

1974-2024 : Cinquante ans d'évolution de la politique criminelle en Suisse

André Kuhn*

Table des matières

Résumé.....	1
Zusammenfassung.....	2
1. 1974 – Etat des lieux.....	2
2. Cinquante années d'évolution.....	6
2.1 Evolution en matière de droit pénal.....	6
2.1.1 Regard par le prisme du code pénal suisse.....	7
2.1.2 Regard par le prisme des votations populaires.....	11
2.2 Evolution en matière de procédure pénale.....	14
2.2.1 Regard par le prisme du code de procédure pénale suisse.....	15
2.2.2 Regard par le prisme des votations populaires.....	16
2.3 Contexte politico-social.....	17
3. Macroanalyse de cette évolution : de l'utopie à la dystopie.....	20

Résumé

Ces cinquante dernières années semblent avoir été marquées principalement par un éloignement du concept de réintégration sociale de celui ou celle qui a fauté pour aller vers l'idée de son élimination, dans le but de protéger la société contre ses éventuels actes futurs. On envisage dès lors de s'écarter des fondements mêmes du droit pénal qui nous enseignent que la punition doit servir à sanctionner de manière proportionnée un acte com-

* Professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université de Neuchâtel. Certaines parties du présent texte – et surtout les idées qui y sont véhiculées – ont déjà été publiées par l'auteur dans des écrits antérieurs. Là où certain(e)s utiliseront peut-être la notion ridicule d'« auto-plagiat », l'auteur considère qu'il s'agit plutôt d'un phénomène positif, puisqu'il est le reflet d'un mode de pensée logique, cohérent et surtout constant.

mis dans le passé. A l'inverse de ce principe, on nous pousse aujourd'hui à regarder vers le futur et à sanctionner durement, quel que soit l'acte préablement commis. On nous incite ainsi à déterminer s'il existe un risque statistique non négligeable que l'individu re-commette une infraction à l'avenir, voire à intervenir pénalement avant même la commission de la première infraction. L'auteur conclut ainsi tout naturellement que le retour de *l'arbitraire est la conséquence inéluctable de la voie sur laquelle nous nous sommes engagé(e)s* ces cinquante dernières années.

Zusammenfassung

Die letzten fünfzig Jahre scheinen vor allem durch eine Abkehr vom Konzept der sozialen Wiedereingliederung des Täters und eine Hinwendung zum Konzept seiner Entfernung von der Gesellschaft geprägt zu sein, um diese vor möglichen künftigen Taten zu schützen. Dies bedeutet eine Abkehr von der Kernregel des Strafrechts, die uns lehrt, dass Strafe dazu dienen soll, eine in der Vergangenheit begangene Tat angemessen zu bestrafen. Im Gegensatz zu diesem Grundsatz werden wir heute dazu gedrängt, in die Zukunft zu blicken und unabhängig von der vergangenen Tat hart zu bestrafen. Wir sollen feststellen, ob ein statistisch nicht zu vernachlässigendes Risiko besteht, dass jemand in Zukunft wieder straffällig wird, und möglichst schon vor der ersten Tat eingreifen. Der Autor kommt deshalb zum Schluss, dass *die Rückkehr der Willkür die unausweichliche Folge des Weges ist, den wir in den letzten 50 Jahren eingeschlagen haben.*

1. 1974 – Etat des lieux

En 1974, les femmes viennent d'obtenir le droit de vote¹, mais appartiennent toujours sexuellement à leur époux², certaines formes d'homosexualité – alors

1 C'est en effet le 7.2.1971 que la moitié masculine du peuple suisse accorde le droit de vote et d'éligibilité aux femmes par 65,7% des voix exprimées et 17 cantons et demi-cantons. Pour des informations complémentaires, voir Yvan Rielle, *Das Ende der Männerdemokratie*, in: Wolf Linder/Christian Bolliger/Yvan Rielle (éd.), *Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1847–2007*, Berne 2010 (cité *Handbuch Volksabstimmungen-Auteur*), 308 ss.

2 Il faudra en effet attendre 1992 pour que le viol conjugal soit pénalement réprimé. A ce propos, voir Marc Forster, *Kriminalpolitik und Kriminalpraxis vor alten und neuen Herausforderungen*, in: Françoise Genillod *et al.* (éd.), *Von Repression zu Prävention: Antagonistische oder komplementäre Logiken? – De la répression à la prévention: logiques antagonistes ou complémentaires?*, Bâle 2022, 8; ainsi que ch. I de la LF du 21.6.1991, en vigueur depuis le 1.10.1992 (RO 1992 1670 1678; FF 1985 II 1021).

appelée « débauche contre nature » – sont pénalement punissables³ et le concubinage est réprimé dans plusieurs cantons⁴.

Pour ce qui est du code pénal suisse⁵, il sort tout juste d'une révision majeure – principalement de son droit des sanctions – entrée en vigueur partiellement le 1^{er} juillet 1971 et, notamment pour ce qui concerne les normes pénales applicables aux mineur(e)s, le 1^{er} janvier 1974⁶. Il connaît une subdivision tripartite des infractions – en crimes, délits et contraventions –, en parallèle à une division, elle aussi tripartite, des peines – les crimes étant passibles de la réclusion (de durée d'un an au moins et de vingt ans au plus, voire à vie lorsque la loi pénale le prévoit expressément), les délits de l'emprisonnement (de trois jours à trois ans) comme peine la plus grave et les contraventions des arrêts (de un jour à trois mois) ou de l'amende (de CHF 5000.– au maximum⁷) exclusivement⁸.

Les **peines** sont ainsi au nombre de deux : l'amende et les privations de liberté. Aux côtés de ces peines, les **mesures** se déclinent en internement des délinquant(e)s d'habitude (art. 42), mesures concernant les délinquant(e)s

3 A ce propos, voir l'art. 194 aCP, ainsi que, sur l'histoire du passage de l'homosexualité incriminée comme une « débauche contre nature » à la répression de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, Camille Montavon, De la criminalisation de la « débauche contre nature » à la répression de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : l'homosexualité dans le droit pénal suisse du XIX^e siècle à nos jours, RPS 1/2022 27 ss.

4 Si certains cantons ne connaissaient plus l'infraction de concubinage avant même l'entrée en vigueur du CP en 1942 (AG, GE, NE, SO, VD) et que d'autres l'ont aboli à cette occasion (BE, FR, SH, TI), il est resté une contravention de droit cantonal – en vertu de l'art. 335 ch. 1 al. 1 aCP – dans le reste de la Suisse, et ce jusqu'à 1995 en Valais, 1992 dans les cantons de Schwyz et d'Appenzell Rhodes Intérieures, 1988 à Uri, 1987 dans le canton de Nidwald, 1985 à Glaris, 1984 dans les cantons de Saint-Gall et de Thurgovie, 1982 en Appenzell Rhodes Extérieures et à Bâle-Campagne, 1981 dans les cantons d'Obwald et de Zoug, 1978 à Bâle-Ville, 1976 à Lucerne, 1975 dans le canton des Grisons et 1972 à Zurich. A ce propos, voir principalement Richard Franck, *Kantonalrechtliche Konkubinatsverbote*, in : Richard Franck *et al.* (éd.), *Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinats) im Schweizerischen Recht*, Zurich 1984, 5 ss ; mais également Marc Forster, *op. cit.* n. 2, 9 ; Anne-Lise Head-König, *Concubinage*, in : *Dictionnaire historique de la Suisse* (<<https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/016107/2007-09-10>> [consulté le 30.1.2024]) ; Oriana Jubin, *Les effets de l'union libre : comparaison des différents modes de conjugalités et propositions normatives*, Zurich 2017 ; Bernhard Pulver, *Union libre, entre droit actuel et réformes nécessaires*, Lausanne 1999 ; Francesca Ranzanici Ciresa, *Le concubinage en droit suisse*, Berne 2022.

5 CP ; RS 311.0.

6 Pour davantage de détails à ce propos, voir Paul Logoz, *Commentaire du Code pénal suisse, partie générale*, 2^e éd., Neuchâtel 1976, 17 s.

7 Pour leur part, les amendes délictuelles ou criminelles peuvent aller jusqu'à CHF 40 000.–, voire davantage si l'auteur agit par cupidité.

8 Les dispositions légales convoquées ici sont les art. 9, 35, 36, 39, 48, 101 et 106 du code pénal de l'époque. Il est par ailleurs à mentionner que notre description de ces normes correspond à la règle, mais que bon nombre d'exceptions auraient également dû être mentionnées si notre but avait été d'être complet.

anormaux et anormales (art. 43) et traitement des alcooliques et des toxicomanes (art. 44). Il existe par ailleurs des **peines accessoires** – soit l’incapacité d’exercer une charge ou une fonction (art. 51), la déchéance de la puissance paternelle ou de la tutelle (art. 53), l’interdiction d’exercer une profession, une industrie ou un commerce (art. 54), l’expulsion (art. 55) et l’interdiction des débits de boisson (art. 56) – et des « **autres mesures** » – notamment la confiscation (art. 58 ss), l’allocation à la personne lésée (art. 60) et la publication du jugement (art. 61).

Parmi les **actes réprimés** par la loi pénale, on trouve notamment encore l’avortement (art. 118 s.), le duel et la provocation en duel (art. 130 ss), le viol *hors mariage* seulement (art. 187) – qui ne couvre donc pas le viol conjugal⁹ –, la débauche contre nature (art. 194)¹⁰, le racolage (art. 206) et l’adultère (art. 214).

Si le droit pénal de fond est constitutionnellement de la compétence de la Confédération depuis 1898¹¹, il n’en va pas de même de la **procédure pénale** qui devra attendre jusqu’en 2011 pour être unifiée à son tour¹². C’est ainsi qu’en 1974, le code pénal est appliqué selon 26 procédures pénales différentes¹³. Celles-ci sont aujourd’hui classées en quatre grandes familles que la doctrine suisse actuelle¹⁴ nomme communément :

- Le modèle **juge d’instruction I** : l’enquête préliminaire et l’instruction sont de la seule compétence du ou de la juge d’instruction ; celui-ci ou celle-ci est dès lors indépendant(e) du ministère public qui formule ensuite ses réquisitions et soutient l’accusation devant le tribunal sur la base du dossier établi par l’autorité d’instruction ;

⁹ A ce propos, voir la n. 2.

¹⁰ A ce propos, voir la n. 3.

¹¹ A propos de l’histoire de l’échec en votation populaire du projet de Constitution fédérale de 1872 – qui prévoyait une compétence de la Confédération en matière de droit pénal et de procédure pénale –, puis de l’acceptation par le peuple suisse de la Constitution fédérale de 1874, épurée de toute référence à une potentielle unification en matière de droit pénal, avant que ne fût entreprise une révision partielle permettant d’édicter un code pénal suisse en 1898, voir Paul Logoz (1976), *op. cit.* n. 6, 11 ss, ainsi que la référence qui y est citée. Ajoutons ici que ce n’est toutefois que le 21.12.1937 que fut adopté le code pénal suisse et que son entrée en vigueur n’intervint qu’au 1.1.1942.

¹² Pour un résumé de l’histoire de l’unification de la procédure pénale en Suisse, voir Yvan Jeanne-rot/André Kuhn, *Précis de procédure pénale*, 2^e éd., Berne 2018, N 1008 ss.

¹³ Soit 25 procédures cantonales et la procédure pénale fédérale (aPPF) ; ce n’est en effet que depuis l’entrée en souveraineté du canton du Jura en 1979 (sur ce point, voir *Handbuch Volksabstimmungen-Brigitte Menzi, Zangengeburt gelingt: Der Jura wird der 23. Kanton der Schweiz*, 382 s.) que le nombre de cantons et demi-cantons passera à 26.

¹⁴ A commencer par le Rapport de la Commission d’expert(e)s « Unification de la procédure pénale » intitulé « De 29 à l’unité – Concept d’un code de procédure pénale fédéral », publié par le Département fédéral de justice et police en décembre 1997, 31 ss. Cette subdivision existait déjà antérieurement, mais n’était pas connue sous la même terminologie ; voir par exemple Gérard Piquerez, *Traité de procédure pénale suisse*, 2^e éd., Zurich 2006, N 404 ss, où l’auteur maintient encore sa terminologie initiale.

- Le modèle **juge d'instruction II** : l'enquête préliminaire et l'instruction sont de la compétence du ministère public qui saisit un ou une juge d'instruction pour effectuer certains actes, aussi bien lors de l'enquête préliminaire que lors de l'instruction ; ce ou cette juge d'instruction n'est dès lors pas totalement indépendant(e) ; une fois l'instruction terminée l'affaire revient au ministère public qui formule ses réquisitions et soutient l'accusation devant le tribunal ;
- Le modèle **ministère public I** : l'enquête préliminaire est de la compétence du ministère public qui saisit un ou une juge d'instruction indépendant(e), chargé(e) de mettre le dossier en état d'être jugé, dans les cas graves et/ou complexes ; une fois l'instruction terminée l'affaire revient au ministère public qui formule ses réquisitions et soutient l'accusation devant le tribunal ;
- Le modèle **ministère public II** : l'enquête préliminaire et l'instruction sont de la seule compétence du ministère public qui formule ensuite ses réquisitions et soutient l'accusation devant le tribunal sur la base du dossier établi par lui-même.

En termes de **politique criminelle** – soit, pour reprendre une définition de l'époque de l'unification du droit pénal en Suisse, « l'art de choisir les meilleurs moyens préventifs et répressifs pour la défense contre le crime »¹⁵ –, la législation pénale d'alors est largement considérée comme répondant véritablement aux besoins de la pratique – ce aussi bien dans les milieux de la pratique elle-même que dans ceux de la doctrine – et qu'elle permet au ou à la juge de faire de la bonne politique criminelle¹⁶. Dans un esprit empreint de considérations de défense sociale, les questions urgentes d'alors sont « d'abord le traitement des jeunes délinquant[e]s ; d'autre part, [...] le traitement des récidivistes invétéré[e]s. Sauver les un[e]s, en tirant parti du fait qu'ils [et elles] sont encore malléables, mettre les autres – les endurci[e]s – une belle fois hors d'état de nuire »¹⁷. C'est ainsi que le droit pénal applicable aux mineur(e)s (art. 82 ss aCP) et les mesures de prise en charge des délinquant(e)s d'habitude, des délinquant(e)s dit(e)s alors anormaux ou anormales, ainsi que des alcooliques et des toxicomanes (art. 42 ss aCP), sont des domaines privilégiés de la réflexion de politique criminelle de l'époque.

15 Paul Logoz, *Le Code pénal suisse et la lutte contre le crime*, RPS 2/1938 144 ss.

16 Ibid. On notera que dans l'esprit de l'époque, ce n'était pas le monde politique qui faisait de la politique criminelle, mais bien les organes de justice pénale auxquels le politique ne faisait que mettre à disposition des outils leur facilitant la tâche.

17 Ibid.

2. Cinquante années d'évolution

Dans ce deuxième chapitre, nous nous intéresserons à l'évolution du droit pénal d'une part (2.1) et de la procédure pénale d'autre part (2.2), avant de tenter de décrire le contexte politico-social dans lequel ces évolutions s'inscrivent (2.3). Ces considérations seront exclusivement qualitatives. Partant, et pour néanmoins donner une image quantitative de l'évolution étudiée, mentionnons qu'entre 1951 et 1982, le nombre d'actes normatifs à caractère pénal proprement dit est resté stable (13 actes), celui des actes contenant des dispositions pénales (soit le droit pénal accessoire) est passé de 89 à 104, tandis que le nombre de pages d'actes normatifs à caractère pénal proprement dit est passé de 364 à 442 et celui de dispositions pénales figurant dans d'autres actes normatifs de 174 à 205¹⁸. Si cette évolution est relativement modeste, les choses s'accélérent par la suite, puisqu'en 2016 on trouve 246 lois contenant des dispositions pénales (soit une augmentation de quelque 140 % depuis 1951 et d'environ 110 % depuis 1982) pour 1376 pages consacrées au droit pénal (soit, là aussi, un accroissement d'environ 155 % depuis 1951 et de quelque 112 % depuis 1982)¹⁹. Ces évolutions des normes pénales sont toutefois à relativiser par rapport à celles du droit civil et du droit administratif, puisqu'en 1951, environ 6 % des pages de la législation fédérale interne relevaient du droit pénal, alors que le pourcentage correspondant pour 1982 n'était plus que de 3,5 %²⁰ et de quelque 4 % en 2016²¹.

2.1 Evolution en matière de droit pénal

Deux regards seront portés sur l'évolution du droit pénal durant les cinquante dernières années. D'une part nous regarderons à travers des lunettes de pénaliste pour étudier l'évolution du droit pénal par le prisme des révisions successives du code pénal (2.1.1), puis nous porterons notre regard sur les principales votations populaires liées à des sujets de droit pénal qui ont jalonné les

18 Martin Killias, La criminalisation de la vie quotidienne et la politisation du droit pénal, *Revue de Droit Suisse* 4/1995 365 ss, plus précisément 371 s., N 203.

19 André Kuhn/Matteo Solcà, Recourt-on de manière excessive au système pénal en Suisse, *RICPTS* 1/2018 37 ss. Notons toutefois que l'augmentation récente du nombre de textes légaux contenant des dispositions pénales est largement due à une explosion de très courtes ordonnances consacrées au respect par la Suisse des sanctions internationales imposées par le Conseil de sécurité des Nations Unies à un nombre grandissant d'Etats, dispositions pénales ne trouvant que très rarement application. Quant à l'accroissement du nombre de pages consacrées à la législation pénale, il est en partie influencé par l'unification au niveau fédéral de la procédure pénale dans un code comptant pas moins de 164 pages à lui seul. Voir également Martin Killias/Marcelo Aebi/André Kuhn, *Précis de criminologie*, 4^e éd., Berne 2019, N 496.

20 Martin Killias, *op. cit.* n. 18.

21 André Kuhn/Matteo Solcà, *op. cit.* n. 19.

années séparant 1974 et 2024, pour aborder le sujet par un prisme plus proche des sciences politiques (2.1.2).

2.1.1 *Regard par le prisme du code pénal suisse*

Nous l'avons mentionné en introduction, le pouvoir législatif suisse a donc créé, au XIX^e siècle déjà, un droit pénal qui ne se contente plus de regarder dans le rétroviseur et de sanctionner – par des peines – les malfaiteurs et mal-faitrices en fonction de l'acte qu'ils ou elles ont commis dans le passé, mais qui regarde aussi à travers le pare-brise pour prendre en charge un individu dont on pense que la peine ne l'empêchera pas de commettre une nouvelle infraction à l'avenir – ce par l'intermédiaire de mesures.

À l'entrée en vigueur du code pénal, les commentateurs écrivaient à ce propos : « Le CPS n'a pas, sous prétexte de réforme, perdu le contact avec les bases traditionnelles du droit pénal »²². En effet, peines et mesures s'inscrivaient ensemble dans un dualisme à caractère humain, cherchant à faire au mieux pour le ou la délinquant(e). On voyait les choses de manière complémentaire ; c'est-à-dire que les peines et les mesures visaient en réalité le même but, à savoir celui de prendre en charge un ou une délinquant(e) de manière optimale pour lui éviter de commettre de nouvelles infractions et de retomber dans les griffes du droit pénal. Carl Stooss²³ lui-même qualifiait ce système dualiste de sanctions – peines et mesures – de « moderne » et de « précurseur » et considérait que les dispositions sur le sujet étaient « parmi les plus importantes » de son Avant-projet de 1893²⁴.

Comme mentionné plus haut, la révision partielle de 1971 remodèle quelque peu le droit des sanctions²⁵ ; néanmoins, cette révision partielle a certes « modifié ce système, mais non dans son essence » nous dit Paul Logoz, avant d'ajouter dans la foulée : « Sur le *pronostic* à faire à cet égard par le [ou la] juge

22 Paul Logoz, Commentaire du Code Pénal Suisse – Partie générale, 1^{re} éd., Fascicule II, Neuchâtel 1939, 146.

23 Carl Stooss (1849-1934), un des pénalistes suisses les plus connus de son époque, est considéré comme le créateur spirituel du code pénal suisse. Voir toutefois aussi n. 128.

24 Carl Stooss, Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches – Allgemeiner Teil, Bâle et Genève 1893, 49 : « *Die Art. 23 und 40 gehören zu den wichtigsten Bestimmungen des Entwurfes. Sie sehen Massnahmen gegen diejenigen Verbrecher vor, gegen welche die ordentliche Strafe ihre Wirkung versagt* ».

25 Cette révision est résumée de manière quelque peu simplificatrice par le Conseil fédéral dans son Message de 1999 concernant la révision de grande envergure suivante – qui entrera en vigueur en 2007 – en ces termes : « La révision de 1971 fut d'une grande importance ; elle a notamment introduit de nouvelles formes d'exécution des peines et de nouvelles sanctions, telles que la semi-liberté et la semi-détention, l'astreinte au travail pour les adolescent[e]s et le sursis à l'exécution d'une peine privative de liberté n'excédant pas 18 mois » (FF 1999 1790). Pour des détails supplémentaires, voir toutefois Paul Logoz (1976), *op. cit.* n. 6, 17 s. et 186 ss.

pénal[e], cf. Schultz... et Clerc... »²⁶. On n'a donc pas touché aux fondements mêmes du système dualiste à caractère humain, système qui vise à l'individualisation extrême de la répression pénale « par un emploi intelligent des moyens pénaux de l'une et de l'autre espèce »²⁷ nous affirme-t-on. Mais en même temps, subrepticement, le langage se modifie quelque peu en mentionnant que la bonne application des mesures nécessite l'établissement d'un *pro-nostic*. On observe ainsi, dans les années 1970 déjà, un léger glissement du rétroviseur vers le pare-brise.

Une dizaine d'années plus tard, on remet l'ouvrage sur le métier en envisageant une refonte de la partie générale du code pénal. Du mandat donné au Professeur Hans Schultz de l'Université de Berne en 1983²⁸ à l'entrée en vigueur d'une partie générale du code pénal largement révisée²⁹ – principalement sur la question du droit des sanctions d'ailleurs³⁰ – le 1^{er} janvier 2007, en passant entre autres par l'« Avant-Projet Schultz »³¹, le message du Conseil fédéral³², un texte adopté par le Parlement³³ et une révision de ce texte avant même son entrée en vigueur³⁴, bien des choses se sont passées. Durant les années 1990, les débats furent vifs – et c'est peu dire – principalement autour de la question de l'abolition des courtes peines privatives de liberté³⁵. Malheureusement, ces débats – qui se sont soldés par l'introduction dans le code pénal d'une très forte restriction de l'usage des peines de moins de six mois³⁶ – étaient bien futiles par rapport à ce qui était en train de se tramer par ailleurs. Le véritable

26 Paul Logoz (1976), *op. cit.* n. 6, 186 s. Mise en évidence ajoutée par l'auteur.

27 Ibid.

28 FF 1999 1794.

29 RO 2006 3459.

30 Parmi les principales nouveautés à cet égard, on trouvait l'abandon des peines privatives de liberté de moins de six mois, l'introduction du travail d'intérêt général au titre de peine à part entière, la création d'un nouveau mode de calcul des peines monétaires (les jours-amende), l'extension du sursis aux peines allant jusqu'à deux ans, l'introduction du sursis partiel, la facilitation du prononcé des mesures, l'introduction de l'interdiction de conduire au titre d'« autre mesure », et bien d'autres encore.

31 Hans Schultz, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Berne 1987.

32 FF 1999 1787.

33 FF 2002 7658.

34 RO 2006 3539 ; FF 2005 4425 : Message relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13.12.2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21.3.2003.

35 A ce propos, voir par exemple les actes d'un congrès du Groupe suisse de criminologie consacré à ces questions (Stefan Bauhofer/Pierre-Henri Bolle [éd.], Reform der strafrechtlichen Sanktionen – Réforme des sanctions pénales, Coire 1994), actes qui ne contiennent évidemment pas les assauts verbaux dont ont fait l'objet certaines des présentations lors des séances de questions qui les suivirent. Mentionnons toutefois ici que les débats ne concernaient pas exclusivement les courtes peines privatives de liberté ; le sursis partiel, les mesures thérapeutiques et l'interne-ment n'étaient pas en reste, même si de manière bien moins conflictuelle.

36 Art. 40 et 41 CP (dans sa version en vigueur entre 2007 et 2017).

changement qui était en train de se préparer durant ce temps est résumé de la manière suivante dans le message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse du 21 septembre 1998 :

« Dans les années nonante, la discussion sur la politique pénale prit un nouveau virage. Face aux différents délits d'ordre sexuel et à des homicides particulièrement révoltants, à la crainte de l'extension de la criminalité organisée et aux difficultés à poursuivre les délits économiques, plusieurs interventions parlementaires ont réclamé que le droit pénal garantisse à la société une plus grande sécurité »³⁷.

On était donc clairement en train de mettre le cap sur une punitivité accrue en prônant le regard à travers le pare-brise plutôt que dans le rétroviseur ! Le débat sur les courtes peines ne concernait probablement que la contrepartie nécessaire au système dans son ensemble pour que – de manière systémique – son équilibre soit maintenu.

Ce changement a notamment été concrétisé par l'introduction dans le code pénal de l'art. 64 – permettant un internement même pour des délinquant(e)s primaires –, de la notion de dangerosité à l'art. 75a CP, ainsi que – plus subtilement – par l'introduction de mesures dites « thérapeutiques » (art. 59 à 61 CP), mais dont la caractéristique est de disposer que la thérapie n'est en réalité qu'un moyen d'atteindre le but de faire en sorte que « la mesure détournera [l'auteur(e)] de nouvelles infractions en relation avec [son] trouble »³⁸. Il s'agit donc clairement de mesures à caractère fondamentalement sécuritaire, bien plus que thérapeutique³⁹.

Un peu plus tard dans les années 2000, on en remit une couche, puisque le Conseil fédéral, non content du texte pourtant voté aux Chambres fédérales en 2002⁴⁰ sans faire l'objet d'un référendum, proposa un durcissement supplémentaire de certaines dispositions, dont notamment les art. 59 al. 3 – sur l'exécution d'une mesure thérapeutique de traitement des troubles mentaux en établissement pénitentiaire –, 65 al. 2 – sur le prononcé *a posteriori* d'un internement – et 64 al. 1 – pour y introduire une clause générale permettant le prononcé d'un internement en cas d'infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins cinq ans, alors que le Parlement avait fixé cette limite à dix ans en 2002⁴¹. Le tout entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

37 FF 1999 1791.

38 Voir les art. 59 al. 1 let. b, 60 al. 1 let. b et 61 al. 1 let. b.

39 A ce propos, voir également Nicolas Queloz, Les mesures thérapeutiques en droit pénal suisse – Un peu de soin, un contrôle de longue durée et une forte obsession sécuritaire, Santé mentale au Québec 1/2022 129 ss.

40 BO 2002 N 2171 et BO 2002 E 1306; FF 2002 7658.

41 RO 2006 3539; FF 2005 4425.

Et finalement, au 1^{er} janvier 2018⁴², à la suite d'une session parlementaire extraordinaire consacrée exclusivement à la révision du code pénal⁴³ – tenue en 2009, soit deux ans et demi après l'entrée en vigueur de la révision précédente –, on reviendra en arrière sur certains points introduits dans notre législation pénale en 2007 avec une volonté un tant soit peu humaniste – à savoir l'abolition des courtes peines privatives de liberté et l'introduction du travail d'intérêt général au titre de peine pénale –, que l'on effacera d'un coup de gomme sans même prendre la peine de faire une évaluation sérieuse du droit des sanctions de 2007, et cela évidemment en ne revenant pas sur les aspects les plus répressifs de la révision de 2007 que sont les normes concernant les mesures privatives de liberté mentionnées ci-avant.

A cela viennent encore s'ajouter toute une série d'initiatives populaires qui ont été conçues par leurs auteur(e)s comme autant d'expressions de la volonté de renforcement du mouvement de protection de la société⁴⁴. On a ainsi encore ajouté à l'arsenal pénal, en 2008, l'internement à vie⁴⁵ – présupposant qu'il est possible aujourd'hui de savoir qu'un être humain diagnostiqué comme étant « malade » de la maladie de « dangerosité » ne changera pas jusqu'à sa mort – et, dans les années 2010, on a même envisagé le retour de la peine de mort dans le droit des sanctions de notre pays⁴⁶, en partant du principe que la justice était beaucoup trop laxiste et qu'il fallait protéger la société à n'importe quel prix contre les actes de certaines personnes criminelles.

Finalement, au moment de la reddition du présent texte, le Parlement est saisi par le Conseil fédéral d'un texte prévoyant des restrictions quant aux congés que peuvent obtenir des personnes internées, ainsi que des réexamens de leur situation beaucoup plus espacés qu'auparavant. Par ailleurs, il est envisagé de prévoir qu'une personne mineure de 16 ans puisse se voir interner au terme de l'exécution de la sanction prononcée en vertu du droit pénal des mineur(e)s⁴⁷.

42 FF 2012 4385 ; RO 2016 1249.

43 <https://www.swissinfo.ch/fre/politique/le-code-p%C3%A9nal-suisse-en-accusation/7433336> (consulté le 30.1.2024) ; ainsi que BO 2009 N (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=21431>) [consulté le 30.1.2024]) et BO 2009 E (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=15775>) [consulté le 30.1.2024]), objet 09.9008.

44 A ce propos, voir André Kuhn/Camille Perrier Depeursinge/Delphine Brun, *Dangerosité, mesures et droit pénal* : Un ménage à trois voué au divorce, RPS 2014 353 ss, plus spécifiquement 361.

45 Art. 123a Cst. (RS 101), accepté en votation populaire le 8.2.2004, ainsi que art. 64 al. 1^{bis} CP, introduit dans le code pénal par le ch. I de la LF du 21.12.2007 (Internement à vie des délinquants extrêmement dangereux), en vigueur depuis le 1.8.2008 (RO 2008 2961 ; FF 2006 869). A ce propos, voir aussi ci-dessous, chapitre 2.1.2, plus précisément n. 65 s.

46 Initiative populaire fédérale « Peine de mort en cas d'assassinat en concours avec un abus sexuel », FF 2010 4975 modifiant l'art. 10 al. 1 et 3 et l'art. 123a al. 4 (nouveau) Cst., initiative ayant échoué au stade de la récolte des signatures (FF 2012 2231).

47 FF 2022 2991.

2.1.2 *Regard par le prisme des votations populaires*

En préambule, rappelons que le code pénal suisse lui-même, après son adoption par les Chambres fédérales en 1937, a fait l'objet d'un référendum – soutenu principalement par les partisans d'un maintien de la compétence cantonale en matière de droit pénal – et a donc été porté devant le peuple suisse en 1938. C'est ainsi que le 3 juillet 1938, notre code pénal a été accepté de justesse (par 53,5 % des votants⁴⁸), les réticences principales provenant de ce que la population suisse a pour habitude – dénigrante et donc à la limite de l'admissible – d'appeler les cantons « primitifs », associés aux cantons dits « romands »⁴⁹.

Pour ce qui concerne les cinquante dernières années (1974-2024), celles-ci ont été marquées par un nombre relativement important de sujets à caractère pénal portés devant le peuple par l'intermédiaire d'initiatives populaires, de référendums facultatifs contre des projets de loi votés par le Parlement, ou de référendums obligatoires pour des révisions constitutionnelles. Nous tenterons d'en retracer les principaux dans l'ordre chronologique.

- En décembre 1975⁵⁰, l'introduction dans la Constitution de la liberté d'établissement de tout Suisse et de toute Suisseuse partout en Suisse est adoptée par une large majorité (75,6 %) de personnes votantes. Si ce sujet n'est pas à proprement parler pénal, les restrictions à la liberté d'établissement qu'il lève concernent principalement les personnes indigentes et les... délinquant(e)s⁵¹.
- En juin 1982⁵², des sanctions plus sévères à l'encontre de certaines formes de délinquance violente (principalement l'enlèvement et la séquestration, ainsi que la prise d'otage), l'incrimination des actes préparatoires, ainsi que celle de provocation publique au crime ou à la violence sont largement adoptées (63,7 %) par le peuple suisse⁵³.
- En juin 1985⁵⁴, en réaction à un débat fraîchement initié autour de la décriminalisation de l'avortement, une initiative pour la protection de la

48 De sexe masculin seulement ; à ce propos voir n. 1.

49 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Yvan Rielle, Strafgesetzbuch trotz heftigem Widerstand von Föderalisten und Konservativen knapp angenommen, 187 ss.

50 Dans le cadre d'un référendum obligatoire.

51 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Brigitte Menzi, Ja zur Niederlassungsfreiheit – auch für Bedürftige und Delinquenten, 341 s.

52 Dans le cadre d'un référendum facultatif.

53 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Brigitte Menzi, Deutliches Ja zu härteren Strafen für Gewaltverbrechen trotz Kritik am «Maulkorbgesetz», 405 s.

54 A la suite d'une initiative populaire.

vie depuis la conception jusqu'à la mort – c'est-à-dire contre toute forme d'avortement – est largement rejetée (69 %) par le peuple⁵⁵.

- En mai 1992⁵⁶, le droit pénal en matière sexuelle est entièrement revisité, prévoyant – entre autres – l'incrimination du viol conjugal⁵⁷ et mettant sur pied d'égalité les infractions commises dans des relations homosexuelle et hétérosexuelle. Ces nouvelles normes sont adoptées par une très large majorité (73,1 %) de la population⁵⁸.
- En décembre 1994⁵⁹, à la suite d'un référendum déposé contre une loi votée par le Parlement et prévoyant un durcissement des mesures de contrainte en matière de droit des personnes étrangères, le peuple suisse vote largement en faveur (72,9 %) d'un tel durcissement⁶⁰.
- En juin 2002⁶¹, le peuple suisse adhère largement (72,2 %) à une révision des normes sur l'interruption de grossesse en adoptant le régime dit « du délai », qui prévoit que l'interruption volontaire de grossesse n'est pas punissable si elle intervient dans le douze semaines qui suivent les dernières règles⁶².
- En juin 2002⁶³ également, et en parallèle à la décision d'adoption du régime du délai, la population rejette massivement (81,8 %) une initiative populaire déposée en réaction au projet de légaliser l'avortement, avec pour objectif de protéger de manière absolue la vie de l'enfant à naître⁶⁴.
- En février 2004⁶⁵, alors même que le nouveau code pénal – y compris un internement facilité par rapport à ce que prévoyait l'ancien texte – avait été voté par le Parlement en 2002, mais n'était pas encore entré en vigueur, une initiative populaire propose de créer une sanction d'internement à vie pour les délinquant(e)s sexuel(le)s et violent(e)s extrêmement dangereux ou dangereuses et non amendables. Malgré l'avis négatif du Conseil fédé-

55 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Yvan Rielle, *Nein zum Abtreibungsverbot*, 429 ss.

56 Dans le cadre d'un référendum facultatif.

57 Voir à ce propos la n. 2.

58 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Brigitte Menzi, *Neuere Moralvorstellungen setzen sich durch: Das Volk segnet die Revision des Sexualstrafrechts ab*, 491 s.

59 Dans le cadre d'un référendum facultatif.

60 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Brigitte Menzi, *Ausländer und Asylsuchende sollen härter angepackt werden*, 530 s.

61 Dans le cadre d'un référendum facultatif.

62 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Yvan Rielle, *Ja zur Fristenlösung Selbstverantwortung ersetzt Verbot im Abtreibungsrecht*, 617 ss.

63 A la suite d'une initiative populaire.

64 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Yvan Rielle, *Das rigorose Abtreibungsverbot scheidet an der Urne sehr deutlich*, 619 s.

65 A la suite d'une initiative populaire.

ral, d'une majorité du Parlement et du monde de la criminologie, le peuple suisse adopte ce texte par 56,2 % des voix exprimées⁶⁶.

- En novembre 2008⁶⁷, alors même que le Conseil fédéral ainsi qu'une majorité du Parlement et du monde de la criminologie s'opposent à un texte considéré comme imprécis et qui ne tient pas compte de la structure globale de la législation pénale suisse, le peuple adhère à 51,9 % à l'idée qu'il faut rendre imprescriptibles les actes d'ordre sexuel ou pornographiques exercés sur des enfants impubères⁶⁸.
- En novembre 2010⁶⁹, alors même que le Parlement lui oppose un contreprojet jugé plus adéquat, le texte de l'initiative pour le renvoi des criminel(le)s de nationalité étrangère est adopté par 52,3 % des personnes votantes⁷⁰.
- En mai 2014⁷¹, alors même que la loi pénale prévoit déjà la possibilité – largement utilisée par les tribunaux – d'interdire à une personne condamnée d'exercer une activité dans le domaine dans lequel elle a commis son infraction, l'initiative intitulée « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants » – prévoyant l'obligation de prononcer une telle interdiction à chaque fois qu'une personne est condamnée pour avoir porté atteinte à l'intégrité sexuelle d'un(e) enfant ou d'une personne dépendante – est largement adoptée (63,5 %) par le peuple suisse⁷².
- En février 2016⁷³, considérant que les autorités n'ont pas respecté la volonté populaire exprimée en novembre 2010⁷⁴, les initiant(e)s remettent l'ouvrage sur le métier et déposent un texte intitulé « Pour le renvoi effectif des étrangers [et étrangères] criminel[le]s ». Cette fois-ci c'en est trop aux yeux des personnes votantes qui rejettent l'initiative par 58,9 % des voix exprimées⁷⁵.
- En novembre 2018⁷⁶, une initiative proposant de donner la priorité au droit suisse sur le droit international intitulée « Le droit suisse au lieu de juges

66 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Brigitte Menzi, Brutales Sexualdelikt zeitigt politische Folgen: Ja zur Verwahrungsinitiative, 642 s.

67 A la suite d'une initiative populaire.

68 Pour davantage de précisions et des références, voir <<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vis329.html>> (consulté le 30.1.2024).

69 A la suite d'une initiative populaire.

70 Pour davantage de précisions et des références, voir <<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vis357.html>> (consulté le 30.1.2024).

71 A la suite d'une initiative populaire.

72 Pour davantage de précisions et des références, voir <<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vis376.html>> (consulté le 30.1.2024).

73 A la suite d'une initiative populaire.

74 Voir ci-dessus.

75 Pour davantage de précisions et des références, voir <<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vis433.html>> (consulté le 30.1.2024).

76 A la suite d'une initiative populaire.

étrangers [ou étrangères] (initiative pour l'autodétermination) » est rejetée par 66,3 % des personnes votantes⁷⁷.

- En février 2020⁷⁸, la proposition du Parlement envisageant d'élargir le champ d'application de la norme réprimant la discrimination raciale (art. 261^{bis} CP), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995, aux discriminations en raison de l'orientation sexuelle est adoptée (63,1 %) en votation populaire malgré le référendum déposé contre ce texte⁷⁹.

Ces quelques votations populaires montrent que l'on passe d'une vision relativement favorable aux délinquant(e)s (en 1975) à un accroissement de la punitivité initiée par le Parlement dans le cadre d'une vision globale de la législation suisse (en 1982, 1992, 1994), puis à des modifications débridées proposées par des mouvements populaires principalement situés sur la droite de l'échiquier politique, d'abord refusées par le peuple (en 1985, 2002), puis finalement acceptées par celui-ci (en 2004, 2008, 2010, 2014). L'évolution – entrecoupée par quelques exceptions (telles que la libéralisation de l'interruption de grossesse en 2002 et l'incrimination de l'homophobie en 2020⁸⁰) vers ce que d'aucun(e)s appellent le populisme pénal⁸¹ – avec son lot de règles sécuritaires – est donc en marche, certaines thématiques étant utilisées de manière à servir de fonds de commerce à certains partis politiques qui (ab)usent de leur caractère émotionnel pour obtenir des succès en votations populaires qui se transforment ensuite en succès électoraux. On observe toutefois aussi que l'activation perpétuelle des mêmes thématiques par les mêmes milieux a des limites, puisque les initiatives de 2016 et de 2018 semblent marquer un essoufflement de cette rhétorique.

2.2 Evolution en matière de procédure pénale

Même si les développements sont bien moins nombreux – mais néanmoins tout aussi importants – en droit de forme qu'en droit de fond, nous avons pris le parti de porter ici les mêmes deux regards sur la matière que ceux posés sur le droit pénal de fond : le prisme de l'évolution du droit de procédure au niveau

77 Pour davantage de précisions et des références, voir <<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/rf/cr/2018/20181874.html>> (consulté le 30.1.2024).

78 Dans le cadre d'un référendum facultatif.

79 Pour davantage de précisions et des références, voir <<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/rf/cr/2018/20181644.html>> (consulté le 30.1.2024).

80 A ce propos, voir la n. 3.

81 A ce propos, voir – entre autres – Loïc Parein, Dans les rouages du populisme pénal, *Plaidoyer* 1/2017 32 ss; Nicolas Queloz, Quand la politique pénale est de plus en plus gouvernée par le populisme: inquiétudes d'un pénaliste, *RJF* 2-3/2013 103 ss; Alexandre Audesse/Joane Martel, L'architecture singulière du populisme pénal, *Champ Pénal* 2020 (<<https://journals.openedition.org/champpenal/11931>> [consulté le 30.1.2024]); Hélène Dumont, Une décennie de populisme pénal et de contre-réformes en matière punitive au Canada, *RSC* 1/2011 239 ss.

fédéral de ces cinquante dernières années (2.2.1) et le prisme des votations populaire sur le sujet (2.2.2).

2.2.1 Regard par le prisme du code de procédure pénale suisse

Sous le prisme du droit, comme mentionné plus haut déjà, la procédure pénale a subi un tournant radical en 2011, lorsque le code de procédure pénale unifié est entré en vigueur, puis vinrent quelques adaptations jurisprudentielles, une révision des dispositions sur les investigations – ou plus précisément les recherches – secrètes entrée en vigueur le 1^{er} mai 2013⁸² et une autre sur la surveillance secrète entrée en vigueur le 1^{er} mars 2018⁸³, ainsi qu'une réforme plus générale, mais somme toute assez mineure⁸⁴, entrée en vigueur en 2024⁸⁵.

Lors de l'élaboration de ce code de procédure pénale, le pouvoir législatif a retenu le modèle dit « du ministère public II »⁸⁶, soit celui dans lequel l'enquête préliminaire et l'instruction sont de la seule compétence du ministère public qui formule ensuite ses réquisitions et soutient l'accusation devant le tribunal sur la base du dossier établi par lui-même. Ce texte prévoit par ailleurs la liberté des moyens de preuves (art. 139 al. 1 CPP), sous réserve de leur illicéité (art. 140 s. CPP)⁸⁷, des règles sur la preuve ADN⁸⁸ et sur les données signalétiques⁸⁹, ainsi qu'un chapitre conséquent consacré aux mesures de surveillance secrètes⁹⁰.

Avant 2011, la procédure pénale était de la compétence cantonale, même si quelques entorses au fédéralisme sont à relever, telles que l'introduction de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions⁹¹ en 1993 – loi contenant initialement⁹² un volet de procédure pénale imposant aux cantons certaines normes favorables aux victimes, telles que celle prévoyant la possibilité de faire valoir des prétentions civiles dans le cadre d'une action pénale. Par ailleurs, alors

82 RO 2013 1051; FF 2012 5167; FF 2012 5183.

83 RO 2018 117; FF 2013 2379.

84 Simple toilettage selon le Conseil fédéral, cette révision prévoit néanmoins – entre autres – l'obligation pour le ministère public d'entendre le prévenu avant de rendre une ordonnance pénale proposant une condamnation à une peine privative de liberté ferme (art. 352a CPP), ainsi que l'extension de l'usage de profils d'ADN durant l'instruction pénale (en parallèle avec une révision de la loi sur les profils d'ADN [RS 363; FF 2021 2998; RO 2023 309] autorisant la recherche en parentèle [art. 2a] et le phénotypage [art. 2b]).

85 FF 2022 1560; RO 2023 468.

86 Concernant les modèles précédemment appliqués en Suisse par les cantons et la procédure pénale appliquée devant les autorités fédérales, voir ci-dessus chapitre 1.

87 A ce propos, voir Yvan Jeanneret/André Kuhn, *op. cit.* n. 12, N 8002 ss.

88 Art. 255 ss; à ce propos voir Yvan Jeanneret/André Kuhn, *op. cit.* n. 12, N 14043 ss.

89 Art. 260 ss; à ce propos voir Yvan Jeanneret/André Kuhn, *op. cit.* n. 12, N 14057 ss.

90 Art. 269 ss; à ce propos voir Yvan Jeanneret/André Kuhn, *op. cit.* n. 12, N 14089 ss.

91 LAVI; RS 312.5.

92 A l'entrée en vigueur du CPP en 2011, ce volet « procédure pénale » a été transféré aux articles 116 s. CPP, ainsi que dans les dispositions auxquelles renvoie l'art. 117 CPP.

que l'ensemble des cantons fondaient leur procédure pénale sur le principe de la légalité des poursuites (prévoyant que les autorités pénales sont obligées de poursuivre les infractions portées à leur connaissance), ils ouvraient aussi plus ou moins grand la porte à quelques exceptions en application du principe de l'opportunité des poursuites (soit celui qui permet aux autorités pénales de ne pas poursuivre une infraction lorsque cela paraît inopportun)⁹³; les différences entre cantons, le pouvoir législatif fédéral leur a, en 1990, imposé une norme⁹⁴ prévoyant l'opportunité des poursuites dans les cas dans lesquels l'auteur(e) a déjà suffisamment souffert de l'infraction qu'il ou elle a lui-même ou elle-même commise⁹⁵, avant d'étendre encore un peu l'opportunité des poursuites dans le code pénal⁹⁶, puis encore un peu plus lors de l'entrée en vigueur du code de procédure pénale⁹⁷.

De surcroît, conscients que le fédéralisme en matière de procédure pénale n'était pas idéal, les cantons ont élaboré le « Concordat du 5 novembre 1992 sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale »⁹⁸ contenant certains éléments de procédure, tels que la question des actes de procédure exécutés par des autorités pénales cantonales dans un autre canton ou à la requête d'un autre canton.

2.2.2 *Regard par le prisme des votations populaires*

Très peu de votations populaires ont eu pour fondement une modification en matière de procédure pénale. Nous en avons ici retenu trois :

- En décembre 1984⁹⁹, le peuple suisse plébiscite (à 82,1 %) l'Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire « sur l'indemnisation des victimes d'actes de violence criminels » qui contient des règles de procédure pénale s'imposant aux cantons malgré leur souveraineté en la matière¹⁰⁰.

93 La légalité des poursuites comme principe de base avec quelques ouvertures sur l'opportunité des poursuites est aujourd'hui encore la logique sous-tendant la procédure pénale unifiée. A ce propos, voir les art. 7 (caractère impératif de la poursuite) et 8 (renonciation à toute poursuite) CPP, ainsi que Yvan Jeanneret/André Kuhn, *op. cit.* n. 12, N 4090 ss.

94 En l'introduisant dans le CP, puisqu'aucune loi fédérale de procédure pénale n'existait.

95 Art. 66^{bis} aCP (RO 1989 2449, 2456; FF 1985 II 1021), aujourd'hui devenu l'art. 54 CP.

96 Art. 52 ss CP.

97 Art. 8 CPP.

98 RO 1993 2876; aRS 351.71; entré en vigueur le 2.11.1993.

99 A la suite d'une initiative populaire retirée au bénéfice du contre-projet du Parlement.

100 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Roswitha Dubach, *Besserer Schutz der Opfer von Gewaltverbrechen wird kaum bestritten*, 424 s.

- En mars 2000¹⁰¹, le peuple suisse décide à une très large majorité (86,4 %) de transférer des cantons à la Confédération la compétence de légiférer en matière de procédure pénale¹⁰².
- En septembre 2016¹⁰³, dans le cadre principalement de la lutte contre le terrorisme, le Parlement légifère dans le sens de l'octroi au Service de renseignement de la Confédération de droits de surveillance de certains individus qui vont largement au-delà de ceux prévus pour les autorités pénales dans le code de procédure pénale au chapitre des mesures de surveillance secrètes¹⁰⁴. Un référendum s'opposant à la création de cet « Etat fouineur » est déposé, mais en vain, puisque la loi fédérale sur le renseignement (LRens) est largement (65,5 %) adoptée¹⁰⁵.

Il n'est évidemment pas possible de tirer de grandes conclusions de ces trois votations populaires, si ce n'est peut-être qu'elles s'inscrivent dans ce que nous avons pu observer en étudiant les votations liées au droit de fond. En effet, celles de 1984 et de 2000 s'inscrivent dans la volonté de créer une législation globale logique et celle de 2016 plutôt dans une démarche utilisant une thématique émotionnellement chargée (en l'occurrence le terrorisme) pour légiférer de manière sécuritaire.

2.3 Contexte politico-social

En 1974 paraît un ouvrage de plusieurs centaines de pages entièrement dédié à l'idée que le droit pénal pourrait être abandonné¹⁰⁶. L'auteur y affirme que les personnes condamnées ne sont que les victimes d'une société injuste et que des traitements pourraient avantageusement remplacer les punitions infligées par l'Etat. Cette conception, liée à l'air du temps du moment¹⁰⁷, a profondément marqué le droit pénal suisse en poussant le pouvoir législatif à mettre l'accent sur des prises en charge particulières – des mesures – de personnes particulières, plutôt que des punitions – des peines – à tout-va.

Mais dans les années 1990, le vent tourne¹⁰⁸; les mesures deviennent petit à petit des outils non plus de soins, mais de maintien en détention de personnes

101 Dans le cadre d'un référendum obligatoire.

102 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Manuel Graf, Ein Beispiel schweizerischer Konsenspolitik, 583 s.

103 Dans le cadre d'un référendum facultatif.

104 A ce propos voir ci-dessus chapitre 2.2.1.

105 Pour davantage de précisions et des références, voir <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/rf/cr/2012/20120872.html> (consulté le 30.1.2024).

106 Arno Plack, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, Munich 1974.

107 A ce propos, voir également n. 128.

108 Selon Marc Forster, *op. cit.* n. 2, 5, le déclencheur serait à chercher du côté du meurtre commis au Zollikerberg, en 1993, affaire dans laquelle un multirécidiviste commet un nouvel homicide lors d'un congé pénitentiaire. Notons toutefois qu'en 1989 déjà Thierry Béguin déposait une

condamnées étiquetées comme étant dangereuses et des entraves légales à la libération conditionnelle¹⁰⁹ sont créées.

Ce glissement vers une punitivité accrue du système pénal est fort probablement le fruit d'un changement de contexte politico-social ayant fait passer la criminalité et le droit pénal d'une thématique traitée par des spécialistes à un thème politique porteur et générateur de voix aux élections suivantes. Pour tenter d'en comprendre les raisons, il nous semble en premier lieu utile de mentionner que la population résidente en Suisse a vieilli et fortement augmenté durant ces cinquante dernières années – passant d'environ six millions à quelque neuf millions¹¹⁰ –, entraînant avec elle une progression du sentiment d'insécurité¹¹¹ et de la peur des personnes étrangères. Sur ce dernier point, mentionnons la série d'initiatives dites « Schwarzenbach »¹¹² qui ont été rejetées dans les années 1970¹¹³, avant que n'intervienne le rejet d'une loi sur l'immigration plutôt favorable aux personnes étrangères en 1982¹¹⁴, la montée en puissance de la frange la plus radicale d'un parti politique nationaliste¹¹⁵ dans les années 1990, surfant sur la peur de celui ou celle qui vient de l'étranger¹¹⁶

motion (transmise comme postulat) concernant l'introduction dans le code pénal suisse d'une peine incompressible au motif que des crimes odieux ont été commis contre des enfants (voir BOAF – CE, 1990, 167 ss).

- 109 Telles que les commissions de dangerosité (art. 75a CP), la nécessité de pronostics toujours plus rigoureux, etc.
- 110 Source : Office fédéral de la statistique, tableau su-f-01.02.04.05 (Bilan de la population résidente permanente, de 1861 à 2022 [consulté le 30.1.2024]).
- 111 Ce sentiment n'augmente d'ailleurs pas forcément en nombre de personnes qu'il touche, mais bien plutôt en intensité, les personnes en insécurité semblant l'être toujours davantage : Baptiste Viredaz, Le sentiment d'insécurité: devons-nous avoir peur?, Grolley 2005, 28 s.
- 112 Du nom de leur initiateur (James Schwarzenbach) qui voulait à tout prix limiter l'immigration étrangère sur sol helvétique.
- 113 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Roswitha Dubach, Schwarzenbachs «Überfremdungsinitiative» scheitert nur knapp (1970), 303 s.; Die dritte «Überfremdungsinitiative» scheitert überraschend deutlich (1974), 330 s.; Rezession nimmt vierter und fünfter Überfremdungsinitiative die Brisanz (1977), 355 s.
- 114 Pour davantage de précisions et des références, voir Handbuch Volksabstimmungen-Roswitha Dubach, Die gesetzliche Grundlage der Ausländerpolitik scheitert an der «Überfremdungsangst», 406 s.
- 115 Soit l'Union démocratique du centre en français, mais dont la dénomination germanophone (Schweizerische Volkspartei) est probablement bien moins trompeuse et plus proche de la réalité du terrain.
- 116 En s'étant notamment opposé à l'adhésion de la Suisse à l'Espace économique européen (Handbuch Volksabstimmungen-Brigitte Menzi, Schicksalshafte Europafrage: Das Volk sagt Nein zum EWR, 499 ss), ou encore en menant le combat contre les minarets (<<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis353.html>>; initiative adoptée en novembre 2009 par 57,5 % des voix) et la burqa (<<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis465.html>>; initiative adoptée en novembre 2021 par 51,2 % des voix), ainsi qu'en tentant de faire prévaloir la justice suisse par rapport au droit international (voir n. 77).

et de la personne criminelle¹¹⁷, en faisant de surcroît faussement¹¹⁸ le lien entre les deux pour parler de la personne criminelle comme provenant de l'étranger et, partant, de la personne étrangère comme d'une personne criminelle¹¹⁹.

Cet accroissement des craintes vis-à-vis de certaines catégories de personnes (étrangères, marginales, communistes, subversives, etc.), deviendra par la suite un terreau très favorable à la société de surveillance. C'est même le Ministère public de la Confédération qui initiera le mouvement par l'intermédiaire de ce que l'on a appelé l'« affaire des fiches » – pour d'autres le « scandale des fiches ». C'est ainsi qu'à la fin des années 1980 et dans la plus grande illégalité, les autorités de poursuite pénales fédérales, secondées par les polices cantonales, ont fiché quelque 700 000 personnes et organisations (soit plus de 10 % de la population du pays)¹²⁰. Environ 300 000 citoyens et citoyennes ont alors demandé leur fiche au « Préposé spécial au traitement des documents établis pour assurer la sécurité de l'Etat » qui avait dû être nommé pour l'occasion¹²¹.

Cette surveillance massive digne de ce que l'on attribuait volontiers aux pays dits « de l'Est » ou « Communistes »¹²², certes assez éloignée de celle envisagée dans le roman « 1984 »¹²³, mais néanmoins tout aussi pernicieuse, plutôt que d'être interdite, sera par la suite réglementée – et donc autorisée – par la création d'un Service de renseignement de la Confédération et des pouvoirs énormes qui lui sont conférés dans le but de garantir la sécurité du pays¹²⁴, ainsi que par la possibilité octroyée aux autorités pénales de recourir à des moyens de preuve toujours plus intrusifs¹²⁵.

117 A ce propos, voir n. 62, 64, 66, 68 et 71.

118 Voir à ce propos André Kuhn, Comment s'explique la surreprésentation des étrangers dans la criminalité ?, *Vivre Ensemble* 139/2012 13 ss.

119 Ce mode de pensée est toutefois affecté par l'erreur fondamentale consistant à considérer une affirmation et son inverse comme des équivalents ; une telle manière de réfléchir revient ainsi par exemple à penser que parce que toutes et tous les gagnant(e)s au loto ont joué, il va de soi que tous les joueurs et toutes les joueuses gagnent.

120 Dont l'auteur de ce texte, qui avait eu la mauvaise idée – en novembre 1980 – de téléphoner au Consulat de la République démocratique allemande (soit un pays ennemi, appartenant au « bloc de l'Est » en pleine guerre froide) à Berne, dans le but d'obtenir un visa pour représenter la Suisse lors d'une compétition sportive se déroulant à Berlin-Est.

121 Si l'intérêt scientifique d'un lecteur ou d'une lectrice devait être de trouver des exemples de telles fiches, l'auteur lui met volontiers à disposition une copie de la sienne.

122 A ce propos voir par exemple le film intitulé « La vie des autres » (« *Das Leben der Anderen* »), film allemand de Florian Henckel von Donnersmarck, sorti en 2006 et qui remporta – parmi de nombreuses récompenses – l'Oscar du meilleur film en langue étrangère en 2007.

123 « *Nineteen Eighty-Four* » est un roman dystopique (voir la définition de ce terme en début de chapitre 3) dit « d'anticipation », de Georges Orwell, publié en 1949, décrivant une société dans laquelle la liberté d'expression n'existe plus, où toutes les pensées sont minutieusement surveillées et où d'immenses affiches sont placardées dans les rues, indiquant à toutes et tous que « *Big Brother is watching you* ».

124 A ce propos, voir la LRens (RS 121) dont il a déjà été question dans la n. 105.

125 A ce propos, voir n. 82 ss.

3. Macroanalyse de cette évolution : de l'utopie à la dystopie

Une utopie consiste en une construction imaginaire et rigoureuse d'une société qui constitue un idéal à atteindre, mais qui relève malheureusement de l'illusoire. Quant à son pendant, la dystopie, il s'agit d'une fiction de société imaginaire, organisée de telle façon qu'elle empêche ses membres d'atteindre le bonheur. Dans certains cas, l'idéal utopique se transforme en dystopie et vire au cauchemar.

La présente contribution montre comment, en matière de droit pénal, nous sommes passés, en Suisse et en l'espace d'une petite centaine d'années – et de manière plus évidente encore durant les cinquante dernières –, d'une utopie à une dystopie, d'une illusion à une situation cauchemardesque.

Initialement, le droit pénal consistait à tenter de dissuader les personnes criminelles de récidiver et à nous dissuader toutes et tous, criminel(le)s potentiel(le)s que nous sommes, de commettre des infractions. Le droit pénal était donc une véritable machine aux mains de l'Etat pour intimider les gens, pour leur faire peur, pour insuffler en elles et eux la peur du ou de la gendarme¹²⁶. C'est ce que l'on appelle aujourd'hui encore la prévention spéciale – lorsqu'elle s'adresse aux personnes criminelles pour qu'elles ne récidivent pas – et la prévention générale – lorsqu'elle s'adresse à nous toutes et tous pour nous enlever toute envie de commettre des infractions.

Mais le droit pénal n'avait pas que cette fonction¹²⁷ de dissuasion. Il servait aussi, selon le sociologue français Emile Durkheim – qui a d'ailleurs vécu à la même époque que Carl Stooss – à « maintenir la cohésion sociale et la conscience commune »¹²⁸, en d'autres termes à marquer le pouvoir de l'Etat sur les justiciables, ainsi que les limites de ce qui est permis dans une société. De plus, on lui attribue également les fonctions de rétribution – c'est-à-dire de

126 Notons au passage que, vu sous l'angle de la dissuasion, un droit qui vise à faire peur aux justiciables n'est pas un droit très sympathique et est donc hautement questionnable en termes de désirabilité sociale.

127 Pour un exposé explicatif des diverses fonctions de la sanction pénale, voir notamment André Kuhn, *Peut-on se passer de la peine pénale ? – Un abolitionnisme à la hauteur des défis contemporains*, RThPh 2009 179 ss.

128 Emile Durkheim, *Définitions du crime et fonction du châtement*, in : *De la division du travail social*, Paris, 1893 : « Elle [la peine] ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le [ou la] coupable ou à intimider ses imitateurs [ou imitatrices] possibles ; à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas, médiocre. Sa vraie fonction est de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune ». Il est intéressant de constater que ces mots datent de l'année même de la parution du premier avant-projet de code pénal suisse élaboré par Carl Stooss. On peut donc constater que la remise en question du droit pénal de l'époque, que nous, pénalistes suisses, attribuons fièrement à notre père spirituel Carl Stooss, n'était en réalité rien d'autre qu'une concrétisation des idées dans l'air du temps à la fin du XIX^e siècle.

punition, fonction purement morale sous-tendue par le ressentiment et qui n'a d'autre ambition que de permettre à la société de se venger¹²⁹ –, d'élimination des personnes criminelles – soit le retrait plus ou moins définitif de la société de ses éléments dangereux et/ou gênants, par l'intermédiaire de la peine capitale, de la neutralisation par un enfermement de longue durée, du bannissement, de l'exil ou de l'expulsion pénale¹³⁰ –, ou encore de (re)socialisation – en tentant de « corriger » l'auteur(e) d'une infraction et d'annuler ses tendances non conformes pour lui donner toutes les chances de pouvoir vivre en société sans commettre de nouvelles infractions¹³¹.

C'est sur ces notions de « (re)socialisation » et de « correction » de l'individu ayant commis une infraction que le législateur du début du XX^e siècle fondera le droit pénal unifié, et ce sur la base d'une idée de génie – que l'on attribue généralement en Suisse à Carl Stooss –, idée qui a consisté à introduire un système de sanctions dit « dualiste ». Dans le but de traiter la criminalité par les moyens les plus efficaces possibles et, parce que parfois la peine ne suffit pas à freiner une personne dans son activité délictueuse, le pouvoir législatif a créé les mesures.

La création même de ce système dualiste est dès lors – comme le disait déjà Emile Durkheim lorsqu'il affirmait que la peine « ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le [ou la] coupable ou à intimider ses imitateurs [ou imitatrices] possibles ; à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas, médiocre »¹³² – une reconnaissance implicite du

129 L'illustration la plus claire de cette fonction de la peine est la loi du talion (soit le châtement qui consiste à infliger à la personne coupable le même traitement qu'elle a fait subir à sa victime) ; il convient néanmoins de souligner que celle-ci a représenté, à ses origines, un progrès puisqu'elle canalisait le recours à la violence en imposant une compensation s'élevant à un mal d'une certaine ampleur infligé pour un mal de même ampleur, alors que, jusque-là, la compensation pouvait aller jusqu'à dix fois le mal initialement subi. Ainsi, le système du talion implique, non pas que la société de l'époque était dominée par un esprit de vengeance, mais bien plutôt que cette vengeance était contrôlée et devait s'exercer dans un certain cadre.

130 On sait toutefois aujourd'hui que les effets bénéfiques de ce genre de politiques criminelles sur le taux de criminalité sont infiniment modestes pour des raisons aussi diverses que le fait que l'on ne peut neutraliser une personne délinquante qu'après la commission d'un premier méfait, qu'on ne neutralise pas forcément les personnes présentant les plus grands risques de récidive, que certain(e)s auteur(e)s neutralisé(e)s sont simplement remplacé(e)s sur le marché du crime, etc.

131 La (re)socialisation – que l'on trouve d'ailleurs explicitement mentionnée à l'art. 75 CP – consiste ainsi à (re)mettre dans le droit chemin, sur les bons rails, notions qui impliquent d'ailleurs que toutes les sociétés (même celles que nous considérons aujourd'hui comme étant ou ayant été « mauvaises ») savent toujours et ont toujours su ce qui est bon et ce que sont donc les « bons rails »...

132 Emile Durkheim, *op. cit.* n. 128.

non-fonctionnement de la dissuasion comme but de la peine¹³³ et que *tout le système pénal n'est donc qu'une grande utopie...*

Bon nombre d'éléments mentionnés dans le chapitre précédent tendent ainsi progressivement à une protection accrue de la société contre les éventuels méfaits futurs des personnes qui ont commis une infraction¹³⁴. On nous incite – comme en conduite automobile – à jeter un coup d'œil dans le rétroviseur pour voir si une infraction a été commise, avant de regarder sérieusement par le pare-brise pour déterminer s'il existe un risque statistique non négligeable que l'individu re-commette une infraction à l'avenir.

En d'autres termes, on demande aux autorités pénales de *sanctionner au présent un acte du passé dans le but de servir l'avenir...* On mélange donc allègrement les temps de conjugaison que sont le présent, l'imparfait et le futur¹³⁵.

Les prémisses de ce mode de penser totalement « détemporel » – et donc fondamentalement illogique – sont à chercher dans la littérature de science-fiction. C'est en effet l'auteur Philip K. Dick qui, en 1956, a le premier traité du passage d'une « *post-crime society* » à une « *precrime society* » dans sa nouvelle intitulée « *The Minority Report* »¹³⁶. Ces concepts ont ensuite largement été

133 Aujourd'hui encore, l'art. 56 CP dispose que ce n'est que lorsque la peine ne suffit pas à écarter le risque de commission de nouvelles infractions que l'on envisage d'ordonner aussi une mesure.

134 Niklaus Oberholzer (Perspektivenwechsel im Strafrecht: Von der Repression zur Prävention – oder von realistischen Erwartungen, unerfüllbaren Hoffnungen und dogmatischen Verrenkungen, in: Françoise Genillod *et al.* [éd.], Von Repression zu Prävention: Antagonistische oder komplementäre Logiken? – De la répression à la prévention: logiques antagonistes ou complémentaires?, Bâle 2022, 16) parle d'un glissement « *Von der <ultima ratio> zum präventiven Lenkungsinstrument* ».

135 Cette manière de présenter les choses a été inspirée par Catherine Baker (Pourquoi faudrait-il punir?, Lyon 2004, 42), qui – en traitant du système pénal vindicatif – écrit avec un brin de sarcasme: « Pour se venger, il faut avoir une conception claire du temps des conjugaisons. Quelqu'un pense à un drame futur capable de le dédommager d'un drame passé ».

136 Philip K. Dick, *The Minority Report*, *Fantastic Universe* 4(6)/1956, 5 s.: « *Anderton said: "You're acquainted with the theory of precrime, of course. I presume we can take that for granted."*

"I have the information publicly available," Witwer replied. "With the aid of your precog mutants, you've boldly and successfully abolished the post-crime punitive system of jails and fines. As we all realize, punishment was never much of a deterrent, and could scarcely have afforded comfort to a victim already dead."

They had come to the descent lift. As it carried them swiftly downward, Anderton said: "You've probably grasped the basic legalistic drawback to the precrime methodology. We're taking in individuals who have broken no law."

"But they surely will," Witwer affirmed with conviction.

"Happily they don't—because we get them first, before they can commit an act of violence. So the commission of crime itself is absolute metaphysics. We claim they're culpable. They, on the other hand, eternally claim they're innocent. And, in a sense, they are innocent."

The lift let them out, and they again paced down a yellow corridor. "In our society we have no major crimes," Anderton went on, "but we do have a detention camp full of would-be criminals." ».

repris dans la littérature anglo-saxonne¹³⁷, avant d'apparaître également dans la littérature germanophone sous le vocable de « *Repressions-* » ou « *Schuld-Strafrecht* » vs. « *Preventions-Strafrecht* »¹³⁸.

C'est probablement principalement dans les années 1990 que s'est finalement concrétisée cette nouvelle conceptualisation, qu'un changement fondamental de paradigme s'est opéré dans le domaine du droit pénal : un glissement d'un droit *réactif* à un droit pénal que l'on voudrait *préventif*¹³⁹. On est en effet passé d'une vision de la mission du droit pénal comme étant celle d'infliger une punition à celui ou celle qui a commis un crime dans le passé à une vision de la sanction protectrice de la société de demain.

C'est toute la focale qui change :

- Hier, on cherchait à assurer la *justice* par le rétablissement d'un certain *équilibre* rompu par la commission d'une *infraction* commise dans le *passé* et on agissait par l'intermédiaire du prononcé d'une *peine* dont la quotité était fixée selon la *culpabilité* de l'auteur(e). On était donc dans un système *répressif* tourné contre *l'individu* qui a commis une *faute*.
- Aujourd'hui, on cherche de la *sécurité* par la *prévention* du *risque* potentiel qui pourrait se concrétiser dans le *futur*, ceci par l'intermédiaire de *mesures* à durée indéterminée dont la libération dépendra donc de l'état de la personne concernée, de son *degré de risque*. On vise donc la *protection* de la *société* contre le *risque de récidive*.

137 Jusqu'à se trouver à questionner les fondements de la criminologie elle-même d'ailleurs ; à ce propos, voir Lucia Zedner, *Pre-crime and post-criminology?*, *Theoretical Criminology* 2007 261 ss.

138 A ce propos, voir par exemple Marcel Alexander Niggli, *Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte*, ou encore Nadja Capus, *Strafverteidigung und Sicherheitswahn*, tou(te)s deux in : *Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen* (éd.), *Strafverteidigung und Sicherheitswahn*, Zurich 2014, 13 ss, respectivement 53 ss.

139 A ce propos, voir également Niklaus Oberholzer, *op. cit.* n. 134, 26 ss.

Tableau 1 : Changement de focale du droit pénal¹⁴⁰

Autrefois	Aujourd'hui
Justice	Sécurité
Equilibre	Prévention
Infraction	Risque
Passé	Futur
Peine	Mesure
Degré de culpabilité	Degré de risque
Répression	Protection
Individu	Société
Faute	Risque de récidive
*****	*****
Infraction puis instruction	Instruction avant infraction
Analyse criminelle ordinaire	« Predictive policing »

Ce changement de paradigme¹⁴¹ ne vaut d'ailleurs pas que pour le droit de fond, puisque même en droit de forme on a passé d'une procédure pénale dans laquelle l'instruction était menée *après* la commission d'un délit à une procédure dans laquelle l'« instruction » débute *avant même* la commission d'une infraction¹⁴². En effet, les autorités d'instruction se sont dotées d'une multitude de bases de données (empreintes digitales, profils d'ADN, etc.) dans lesquelles elles n'auront idéalement plus qu'à puiser après la commission d'une infraction pour trouver l'auteur(e), grâce aux traces laissées sur les lieux du méfait¹⁴³. De surcroît l'objectif même de l'instruction a changé, passant de l'établissement des faits à la prévision des risques¹⁴⁴. Aujourd'hui, on va même jusqu'à vouloir pratiquer le « *predictive policing* », soit l'application de techniques d'analyses statistiques et l'usage de technologie de l'information et de potentielles technologies du futur en vue d'identifier des cibles potentielles – ou pire encore des auteur(e)s potentiel(le)s – d'infractions et donc de mener les interventions policières de manière à éviter les crimes¹⁴⁵. Par ailleurs, des

140 Ce tableau a été largement inspiré par ceux présentés par Marcel Alexander Niggli, *op. cit.* n. 138, 15 et 50.

141 A ce propos, voir également Niklaus Oberholzer, *op. cit.* n. 134, 19.

142 *Id.*, 22 s.

143 Là encore, on est clairement dans le domaine de l'utopie.

144 A ce propos, voir également Niklaus Oberholzer, *op. cit.* n. 134, 29 s.

145 Plusieurs outils commerciaux sont dérivés de ce modèle dont notamment « ResourceRouter » (<http://www.predpol.com>) [consulté le 30.1.2024] ou « Precobs » (<http://www.ifmpt.de>) [consulté le 30.1.2024].

considérations de sécurité intérieure viennent s'ajouter à cela lorsque le pouvoir législatif dote le Service de renseignement de la Confédération de larges pouvoirs d'enquête préventive, mettant ainsi à mal certains principes pourtant fondamentaux de procédure pénale¹⁴⁶.

On observe donc bel et bien un glissement – voire un dérapage – du rétroviseur vers le pare-brise... « Mais où est donc le problème ? » répondront probablement certain(e)s. Le problème provient justement du parallèle que nous ne cessons de faire avec la circulation routière. Nous le savons bien : un jour, il n'y aura plus de rétroviseur dans nos voitures, puisqu'ils seront devenus inutiles lorsque l'automobile sera devenue autonome. Et lorsque le droit pénal abolira lui aussi le rétroviseur, il permettra de sanctionner une personne pour la simple raison qu'elle est « dangereuse » pour la société, indépendamment du fait de savoir si elle a préalablement commis une infraction. Le grand retour de *l'arbitraire est dès lors la conséquence inéluctable de la voie sur laquelle nous nous sommes engagé(e)s*. Il suffira en effet d'étendre suffisamment la notion de « dangerosité » à tout individu un peu trop subversif aux yeux des gouvernant(e)s pour permettre leur condamnation et donc leur élimination. C'est ainsi que disparaîtra toute opposition... ainsi que toute forme de démocratie, et cela au nom de la recherche de la sécurité absolue pour le citoyen et la citoyenne.

Rien n'est donc jamais définitivement acquis ! Comme se le demandait Marc Forster dans un des titres de sa contribution au congrès annuel du Groupe Suisse de Criminologie de 2021¹⁴⁷ : « *Back to the Future or Forward to the Past* » ? Peu importe la réponse puisque les deux reviennent au même : la réalité de demain sera probablement qu'il nous faudra à nouveau lutter pour l'obtention de textes similaires à la Loi des XII Tables¹⁴⁸ ou aux Chartes de franchises¹⁴⁹...

La quête du risque zéro semble ainsi être la plus grande dystopie de la société du début du XXI^e siècle.

146 Pensons par exemple à la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI ; RS 120), ainsi qu'à la votation fédérale du 25.9.2016 lors de laquelle le peuple suisse a accepté massivement la loi fédérale sur le renseignement (FF 2015 6597 ; FF 2017 339). A ce propos, voir également la n. 105.

147 Marc Forster, *op. cit.* n. 2, 7.

148 Aux alentours de 450 avant notre ère, pour pallier un pouvoir arbitraire octroyé aux patriciens et patriciennes dont pâtissait la plèbe, on constitua le premier corpus de lois romaines écrites sous la forme de douze plaques de bronze (les XII Tables), sur lesquelles sont gravées les règles de droit applicable.

149 Pour pallier le pouvoir arbitraire des seigneurs et seigneuses sur leurs serfs et leurs serves, les villes et les campagnes s'unissent et s'organisent pour obtenir des seigneurs et seigneuses, aux alentours du XII^e siècle, des chartes de franchises qui – en matière pénale – règlementent la procédure et fixent le régime des peines.

