de pratiques en usage essentiellement dans la sphère économique sont criminalisées. Alors que, dans les années septante, l'exécution de la peine est dominée par l'idéologie de la resocialisation, l'accent est maintenant plutôt mis sur l'égalité et la proportionnalité de la peine. Les délinquants dangereux ne sont pas soumis à un traitement contraignant mais sont neutralisés. Une attention plus grande est accordée à la fonction de prévention générale des peines.

Le droit pénal soutient ainsi d'autres normes sociales qui préviennent la criminalité. Au sein de cette tendance à rechercher une pratique judiciaire uniforme et égale, le législateur élabore des jalons directeurs. Un bon nombre d'alternatives à la peine d'emprisonnement sont introduites (essentiellement les peines d'amende, le travail communautaire). Le souhait d'une limitation de la durée de la peine de prison perdure.

A. ESER, directeur de l'Institut Max-Planck (Fribourg), esquisse, dans « Hundert Jahre Deutscher Strafgesetzgebung. Rückblick und Tendenzen. », les principales lignes de développement du droit pénal allemand au cours de ces derniers cent ans. Le point de départ de sa réflexion est constitué par le Code pénal allemand de 1871, reflet des idées-forces de l'Etat libéral du 19^{ème} siècle. L'idée de la vengeance de l'acte punissable, dans une optique de prévention générale, y était centrale. Ce Code pénal est davantage le signe d'une fermeture par rapport aux développements précédents en matière pénale qu'une réelle innovation juridique.

Jusqu'à la fin de la République de Weimar (1933), les projets de réforme et les réalisations ponctuelles des réformes du Code pénal sont fortement ins-

pirés par la pensée pénale de caractère sociologique de von LISZT, centrée sur la prévention sociale. Sous le national-socialisme, un certain nombre de protections étatiques sont écartées. De nouvelles et plus lourdes criminalisations sont introduites dans la perspective d'une prévention générale (par exemple l'extension de l'application de la peine de mort).

Après la deuxième guerre mondiale, le Code pénal allemand fut débarrassé de ces traits nationaux-socialistes. A partir de 1953, naquit le projet d'une réforme globale du Code pénal. Ceci conduisit, en 1962, au projet officiel de réforme pénale, encore fortement caractérisé par les idées de l'Ecole Classique. L'insatisfaction face à ce projet incita un certain nombre de pénalistes et de criminologues à formuler, en 1966, un « Alternativ-Entwurf » dont la préoccupation essentielle est l'idée de resocialisation et non plus la faute de l'auteur punissable.

Une réforme pénale globale demeure exclue. Des réformes partielles furent toutefois réalisées, réformes qui formaient un compromis entre les deux projets. Ces nombreuses petites réformes (révision de la partie générale du Code pénal, extension de la libération conditionnelle, introduction d'un type de peine privative de liberté, limitation des courtes peines de prison, suppression de la peine de mort,...) sont caractérisées par une humanisation du système pénal, maintenant totalement orienté vers la resocialisation de l'auteur d'infractions. Par la suite, dans les années soixante et septante, un certain nombre d'infractions furent décriminalisées. La conception que le droit pénal n'est pas le seul moyen de contrôle social et doit être perçu comme l'ultime remède formait le cadre de cette décriminalisation. Les contraventions furent transformées en « Ordnungswidrigkeiten ». Un certain nombre de délits sexuels (adultère, sodomie, homosexualité, prostitution, exhibitionnisme,...) furent décriminalisés. L'avortement est décriminalisé dans certaines limites (présence d'indications déterminées).

Une décriminalisation « de facto » de la petite criminalité est rendue possible par une série de réformes processuelles. Ainsi la politique de poursuite du ministère public à l'égard de la petite délinquance n'est-elle plus déterminée par le principe de légalité mais par le principe d'opportunité.

Les années septante et quatre-vingt sont néanmoins dominées par une nouvelle tendance à la criminalisation. Suite aux détournements d'avion, aux prises d'otages et au terrorisme, des lois pénales plus sévères furent introduites. Le droit pénal économique et écologique fut étendu et doté de sanctions plus lourdes.

M. ROMANO, professeur à la Faculté de droit de l'Université catholique de Milan, décrit dans « Législation pénale italienne et courants de pensée : un aperçu », les principaux jalons du droit pénal italien, au cours des cent dernières années.

Le « Code Zanardelli » de 1886 fut le premier Code pénal de l'Italie unifiée. Il était d'inspiration libérale et relativement modéré. Le principe de légalité y reçoit sa pleine signification. L'extradition sur base d'infractions politiques est rendue impossible. En règle générale, le nouveau Code pénal prévoit moins de lourdes peines qu'auparavant (la peine de mort est supprimée, des circonstances atténuantes indéterminées sont acceptées,...). Suite à l'instauration du régime fasciste, un nouveau Code pénal (Code Rocco) entra en

vigueur. Ce nouveau Code est empreint d'une doctrine politique et d'une vision fascistes de l'homme et de l'univers. Sur le plan de la théorie pénale, il forme un compromis entre l'École Classique ou néo-classique (accent mis sur la responsabilité morale de l'individu et la fonction rétributive de la peine) et l'école positiviste (accent mis sur la prévention spéciale et le rôle des mesures de sûreté).

Ce Code pénal italien doit toutefois plutôt recevoir l'étiquette de droit pénal autoritaire que celle de droit pénal totalitaire. Le principe de légalité continua à être d'application. La notion d'infraction politique fut étendue alors que l'extradition sur base d'infractions politiques est à nouveau rendue possible. Les peines prévues furent augmentées. Le pouvoir discrétionnaire du juge fut limité sérieusement.

Lors de la chute du régime fasciste, le droit pénal italien fut dépouillé de ces traits autoritaires. Bien que le principe pénal classique de la responsabilité morale de l'individu persistât, le droit pénal italien fut réformé dans l'optique de l'idéologie de la resocialisation et ce, depuis la Constitution républicaine de 1948 jusqu'au milieu des années septante. Davantage d'autorité et de pouvoir furent reconnus au juge. La possibilité d'une libération conditionnelle fut ainsi étendue aux condamnés à vie.

La tendance à la décriminalisation s'imposa moins en Italie que dans d'autres pays européens. Les décriminalisations furent plutôt introduites dans la perspective d'une tentative d'éliminer la surcharge de travail du système pénal. Suite à une décision de la Cour constitutionnelle, une série d'infractions telles l'adultère, le concubinage et l'avortement furent décriminalisées. Le droit pénal économique et fiscal connut par ailleurs une extension remarquable.

Sous l'influence d'un climat politique houleux, un certain nombre de réformes davantage répressives furent introduites à partir du milieu des années septante. L'idée de la fonction de rétribution et de prévention générale gagna à nouveau du terrain. En vue de la lutte contre le terrorisme politique, la mafia et d'autres organisations criminelles, des modifications, fréquemment en contradiction avec les principes d'un droit pénal libéral, furent apportées à la procédure pénale et au droit pénal (par exemple, l'auteur repent qui, en échange d'informations sur les organisations criminelles, bénéficie d'une diminution notable de la peine entraînée par la commission de l'infraction).

THEME 2 : LA POLITIQUE CRIMINELLE

A.C. 't HART, professeur de droit pénal (Leiden), affirme dans « Criminal law policy in the Netherlands », que les dysfonctionnements du système pénal, devenus évidents au cours des années soixante suite à l'apparition d'une part, de la réaction pénale relative aux mouvements de protestation sociale et d'autre part, de la crise de confiance de l'opinion publique à l'égard du système pénal, ont conduit à une pensée pénale réfléchie au sein de laquelle une approche centrée sur une politique occupe une place première. Le système pénal est de plus en plus conçu comme l'instrument d'une intervention de l'autorité dans un certain nombre de situations-problèmes.

Dans la perspective d'une administration de la justice pénale davantage centrée sur une politique, le ministère public occupe une position-clé.

Le principe d'opportunité qui détermine la politique de poursuite du ministère public reçoit maintenant un nouveau contenu. Une infraction ne peut désormais être poursuivie que dans la mesure où elle est circonscrite pénalement et où la poursuite est socialement souhaitable. De plus, l'application de la loi n'est plus un objectif en lui-même mais un moyen d'atteindre un autre objectif, à savoir l'application du droit.

Cette nouvelle interprétation du principe d'opportunité et l'application du droit forment les deux déterminants sur lesquels repose la nouvelle politique pénale. Ces deux points de départ d'une politique ont mené à une réorganisation, une rationalisation et une bureaucratisation du système pénal. De nouveaux modèles de communication entre les différentes instances du système pénal sont développés.

La spécialisation des tâches est réalisée. La politique pénale est coordonnée parallèlement à la politique administrative (cf. les réunions entre le ministère public, le bourgmestre et la police). Cette nouvelle orientation de la politique pénale laisse toutefois subsister des problèmes. L'application, dans la pratique, d'une politique cohérente va de pair avec une série de difficultés. Par ailleurs, cette nouvelle politique ne résout pas le problème de la surcharge de travail. Le système pénal demeure confronté à un problème de capacité, à la surcharge, à la baisse de son effectivité, à un planning défaillant et à des frais croissants. Ces problèmes ne sont par ailleurs pas propres au fonctionnement du système pénal mais plutôt à la crise de l'Etat-providence. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que le droit pénal ait été conçu en tant qu'instrument de l'intervention étatique.

Les remèdes des autorités sont essentiellement des mesures qui tentent d'augmenter les capacités de travail du système pénal. Ces mesures ne sont précieuses, d'après l'auteur, que si elles cadrent avec une approche davantage globalisante des problèmes fondamentaux du système pénal. Si cette condition n'est pas réalisée, elles ne peuvent être que des solutions fragmentaires.

't HART achève sa contribution par une discussion relative au plan de lutte contre la criminalité « Samenleving en criminaliteit » (1985), élaboré par les autorités, plan qui soutient une approche davantage globale des problèmes. Dans ce projet de politique, l'accent est essentiellement mis sur la lutte contre la petite criminalité. Les autorités optent ici à la fois pour la prévention et la répression. Le public reçoit, dans ce projet, un rôle important. Le droit pénal y forme le dernier maillon de la politique de l'autorité. Et quant le droit pénal doit être appliqué, il doit l'être de manière efficace et consistante. L'objectif de la politique pénale demeure l'application du droit et non l'application de la loi. Le concept « socialement souhaitable » qui continue à déterminer la politique de poursuite du ministère public est défini à l'aide d'une énumération de facteurs sociaux dont il faut tenir compte en cas de non-poursuite d'infractions, à savoir la position de la victime, les conséquences néfastes sur le plan social et économique de la petite criminalité telles les sentiments d'insécurité, les milices de citoyens, la baisse du degré de tolérance au sein de la collectivité.

't HART constate que la politique de poursuite escomptée, dans « Samenleving en criminaliteit », est moins centrée sur l'auteur. Il met en garde contre un optimisme exagéré à l'égard de la réussite de ce plan de lutte contre la criminalité. Une politique pénale n'a de chances de réussite que si

elle se situe dans un contexte plus large, centré sur la résolution de la crise de l'Etat-providence.

Dans sa contribution « Organiser le multiple en politique criminelle », M. DELMAS-MARTY, professeur à l'Université de Paris-Sud, aborde les idées de base de son récent ouvrage « *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme* ». Dans l'élaboration d'une politique criminelle, il importe d'ordonner différents systèmes de sanction (pénal, civil, administratif, conciliateur) selon des principes directeurs qui doivent être déduits des indicateurs d'utilité et d'équité.

L'effet de la sanction donne une indication de son utilité. Dans l'approche de cet effet, il importe de faire une distinction entre l'effectivité et l'utilité de la sanction. Le premier terme renvoie à la capacité d'un système à appliquer la sanction. Le second est relatif à l'effet réel et positif d'une sanction sur les comportements individuels et collectifs et/ou les représentations de ces comportements. L'utilité présente donc une dimension instrumentale, symbolique et pédagogique. Une sanction effective et utile n'est pas nécessairement une sanction équitable. La proportionnalité de la sanction nous renseigne quant à son équité. Une sanction doit être proportionnelle à la nature du comportement sanctionné, la gravité du dommage et la mesure de la faute lors de la commission de l'acte.

A. VON HIRSCH, professeur de droit pénal (Newark N.J.), critique, dans son rapport « Expediency, policy and explicit norms in criminal justice », l'application du principe d'opportunité dans le fonctionnement du système pénal au niveau de la poursuite, du jugement et de l'exécution de la peine.

Selon le principe d'opportunité, les fonctionnaires du système pénal doivent, en matière de poursuite, jugement et exécution de la peine, décider cas par cas, tout en tenant compte des effets préventifs et sociétaux de la sanction infligée aux infracteurs. L'application du principe d'opportunité permet d'augmenter l'effectivité du droit pénal en réalisant une concentration sur les affaires pénales à grande priorité à partir de moyens existants limités. Il nécessite toutefois une grande confiance dans les fonctionnaires qui exercent ce pouvoir discrétionnaire. Un système pénal qui fonctionne sur base du principe d'opportunité produit, selon VON HIRSCH, des inégalités. Des affaires semblables peuvent être jugées de manière différente par les fonctionnaires. Par la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire, trop de décisions « ad hoc » sont prises en l'absence d'une réflexion et de preuves suffisantes. Des objectifs plus généraux tels la proportionnalité de la punition et la prévention générale sont ici écartés. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire forme obstacle au développement d'une politique pénale bien équilibrée. Une telle politique ne peut naître qu'à la faveur d'un débat et d'une réflexion systématique concernant les buts qui sont posés préalablement au fonctionnement du système pénal. Le vaste espace accordé aux décisions discrétionnaires au sein du fonctionnement du système pénal entre en contradiction avec les principes fondamentaux d'un Etat de droit. Au sein d'un Etat qui respecte les droits des citoyens, le droit pénal doit, en raison des conséquences de son intervention, être transparent et être appliqué explicitement de manière régulatrice. Le scepticisme de VON HIRSCH à l'égard du principe d'opportunité ne l'incite toutefois pas à plaider en faveur d'un retour à une application stricte

du principe de légalité. La solution consiste, à ses yeux, dans la formulation d'une politique criminelle bien réfléchie, au sein de laquelle des priorités sont pré-établies.

Au départ de ces options de politique criminelle, des lignes directrices sont élaborées; celles-ci se doivent d'orienter les décisions dans les cas «classiques» et d'accorder une certaine liberté dans les cas exceptionnels.

G. KAISER, professeur de criminologie et de droit pénal (Fribourg), décrit dans «Kriminalpolitik und Strafrechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland», la politique criminelle en tant que science qui analyse les stratégies, tactiques et moyens de sanction de la société en vue d'un contrôle optimal et systématique du crime. La politique criminelle s'oriente surtout vers l'amélioration du concept de crime et du système de sanction mais aussi vers le procès pénal et l'exécution de la peine. Dans ce contexte, il importe de tenir compte de principes de base en droit politique bien déterminés (proportionnalité, égalité, liberté, humanisme,...). Ceci peut confronter la politique criminelle à d'importants problèmes parce qu'il existe souvent des tensions entre un contrôle optimal du crime et le respect de droits fondamentaux.

KAISER entend par «pratique du droit pénal», l'organisation et l'application du droit pénal par des praticiens agissant dans le sens d'une politique criminelle.

Plus avant, KAISER aborde les conséquences sur le plan d'une politique criminelle des changements sociétaux. Suite à la perte de sens des mécanismes traditionnels de contrôle social informel (famille, voisinage,...) et à la complexité et l'anonymat croissants de la collectivité moderne, on attend surtout du droit pénal une fonction de contrôle. Les effets sociaux secondaires des développements technologiques et les relations économiques internationales ont déterminé l'évolution du droit pénal. Le droit pénal est également davantage utilisé en tant que moyen pour introduire des modifications sociétales souhaitées. Ceci a conduit à un élargissement considérable du droit pénal économique et écologique ainsi qu'au problème y afférent, la sur-criminalisation. Vu les capacités de travail limitées du système pénal, on rencontre un nombre certain de problèmes dans l'application de ces nouvelles normes pénales.

Par ailleurs, les mouvements de contestation sociale des années soixante et la criminologie critique orientée sur les suites stigmatisantes et non souhaitées des pratiques du droit pénal ont eu une influence sur la décriminalisation d'un certain nombre d'infractions.

Dans la pratique pénale, le principe d'opportunité a supplanté de plus en plus le principe de légalité, ce qui a provoqué un glissement du pouvoir vers le ministère public. La position de la victime d'infractions a été renforcée. Dans le cadre de l'exécution de la peine, la resocialisation et le traitement n'occupent plus une place aussi centrale.

Depuis la moitié des années septante, une attention accrue est accordée à la prévention générale, suite à la prise de conscience d'une augmentation de la criminalité. Toutefois, la théorie pénale néo-classique a moins d'influence sur la politique criminelle ouest-allemande. L'opinion publique semble avoir moins de confiance dans le fonctionnement du système pénal. Le risque

d'une victimisation personnelle inquiète davantage de personnes. La théorie du contrôle du crime qui forme la base d'une politique criminelle ouest-allemande est structurée d'une manière polymorphe et autorise différents buts, stratégies et moyens (punition, prévention, resocialisation, indemnisation,...).

Les développements ultérieurs de la politique criminelle et la manière dont seront résolues les tensions et problèmes dans le fonctionnement du système pénal vont dépendre de l'évolution de la criminalité et de sa perception par le public.

Le Commissaire Royal LEGROS développe, dans « La réforme du Code pénal belge », les grandes orientations et innovations de son avant-projet de réforme du Code pénal belge, centré sur les principes généraux du premier livre. LEGROS entreprit d'abord, dans son avant-projet, une tentative de simplification du Code pénal de 1867 dont les rédacteurs furent essentiellement préoccupés par la construction logique et dogmatique et par les points de vue moralisateurs. Il souhaite simplifier les complications inutiles (par exemple, dans le cadre des circonstances atténuantes), les distinctions superflues en matière de description des infractions et les constructions artificielles (par exemple, en matière de correctionnalisation). Il maintient la division tripartite des infractions en crime, délit, contravention, la catégorie « crimes » devant être limitée aux vrais crimes.

Au cours de sa réflexion consacrée aux fondements du droit pénal, LEGROS affirme que, bien que chaque incrimination possède un fondement moral, l'objectif demeure la protection de la société et non la moralisation. Il s'oppose fermement à la distinction entre infractions morales et matérielles.

Il plaide également en faveur de l'autonomie du droit pénal et de son internationalisation.

Suite à certaines initiatives législatives, il est vrai que le Code pénal de 1867 a subi d'importantes modifications; il doit toutefois continuer à être actualisé par l'acceptation de nouveaux principes développés par la jurisprudence de la Cour de Cassation. L'orateur refuse la responsabilité pénale collective. Seules les personnes physiques peuvent être tenues pour responsables pénalement.

En vue d'une judiciarisation de l'exécution de la peine, il propose, dans son avant-projet, la création d'un tribunal de l'application des peines. Ce tribunal, où siègent trois juges, serait compétent en toute matière relevant de l'exécution de la peine et où les droits fondamentaux des détenus sont menacés.

Des considérations humanistes l'amènent à opter en faveur d'un usage sélectif de la peine de prison, le but de la peine n'étant pas la vengeance mais la réintégration du délinquant. Il préconise dès lors la suppression de la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, des courtes peines de prison (moins de six mois); de la peine de prison subsidiaire et de la peine de police. La durée maximum de la peine de prison est de vingt à trente ans d'enfermement. L'introduction de nouvelles peines (jours-amende, injonction, transaction, travail d'intérêt général,...) devrait permettre au juge d'individualiser la sanction et de mener une politique criminelle humaine.

THEME 3 : DROGUES ET DROIT PENAL

Ce n'est pas le fruit du hasard si les organisateurs du congrès ont choisi la problématique de la drogue comme thème de « Criminal Law in action ». Ce thème présente d'abord un intérêt inéluctable pour le droit pénal et inversement. En second lieu, il est une bonne illustration de la matière du congrès. La problématique de la drogue ne concerne pas seulement la législation pénale, mais l'ensemble du système pénal. La politique criminelle néerlandaise en la matière est un exemple illustratif d'un modèle actif de politique qui a fréquemment été étiqueté, bien que totalement à tort, comme abolitionniste des lois pénales en question.

Frits RÜTER, Directeur de l'Institut Van Hamel de droit pénal (Amsterdam), présente un rapport remarquable, intitulé « Drugs and the criminal law in the Netherlands ». Cette communication donne un soutien scientifique certain à la politique pénale menée aux Pays-Bas en matière de drogues, politique qui fut, ces dernières années, l'objet d'une nette incompréhension internationale, voire d'un rejet. (1) Les Pays-Bas ont, tout comme les autres pays européens, développé, sous la pression nord-américaine, au cours des années 1910-1920, une législation propre en matière de drogues et se sont ralliés à de nombreuses conventions internationales. Cette criminalisation primaire est en elle-même étonnante, puisque le problème de la drogue et de la criminalisation secondaire ne se développent, en Europe, qu'au cours de la moitié des années 60.

Dans sa communication, RÜTER rompt avec la position défendue internationalement selon laquelle il n'existerait qu'une seule solution face au problème de la drogue, à savoir une approche pénale organisée sur le plan international. Cette politique est déjà menée depuis des décennies et ne peut pas être considérée comme un succès, bien au contraire. Dans la lutte contre la drogue, on a éludé deux questions principales de politique criminelle :

- 1) le droit pénal n'est pas le seul moyen pour lutter contre le comportement déviant (cf. contrôle social formel et informel) et ;
- 2) la plupart du temps, il n'apparaît pas comme le moyen le plus efficient. En d'autres mots, la lutte contre la drogue et l'internationalisation du droit pénal sont davantage des choix idéologiques et traditionnels.

La criminalisation actuelle du problème de la drogue, par l'augmentation des incriminations, de la peine et de la capacité pénitentiaire, est vouée à l'échec. Néanmoins cette approche repose sur l'axiome selon lequel le problème de la drogue (consommation / offre) peut être supprimé par la répression pénale. Quel que soit le comportement déviant, le système pénal n'a jamais pu afficher une telle réussite ; par ailleurs, il importe de ne pas oublier

(1) KAPLAN, Ch. D., *The uneasy consensus*, *Tijdschrift voor Criminologie*, 1984, pp. 98 et 102 : « Since 1982 there has been growing international concern and pressure directed toward the road the Netherlands has taken in its drug policy reforms. This international effort has culminated in the recent publication in the International Narcotics Control Board's (INCB) 1983 Yearly Report. The INCB was established by the 1961 Single Convention as a body without any coercive power to supervise the provisions of the international narcotics treaties (...). The 'bottom line' of the INCB report is that a 'permissive' social approach to drug control is a danger to the (uneasy) consensus that now underlies the international control system (...) that might be sufficient grounds for an investigation into Single Convention violations. The German and Swedish representatives filed official demarches against the Netherlands. »

que dans les circonstances les meilleures, il ne domine qu'environ 10% des affaires de drogue. De plus, la répression pénale a des effets pervers non-négligeables : 1) elle soutient indirectement l'élaboration de la criminalité organisée, ses activités économiques et politiques; 2) elle entraîne une augmentation de la criminalité liée à la drogue et; 3) elle sape la quantité et la qualité du droit pénal et du système pénal dans un Etat de droit.

C'est ainsi que les Pays-Bas, dans le cadre de la politique de classement du ministère public, ont élaboré des lignes directrices en vue d'une approche réaliste, centrée sur la prévention et la neutralisation du danger émanant de l'usage de la drogue pour l'utilisateur, son entourage et la collectivité.

Cette politique, ainsi que le souligne nettement RÜTER, n'est pas en contradiction avec les conventions et les accords internationaux. Les options principales de politique sont prévues par le Traité unilatéral. En fait, on a opté pour une décriminalisation de facto de la consommation personnelle de drogues douces et dures et du trafic en petites quantités de drogues douces. Par ailleurs, l'approche pénale de la production et du trafic de drogues est renforcée. Non seulement les peines, à l'échelle néerlandaise, ont été augmentées mais on a également introduit une « Vorfeldkriminalisierung », c'est à dire qu'une série d'actes préparatoires deviennent des infractions (1986).

La décriminalisation de facto des drogues douces a réalisé ses buts :

- 1) séparation entre le marché de la marijuana et la scène des drogues dures et,
- 2) une chute remarquable de la consommation des drogues douces.

En dépit de cela, l'assentiment international n'est pas présent ; des pays tels l'Allemagne qui connaît, sur le plan quantitatif, un problème de drogues plus important, entreprennent même des démarches internationales afin de faire condamner la politique néerlandaise.

L'approche pénale des drogues dures pose également de sérieux problèmes (2) :

- 1) sur le plan quantitatif, la lutte s'appuie sur une capacité trop importante en matière de recherche, poursuite, jugement et exécution de la peine (la moitié des condamnés néerlandais le sont pour des infractions liées à la drogue) et;
- 2) la qualité du système pénal est fortement touchée (cf. l'utilisation d'informateurs, d'agents provocateurs, de policiers « undercover ») (3).

W. BROSENS, avocat général près la cour d'appel d'Anvers, commente, de manière technico-juridique, dans « La législation belge sur les stu-

(2) HULSMAN, L.N.C., Het Nederlandse heroïnegebruik in internationaal perspectief, *Tijdschrift voor Criminologie*, 1984, 82, fait une distinction intéressante: « De primaire drug-problemen zijn de problemen die zich voordoen onafhankelijk van het in de collectieve sektor gevoerde drug-beleid en de secundaire problemen zijn de problemen die specifiek samenhangen met dat beleid en die niet op die manier aan de orde zouden zijn wanneer een ander drug-beleid werd gevoerd ».

(3) Cf. SILVIS, J., Strafrecht en drugs, *Tijdschrift voor Alkohol, Drugs en andere psychotrope stoffen*, 1986, pp. 50-54.

HAENTJES, R.C.P., De controle op undercover activiteiten, *Delikt en Delinkwent*, 1986, pp. 6-19.

Pour la Belgique, DE NAUW, A., Noot onder Gent, 14 december 1976, *R.W.*, 1977-1978, pp. 240-244; DE NAUW, A., De Anonieme Getuige, *R.W.*, 1985-1986, 1874-1892 et DE NAUW, A., Overzicht van Rechtspraak. Tien jaar vernieuwde drugwet, *R.W.*, 1986-1987, pp. 833-852.

péfiant», la législation de base de 1921, modifiée en 1975. Cette loi ne fait aucune distinction entre drogues douces et drogues dures, ni entre consommateur et trafiquant. Il est toutefois vrai que le principe d'opportunité donne au ministère public la possibilité de mener sa propre politique en la matière (cf. Pays-Bas). BROSENS se pose néanmoins la question de savoir s'il existe une politique en la matière; la réponse suivant laquelle il incombe au procureur du Roi de veiller à la manière dont les magistrats du ministère public remplissent leurs fonctions est inadéquate. Il n'est que trop clair que le ministère public en Belgique, également sur le plan de la lutte contre la drogue, n'a pas élaboré de lignes directrices de recherche et de poursuite.

BROSENS poursuit en abordant un certain nombre d'aspects procéduraux de cette répression pénale. En premier lieu, il reconnaît que la diminution de peine accordée à celui qui dévoile l'identité d'autres auteurs, même après la commission des faits, aux autorités (modification législative de 1975) n'a pas obtenu les résultats escomptés. Il ne rejette toutefois pas cette méthode mais souhaite la voir formulée en des termes stricts. Du point de vue de la technique juridique, il demeure possible que le trafiquant achète sa liberté en dénonçant son client.

En ce qui concerne l'utilisation d'informateurs, d'agents provocateurs policiers, de «undercover», de provocation et d'écoutes téléphoniques, l'intervenant se limite à un résumé succinct de la jurisprudence dominante qui autorise l'anonymat des témoins et admet même la provocation, à condition que l'auteur ait eu antérieurement l'intention de commettre un délit. Même dans le cas où la police se rend coupable d'une infraction, cela n'entraîne pas nécessairement la nullité de ses constatations. Deux problèmes fondamentaux sont ici soigneusement évités : 1) la mesure dans laquelle ces techniques de recherche sont soumises à la surveillance du ministère public et dirigées par lui; 2) la mesure dans laquelle les principes juridiques fondamentaux (défense, «due process», administration équitable) sont respectés et celle dans laquelle le juge peut contrôler ce respect.

La Belgique a en ce domaine, une certaine expérience, particulièrement négative, il est vrai. En 1982, des collaborateurs du Bureau National des Drogues (B.N.D.) de la Gendarmerie et de l'Administration de l'Information criminelle (B.I.C.) du ministère de la Justice ont été condamnés à des peines de prison, après avoir été pris sur le fait par des agents néerlandais pour trafic de drogues. Ce scandale policier a par ailleurs eu pour conséquence la suppression des deux services mentionnés.

BROSENS relève de manière laconique que «l'expérience a démontré les suspicions et les dangers auxquels sont exposés ceux qui sont chargés de telles missions».

Celui qui souhaite en savoir plus quant à ces pratiques de recherche, dénuées de toute forme de contrôle, que ce soit par le ministère public ou par les autorités politiques, lira avec intérêt la publication passionnante de C. FIJNAUT (4).

Sebastian SCHEERER, assistant à l'Université de Francfort, nous donne, dans «Drogen und Strafrecht», une bonne synthèse des avantages et

(4) FIJNAUT, C. *De zaak François. Beschouwingen naar aanleiding van het vonnis*. Antwerpen, 1983.

inconvenients de la lutte pénale de la drogue. Il n'est nullement certain que l'usage actuel des drogues en Europe serait plus élevé en l'absence d'une répression pénale. La politique de l'assèchement a des effets contraires qui sont liés aux processus d'interactions entre la criminalisation (sous la pression de certains groupes de pouvoir) et la scène de la drogue :

- 1) la criminalisation conduit à une hausse des prix, une qualité moindre des drogues, une augmentation de la criminalité liée à la drogue, des formes de subculture criminelle;
- 2) toute politique d'assèchement favorise la naissance et le renforcement de la criminalité organisée, qui, à son tour, constitue un danger pour l'Etat de droit (ne fût-ce que parce qu'on la combat à l'aide de méthodes policières non-démocratiques). L'auteur affirme même que la R.F.A. a repris, à la place d'Amsterdam, le rôle de plaque internationale du marché de la drogue en raison de sa politique pénale en matière de drogues.

SCHEERER plaide pour un usage contrôlé de l'héroïne — sans dépendance — (5) dans un environnement social qui n'est pas investi par le système pénal qui empêche la création d'un contrôle social autonome (6).

Vu l'importance historique et actuelle des U.S.A. dans la lutte contre la drogue, le choix d'une contribution nord-américaine est judicieux. Il est toutefois douteux que le rapport «The loyal opposition to the war on drugs. Drugs and the Criminal Law in Western Democracies» de Arnold S. TREBACH, (*) rencontre tous les souhaits. Il eut sans nulle doute été passionnant de reprendre une contribution scientifique qui défende la politique officielle américaine, en l'occurrence celle de Reagan. C'est à ce prix qu'une discussion controversée aurait pu avoir lieu, ce qui n'a nullement été le cas.

TREBACH se limite à une description de la «moral crusade» dirigée contre l'intervention pénale. Aux U.S.A., cette intervention a été si loin que l'on a, déjà en 1956, interdit totalement l'usage de l'héroïne, même dans des buts médicaux; des centaines de médecins furent condamnés à des peines de prison alors même que des thérapies particulièrement intéressantes furent testées. Par ailleurs, l'usage et le trafic de drogues se portent bien aux Etats-Unis, en dépit de multiples agents de la sûreté et des prisons surpeuplées. La Californie est devenue un centre de production de marijuana et de cocaïne de très bonne qualité.

L'administration Reagan a commencé une guerre symbolique à l'encontre de l'usage de la marijuana et de la cocaïne; elle a même été jusqu'à soumettre son propre personnel à des tests de drogue.

L'auteur conjure les pays européens comme les Pays-Bas et le Royaume-Uni, de poursuivre leur politique propre et rationnelle en matière de drogues et de ne pas se laisser égarer par la propagande américaine.

(5) Des études empiriques ont montré que l'héroïne en soi n'est pas dangereuse et qu'un usage contrôlé sans dépendance est parfaitement possible.

Cf. HARDING, W.M., *Kontrollierter Heroingenuß — ein Widerspruch aus der Subkultur gegenüber herkömmlichem kulturellem Denken* in G. VÖLGER, Hg. *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, Köln, 1981, II, 694-701.

(6) Cf. PILGRAM, A.O., *Grundsätze einer rationalen Drogenpolitik*, in MADER, R. en STROTZKA, H., *Drogenpolitik zwischen Therapie und Strafe*, Wenen, 1980, 507-525.

(*) Directeur de l'Institut des drogues, du crime et de la Justice (Washington D.C.).

En guise de conclusion, une note informative.... Le 10 janvier 1985, le Parlement européen a instauré une commission d'enquête qui a pour mission d'étudier le problème de la drogue dans la communauté européenne. Récemment est paru un volumineux document de travail, qui comprend tant un rapport minoritaire qu'un rapport majoritaire. Je ne puis que vivement en conseiller la lecture (7). La publication de droit comparé de MEYER JURGEN, à l'initiative du Bundeskriminalamt (8), vient également de sortir de presse.

THEME 4 : COHERENCE, COORDINATION ET INTEGRATION AU SEIN DU SYSTEME PENAL

W. STEENHUIS, avocat général (Leeuwarden) introduit le thème « Coherence, coordination and integration in the administration of criminal justice ».

Depuis 1960-1970, la réalité empirique du système pénal est devenue un objet de recherche de la criminologie et de la politique criminelle. A côté de la loi pénale, de la dogmatique pénale, il est de plus en plus question du fonctionnement du système pénal, de ses organes, des aspects quantitatifs et qualitatifs de politique, de droit et d'administration.

STEENHUIS tente, dans sa contribution, de comparer le fonctionnement du système pénal à celui d'un processus de production dans une entreprise économique et utilise d'ailleurs continuellement une terminologie du management dans le contexte de l'entreprise pénale. Ce qui conduit, me semble-t-il, à une très étroite approche technico-administrative (9) qui méconnaît de plus en plus le caractère expressément normatif de nombreux actes de droit. Ceci suscita, avec raison d'ailleurs, quelques vives réactions, lors du congrès, de la part de A.G. PETERS.

D'après STEENHUIS, il n'y a pas eu de problèmes jusqu'en 1960: la punition des auteurs parvenait à influencer le comportement des auteurs potentiels et des conformistes. Ce n'est qu'à la suite de l'augmentation de la criminalité enregistrée (due à de nombreux facteurs, même des facteurs liés au système) et une dégradation qualitative du système (taux d'élucidation peu élevé, lenteur, prisons surpeuplées) qu'est né un problème aigu.

Poser des questions telles: quelle doit être la base d'une intervention pénale? Comment doit-elle s'opérer? et A qui s'adresse-t-elle? est devenu plus important que jamais. Pour qu'une politique intégrée puisse être menée au sein des différentes instances pénales (police, ministère public, pouvoir judiciaire, exécution des peines), il est nécessaire d'avoir, d'après STEENHUIS, une « common organisation culture » et une « coherent underlying philosophy ». Il va même jusqu'à proposer un système de rotation entre les différentes institutions pénales, exception faite, il est vrai, du pouvoir judiciaire.

(7) STEWART-CLARK, J., Report drawn up on behalf of the Committee of Enquiry into the Drugs Problem in the Member States of the Community, *European Parliament*, PE 106.715/B/Fin/Corr. 1986-1987, Doc. A 2-114/86/Corr.

(8) MEYER, J., *Betäubungsmittelstrafrecht in Westeuropa*, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Freiburg 1987, 835 p.

(9) Cf. la contribution de 't HART qui ne commet pas la même erreur.

Alfred BLUMSTEIN (Pittsburgh) basa essentiellement son rapport sur «The Challenge of Crime in a Free Society» (1967) qui a été élaboré par «The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice in the United States». Dans sa contribution relativement courte, il donne essentiellement des explications statistiques descriptives des interactions en amont et en aval au sein du système pénal. Par exemple, il invoque le type d'influence que peut avoir l'enregistrement policier sur le chiffre des condamnations et celui de l'application du droit pénal sur la politique de recherche et de poursuite.

Bo SVENSSON, directeur du Conseil National Suédois de prévention du crime, qui a réagi, au cours du débat, de manière particulièrement polémique et non sans une pointe de cynisme, à la philosophie «coca-cola» de STEENHUIS, met, dans son article «Punishment in moderation», l'accent sur l'output néfaste du système pénal. Son point de départ consiste à dire que l'input n'est pas seulement déterminé par la criminalisation/décriminalisation, mais également par la prévention des infractions, l'organisation policière, l'élaboration statistique, la propension du public à dénoncer. Il analyse l'output à l'aune des chiffres suédois de criminalité.

Il est à remarquer que l'ivresse au volant et la criminalité en matière de drogues (10) représentent respectivement 2,2% et 3,9% de la criminalité enregistrée, alors que ces infractions représentent respectivement dans les statistiques pénitentiaires 12% et 15%. Le taux d'élucidation de ces deux infractions est, par ailleurs, extrêmement élevé (respectivement 80% et 100%).

Ces chiffres sont éloquentes lorsqu'on les compare avec la protection pénale de l'environnement. Sur un nombre de 248 infractions à la loi sur la protection de l'environnement entre 1980 et 1984, 50 seulement ont été poursuivies. Dans 32 affaires, la condamnation consiste en une amende et dans deux cas, une peine de prison a été prononcée. Des chiffres semblables sont disponibles en matière de criminalité économique et de législation sociale. Même la clientèle pénitentiaire, en Suède, est issue, pour une large part, de classes au statut social peu élevé, ce qui accentue encore l'effet stigmatisant de la peine de prison.

D'après SVENSSON, le temps est venu pour en terminer avec la «prétendue» prévention spéciale et générale de la peine. Une commission suédoise a élaboré des propositions en la matière, propositions qui feront l'objet, dans les prochaines années, de discussions de politique. SVENSSON laisse sous-entendre que les problèmes organico-administratifs et structurels du système pénal seront soumis au futur législateur.

Giuliano VASSALI, professeur de droit pénal (Rome), examine le thème sous l'angle de la pratique pénale en Italie. Après un exposé étendu à propos de la procédure pénale italienne et de la position particulière du ministère public dans la procédure accélérée italienne, l'auteur ne se montre pas tendre à propos de la lenteur, de la manipulation et de la corruption au sein du système pénal. Il souligne notamment ici de manière précise l'article 112 de la Constitution «Le ministère public a l'obligation d'exercer l'action

(10) La Suède mène depuis cent ans une politique prohibitive en matière d'alcool et de drogues.

pénale», c'est à dire que l'application du principe d'opportunité et la décision de classement sont de toute manière exclues. Cette situation stricte a en effet conduit à une explosion du nombre des dossiers qui n'a pas été réduite par l'introduction d'un droit pénal administratif. La situation est à ce point grave que certaines alternatives à la peine de prison ont un effet criminogène (par exemple, la régularisation des constructions illégales par le paiement d'amendes). Il est regrettable que l'auteur donne un commentaire trop normatif du terrorisme et de la criminalité organisée et oublie quelque peu de nous donner une image empirique du système pénal italien nettement controversé.

THEME 5 : LES ALTERNATIVES A LA PEINE D'EMPRISONNEMENT

L'évocation de la croisade de VON LISZT contre les courtes peines de prison permet à A.M. STOLWIJK, professeur de droit pénal à l'Université d'Amsterdam, d'introduire un thème dont l'approche purement législative n'a jamais conduit à un bouleversement de l'horizon judiciaire. Retraçant l'évolution, au cours de la période de l'après-guerre, du droit pénal néerlandais en la matière, le professeur STOLWIJK insiste sur le caractère récent d'un mouvement, défenseur des alternatives et répondant aux soubresauts de la crise pénale, notamment à la surpopulation carcérale. A aucun moment, il ne se réfère toutefois au profond malaise pénitentiaire, concrétisé essentiellement sous la forme de révoltes ou de revendications en faveur des droits des détenus. Ouvrant la porte de l'univers carcéral sur le monde libre, ces mouvements contestataires forment un moment dans la dialectique des substituts à la peine privative de liberté.

Le regard statistique que l'orateur jette sur l'évolution de l'emprisonnement (11) permet de saisir l'habit du paradoxe dont se vêt la scène pénale néerlandaise : confrontée à une augmentation de la criminalité, elle présente un tableau ponctué par un chiffre important de classements sans suite, un taux d'élucidation relativement bas, un phénomène nouveau de courtes peines de prison. Faisant état des hypothèses tant néerlandaises qu'étrangères relatives à ce paradoxe pénal, l'orateur n'a toutefois pas davantage éclairé la rhétorique des alternatives à la lumière des courants de philosophie pénale qui traversent en bourrasque le théâtre pénal. Une meilleure compréhension pouvait être ambitionnée dans le cadre plus large des thèmes majeurs du mouvement pénal actuel, encore dominé, en Europe, par l'idéal de réhabilitation.

Les Pays-Bas, tiraillés en fait entre deux pôles, d'une part, l'attrait exercé par les substituts aux mesures carcérales, d'autre part, la tendance inhérente à l'appareil judiciaire à prononcer de courtes peines de prison, ont introduit, après une période d'essai de deux ans, le service communautaire. Dans la perspective du pénaliste STOLWIJK, l'avenir des alternatives ne sera couronné de succès que si elles peuvent prétendre à une réelle substitution aux peines privatives de liberté et à l'exercice d'une fonction identique. Partisan convaincu du service communautaire qui répond, selon lui, à la fonction

(11) Un état des statistiques relatives aux populations carcérales dans les Etats membres du Conseil de l'Europe est donné régulièrement par P. TOURNIER (CESDIP — Paris) dans le Bulletin de l'Information pénitentiaire, publié par le Conseil de l'Europe.

rétributive et s'inscrit dans le champ de la prévention, il n'étaye toutefois pas sa position par une démonstration exemplative convaincante.

En dépit d'une intégration prochaine dans le code pénal (12), la nécessité d'une infrastructure coûteuse forme sans nul doute l'obstacle majeur à une réelle substitution à l'emprisonnement (13) (14). Il est judicieux, à cet égard, de constater qu'une innovation légale est largement dépendante du climat idéologique dans lequel elle s'opère. Or, selon le professeur STOLWIJK, ce climat demeure essentiellement dominé par un recours aux courtes peines carcérales et serait même contaminé par un mouvement d'incarcération croissante qui se traduit, au niveau des orientations de la politique pénale, par une augmentation de la capacité pénitentiaire. Face à l'apparition d'une tendance davantage répressive (15), l'orateur s'étonne peu. La rhétorique insécuritaire, la crise de l'économie répressive et plus largement celle d'un Etat Providence à bout de souffle fournissent notamment des terrains qu'il eût été utile d'explorer dans cette contribution.

S'arrêtant aux mesures de substitution situées à deux niveaux du processus judiciaire, à savoir celui de la condamnation et de l'exécution, le professeur amstellois laisse ainsi dans l'ombre les tendances, pourtant nettes aux Pays-Bas, d'une fiscalisation pénale où la transaction, mode de résolution d'un conflit (16) est appelée à prendre une place importante et à remplacer, dans une large mesure, selon une injonction ministérielle (17), le classement sans suite (18). On aurait également souhaité voir aborder le classement sans suite conditionnel, autre ressource disponible du système pénal à la recherche de solutions efficaces mais économiques. La prise en compte d'une fragilité idéologique du mouvement en faveur des alternatives clôturé un exposé insistant sur la nécessité d'une politique criminelle cohérente et convaincante en vue d'un usage moindre de la prison.

Cette notion de cohérence est au centre de la communication d'un des panellistes, Nils JAREBORG, professeur de droit pénal à l'Université d'Uppsala. Ce dernier a le mérite de placer le débat sur les alternatives dans le cadre plus large de l'institutionnalisation du système pénal et de ses structu-

(12) L'Avant Projet de Code Pénal belge prévoit également une mesure de remplacement à la peine de prison : le service au profit de la collectivité, organisé par les articles 225 à 231.

(13) Pour une évaluation des difficultés du travail d'intérêt général en France, voyez VERIN, J. Les premières expériences pratiques concernant le travail d'intérêt général, *Archives de politique criminelle*, n° 7, Pedone, 1984. Pour la Belgique, voyez HOUCHON, G., Les prestations communautaires, A la recherche du temps perdu., in *Déviante et Société*, 1984, pp. 199-206 et Le service au profit de la collectivité comme mesure (pénale) de remplacement. *Analyse pénologique*, UCL, Département de criminologie et de droit pénal, Doc. de travail, n° 8, 1986.

(14) Une approche détaillée du service communautaire dans différents pays européens est réalisée dans TAK, P.J.P., VAN KALMHOOT, A.M., *Dienstverlening en sanctiestelsels*, Denmark, Zweden, Noorwegen, Frankrijk, Duitsland, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage, 1985.

(15) Les rapports «Samenleving en Criminaliteit» et «Kleine Criminaliteit» en sont des illustrations. Interimrapport van de Commissie kleine criminaliteit, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage, 1984. *Society and Crime, A policy plan for the Netherlands*, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage, 1985.

(16) De JONG, D.H., *De afdoening van strafzaken buiten proces*, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland* (Nederlandse sectie), 1985 et NEELS, L., *De afdoening buiten proces*, *Vereniging... Nederland* (Belgische sectie), 1985.

(17) *Society and Crime, A policy plan for the Netherlands*, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage, 1985.

(18) KOMMER, M.M., ESSERS, J.J.A., DAMEN, W.A.F., *De transactie in misdrijfzaken, Een beleidsevaluatie*, W.O.D.C, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage, 1986.

res. Il tente ainsi de répondre au pourquoi et au comment de l'existence de la peine au sein du pénal. A travers une approche tri-focale — criminalisation, sentence, exécution — qui correspond aux interventions de différents acteurs, M. JAREBORG en arrive, sans pour autant se livrer à une réflexion philosophique approfondie et sur la base d'un construit typologique réducteur, à délimiter les fonctions de la peine : prévention générale et rétribution. Il reconnaît toutefois qu'à côté de l'idéal de rétribution peuvent naître d'autres buts à atteindre (incapacitation, réhabilitation, prévention spéciale) dans un système qui se montre préoccupé, dès la phase de criminalisation, de l'individualisation. Cohérence et individualisation forment toutefois les pôles antinomiques d'un système dont les différents échelons tendent vers un but imparfaitement circonscrit au sein d'un processus judiciaire discontinu (19). La crédibilité d'un système répressif passe par sa souplesse, rempart contre la stigmatisation et l'inégalité.

Bien que ce système ne subisse pas une réelle et fondamentale remise en cause, sur le plan national et international, la recherche d'alternatives ouvre toutefois la porte à une interrogation sur l'éventuelle abolition du pénal et sur les autres modèles de contrôle social à construire. L'expérience suédoise, engagée dans la voie des mesures administratives et économiques, ne suscite toutefois pas un optimisme forcené. Les intervenants, l'un anglais, l'autre espagnol, font montre d'un pessimisme analogue.

A l'opposé des Pays-Bas, l'Angleterre a vu croître de manière parallèle le phénomène de la délinquance et l'application tant des peines de prison que des peines d'amende. Face à un problème pragmatique de surpopulation carcérale, au cours des années 60, la réflexion politique et scientifique s'est essentiellement portée sur la recherche d'alternatives carcérales à réaliser par l'emprunt de deux voies : la suppression de l'emprisonnement, la réduction de sa durée.

Selon Anthony E. BOTTOMS, professeur de criminologie et directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Cambridge, les effets pervers engendrés par l'arsenal des alternatives du système anglais annihilent tout espoir quant à une réduction du recours à la peine de prison. Les mesures nouvelles viennent en fait compléter la pyramide pénale, entraînant non un usage économique de la prison mais une sur-utilisation du modèle pénal (20). Les conditions restrictives entourant les alternatives conduisent fréquemment à une aggravation de la répression, le juge se livrant à une mesquine mathématique pénale en vue d'éviter l'octroi d'une alternative. Les difficultés pratiques que rencontre l'application de mesures non privatives ou restrictives de liberté telles le Community Service Order, la probation, la libération sur parole..., incitent M. BOTTOMS à douter fortement de l'efficacité de ces réponses à l'engorgement pénitentiaire. Par la lorgnette du

(19) En Belgique, la phase de jugement est en rupture par rapport à la phase d'exécution. L'intervention d'autorités différentes dont les conceptions philosophiques et les problèmes pragmatiques divergent ne peut être que source de dysfonctionnement. A fortiori, au niveau de l'exécution, deux autorités, le Ministère public et l'Administration pénitentiaire, peuvent intervenir dans la modalité d'exécution d'une peine.

(20) Lors d'un séminaire consacré aux prestations communautaires à Liège, on a parlé de mesures intervenant à vide... L'expérience liégeoise de prestations communautaires, Séminaire du 27 mars 1985, *Cahiers liégeois de Criminologie*, n° 1, mai 1986.

panelliste, la politique criminelle anglaise a essentiellement été appréhendée dans le champ d'un pragmatisme pénologique.

Cette situation illustre de toute évidence l'allégation suivant laquelle il est largement insuffisant, en l'absence d'une articulation causale, de réagir pragmatiquement à une problématique qui interroge toute une conception sociétale des rapports humains.

Ainsi que le souligne avec justesse Santiago MIR PUIG, professeur de droit pénal à l'Université de Barcelone, toute réforme, telle celle née en Espagne et animée d'un souci constant d'individualisation, doit nécessairement aller de pair avec une mutation profonde des mentalités tant dans l'opinion publique que dans le monde judiciaire. Cette mutation ne se réalise qu'à la faveur d'un important investissement en personnel, en moyens matériels et organisationnels. Les possibilités d'une concrétisation de souhaits largement théoriques doivent se mesurer à la lumière de la situation réelle, l'intervenant s'est toutefois limité à un exposé de dogmatique pénale. Par le truchement de plusieurs projets de réforme (arrêt de week-end, jours-amende, suppression des peines inférieures à 6 mois, élargissement des conditions de la libération conditionnelle, suspension de la peine,...), l'Espagne judiciaire s'inscrit dans le sillon d'un mouvement international, dominé par le souci de restreindre l'usage des peines privatives de liberté. Son horizon législatif actuel, ne retenant que le sursis simple, la suspension de la peine, la libération conditionnelle, forme néanmoins un étonnant contraste avec celui d'autres pays.

La France, par exemple, s'est abreuvée à un opiniâtre courant de réforme, favorable à un élargissement de la palette des alternatives à l'incarcération. Les nombreuses réalisations législatives qui en découlent sont ponctuées, comme le montre Bruno COTTE, directeur des affaires criminelles et des grâces (Ministère de la Justice, Paris), par une triple orientation : humanisation de la condition carcérale, réduction des effets désocialisants de la prison, subsidiarité de la prison.

Elles s'inscrivent ainsi dans l'espace intellectuel de la défense sociale nouvelle et tentent par ailleurs de remédier à une surpopulation carcérale chronique. Pressenti avec exactitude comme nœud gordien de ce problème carcéral, l'usage de la détention provisoire devrait être limité par l'instauration du contrôle judiciaire (loi du 17 juillet 1970) (21) (22).

Au stade du jugement, un projet de loi prévoit l'obligation de motiver spécialement les peines de prison inférieures à quatre mois (23). La panoplie législative, que COTTE passe en revue, en ponctuant ça et là leurs apports tant positifs que négatifs, s'est par ailleurs enrichie d'un ensemble de lois

(21) Signalons à ce sujet la loi italienne du 12 août 1982, n° 532, qui introduit des mesures alternatives à la détention préventive.

(22) ELIAERTS, C., et PETERS, T., De korte gevangenisstraf en de alternatieve sancties. Beleidsopties en praktijk op het niveau van de parketten, de rechters en de penitentiaire administratie, *Panopticon*, 1984, pp. 184-212. Ces auteurs démontrent clairement qu'il apparaît vain de chercher dans l'arsenal des alternatives des solutions à un problème carcéral qui résulte partiellement d'un usage excessif de la détention préventive.

(23) Cf. La proposition subsidiaire de motiver les courtes peines, dans l'Avant-Projet de Code pénal belge, qui devrait emporter comme conséquence une plus grande attention à la personnalité du délinquant et un recours plus systématique à une enquête de personnalité, digne de ce nom.

visant la réduction des peines de prison ou leur remplacement par d'autres sanctions. A travers la lunette qui demeure largement théorique et embrasse peu l'analyse critique de la réalisation pratique (24), le panelliste s'attarde plus particulièrement aux trois récentes peines de substitution françaises: le travail d'intérêt général, le jour-amende, l'immobilisation temporaire.

L'orientation de la politique criminelle française, marquée de l'empreinte de l'individualisation, fait naître le souhait d'une justice disposant d'outils nombreux et diversifiés, notamment de moyens d'appréhension adéquats de la personnalité et de la situation individuelle de l'infracteur. Le bilan semble, dans l'ensemble, positif: une adhésion du public est évidemment indispensable alors qu'il incombe aux recherches criminologiques évaluatives d'apporter une réponse convaincante à la question de l'efficacité des peines de substitution.

Note discordante dans un chœur de lamentations, la contribution française ne gomme toutefois pas le soupçon né à l'égard de la peine alternative qui surcharge le pénal et étend les tentacules du contrôle social. Toute réflexion des congressistes sur la nature et la fonction de la peine demeure habitée par l'idée de punition, elle est déviée de son essence fondamentale par des soucis pragmatiques de désengorgement pénitentiaire. Les chemins de la décriminalisation et de la déjudiciarisation, c'est-à-dire la recherche de systèmes alternatifs au règlement des litiges (25), ne sont pas empruntés, semble-t-il. Le remède à une surcharge judiciaire paraît pourtant bien consister en un usage parcimonieux du pénal et en un sondage des possibilités offertes par d'autres modèles de contrôle social: le modèle civil, administratif,...(26). Le principe de subsidiarité du pénal est à remettre à l'honneur...

Peu vigilants au lien qui peut se tisser entre le thème ci-traité et le dernier thème — les victimes — retenu par les organisateurs du Congrès (27), les orateurs et panellistes semblent ainsi ignorer que la réussite d'une politique pénale qui porte ses efforts sur les substituts à l'emprisonnement ne peut méconnaître ni la victime, ni, dans un sens plus large, le public. En l'absence de cette participation de la population (28) dont la conception de la peine en tant que mode d'expiation et de punition dans un lieu clos, la prison, se

(24) Cf. BERNAT DE CELIS, J., Pourquoi les tribunaux français appliquent-ils si peu les peines dites «de substitution»? *Archives de politique criminelle*, Pedone, 1984.

(25) Les expériences réalisées en Amérique du Nord et fondées sur l'objectif de réconciliation sont, à cet égard, un intéressant terrain d'investigation. Cf. YANTZI, D.M., Das Täter-Opfer-Aussöhnungsprojekt (VORP) in Kitchener (Ontario), Kanada, in *Verbrechensopfer, Sozialarbeit und Justiz*, Schriftenreihe der Deutschen Bewährungshilfe, Band 3, 1985, pp. 329-343.

(26) *Rapport sur la décriminalisation*, Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980.

(27) Le Conseil de l'Europe l'avait clairement pressenti en instituant, en 1979, un Comité restreint d'experts qui s'est assigné la réalisation de deux objectifs majeurs: d'une part, la substitution à l'emprisonnement de mesures non privatives de liberté, d'autre part, une prise en considération plus adéquate de la victime, de son rôle, de ses intérêts, de sa participation à la politique criminelle. Cf. *La participation du public à la politique criminelle*, Comité européen pour les problèmes criminels, Strasbourg, 1984.

(28) A cet égard, il semble utile d'utiliser les nombreuses recherches entreprises au sujet des représentations et attitudes du public à l'égard de la justice. Voir notamment les travaux de C. FAUGÉRON et Ph. ROBERT (CESDIP — Paris), de Y. BRILLON (CICC — Montréal) et les actualités bibliographiques de SMAUS, G., «Les recherches KOI (Knowledge and Opinion about Law) au service de la légitimation du droit pénal», *Déviance et Société*, 1983, n° 2, pp. 131-152.

heurte déjà fréquemment à une politique criminelle sous-tendue par des notions d'individualisation et de réhabilitation, il semble illusoire de croire à une réussite des alternatives aux mesures carcérales au sein d'un système punitif largement axé sur la prison.

Terminons par la liste des publications suite au centenaire du Code pénal des Pays-Bas :

VAN DIJK, J., HAFFMANS, C., RÜTER, F., SCHUTTE, J., STOLWIJK, S. (éds.), *Criminal law in action. An overview of current issues in Western societies*, Gouda Quint, Arnhem, 1986. BALKEMA, J.P., CORSTENS, G.J.M., FIJNAUT, C., KEIJZER, N., MELAI, A.L., RÜTER, C.F., STRIJARDS, G.A.M. (red.), *Gedenkboek 100 jaar Wetboek van Strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1986. BALKEMA, J.P., en FIJNAUT, C.J.C.F. (red.), *De politieke handhaving van strafwetgeving.*, J.B. van den Brink, Lochem, 1986. BOSCH, A.G., *Een eeuw Wetboek van Strafrecht*, Staatsuitgeverij, Den Haag, 1986. READER, *Internationalisering van het strafrecht*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1986. FIJNAUT, C., *De internationalisering van de opsporing in westelijk Europa*, *Panopticon*, 1987, 300-320.

P. HEBBERECHT Ch. JANSSEN J. VERVAELE