

## Abolition ou mutations du droit pénal

Louk Hulsman

Volume 26, numéro 1, mars 1995

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1035855ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1035855ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Hulsman, L. (1995). Abolition ou mutations du droit pénal. *Revue générale de droit*, 26(1), 155–158. <https://doi.org/10.7202/1035855ar>

---

## Abolition ou mutations du droit pénal\*

**LOUK HULSMAN**

Professeur émérite à l'Université de Rotterdam,  
Hollande

Il me fait bien plaisir de participer à cet intéressant colloque et je suis heureux qu'Alvaro m'ait permis de prendre de son temps pour vous entretenir sur ce sujet postmoderniste, pour jeter un premier regard sur la perspective abolitionniste du droit pénal.

Qu'est-ce que signifie une perspective abolitionniste sur le droit pénal? En effet, la théorie des droits fondamentaux, des droits de la personne, considère le pénal comme un droit d'exception qui ne doit s'appliquer dans une société démocratique qu'en cas de nécessité. Il faut donc un outil conceptuel pour évaluer ce qui est nécessaire dans le cadre d'une société démocratique. Cet outil conceptuel, pour certains, est le droit pénal.

Selon moi, il faut un nouvel instrument conceptuel pour pouvoir en juger. Ainsi, dans mon approche abolitionniste, je remplace dans le droit pénal la notion fondamentale de « comportement » par le concept de « situation ». Au lieu de demander, est-ce illégal au sens de la loi, je pose la question suivante : la situation est-elle problématique, et qui est touché? Je parle ici de la victime. Au lieu de parler d'un auteur, je parle des besoins de la victime et enfin, plutôt que d'être lié par une approche punitive, j'envisage les possibilités dans une perspective de restauration de l'ordre qui cherche en même temps à minimiser les dégâts pour l'avenir, en termes de fréquence et de gravité. Mon point de départ est donc cette nouvelle conceptualisation.

J'aimerais maintenant mettre en lumière quelques valeurs et présupposés qui, à mon avis, constituent le point de départ pour évaluer tant le droit pénal que d'autres systèmes de justice, notamment le système civil, qui comprend plusieurs facettes différentes. Je terminerai sur un exemple concret tiré d'une pratique aux Pays-Bas qui est peut-être d'origine africaine.

J'exposerai d'abord brièvement les valeurs qui me paraissent importantes. Bien sûr, toutes sortes de valeurs viennent à l'esprit. Mais je retiens certaines valeurs parce qu'elles sont, je crois, fondamentales, et menacées si elles ne s'actualisent pas.

La première de ces valeurs, c'est le respect et la défense de la différence. Dans notre type de société, la différence est, selon moi, menacée. Nous n'avons pas l'habitude, dans nos contacts avec les autres, de comprendre que notre

---

\* De passage à Ottawa le 26 mars 1994, lors du colloque ÉTAT, ACCUSÉS, VICTIMES, le professeur Hulsmann a accepté, à la dernière minute, de faire partie d'un des panels, « Abolition ou mutations du droit pénal ». Ce texte est une transcription légèrement remaniée de son intervention.

sens de la vie peut être différent du leur. C'est pour moi le début de la sagesse sociale que de comprendre cette idée, et de faire place à différence. De plus en plus, on le constate dans la nature et dans la vie sociale : la différence est une condition nécessaire à la vie. La vie disparaîtra si on ne respecte pas la différence.

La deuxième valeur ou principe est la porte ouverte. Mais la réalité est toute autre. Une autorité, une profession ne sont légitimées que si elles servent les intérêts d'une clientèle, de clients qui illustrent cette différence dont j'ai parlé. Autrement dit, les autorités et les professions existent pour les gens, et non l'inverse. Mais beaucoup de gens croient justement que les gens existent pour les professions, et les contacts sociaux deviennent irréels. Le fait est qu'une profession ou une autorité ne peut servir l'intérêt d'un client, dans toute sa différence, à moins que le client n'ait un certain pouvoir sur la profession ou l'autorité. La parole du client aura alors un certain poids. Les intervenants qui m'ont précédé ont souligné avec justesse que ce pouvoir est nécessaire pour la victime.

La troisième valeur ou principe est celui du scepticisme à l'égard des représentations : le menu n'est pas le repas, ni la carte le territoire. La plupart des gens reconnaissent que chacun vit une réalité différente. Ce qui sert à décrire un événement, une situation, un problème, ce ne sont que des paroles qui représentent la situation, la reconstruction en quelque sorte de cette situation. Impossible de procéder autrement, mais il faut se demander si la reconstruction est valide compte tenu des autres valeurs que j'ai formulées — respecte-t-elle la différence, et tient-elle compte de l'équilibre de pouvoir entre les personnes en cause?

Qu'est-ce que j'entends par droit pénal? Très brièvement, le pénal ne s'autodéfinit pas — ce sont les gens qui le définissent. On peut dire que telle question relève du pénal, tandis que moi, je pourrais dire que non — on aurait ainsi une différence dans la pratique. Le changement provient du fait de pratiques différentes. Certains parleront de droit administratif ou disciplinaire, là où, pour d'autres, c'est en fait du droit pénal.

J'applique donc des critères extérieurs pour définir le droit pénal. J'en mentionne rapidement quatre : deux qui sont relatifs à l'organisation culturelle du droit pénal, ce qui comprend la cosmologie à l'origine du droit pénal; on considère le droit pénal comme système, sans égard à la peine. Les deux autres principes ont trait à l'organisation sociale du droit pénal.

Je commence avec les deux principes de l'organisation culturelle.

1. Le droit pénal détermine que l'ordre social est essentiellement établi et régi par le principe de la punition. La cosmologie sous-jacente est celle de la théologie morale scolastique qui prévoit le jugement dernier et, invention plus moderne, le purgatoire. Le droit pénal d'aujourd'hui, c'est fondamentalement le système du purgatoire. La prison est le purgatoire, et très peu a changé depuis que ce principe est établi.

2. Le deuxième principe, c'est justement le jugement dernier, qui commande l'oblitération de la différence parce qu'il n'y a qu'un Dieu, avec une loi, et que tous les éléments de Dieu sont égaux. Il faut donc décontextualiser tous les événements. Dans le Code des péchés, qu'on pourrait appeler le Code pénal, on décontextualise tous les événements, en supprimant le contexte de la victime et de l'auteur. Ce type de reconstruction n'est pas valide pour moi, sans les trois valeurs dont j'ai parlé.

Considérons maintenant l'organisation sociale du droit pénal. Le droit pénal a-t-il un client? Je ne le crois pas. Le droit pénal est son propre client, comme on considérerait Dieu son propre client dans le modèle du jugement dernier. Le pénal

est donc le seul client, au sens de nos valeurs, du moins la partie du pénal dont je parle maintenant, la partie constituée par l'activité réactive de la police. Dans ce droit pénal, vous avez des victimes, physiques ou morales. La victime est l'unique personne qui peut prétendre être cliente du pénal mais la victime reste sans pouvoir. Sans pouvoir, au sens où nous l'avons défini plus tôt, sans pouvoir même dans un système de type français, parce que la victime devrait avoir le pouvoir de définir elle-même sa propre situation. Elle ne devrait pas se retrouver emprisonnée dans la petite boîte d'un Code pénal qui a décontextualisé sa situation.

Deuxième aspect de l'organisation sociale, son extrême division du travail. Difficile pour les acteurs, pour les décideurs d'assumer la responsabilité de leurs décisions. Et par conséquent, le système tend à être déshumanisé.

Regardons maintenant du côté du droit civil, et plus particulièrement cette dimension du droit civil où l'on traite des affaires qui pourraient être criminelles, que l'on rangerait au rang des péchés mortels. Notons ici aussi l'expression de la différence.

Permettez-moi d'illustrer mon propos avec la pratique; à vous de juger si elle correspond aux principes que j'ai énoncés plus tôt.

Aux Pays-Bas, certaines avocates féministes ont analysé les pratiques pénales et les pratiques policières, même avant l'étape pénale, et en sont arrivées à la conclusion suivante : « Curieux comme nos clients ont peu de pouvoir pour orienter l'activité des professionnels, et même si les choses changent un peu dans le pénal, on reste aux prises avec les définitions pénales; pourquoi ne pas utiliser le système civil? Le civil chez nous comprend des procédures peu formelles de référé, rapides et efficaces s'il y a danger imminent; pourquoi ne pas les utiliser? »

Ces avocates ont donc donné le choix à leurs clientes, et beaucoup de femmes ont choisi cette voie civile. La femme procède donc par référé, elle se présente devant un tribunal civil pour demander au juge de prononcer une injonction contre quelqu'un qui l'a menacée, souvent un ancien ami. Elle demande au juge de prononcer une injonction pour son environnement, sa rue, son quartier, parfois sa ville, qui interdit à l'homme en question de l'appeler au téléphone ou de lui adresser la parole.

Le droit civil hollandais permet ce genre de mesure. Je crois qu'ici, c'est quelque peu différent, parce que l'injonction garde toujours une certaine dimension pénale. Aux Pays-Bas, tel n'est pas le cas; la procédure civile est exclusivement civile, et le tribunal a le droit de prononcer une telle interdiction. Cela donne le droit à la femme, si elle le désire, de demander une compensation de 1 000 \$, de 5 000 \$, pour chaque violation de l'injonction. L'argent lui revient, elle peut le demander ou non; elle peut également appeler la police.

Cette pratique s'est répandue très rapidement. Nous avons réalisé une étude sur cette pratique pour voir dans quelle mesure elle était acceptée et comment elle était perçue par les femmes, leurs avocats, les juges et les hommes visés. Bien sûr, le principe de la différence intervient ici aussi — et puisqu'il s'agit de la respecter, la recherche doit en tenir compte. Nous avons utilisé différentes mesures, mais une chose ressortait clairement d'après presque toutes les mesures : les femmes étaient satisfaites de la procédure. Nombre de ces femmes avaient déjà vécu une expérience de ce genre, avaient été en contact avec la police, avec le système pénal, même les services sociaux, et c'est justement pour cette raison qu'elles étaient contentes de cette procédure civile. Je crois qu'elles étaient d'autant plus satisfaites qu'en l'occurrence, elles avaient affaire à des avocates axées sur le client, des avocates féministes. Et ces avocates féministes, d'une part, les prenaient

vraiment au sérieux et, d'autre part, cherchaient à leur donner un véritable choix, pour que la cliente prenne elle-même sa décision.

Beaucoup de ces femmes étaient en train de devenir plus autonomes, une des raisons d'ailleurs pourquoi elles étaient en conflit avec leurs amis. Et dans cette démarche d'autonomie, il était très important pour elles de jouer un rôle actif. Même si cela était parfois difficile, elles attendaient impatientement le jour de l'audience. Plus important encore que les paroles du juge, elles pourraient regarder l'homme bien en face pour lui dire, « Je ne t'appartiens pas, et parce que je ne t'appartiens pas, tu dois rester à l'extérieur de mon environnement si telle est ma volonté. » C'est important de pouvoir dire ces paroles à voix haute, en public.

En fait, cette déclaration publique est devenue pour nombre de ces femmes l'élément le plus important; le fait de pouvoir s'exprimer de façon authentique changeait quelque chose dans leur vie. Constatation intéressante de notre recherche, la décision du juge n'était plus ce qu'il y avait de plus important. Le changement dans la procédure entraînait un changement pour la femme, et aussi pour l'homme. La sanction monétaire n'a pas joué réellement. Dans presque tous les cas, la difficulté qui existait auparavant cessait avec cette procédure.

Mon temps est presque écoulé, je vous laisse avec un mot sur les juges. On leur a demandé ce qu'ils pensaient du traitement de ces cas au civil. Une partie des juges approuvaient — ils avaient compris que l'affaire aurait pu faire l'objet d'une poursuite au criminel. Mais beaucoup de juges ne comprenaient pas du tout l'enjeu. Bien que dans l'acte introductif d'instance on ne parlait pas de tentative d'homicide, on décrivait quand même le comportement comme pouvant y être assimilé.

Autre fait à souligner, la tentative de trouver des solutions nouvelles intéressait presque tous les juges. Les hommes, qui entrevoyaient la possibilité d'éviter une peine, promettaient qu'ils ne recommenceraient plus. Pour certains juges, cela n'avait pas d'importance; ils prononçaient l'injonction demandée. Dans d'autres cas, le juge disait, « Ah! Vous dites que vous ne le ferez plus. Alors écrivez ça noir sur blanc, et signez, et je vais différer ma décision. » Le système a donc donné lieu à toutes sortes de réactions.

Louk Hulsman  
Steegouersloot 149  
3311 PN Dorchrecht  
Holland  
Tél./télééc. : (31)78-131268