

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droit pénal. Etat des questions

Cassiers, Willy

Published in:

Droit naturel. Les questions du droit.

Publication date:

1999

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cassiers, W 1999, Droit pénal. Etat des questions. Dans D Xavier (Ed.), *Droit naturel. Les questions du droit.*. Presses universitaires de France, Paris, p. 460-498.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Cette inscription de l'instance morale dans l'instance pénale permet ainsi un labeur éthique où, comme nous l'avons dit à la fin du chapitre précédent, non seulement le sujet coupable saisit la condamnation pénale comme l'occasion de réfléchir à sa conduite passée et de s'amender désormais à l'avenir mais où l'ordre social lui-même remet en cause ses propres ordonnancements pour obéir à cette tension qui le parcourt.

Alors que les figures positivistes de la société purement conventionnelle ou du corps social purement organique permettent d'identifier les lois répressives aux dispositions prises par les plus forts de ses membres couvrant ainsi leurs intérêts propres du pallium juridique, la reconnaissance de la spontanéité des libertés en *a priori* du lien social permet une mise en question des formes trop étroites et trop biaisées dans lesquelles ce lien s'est noué. Parce qu'elle traverse le droit pénal, l'exigence morale récuse toute confiscation du droit au bénéfice des puissants qui, profitant de leurs privilèges de fait, s'écarteraient de la voie sans cesse rappelée de la nécessaire reconnaissance d'autrui. *L'a priori* des libertés déjà saisies par la moralité ne laissera aucun repos aux répressions positives tant qu'elles ne seront pas justes.

ÉTAT DES QUESTIONS : LE DROIT PÉNAL*

Le présent état des questions fournit quelques repères concernant trois grands débats de la philosophie pénale.

Tout d'abord, la problématique distinction entre le *crime naturel* et le *crime artificiel* (I). Peut-on encore défendre l'idée d'une différence de nature entre les comportements criminels jugés les plus graves, et les autres ? Ne doit-on pas plutôt convenir avec Durkheim de l'inanité de tout discours pénal dualiste et de l'arbitraire qu'il y a à séparer les formes d'atteinte au sentiment collectif ? Plus radicalement la notion même de crime conserve-t-elle une pertinence après les critiques abolitionnistes dont elle a fait l'objet ?

Il s'agira ensuite de discuter différents types d'arguments avancés à travers l'histoire pour justifier la réaction répressive au crime. Le débat porte ici essentiellement sur le problème du *fondement* du droit de punir (II). Doit-on conclure à l'illégitimité pure et simple de toute sanction ? Faut-il subordonner la légitimité des peines à leur finalité – dissuasive, persuasive, symbolique, etc. ? Ou peut-on dégager un fondement autonome – de nature contractuelle ou morale – au droit de punir ?

* Par Willy Cassiers, Assistant à la Faculté de Droit de Namur.

Enfin, il sera question de la *fonction* des peines (III). En partant de deux positions classiques – l'utilitarisme et le fonctionnalisme sociologique – on se propose d'articuler leurs dimensions complémentaires puis d'envisager, pour nouer la réflexion développée en nos deux derniers chapitres, la possibilité d'agencer la fonction au fondement du pénal.

I. – LA NATURE DU CRIME

Le crime a-t-il une nature identifiable, c'est-à-dire un ensemble de traits caractéristiques, qui en résumant l'essence ? Une première réponse à cette question consiste à *naturaliser* le crime ; le crime est alors soit un comportement qui a toujours et partout suscité mépris et indignation – Domat –, soit une attitude à l'égard de laquelle le sens, progressivement affiné, des valeurs morales attache un réprobation croissante – Tarde. Une seconde position prend l'exact contre-pied de la première, et tend à *dénaturaliser* le crime. À la suite d'É. Durkheim, de nombreux auteurs ont insisté sur le caractère socialement construit des incriminations : le registre infractionnel devient ainsi bien moins un donné que le résultat empirique et modifiable de l'interaction des acteurs du système répressif – interactionnistes – voire une forme contingente et transitoire d'interprétation des conflits humains – abolitionnistes. Enfin, partant des insuffisances du discours de la dénaturalisation, nous relaterons la *tension éthique* qui le traverse, sans trouver à s'y exprimer ouvertement, pour proposer l'ébauche d'une troisième voie. Cette troisième voie correspond à l'illustration d'un lien fort entre le processus d'incrimination et l'horizon des exigences d'ordre moral.

I / La naturalisation

Y a-t-il des crimes naturels ? C'est-à-dire de vrais crimes à côté desquels on trouve la série des crimes artificiels, temporairement considérés comme tels, tributaires de valeurs passagères ? La question peut paraître anachronique tant on sait combien elle a rencontré les critiques croisées de l'école de Défense sociale, de la sociologie fonctionnaliste et des *Labelling theory*, sans oublier le récent courant abolitionniste. Pourtant elle correspond à une fracture de fond dans la philosophie pénale, ce dont témoignent de fréquentes résurgences expresses ou implicites dans le discours des pénalistes. On pense notamment à H. Beekaert lorsqu'il tente de

« dégager la nature originelle des deux ordres de règles de vie sociale, les unes formant comme l'armature naturelle de la société, évoluant avec une rigueur toute biologique, et suggérant l'idée d'un ordre de choses supérieur à la volonté humaine et inaccessible à son influence. Les autres règles de vie, qui ressortissent à la "coopération instituée" entre les hommes, constituant le domaine résiduaire, où la liberté des individus et des agrégats s'exprime en une structure organisée, au moyen de techniques juridiques, qui s'apparentent très nettement à celle de la convention pure » (H. Beekaert, *Ordre social et structure conventionnelle*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1947-1948, p. 11 et 12).

La pertinence de cette question dépend évidemment du poids que l'on attribue à l'adjectif « naturel ». Ainsi certains auteurs, comme Prins, évacuent-ils radicalement le problème en attribuant à ce concept un sens tout à fait précis et univoque :

« Il n'y a pas de *délit naturel*, c'est-à-dire des actions qui partout et toujours ont été considérées comme criminelles » (A. Prins, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1899, n° 137).

Mais il paraît nécessaire de travailler une fois de plus la polysémie du terme « naturel » si l'on veut obtenir quelques chances d'avancer sur le thème de l'hypothétique naturalité du crime. Durkheim lui-même reconnaît que l'optique choisie par Prins pour régler son compte à ce monstre récurrent de la philosophie pénale s'avère tout à fait insuffisante :

« Le moyen de trouver cet élément permanent et général n'est évidemment pas de dénombrer les actes qui ont été, en tout temps et en tout lieu, qualifiés de crime pour observer les caractères qu'ils présentent. Car si, quoi qu'on en ait dit, il y a des actions qui ont été universellement regardées comme criminelles, elles font l'infime minorité, et, par conséquent, une telle méthode ne pourrait nous donner du phénomène qu'une notion singulièrement tronquée, puisqu'elle ne s'appliquerait qu'à des exceptions » (É. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 11^e éd., 1986, p. 36.).

Bien entendu, Prins tire de la doctrine antérieure quelques raisons d'envisager le problème de cette façon. Il est en effet des auteurs pour qui les vrais crimes trouvent leur essence dans l'immutabilité des principes de justice qu'ils violent. Ainsi Domat écrivait-il :

« On doit distinguer deux sortes de règles : l'une, de celles qui sont du Droit naturel, et qui étant des suites nécessaires des principes de la justice et de l'équité sont immuables, et les mêmes toujours et partout ; et l'autre, de celles qu'établissent ceux qui ont le droit de faire les Lois ; et qu'on appelle des lois arbitraires, qui peuvent être établies, abolies, ou changées selon le besoin et la volonté du Législateur » (J. Domat, *Le droit public, suite des lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Dehansy, 1767, préface).

Compris de cette façon, le crime naturel est bel et bien ce crime de toute éternité, que nul n'a pu ignorer ni excuser et que l'homme a toujours dû regarder, sous toutes les latitudes, comme intrinsèquement odieux dès lors qu'il vivait en société.

Néanmoins on ne peut résumer à la seule option de Domat la compréhension du concept de naturel, et l'on se débarrasse à trop bon compte d'une telle problématique en choisissant un contradictoire à la position aussi massive.

Dès la fin du XIX^e siècle, certains auteurs, comme R. Garofalo, refusent de se laisser enfermer dans une définition si restrictive.

« S'il faut donc renoncer à la possibilité de former un catalogue de *faits* universellement haïs et punis en n'importe quel temps ou quel lieu, est-il de même impossible d'obtenir la notion de délit naturel ? Nous ne le croyons pas ; mais pour y parvenir, il faut changer de méthode, abandonner l'analyse des actions et entreprendre celle des *sentiments* » (R. Garofalo, *La criminologie*, Paris, Félix Alcan, 4^e éd., 1895, p. 5).

Entreprise risquée, d'envisager la question sous l'angle apparemment aussi réducteur que celui des sentiments. Le positiviste italien, persuadé pourtant de la pertinence de sa méthode, soutient que l'on peut ramener à deux sentiments originaires la source de tout « délit naturel » : la *pitié* et la *probité*. Présents dès le début des temps civilisés, même si de façon diverse en intensité, ces deux sentiments se sont développés avec l'histoire pour former la véritable ossature de tous les systèmes répressifs :

« L'élément d'immoralité nécessaire pour qu'un acte nuisible soit considéré comme criminel par l'opinion publique, c'est la lésion de cette partie du sens moral qui consiste dans les sentiments altruistes fondamentaux, la pitié et la probité » (*ibid.*, 5^e éd., p. 36).

Garofalo situe ainsi les deux grandes catégories de délit naturel dans la perspective de la violation des deux sentiments fondamentaux, sur fond d'une *ontogenèse criminelle*.

A la même époque, le sociologue français Gabriel Tarde propose trois types d'explications aux phénomènes de convergence non concertés que l'on observe entre les différentes législations pénales. Si tel ou tel comportement semble naturellement prescrit par toute une série de sociétés humaines,

« on peut entendre de trois manières différentes (...) ces similitudes non imitatives auxquelles on applique inconsciemment la notion du *naturel* (...) Tantôt, on regarde ces ressemblances spontanées comme surtout attachées au début des évolutions sociales indépendantes entre lesquelles elles se produisent (...) Tantôt, on nous parle de ces choses dites naturelles comme de choses plutôt idéales ou rationnelles, comme de causes finales entendues à la façon d'Aristote ; c'est au terme de leur développement et non à l'origine que les diverses langues seraient destinées à accentuer leur conformité à une même grammaire naturelle (...) les diverses législations civiles ou pénales, leur conformité à un même droit naturel (...) Enfin, on peut affirmer la similitude de (la) succession de certains états déterminés » (G. Tarde, *La philosophie pénale*, Paris, A. Storck et G. Masun, 1891, p. 413-414).

On reconnaît R. Garofalo dans les deux premières conceptions : la probité et la pitié, tout en étant présentes dès l'origine, agissent aussi à la manière de causes finales, en dégageant toujours mieux leur virtualité et en les traduisant en termes normatifs. G. Tarde privilégiait, quant à lui, la seconde de ces conceptions. Sa perspective a ceci d'intéressant qu'elle renverse les données habituelles opposées aux jusnaturalistes. Si le naturel ne réside pas dans un nébuleux passé, toujours susceptible de réinterprétations idéologiques, mais constitue une *polarité* vers où *tendent* les législateurs, les critiques de Prins et de ses épigones tombent : chassez le naturel, il revient au galop !

On ne cherchera donc pas les incriminations atemporelles et a-topiques mais on suivra le chemin plus long et plus difficile de l'évolution. En quelque sorte, le naturel est « devant nous » ou plutôt il s'expérimente sur le mode du projet, c'est-à-dire d'une essence qui advient. La philosophie injustement méconnue de Tarde contient cette richesse conceptuelle par laquelle à la fois elle sauve la pensée pénale d'un réflexe passéiste, tout en attribuant un rôle central au *développement historique* des législations dans l'émergence de délits naturels.

Bien entendu, G. Tarde ne pouvant sauter par-dessus son ombre reste encore largement prisonnier de la *perspective progressiste* de son temps. Ainsi, s'il a perçu la dimension intrinsèquement historique du droit, il continue à croire cette dimension marquée du sceau du progrès. L'évolution a bien un sens, et ce sens est celui d'une conformité toujours croissante à un même droit naturel (G. Tarde, *ibid.*, p. 414.) La fin du XIX^e siècle éprouve de la peine à penser ce qu'elle est pourtant en train d'engendrer : les *horizons totalitaires*. Il est alors inconcevable qu'une orientation majeure – celle des libertés démocratiques par exemple – puisse être abandonnée par une société entière, un pays, une nation.

Mais l'enseignement de G. Tarde vaut, malgré son caractère daté. Il permet de redonner sens au phénomène de *convergence pénale* que des études récentes ont mis en évidence (voyez e.a. Y. Cartuyvels et F. Tulkens, *La naturalisation des crimes dans la pensée classique*, in *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles, FUSL, 1993, p. 231 à 254 ; Ch.-A. Morand, *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992). A travers de nombreux codes pénaux, ces études révèlent des tendances lourdes en termes de classification : le droit quasi pénal dans la Grande Instruction de Catherine II de Russie de 1767 – où sont opposées les punitions et les corrections – renvoie à la distinction entre délits criminels et transgressions de police ou délits politiques dans la *Leopoldina* toscane de 1786 et dans le Code criminel de Joseph II. On peut ainsi concevoir ces résurgences historiques comme autant de tentatives pour dégager un ensemble non purement contingent d'actes répréhensibles, et la somme de ces tentatives comme dessinant les traits principaux de crimes définis comme naturels.

2 / La dénaturalisation

Deux phénomènes sont établis de manière incontestable par É. Durkheim dans *La division du travail social* : l'absence de naturalité factuelle et donc la dimension nécessairement sociale du crime.

D'une part, il faut admettre avec lui la vanité des tentatives opérées pour isoler un ensemble factuel *intrinsèquement criminel*, sans référence aucune au cadre collectif où il prendrait sens. Aucun complexe d'événements matériels ne mérite d'être qualifié de crime indépendamment de son contexte d'apparition (É. Durkheim, *La division du travail social*, PUF, 11^e éd., 1986, p. 36). D'autre part, et la chose est intimement liée à ce qui précède, l'acte qualifié « crime » l'est nécessairement en rapport avec le lien qu'il éprouve : le *lien social*. Durkheim le rappelle à de nombreuses reprises :

« Le seul caractère commun à tous les crimes, c'est qu'ils consistent en des actes universellement réprouvés par les membres de chaque société... Un acte est criminel quand il offense les états forts et définis de la conscience collective... Il ne faut pas dire qu'un acte froisse la conscience commune parce qu'il est criminel, mais qu'il est criminel parce qu'il froisse la conscience commune. Nous ne le réprouvons pas parce qu'il est un crime, mais il est un crime parce que nous le réprouvons » (É. Durkheim, *ibid.*, p. 39 et s.).

En soulignant l'importance de la réprobation sociale dans le processus d'incrimination, Durkheim rappelle que l'enjeu de chaque crime dépasse largement le seul dom-

mage qui en résulte *hic et nunc*, ou la séquence causale qu'on y observe, de l'intention à l'objectivation par un agent d'exécution, car un amont et un aval débordent le fait délictueux.

L'amont est constitué par la *conscience collective* préexistante, avec ses priorités, ses états forts, bref l'agrégation définie de sentiments communs à une société. L'aval se décline au passé et au futur. Au passé, d'abord, parce que la réaction au crime est tout entière tournée vers ce dernier. Si la peine

« consiste essentiellement dans une réaction passionnelle, d'intensité graduelle, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué sur ceux de ses membres qui ont violé certaines règles de conduite » (É. Durkheim, *ibid.*, p. 64),

elle trouve sa raison d'être dans ce qui précède immédiatement le passage à l'acte : la conscience collective non violée, forte et définie. Au futur, ensuite, parce que la fonction de la peine est :

« de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune » (É. Durkheim, *ibid.*, p. 76).

Le crime doit trouver son épilogue dans une restauration du lien social, dans sa refondation sur le corps même du criminel, pourrait-on dire. Le transgresseur est incorporé dans un objectif qui le transcende.

L'analyse durkheimienne est intéressante en ce qu'elle restitue au crime des *antécédents* et une *reprise* en termes sociaux : le phénomène criminel n'apparaît pas dans un néant pour disparaître dans une souffrance absurde mais éprouve un lien qui le précède et lui survit tout à la fois. Néanmoins, le fonctionnalisme présente les défauts de ses qualités : il est toujours tenté d'*absolutiser* ses résultats, c'est-à-dire de référer l'objet pénal ultimement à la conscience collective, sans remarquer ni les nuances qui peuvent s'y faire jour, ni la nécessité d'y adjoindre d'autres types de concepts partiellement incompatibles avec elle. Ainsi, en renversant unilatéralement la définition classique des infractions et en soulignant qu'

« il ne faut pas dire qu'un acte froisse la conscience commune parce qu'il est criminel, mais qu'il est criminel parce qu'il froisse la conscience commune » (É. Durkheim, *ibid.*, p. 48),

Durkheim s'est-il interdit de voir dans l'ensemble des incriminations autre chose qu'une masse indifférenciée, sans ordre ni hiérarchie, sinon arbitraire et transitoire ? Durkheim ne dit-il d'ailleurs pas : « Est-ce que tous les délits ne sont pas naturels ? » (*ibid.*, p. 36-37.) ? Comme pour rappeler l'inanité des distinctions classiquement retenues, quitte à voir tout qualifié de « naturel ». Si réellement un acte est criminel quand il offense les états forts et définis de la conscience collective, tout crime se vaut. En effet, lorsqu'une personne blesse une des formes quelconques du sentiment commun, par son action ou même par une abstention d'agir, elle justifie tout à la fois son incrimination par les institutions, et sa sanction. Il n'y a aucun sens à séparer telle manifestation délictueuse de telle autre, dès lors qu'elles se résument et s'identifient toutes au même processus génératif de *répulsion sociale* (*ibid.*, p. 39).

Durkheim uniformise l'infraction et néglige l'écart parfois important qui existe entre un fait incriminé et son degré social de réprobation. A l'en croire, la peine est nécessairement *proportionnée* à l'atteinte portée aux états forts de la conscience collective. L'expiation du criminel vient compenser et comme réparer le plus exactement possible la fragilisation des sentiments communs. Il devrait donc être impossible qu'un acte soit réprimé sans provoquer simultanément un vif sentiment de répulsion. S'il en allait autrement, il faudrait bien reconnaître l'existence de *deux catégories* distinctes d'actes infractionnels : les actes à la fois poursuivis et réprouvés, d'une part, les actes poursuivis sans être réprouvés pour autant, d'autre part. Or Durkheim doit se rendre à l'évidence : les deux types d'incrimination coexistent bien, car

« il arrive que l'acte puni ne froisse directement aucun sentiment collectif » (*ibid.*, p. 49).

Une bonne partie de la législation sur la circulation routière par exemple témoigne selon lui de ce phénomène de dissociation (*ibid.*, p. 49). On pourrait ajouter toute une série d'autres contraventions. Ainsi le monisme durkheimien semble-t-il lui aussi traversé par une dichotomie difficile à masquer totalement.

É. Durkheim figure depuis un siècle comme le chef de file des philosophies pénales de la *dénaturalisation*. Les théories *labellistes* et *interactionnistes* par exemple, tout en récusant le modèle social unanime de l'auteur de *La division du travail social* — lui substituant une vision pluraliste et conflictuelle de la société héritée de Marx —, partagent tout de même avec lui un *monisme* radical en matière criminelle (v. notamment H. S. Becker, *Outsiders : études de sociologie de la déviance*, Paris, Métailié, 1985 ; J. R. Gusfield, *Modern sociology : an introduction to the study of human interaction*, New York, Harcourt, 1963 ; Ph. Robert et C. Faugeron, *Les forces cachées de la justice : la crise de la justice pénale*, Paris, Centurion, 1980).

La délinquance est un produit de l'étiquetage social et se profile comme l'enjeu même des rapports sociopolitiques au sein de chaque collectivité. La distinction devenue classique entre processus de criminalisation primaire et secondaire marque les phases en interaction constante d'un système répressif parcouru par les impératifs ambivalents d'un *dissensus* latent et d'une efficacité symbolique des peines.

Dans le processus de criminalisation *primaire*, ou axe de création de la norme pénale, entrent en scène les acteurs participant à la définition des zones d'intérêts socialement protégés. On situe à ce stade la création du « crime » : de la confrontation des conceptions rivales du monde, s'expriment — au sens où elle sortent de — les contours de l'acte infractionnel. La portée de cette création n'est pas que matérielle — la traduction en disposition légale des actes incriminés —, elle est aussi *symbolique*. Indépendamment de l'application de la norme, son existence dans l'arsenal législatif marque l'importance accordée à l'intérêt protégé. H. L. A. Hart rappelle avec force le jugement de Lord Denning sur le poids de l'efficacité symbolique attachée à l'édiction d'une peine correspondant à un acte particulier :

« La justification ultime de toute peine ne réside pas dans la dissuasion (*deterrent*) mais dans la *condamnation absolue (emphatic)* d'un crime par la communauté... » (H. L. A. Hart, *Law, liberty and morality*, New York, Oxford University Press, 1963, p. 65, traduit).

Dans le processus de criminalisation *secondaire*, on se situe après le stade strictement normatif ; une fois la disposition pénale adoptée, il s'agit de l'*appliquer* concrètement. L'appareil répressif est ainsi appelé à investiguer, poursuivre, juger, condamner et faire exécuter les peines prononcées à l'encontre des agents entrant dans les critères de l'étiquetage social. Le schéma paraît simple. Pourtant, les deux processus de criminalisation ne se succèdent pas d'une façon purement chronologique. Ils interagissent véritablement, sans qu'on puisse établir un lien chrono-hiérarchisé entre les deux.

Ainsi toute disposition pénale n'est-elle pas appelée inmanquablement à sanctionner les comportements tombant directement dans sa définition. On assiste à un « tamisage répressif », par lequel les acteurs institutionnels rendent inefficaces certaines incriminations légales. Au-delà des phénomènes de surembourgeoisement des organes de justice, ce filtrage des poursuites s'expliquerait par l'existence de règles adoptées ou conservées malgré un *dissensus important*. Un équilibre fragile est ainsi trouvé entre l'exigence d'une condamnation de principe et une résistance forte opposée à sa traduction dans les faits (M. van de Kerchove analyse finement ce décalage structurel entre la validité formelle des dispositions pénales et leur effectivité dans *Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ?*, in *Droit et pouvoir*, Story-Scientia, 1987, p. 327 à 346).

À côté des interactionnistes, les tenants de l'*abolitionnisme pénal* ont poussé sans doute le plus loin, sur le plan ontologique, les implications virtuelles de la position durkheimienne. Parmi ceux-ci, Louk Hulsman fait figure de radical. En effet, si Durkheim se contentait d'unifier le registre criminel en ne lui reconnaissant qu'une seule dimension, Hulsman récusé jusqu'à la « notion ontologique de crime » (L. Hulsman, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982, p. 69). Pour Durkheim par exemple, le meurtre, le vol, le kidnapping ont sans doute en commun de froisser la conscience commune, même s'il n'y a pas d'utilité à classer ces infractions puisqu'elles relèvent de la même nature sociale. Par contre, l'abolitionniste soutient que

« ces situations n'ont entre elles qu'un lien parfaitement artificiel, qui est la compétence formelle du système de justice criminelle à leur égard » (*ibid.*, p. 68).

Il n'y a de crime que parce qu'on le souhaite. Rien ne permettrait d'établir une limite stricte entre une « situation-problème » encore appelée « délit » et ce que l'on a toujours considéré comme un litige *civil*. Le mouvement de dénonciation des limites arbitraires entamé par Durkheim est ici poussé jusqu'à son terme. Non seulement il est vain de vouloir fonder une *différence de nature* entre telle et telle infraction, mais encore tout le discours pénal basé sur l'identification de conduites répréhensibles doit être abandonné comme non fondé ontologiquement. On peut raisonnablement tabler sur une *civilisation* comme non fondée ontologiquement. On peut raisonnablement tabler sur une *civilisation* progressive du champ pénal. Celui-ci, dépourvu de toute autonomie constitutive, vit uniquement des victimes qu'on lui sacrifie ponctuellement, victimes stigmatisées et rendues conformes aux principes répressifs. Le système de la justice pénale ne trouve face à elle que les victimes qu'elle se donne en définissant arbitrairement le contenu du crime (L. Hulsman, *ibid.*, p. 67).

D'origine récente,

« la distinction entre affaires civiles et affaires pénales n'existe pas dans les sociétés naturelles » (L. Hulsman, *Punir, mon beau souci* (collectif), Bruxelles, *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1984, p. 306) ;

elle semble pouvoir être abandonnée à présent comme une erreur historique et en même temps dénoncée en tant qu'aporie ontologique.

Marquée par la croissance cancéreuse de son système répressif, la modernité a vu se déformer sa perception des phénomènes sociaux. La trajectoire de l'Occident ressemble à cet égard au destin de cette ville inquiétante du *Monde inversé* de Christopher Priest. Se déplaçant sans cesse vers un Optimum répressif qui se dérobe, elle provoque une altération des perceptions en rendant nécessaires les poursuites, fût-ce au prix de souffrances infinies (C. Priest, *Inverted world*, Londres, Faber & Faber, 1974). Louk Hulsman propose, quant à lui, d'arrêter d'alimenter le monstre, en revenant sur la notion de crime pour la déconstruire une fois pour toutes. Quand on aura compris la vacuité des concepts véhiculant l'idéologie pénaliste, on pourra enfin faire face aux réalités conflictuelles dénaturées par plusieurs siècles d'approche répressive.

3 / Une tension éthique

La théorie abolitionniste rencontre trois types d'écueils, les deux premiers sont d'ordre historique, le dernier, de cohérence argumentative.

D'une part, la description du phénomène d'autonomisation du pénal repose sur un contresens majeur. Ce qui se joue autour des XIII^e-XIV^e siècles avec l'avènement de l'État moderne, c'est la centralisation et la symbolisation du processus pénal dans le corps du souverain. La justice se rend alors *au nom* du roi, et s'exécute sous son autorité. Cette évolution doit être rendue à son cadre plus général de sécularisation et de rationalisation de la société. Prendre comme points de comparaison les « sociétés naturelles », où la distinction entre affaires pénales et civiles n'existerait pas encore, revient à y situer l'*arché* de l'optique abolitionniste dans un geste de fondation mythique. Car entre ces deux portions d'espace-temps, il faut retracer un lent travail de rationalisation juridique, largement antérieur au bouleversement politique de l'Occident de la fin du Moyen Âge, et se poursuivant au-delà de la naissance des États modernes. C'est à ce long travail que l'on peut attribuer l'émergence des disciplines juridiques, ainsi que les discours propres qui leur correspondent. Ainsi peut-on mieux comprendre une évolution marquée notamment par des ruptures en termes de *causalités suffisantes*.

À côté de phénomènes vécus sur un mode mytho-religieux, avec ces séquences causales impliquant l'intervention de divinités ou de semi-divinités, se développent d'autres types d'expériences explicatives impliquant exclusivement l'agent humain et son milieu naturel (B. Malinowski, *Crime and custom in savage society*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1961, p. 81 et s.). Quand Louk Hulsman relève par exemple

« un beau jour le pouvoir politique cesse de chasser les sorcières et il n'y a plus de sorcières » (L. Hulsman, *Peines perdues*, *op. cit.*, p. 68),

il décrit parfaitement, mais sans la repérer, une de ces transitions de phases, où la perte de pouvoir causal d'un type de représentation doit s'expérimenter sur le mode du transfert (R. Girard, *La route antique des hommes pervers*, Paris, Éd. du Seuil, 1985). Les sorcières n'ont disparu que comme *mode suffisant* de justification de phénomènes pathologiques, mais ont nécessairement été remplacées ou mieux, exclues, par un autre schème causal : causalités naturelles, humaines, etc. Pas de disparition, donc, mais plutôt un déplacement, qui peut très bien s'accompagner de différentes recriminalisations : de juifs ou d'empoisonneurs.

La distinction entre le civil et le pénal n'acquiert de sens qu'*en dehors* de la rationalité des « naturels » et ne peut dès lors être récusée comme contingence historiquement et ontologiquement fallacieuse qu'au prix d'une vision tronquée et fantasmatique des origines du droit, origines où celui-ci rejoindrait un « idéal civilisé » – au sens d'une gestion sociale harmonieuse, concertée et contractualiste des conflits.

D'autre part, l'abolitionnisme se présente comme le destin du discours pénal : son achèvement qui s'identifiera à sa disparition. Il recense les indices d'un remplacement total du système répressif par des formes nouvelles de réactions aux « situations-problèmes » : comité de quartier, justice civile, arbitrages, etc.

« Des mécanismes parallèles de résolution des conflits montrent qu'une société sans système pénal fonctionne déjà sous nos yeux. La reconnaître et lui permettre de se développer rendraient le système pénal tout simplement caduc » (L. Hulsman, *Punir, mon beau souci*, *ibid.*, p. 298).

Parmi ces institutions, une place centrale est réservée aux *community boards*. On perçoit bien le propos : la justice pénale est un échec douloureux avant tout parce qu'elle *exproprie* les « acteurs impliqués » de leurs facultés de gérer utilement les conflits. La « victime » se trouve étiquetée dès le début et cantonnée dans un rôle prédéfini. Quant au « coupable », son rôle est presque figuratif : il subit le procès et sort stigmatisé par le prononcé. Il faut donc restituer le conflit aux parties en rapprochant les acteurs de sa résolution. Louk Hulsman insiste lourdement sur les vertus de la proximité : meilleure connaissance des faits, nombreuses solutions envisageables à un niveau local, etc.

Les solutions de proximité offrent apparemment le double avantage de réduire l'usage de la contrainte – mal absolu – et de mieux maîtriser le cours du règlement des litiges. Il est néanmoins permis de douter de l'effectivité de ces avancées. En effet, quand il s'agit de déterminer la manière dont on donne force exécutoire aux décisions concertées, le même réflexe répressif resurgit :

« Les styles du règlement civil des conflits peuvent constituer *en fait* un élément de contrainte pénible pour celui qui se trouve visé ; et quand une personne s'estime victimisée, elle peut très bien *utiliser* ledit système civil *pour gêner*, voire en fait pour punir celui qu'elle rend responsable de sa situation. Il ne faut pas dire trop vite que seul le système pénal permet de canaliser les sentiments vindicatifs des gens. Un système de type compensatoire peut très bien jouer ce rôle » (L. Hulsman, *Peines perdues*, *op. cit.*, p. 155).

L'abolitionnisme reconduit ainsi par la bande la séquence qu'il s'évertue à dépasser en prolongeant un pseudo-mouvement historique : la trilogie juridiction-incrimination-contraite (M. Delmas-Marty, Notes bibliographiques, in *Revue de sciences criminologiques*, 1984, p. 396 à 400). On est donc bien loin de l'atrophie répressive pronostiquée. Mais il y a plus.

En permettant à chaque « personne impliquée » d'en appeler de la sorte au pouvoir de contrainte détenu par les institutions judiciaires, on s'écarte des traditionnelles garanties offertes par la procédure pénale. Les vertus de la proximité ne contrebalancent pas ses vices inhérents.

Ainsi, pour rendre la maîtrise du conflit aux parties, on risque d'abandonner à leurs soins la charge de s'en abstraire suffisamment pour censurer leur propre esprit de vindicte. Dans la procédure imaginée par les abolitionnistes, chaque partie est invitée en effet à se comporter dans un litige *comme s'il* n'y était pas tout à fait impliqué, avec la charge d'intégrer un devoir de réserve et de distanciation. Louk Hulsman en convient, il s'agit d'un pari (L. Hulsman, *Peines perdues*, *ibid.*, p. 140). Mais d'un pari dont l'issue est à la discrétion du moins raisonnable, du plus vindicatif. La position neutre et impartiale du juge-tiers est abandonnée au nom de son inhumanité, mais c'est pour s'en remettre au plus humainement fragile des juges, le justiciable lui-même. En fait de *fin du pénal*, l'abolitionnisme se présente plutôt comme son double. Un double qui se refuse à reconnaître sa nature, et en devient par là l'inquiétante caricature.

Enfin, une fois acceptées les prémisses abolitionnistes de civilisation du champ pénal, on est renvoyé à une autre insuffisance argumentative.

Même si on l'admet l'opportunité et la possibilité de voir le régime civil s'appliquer indistinctement à toutes les « situations-problèmes », les *difficultés ontologiques* signalées au sein du discours répressif resurgissent inmanquablement. L'argument central de Louk Hulsman dans son entreprise de déconstruction est l'*absence de contenu ontologique du crime*. Rien, ni dans l'acte, ni dans ses effets, ni dans le chef de son auteur, ne permet d'établir un noyau irréductible d'essence criminelle. Les comportements les plus largement réprouvés connaissent des régimes de dérogation, d'absolution, voire de justification. Par contre, des décisions aux conséquences les plus effroyables socialement ne justifient souvent aucune poursuite – comme les décisions économiques de licenciement, d'abandon d'activité, de faillite, etc. Il conviendrait, selon l'abolitionniste, d'abandonner tout un vocabulaire qui prolonge et entretient les croyances métaphysiques en une naturalité du crime. Au lieu des délits, des criminels, des délinquants ou des victimes d'actes infractionnels, on n'aurait plus que des « personnes impliquées » dans des « événements indésirables ». La notion de culpabilité, d'origine scolastique, peut ainsi être reléguée au musée des antiquités, inutile et encombrant vestige d'une ère révolue.

La suite est encore plus intéressante, en ce qu'elle révèle une dissociation paradoxale entre responsabilité et culpabilité :

« Pourquoi n'assimilerait-on pas à une *catastrophe naturelle* – du point de vue des pertes matérielles subies – certains événements « catastrophiques » ou gravement dommageables actuellement attribués à des personnes déterminées ? La notion de

responsabilité personnelle n'en serait pas pour autant supprimée. Si, dans certaines situations, des responsables ne peuvent être désignés, pourquoi ne pas recourir aux règles *civiles* de l'indemnisation, qui s'appliquent déjà à beaucoup de domaines et qui ne font pas appel à ce concept ambigu, impondérable, métaphysique, de culpabilité ? » (L. Hulsman, *ibid.*, p. 79).

Pour autant qu'il y ait encore un sens à chercher un responsable à une « situation-problème », où tout semble issu d'une *causalité naturelle*, il reste à préciser le *critère* utilisé pour caractériser une telle situation. Il faut bien reconnaître que ce critère n'existe pas, ou qu'en tout état de cause, il n'est jamais thématiquement tel.

Louk Hulsman propose de ne voir dans la « situation-problème » qu'un litige de type civil. Cependant il ne suffit pas de civiliser le crime pour rendre au phénomène auquel il correspond une épaisseur ontologique. On ne voit pas bien en tout cas la raison qui permettrait de renverser le jugement porté sur la vacuité de la notion de délit, une fois abandonné le vocabulaire stigmatisant pour une terminologie aseptisée et plus « politiquement correcte ». Si réellement il n'y a *aucun lien substantiel* entre le vol, la violence, le meurtre, comment peut-on prétendre leur trouver un fond identique par le simple artifice du langage neutre des « situations-problèmes » ?

La vraie difficulté que rencontre l'abolitionniste est la suivante : en vidant de tout contenu la notion de crime, il s'interdit de penser jusqu'aux conditions de possibilité d'un régime échappant réellement au réflexe répressif, sauf à renouer subrepticement avec un discours prénaturaliste qui *suppose* la notion de conflit sans la problématiser. Tout se passe comme si l'*impensé pénal* venait rejaillir au cœur même du civil, malgré – ou à cause de – tout l'espoir que l'on avait fondé sur ce dernier. Si l'on suit strictement les conséquences du discours abolitionniste, on est amené à ne plus discerner une « situation-problème » d'une situation ordinaire, à défaut de nature identifiable. Qu'y a-t-il de commun entre le dol civil, le vol ou la séquestration si déjà rien n'existe entre les deux derniers ?

Pourtant, Louk Hulsman semble ne pas s'inquiéter d'une telle implication. Notre hypothèse est qu'il se fonde en fait sur un présupposé : l'évidence, le caractère *naturellement sensible* de la « situation-problème » pour les acteurs. Dans son esprit, il y aurait une forme de *transparence* du conflit à lui-même, sur le fond d'une rationalité partagée.

L'abolitionnisme n'échappe aux conséquences de non-identification des « situations-problèmes » que par un présupposé d'*ordre moral*. Chacun aurait un sens du comportement indésirable, de l'acte regrettable. Mais ce présupposé, il s'interdit de le penser comme tel puisqu'il est inconciliable avec la position nominaliste adoptée par ailleurs. Derrière le discours déconstructeur perce une préoccupation refoulée dont on doit bien saisir la pertinence. Il s'agit d'*approfondir* l'exigence morale décelée, de la sonder afin de lui restituer le rôle irréductible qu'elle joue dans la délimitation toujours reprise et jamais achevée du phénomène criminel.

Les insuffisances de l'abolitionnisme doivent servir de signal. Un signal clair du nécessaire travail qui consiste à *penser l'éthique en rapport étroit avec le processus d'in-*

crimination, envers et contre toutes les tentations pirrhonistes de la rhétorique antimétaphysique. Il revient à une philosophie pénale d'assumer l'horizon du réquisit moral sur lequel émerge nécessairement la question de la nature du crime, et plus fondamentalement du crime naturel.

II. – POURQUOI NE PAS PUNIR ? VERS UN FONDEMENT DU DROIT DE PUNIR

Poser une question n'est jamais neutre. En philosophie pénale moins qu'ailleurs. Ainsi, choisir de s'interroger sur le fondement du droit de punir consiste déjà à privilégier l'approche moderne du phénomène répressif. En quoi, objectera-t-on ? N'a-t-on pas envisagé de tout temps le problème des raisons qui amènent un groupe à réprimer certains comportements ? Platon déjà ne développe-t-il pas une théorie préutilitaire du droit de punir ? (On songe notamment aux *Lois*, liv. IX, II, 854 d-e et 874 a, au *Gorgias*, 525 b ou au *Protagoras*, 324 a, *Œuvres complètes*, trad. É. Chambry, Paris, Garnier, 1939.)

En réalité il existe une différence fondamentale entre la pensée antique et la pensée moderne de la peine. Les Hellènes ne conçoivent pas le pénal sous l'angle du droit mais de la *nécessité* (S. Tzitzis, *La philosophie pénale*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996). La peine se présente pour eux comme une *exigence objective* de l'harmonie du cosmos. L'homme n'est pas une unité indépendante sur laquelle une autorité agirait en fonction de ses mobiles sensibles – sanction-dissuasion, sanction-persuasion – mais un élément du monde qui n'accède à l'être qu'en s'inscrivant dans une *polis* et en se soumettant à ses lois. Pour Platon,

« l'individu n'existe que par son intégration à l'ordre cosmique, à travers l'ordre de la Cité » (J. Chanteur, *Rétribution et justice chez Platon*, in *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 32).

L'équilibre du monde impose que tout perturbateur – homme ou dieu – soit puni :

« On ne châtie pas seulement parce qu'une faute a été commise, pas seulement pour prévenir une récidive et dissuader les autres, mais encore parce que l'homme, comme étant de l'être, doit se concilier avec ce dernier » (S. Tzitzis, *ibid.*, p. 36).

Parler de la peine et du droit à l'infliger revient en fait à rompre avec la doctrine antique de la nécessité de punir. Le lien cosmologique entre le crime et son châtement est abandonné. Ce qu'il s'agit de mettre en lumière, c'est la *forme de lien* à penser entre le crime et la peine. Ce lien est à réfléchir sur le mode de la *justification* : comment justifier la sanction, une fois établie l'éventualité d'un crime ? Ainsi, si l'on veut reconnaître l'existence d'un *droit* de punir, on évitera de chercher une argumentation ou un appui du côté des auteurs grecs, sous peine de tomber dans les travers de la Défense sociale, pour laquelle finalement Platon n'est qu'un utilitariste avant la lettre. Il est important de ne pas rater le moment proprement moderne de la *problématisation ontologique* du pénal. Il n'est plus évident, d'une évidence éternelle et idéale, que le mal commis soit le pendant proportionné du mal à faire subir. De même les « lois du Cosmos » ont-elles perdu de leur transcendance !

Un premier écueil consistait à ne voir en Platon qu'un Bentham grec. On y échappe en dégagant l'horizon cosmologique de sa pensée. Mais il faut se garder, ce faisant, de rapprocher abusivement la perspective platonicienne du moralisme kantien. Le dialogue entre Platon et Kant doit être rendu à ses présupposés. Kant situe l'individu susceptible d'être réproché sur le fond d'une raison qui le constitue *comme sujet*. C'est, pourrait-on dire, au sujet structuré comme un tout par sa raison que s'adresse la répression pénale, bien plus que comme élément du monde qui l'englobe. La déontologie kantienne ne prend son sens que référée au sujet moral et à l'usage propre que celui-ci fait de sa raison pratique pour se conduire dans l'existence. Au contraire, Platon ne voit l'infracteur qu'au travers de son inscription dans l'ordre cosmique. Les lois du Monde, le *Nomos*, s'imposent autant aux dieux qu'aux hommes. L'harmonie rompue par le crime commande un mode de *résolution objectif* du trouble causé : le criminel est celui qui *répond* de la perturbation, mais sans référence à une notion de faute – il est responsable, mais pas vraiment coupable (J. Chanteur, *ibid.*, p. 33).

Quelles que soient leurs divergences – parfois radicales –, les différentes options modernes se situent toutes par rapport à une même question : *Quelle est la meilleure raison de punir ?* Une fois congédié le modèle grec, il convient en effet de rendre compte d'une institution répressive qui a perdu de son évidence, et dont la légitimité reste à trouver, voire à construire. Trois grands types de positions s'affrontent, dans ce cadre moderne où le lien entre le crime et son châtement est devenu problématique parce qu'échappant à la nécessité.

Un premier courant *réfuse radicalement toute justification* : la peine constitue une réaction illégitime, par essence, aux comportements humains, quels qu'ils soient. L'argument mis en avant est soit de nature conséquentialiste – punir ne sert à rien –, soit de nature plus déontologique – au nom de quoi inflige-t-on une souffrance à un être doué de liberté et de raison ?

Le second courant propose une justification *fonctionnelle* au droit de punir. La peine réduit le taux de récidive, prévient l'imitation des délinquants et neutralise les déviants – utilitarisme, Défense sociale –, ou encore elle restaure le sens commun froissé par le crime – fonctionnalisme.

Enfin, un troisième courant sépare la question du fondement de la question de la fonction des peines : le fondement est *autonome*, indépendant des effets attendus. Le fondement réside alors soit dans l'échange de consentements des sociétaires à subir eux-mêmes tout châtement mérité – Contrat social – soit dans la violation des règles morales s'imposant naturellement à tous – Théorie de la justice absolue.

1 / Ne pas punir : l'absence de fondement

A la question « Comment penser un lien entre le crime et son châtement », une première réponse consiste à dire : sur le mode de la *carence*. En d'autres mots, un tel lien ne peut être établi sur le plan de la justification : toute peine est fondamentalement illégitime.

Deux grandes options traversent les théories de l'absence de fondement : une option pragmatique et une option morale.

Selon l'option pragmatique – on a déjà eu l'occasion d'en présenter une forme radicale à travers l'abolitionnisme pénal –, on ne peut punir parce qu'il existe un *hiatus irréductible* entre la finalité supposée de la peine et le résultat qu'elle permet d'atteindre. Une variante de la position pragmatique est défendue par F. Gramatica. Le délinquant peut n'être qu'un malade. Aussi préférera-t-on toujours lui appliquer des mesures de type thérapeutique (F. Gramatica, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1963).

Autrement dit, on doit juger la peine en fonction de son efficacité ou de son adéquation pratique au but poursuivi. Pour Émile De Girardin, par exemple, il faut se rendre à l'évidence : la répression est un échec. Elle ne parvient en aucune façon à réduire le phénomène criminel et constitue donc, par ce fait même, une réponse inadéquate, inadaptée. Il faut abandonner le régime pénal. Le mouvement abolitionniste va plus loin. Non seulement l'existence du système répressif est incapable d'avoir un effet positif sur les événements socialement réprouvés, mais, en outre, il « produit de la violence parmi les membres de la société à laquelle il s'applique » (L. Hulsman, *Peines perdues*, op. cit., p. 125). Par un phénomène de contreproductivité, il accroît la fréquence et l'intensité des faits indésirables qu'il était chargé de juguler. En conséquence, le règlement pénal des conflits est plus qu'inadéquat, il est ruineux et criminogène. Il est temps de lui substituer les formes nouvelles déjà proposées comme la médiation, les comités de quartier, les arbitrages, etc.

On peut relever au moins deux insuffisances dans la position des négateurs du droit de punir – on se souviendra en outre des critiques déjà évoquées à l'égard de L. Hulsman (cf. *supra*, p. 471). L'une assez formelle, l'autre plus fondamentale.

Tout d'abord, le point de référence que proposent les pragmatistes pour évaluer l'efficacité des sanctions est contestable. Selon eux, le niveau d'efficacité *a posteriori* des peines est déterminé par leur objectif *a priori*. Il s'agit là d'une perspective maximaliste tout à fait marginale. En réalité, il paraît plus vraisemblable de « juger de l'efficacité des peines par les effets de l'impunité » (G. Tarde, *La philosophie pénale*, op. cit., p. 484). Plutôt que de vérifier si un système atteint toutes ses fins pour savoir s'il conserve une raison d'être, on s'interrogera sur les conséquences de sa disparition pure et simple.

À un niveau plus radical, les abolitionnistes identifient trop strictement l'inutilité relative d'une institution – pour autant qu'elle soit établie – et son manque de fondement. N'assiste-t-on pas à l'application, inversée mais tout aussi réductrice, des présupposés utilitaristes ? Dès lors qu'elle s'avère incapable d'éradiquer le phénomène criminel, la peine perd toute légitimité : l'effet utile d'une sanction devient son critère de (non-)justification. En fait, sous l'apparence d'un souci de douceur et de tempérance se profile un *déplacement subreptice* des formes de réaction au crime. Ce déplacement consiste en une instrumentalisation du juge civil (chez L. Hulsman, cf. *supra*, p. 467) ou dans la substitution à l'incarcération des mesures médicales ou thérapeutiques d'internement (chez F. Gramatica).

Contrairement aux abolitionnistes, nous tenons le fondement de la peine comme une question séparable en fait et en droit de son efficacité. Autrement dit, il demeure insuffisant d'avoir argué de l'inefficacité des peines pour en récuser toute justification possible.

À côté de l'argumentation pragmatique se détache une autre forme de récusation de l'intervention répressive : la morale évangélique du pardon, dont la figure emblématique reste Léon Tolstoï.

Le pardon trouve sa raison d'être en dehors de tout calcul coût/bénéfice. Il n'est pas le meilleur palliatif à la prison, mais la seule attitude moralement acceptable en face du crime. La logique de la peine appartient en effet à une raison qui condamne et ne se sait pas coupable ; or chaque homme est appelé à faire l'expérience intime de sa culpabilité et à renoncer à l'orgueil de se croire assez juste pour juger et condamner son prochain. Le personnage de Nekhouliouov, dans *Résurrection*, parvient à cette métamorphose intérieure.

« Il se produisit en Nekhouliouov le même phénomène qui se produit fréquemment chez les êtres entraînés à la vie spirituelle. Une pensée qui d'abord leur a paru étrange, paradoxale, voire comique, trouve dans la vie des confirmations de plus en plus nombreuses et devient pour eux la vérité la plus simple et la plus évidente. C'est ainsi qu'il conçut le seul moyen efficace de lutter contre les maux effroyables dont souffrent les hommes : il consistait pour eux à se reconnaître toujours coupables devant Dieu et, de ce fait, nullement qualifiés pour corriger leurs semblables. Il voyait désormais clairement que les maux effroyables dont il avait été le témoin dans les prisons et les maisons de force ainsi que la tranquille assurance de ceux qui en étaient responsables, provenaient seulement de ce que les hommes voulaient entreprendre l'impossible : quand on est mauvais, peut-on corriger le mal ? » (L. Tolstoï, *Résurrection*, 1^{re} éd. traduite par É. Baux, Paris, Gallimard, 1946, p. 518 et 519).

Nul ne peut prendre la place du juge car nul n'est innocent, et il n'appartient pas à un coupable d'en poursuivre un autre.

À travers *Résurrection*, Tolstoï problématise, sur un plan moral, le lien entre le crime et son châtement. Il ne suffit plus d'en décréter la nécessité – comme Platon – ni l'absurdité – comme De Girardin –, au contraire, il faudra cultiver le souci de vérifier encore et encore si les raisons nous faisant croire à la plausibilité d'un tel lien sont autre chose que l'orgueil du coupable qui s'ignore. Quitte à aboutir à ce que P. Ricœur appelle la « rationalité introuvable » de la peine, c'est-à-dire la rationalité qui butte sur l'irrationnel de l'expiation. Dans le châtement s'exprimerait alors le geste de suppression du crime, crime compris avant tout comme violation du droit par un sujet soumis dans son corps au processus d'élimination du mal. Car

« si l'on exclut toute intention de supprimer la violation du droit dans le sujet de la violation, c'est l'idée même de peine qui s'évanouit. Le crime et le criminel sont alors simplement nocifs et on peut peut-être juger déraisonnable de vouloir un mal pour cela qu'un mal existe déjà. Telle est l'aporie du droit pénal : rationaliser la peine selon l'entendement, en éliminant le mythe de l'expiation, c'est en même temps la priver de son principe. Ce qui dans la peine est le plus rationnel, à savoir qu'elle vaut le crime, est en même temps le plus irrationnel : à savoir qu'elle l'efface » (P. Ricœur, *Le conflit des interprétations*, Paris, Seuil, 1969, p. 353).

Au travers des raisons de punir, des considérations sur la proportion et l'individualisation des peines, il reviendrait alors à une philosophie pénale d'assumer la puissance mythologique – c'est-à-dire à la fois fondatrice et ordonnatrice – de l'expiation. La tâche consistera donc pour nous à naviguer entre deux écueils. D'une part, celui de ne voir dans le mythe de l'expiation qu'un mythe de plus, une forme de récit naïf rendu obsolète par la révolution utilitaire. En ce sens, l'interprétation expiatoire de la peine conserve une pertinence malgré et au-delà de Bentham. D'autre part, on évitera de redoubler strictement le mythe, de l'habiller d'une rationalisation seconde qui l'empêche d'apparaître sur son fond symbolique. P. Ricœur parle en ce second sens d'une entreprise de *démythologisation* (P. Ricœur, *ibid.*, p. 330). Démythologiser, c'est avant tout renouer avec le mythe, mais sur un mode nouveau, non assujéti, un mode libérateur du symbole, où la peine peut apparaître comme faisant signe vers les déterminations contingentes de la liberté. Dans la peine se rejouerait alors le drame de ce que le sujet aurait pu (ne pas) faire advenir au monde.

2 / Punir utile ou les théories du fondement instrumental

Pour lier le crime à son châtement, l'utilitarisme classique, le positivisme italien et le fonctionnalisme sociologique recourent au même *type* de justification instrumentale. Ce qui justifie la peine, c'est l'utilité majeure ou la fonction qu'elle remplit à un niveau soit social, soit individuel. Rendre compte du phénomène répressif revient donc à inventorier ces fins et à les classer en un ordre qui témoigne à la fois des préoccupations sociales qui s'y jouent et de leur traduction matérielle – prisons, amendes, confiscations...

• L'UTILITARISME

On attribue souvent à Jeremy Bentham la paternité d'une conception du monde totalement assujéti à l'impératif utilitaire, ou *principe d'utilité*. Ce principe

« consiste à partir du calcul ou de la comparaison des peines et des plaisirs dans toutes les opérations du jugement, et à n'y faire entrer aucune autre idée »,

sachant que

« ce qui est conforme à l'utilité ou à l'intérêt d'une communauté, c'est ce qui tend à augmenter la somme totale du bien-être des individus qui la composent » (J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, traduction par É. Dumont, Bruxelles, Louis Hauman, 1829, p. 10).

Ainsi armé d'un axiome qu'il compare à un « point fixe » auquel on peut accrocher les anneaux d'une chaîne, Bentham se propose d'y référer toute sa théorie des *législations civiles et pénales*. Au travers des lois particulières, le législateur compare les sommes différentes de peine et de plaisir induites par telle ou telle disposition et trouve dans cette comparaison tout à la fois la raison et la mesure de son intervention. La raison, tout d'abord parce qu'il n'a pas à s'interroger davantage sur ce qui peut fonder sa décision : dès lors qu'une mesure recèle un solde hédonique positif, elle est fondée en droit. La mesure, ensuite, en ce que la loi *mime* la fonction d'utilité : elle y est absolument subordonnée.

Les lois répressives répondent toutes à la même logique anticontractualiste : quel sens y a-t-il à soutenir l'existence d'un échange consensuel à la base de la peine, quand tout indique en elle la variable d'un calcul finalisé par l'utilité sociale ? La légitimité pénale trouve ainsi à s'exprimer autrement que sur un mode contractualiste, elle se donne avant tout comme *téléologie*. Dans la peine se concentre un *double téléos* : la prévention particulière et la prévention générale. Double par ses destinataires puisque la prévention particulière – ou spéciale – vise le délinquant individuel alors que la prévention générale s'applique à l'ensemble des membres de la communauté. Mais un *télos* unique en sa nature dissuasive et garante de l'utilité moyenne. (Nous reviendrons sur ce point au chapitre suivant.) Si la peine, menace/riposte, empêche l'individu criminel et réfrène ses imitateurs potentiels, le droit de l'appliquer n'est pas extérieur à ses fins sociales. L'agent criminel n'est pas inquiet véritablement *pour ce qu'il a commis*, mais *afin que* son acte ne soit reproduit ni par lui ni par un autre.

Par-delà la critique du contractualisme pénal – fictionnel et réducteur – Bentham aboutit à une position où la peine, toujours appliquée à un individu particulier, *hic et nunc*, trouve sa légitimité dans un calcul coût/bénéfice situé au niveau social. L'écart est donc énorme entre les niveaux d'application et d'effectivité de la peine : la « *ratio* » de la souffrance d'un seul réside dans son résultat positif pour tous. Le risque n'est-il pas dès lors d'une dissociation ?

C'est ce que John Rawls a bien résumé, à une époque (1955) où il affichait encore certaines affinités avec la pensée utilitaire :

« La vraie question est de savoir si l'utilitarisme n'a pas fait appel, pour fonder la peine (*punishment*), à des arguments qui l'engagent (*commit him*) à accepter l'application de châtements même à des personnes innocentes, pourvu que la société en tire un profit (peu importe d'ailleurs le nom donné à la peine) » (J. Rawls, *Two concepts of rules*, in *Philosophical Review*, LXIV, 1955, p. 9, traduit).

Le « non-coupable » n'est-il pas aussi bon à punir qu'un autre, pourvu que la mesure ne soit pas vaine ? Le principe d'utilité semble entretenir une dangereuse collusion avec la « logique sacrificielle » du bouc émissaire. (R. Girard, *Le bouc émissaire*, Paris, Seuil, 1983). Bentham est-il si loin de reconnaître, avec Caïphe :

« Vous n'y comprenez rien et vous ne percevez même pas que c'est votre avantage qu'un seul homme meure pour le peuple et que la nation ne périclite pas tout entière » (Jean XI, 49).

Pour éviter un tel écueil, J. Rawls pose une alternative : soit ajouter un principe non sacrificiel au principe d'utilité – ce qui revient à reconnaître l'insuffisance de la position utilitariste –, soit recourir à la technique de la *distinction*, ce procédé anglo-saxon par excellence. La distinction qu'il propose permettrait d'éviter que l'utilitarisme ne « justifie trop », c'est-à-dire ne justifie la répression d'innocents au nom de l'intérêt collectif.

« Il existe une autre solution pour éviter que les principes utilitaristes ne justifient trop, ou du moins pour limiter ce risque : elle consiste, pour l'utilitarisme, à distinguer entre la *justification d'une institution* et la *justification d'une action particulière* au sein de l'institution » (J. Rawls, *ibid.*, p. 10, traduit).

Il s'agit de séparer nettement l'*institution of punishment* ou ce qu'il appelle aussi un *practice*, de la condamnation individuelle, la *decision* ; c'est-à-dire, d'une part, le système des règles structurant la réaction institutionnelle au crime, d'autre part, l'action ponctuelle sanctionnant un méfait dans ce cadre. En effet :

« Si les arguments utilitaristes conviennent pour rendre compte des institutions, les arguments rétributifs, quant à eux, justifient l'application de règles particulières aux cas particuliers » (J. Rawls, *ibid.*, p. 5, traduit).

La justification utilitaire garde donc sa sphère de légitimité, mais elle ne peut l'étendre aux décisions particulières sous peine de retomber dans le travers sacrificiel.

Outre le caractère artificiel de la distinction – comment séparer aussi radicalement deux concepts qui relèvent plus de phases que d'essences différentes ? –, ce qui frappe, c'est la place que Rawls est presque obligé de réserver à la justification déontologique de la peine. L'exemple proposé par J. Rawls lui-même illustre ce propos. Lorsque l'on demande : « Pourquoi John a-t-il été emprisonné ? », la réponse ne peut être : « Pour réduire le taux de criminalité et tout risque de récidive. » Selon J. Rawls, cette explication correspond au moins partiellement à une autre question formulée comme suit : « Pourquoi emprisonne-t-on en général ceux qui ont commis une infraction ? » Par contre, à la question : « Pourquoi John a-t-il été mis en prison ? », on répond : « Parce qu'il a commis volontairement, sciemment un acte répréhensible et qu'il en a été reconnu responsable. » La peine concrète trouve son fondement dans l'acte répréhensible qui la précède, avant d'entrer dans la logique des moyens. Et il faut bien admettre qu'une réflexion sur le fondement du droit de punir ne peut s'abstraire tout à fait des conditions dans lesquelles la peine vient s'appliquer concrètement à un individu.

Dès lors, en resituant les deux niveaux de justification – utilitaire, déontologique – pour échapper à l'écueil sacrificiel, J. Rawls a bien mis en évidence l'incontournable socle déontologique inhérent au droit pénal, et du même coup l'insuffisance des discours qui en font l'économie. Le châtimeur de l'innocent ne peut trouver d'invalidation radicale au sein d'une doctrine qui subordonne entièrement le sort individuel à l'utilité moyenne. Une telle invalidation nécessite au minimum qu'entre les niveaux d'effectivité et d'application des peines, on introduise une dimension rétributive où puisse se nouer un lien répressif non finalisé. La position adoptée par J. Rawls s'analyse donc fondamentalement comme une position de repli. L'auteur prend acte de la faiblesse d'un discours pénal inspiré exclusivement par les vues utilitaires, et confère un rôle crucial au principe rétributif : à la fois garde-fou et condition de concrétisation des peines. (Nous reviendrons sur ce point, v. *infra*, p. 493.)

• LE POSITIVISME

Un autre courant de pensée, très éloigné dans ses fondements méthodologiques de Bentham et de son école, partage pourtant avec l'auteur anglo-saxon un même *credo téléologique*. Il s'agit du positivisme italien, illustré par des auteurs comme R. Garofalo ou E. Ferri. Pour ceux-ci, la réaction sociale au crime, mise en œuvre notamment au tra-

vers des mécanismes répressifs, s'assimile en fait au processus de *sélection naturelle*, tel qu'exposé par Darwin dans *L'origine des espèces*.

Garofalo l'exprime on ne peut plus clairement : par l'exclusion,

« le pouvoir social produira artificiellement une sélection analogue à celle qui se produit spontanément dans l'ordre biologique, par la mort des individus non assimilables aux conditions particulières du milieu où ils sont nés et au sein duquel ils ont été transportés. L'État n'aurait donc qu'à imiter la nature » (R. Garofalo, *op. cit.*, p. 240).

Qu'y a-t-il de plus évident et de plus légitime que l'imitation d'une nature sélective ? Par le crime, l'individu extériorise une déficience, il témoigne d'une inadaptation aux conditions de la vie sociale. Selon qu'il s'agit soit d'une inadaptation typique – irrécupérable –, soit d'une déficience – accidentelle –, le traitement à réserver au criminel consistera en une *peine* ou plutôt en une *mesure*.

En tout état de cause, l'assimilation devenue classique de Lacassagne, qui fait du malfaiteur un *microbe social*, justifie la réaction répressive. Il n'y a pas plus de raisons à s'interroger sur la légitimité de la *fonction pénale* que sur toute *fonction vitale* d'un être vivant. La société, comme un corps, se défend, et il n'y a là rien que de très normal. La haute valeur poursuivie par la fonction pénale s'identifie avec les conditions de possibilité de toute fonction sociale :

« L'élimination tend à la conservation de l'organisme social, par l'extirpation des membres qui n'ont pas l'aptitude voulue (*ne peccetur*) » (R. Garofalo, *op. cit.*, p. 261).

Le crime, comme point d'inférence d'une anomalie morale, cristallise la nature antisociale de son auteur, et fonde son traitement-élimination. Tout châtimeur est déjà comme anticipé par son sujet, sujet qui s'exclut virtuellement de la communauté dès que s'actualise sa capacité au crime, et même pourrait-on dire avant cette actualisation. Finalement, le geste qui punit n'est donc que l'identification expresse et solennelle d'une nature à son destin.

Tout semble indiquer que l'on renoue ici avec la voie cosmologique de la nécessité de punir. Pourtant le rapprochement n'est qu'apparent. Même si effectivement le positivisme italien insiste sur la naturalité de la réaction au crime, sur sa quasi-nécessité, il n'empêche qu'il resitue la fonction pénale sur un *horizon finaliste* référé à un ordre social donné. La peine est moins *partie* d'un tout harmonieux que *moyen* socialement institué. La métaphysique platonicienne est abandonnée, qui cherche à concilier l'homme avec l'être, dans un présent absolu. Si l'État imite la nature en écartant les inaptes, c'est dans une volonté de créer artificiellement les conditions d'une communauté de vie. L'ordre du monde est convoqué au titre de *médium* de la réussite sociale projetée comme fin en soi.

Selon le mot d'E. Ferri, il s'agit de rendre au ministère punitif ce caractère naturel et spontané de « pure fonction sociale ». Puisque le lien entre le crime et son châtimeur n'est

pas cosmologique, il doit se penser au sein d'institutions visant avant tout la survie de l'organisme qu'elle représente. La fonction paraît donc tout entière subordonnée à un calcul d'utilité. Quelle sanction pénale peut-on justifier ? Celle qui parvient au mieux à exclure la menace que représentent les individus les moins adaptés pour l'ensemble de la collectivité. L'utile devient le critère du juste, voire son synonyme.

La question « Pourquoi punit-on ? » devrait donc définitivement se lire en deux mots : « Pour quoi punit-on ? » Mais il y a davantage qu'une différence de formulation dans ce déplacement, à savoir l'identification du fondement et de la fonction, au bénéfice de cette dernière, dans un mouvement de recouvrement. Dès lors qu'il est possible de lui dégager une fonction sociale claire, la peine n'a plus à être justifiée. Ou, pour être plus exact, elle est justifiée par le fait de la fonction qu'elle remplit. Le problème du fondement n'est pas hétérogène ou irréductible ; il n'est qu'une des formes que prend la peine pour dire le rôle qu'elle occupe dans l'ordonnement d'une société humaine.

• LE FONCTIONNALISME

Avec É. Durkheim, la fonction sociale du châtement prend une forme radicale, au sens où elle rejoint le socle de la conscience collective. Chaque groupe humain connaît une forme de solidarité qui s'exprime au travers d'états forts et caractérisés de conscience. Cette conscience commune ou collective, constituée d'un ensemble de sentiments largement partagés, assure une sorte de « communion permanente des esprits ». Cependant chaque société connaît des violations graves de ces sentiments. En tout temps et en tout lieu, on rencontre des individus dont les agissements blessent la conscience collective. Le crime parcourt en effet le genre humain même s'il n'a de contenu qu'historiquement et géographiquement déterminé. La « blessure » ainsi occasionnée à la conscience collective ne peut rester sans soin. L'image organiciste fonctionne jusqu'au bout : il s'agit de rendre vitalité à une communion entamée dans sa vigueur. Toute l'opération se situe donc à un niveau symbolique. La peine sera

« le signe qui atteste que les sentiments collectifs sont toujours collectifs, que la communion des esprits dans la même foi reste tout entière, et, par là, elle répare le mal que le crime a fait à la société » (É. Durkheim, *op. cit.*, p. 77).

Une telle réparation n'a de sens que si l'expiation de l'auteur produit un effet au-delà de son destinataire matériel. Durkheim se fait en effet peu d'illusion sur l'efficacité dissuasive ou préventive des peines. Sa véritable effectivité joue là où se partagent les sentiments blessés : entre « honnêtes gens ». Quelle chance a-t-on en effet de faire revivre ce qui n'a jamais existé ?

La conscience collective se retrouve entière par le moyen d'un châtement individualisé, où le criminel n'est visé que comme le meilleur symbole du crime. Un des disciples de Durkheim, P. Fauconnet, résume le propos :

« C'est au crime même que s'appliquerait la peine si elle pouvait le saisir pour l'annihiler » (P. Fauconnet, *La responsabilité, étude de sociologie*, Paris, Félix Alcan, 1920, p. 217).

Car c'est le crime qui froisse la conscience collective. Il convient donc de l'enserrer au travers de son agent d'exécution le plus proche :

« La peine est une sorte de procédure d'annulation de l'acte commis qui doit restituer dans son intégralité la croyance ébranlée par le crime » (P. Poncela, *Rétribution et justice pénale, op. cit.*, p. 16).

Bien entendu, le crime est par excellence l'inatteignable, le point d'intervention impossible du système répressif : il révèle tout à la fois la radicale insuffisance et la limite définitive de toute sanction. Une chose au moins est certaine, dès que l'intervention pénale commence : rien ne pourra faire en sorte que ce qui a été ne fût point. Les sentiments collectifs sont blessés. Tout au plus pourra-t-on tenter de trouver des modes plus ou moins efficaces de restauration de l'ordre brisé. Mais quelle sera la formule la plus efficace ? Comment s'approcher de l'inaccessible infraction, sachant que le salut ne peut venir que de sa suppression ?

P. Fauconnet entrevoit une solution. Elle ne manque pas de séduire, même si elle met à nu quelques présupposés inquiétants du fonctionnalisme.

« Pour se donner ainsi satisfaction, il suffit que la société soit capable de susciter un symbole ou un signe, c'est-à-dire un être dont elle puisse faire de bonne foi, le substitut du crime passé. La destruction d'un symbole remplacera la destruction du crime qui, en lui-même, ne peut pas être détruit. Ce sont les êtres jugés aptes à servir de substitut d'un crime et à supporter comme tels la peine de ces crimes qui deviennent responsables » (P. Fauconnet, *op. cit.*, p. 234).

Reprenons. Le symbole suscité par la société prend forme humaine et matérialise en quelque sorte l'atteinte portée à la conscience collective. Il en est le substitut. Le premier mouvement est donc un déplacement. Le second mouvement consiste à identifier la destruction du symbole à l'annihilation du crime, par le biais du concept de responsabilité. Qui est responsable du crime ? Son meilleur substitut, ou – ce qui revient au même – l'être dont l'élimination est susceptible d'emporter son annulation symbolique.

Solution séduisante, disions-nous, en ce qu'elle semble lever le paradoxe de l'impossible mais nécessaire suppression de l'infraction. Mais solution redoutable également. Le responsable n'y est en effet pas visé en lui-même mais toujours en vue de l'effet de son châtement. Par là, la responsabilité devient un concept dérivé, au contenu incertain car abandonné au libre jeu des substitutions symboliques. Le fonctionnalisme ne rend pas compte des limites nécessaires au travail de déplacement et de substitution dans les faits. Car si vraiment le responsable se trouve désigné au terme de ce travail, il reste à expliquer pourquoi on le désigne lui, plutôt qu'un autre. Le résultat du procès (procès au sens de processus) pénal devient quasiment indéterminable. Poser la responsabilité en fin de parcours ne permet pas de conjurer le risque sacrificiel. En réalité, ce n'est pas lorsqu'on a trouvé le meilleur substitut au crime – quel qu'il soit – que l'on peut espérer voir son châtement produire un effet social légitime. Non. L'effet ne peut précéder la responsabilité, mais uniquement la suivre. La responsabilité de l'agent doit rester le point d'ancrage de l'utilité des peines, et jamais son point d'aboutissement.

Au besoin, il faut *s'interdire* de trouver le « meilleur substitut au crime » si celui-ci n'entre pas dans les conditions élémentaires d'imputabilité psychique et matérielle du fait. Une double exigence morale doit être maintenue envers et contre toutes les tentations relevées par Durkheim et ses épigones, qui subordonnent la souffrance à sa fonction. Avant tout, on doit tenir qu'il n'est jamais légitime de traiter un homme comme *l'instrument d'une politique criminelle*, aussi louable soit-elle. Ensuite, il faut maintenir un *lien fort* entre l'auteur – médiat ou immédiat – d'un acte répréhensible et le châtement qu'il mérite. Ce lien ne peut en aucun cas se trouver remis en cause par la simple carence d'auteurs identifiables.

Double exigence ou double souci à cultiver car le fonctionnalisme a bien mis en évidence l'efficacité pratique, et le ressort puissant que constitue l'expiation symbolique pour l'agir collectif, même s'il a eu le tort de l'ériger en paradigme axiologique. Si la fonction a souvent servi à justifier la peine, si ses effets nous confortent dans l'idée de sa nécessité, il convient toutefois de ne pas voir dans ce modèle une fatalité, mais une option contingente assurément très attractive.

3 / Le fondement autonome du droit de punir

A l'opposé des théories instrumentalistes de la peine, deux courants tendent à *autonomiser* le fondement du droit de punir : le Contrat social, d'une part, la Justice absolue, de l'autre. Ils ont en commun l'idée d'une *dissociation* entre l'ordre des fins et l'ordre du droit, et ne s'opposent – pour ce qui nous concerne – qu'au sujet des *sources* du droit. Le débat tourne alors surtout autour du problème de la volonté comme origine ou comme relais du droit (E. Kant, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, Paris, J. Vrin, 1971, p. 218 et s.).

• LE CONTRAT SOCIAL

Les tenants du Contrat social, parmi lesquels on doit citer C. Beccaria, J. Locke, J.-J. Rousseau ou encore A. Fouillée, puisent dans l'acte de volonté qui fonde l'ordre social la légitimité de ses institutions ainsi que de ses organes d'exécution (Théorie largement anticipée par H. Grotius dans *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, Paris, Guillaumin, 1867). En sortant de l'état de nature par l'échange de consentements libres, chacun s'est soumis à un pouvoir souverain, chargé d'affermir les droits individuels – intégrité, propriété... –, de régler les différends qui peuvent surgir à l'occasion de leur exercice, et de

« punir toutes les injures qui peuvent être faites à quelqu'un des membres de la société » (J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, trad. D. Mazel, Paris, Garnier-Flammarion, 1992, § 89).

Chaque individu disposait isolément du droit de se défendre et de punir son agresseur en l'état de nature, et l'a *transféré* volontairement à l'autorité politique. (Locke précise que ce transfert peut être *implicite* notamment lorsque la société est *déjà* constituée. Le fait de jouir des droits civils et politiques est assimilé à un consentement tacite. Voyez le § 119 du *Traité du gouvernement civil*.) La société politique ne fait en ce domaine

qu'agrèger les droits de nature et les appliquer dans les mêmes circonstances et de façon identique à tous.

Qu'un crime soit commis, et son auteur ne pourra qu'avoir voulu son propre châtement. Son consentement était même à l'origine des institutions qui le lui appliquent. Beccaria ne dit pas autre chose (C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1979, p. 50 et s.). La volonté est donc à la fois fondement et limite du droit de punir. Fondement, comme on vient de le voir, puisque source de la convention qui autorise à punir. Mais aussi limite, puisque

« personne ne peut conférer à un autre plus de pouvoir qu'il n'en a lui-même : or, personne n'a un pouvoir absolu et arbitraire sur soi-même, ou sur un autre, pour s'ôter la vie » (J. Locke, *ibid.*, § 135).

Locke refuse ainsi la peine de mort, en s'appuyant sur le « contenu impossible du consentement ». Nul ne peut vouloir se tuer, même par procuration.

On a l'habitude de situer Thomas Hobbes dans la droite ligne des théories du Contrat social. Certains auteurs, et non des moindres, considèrent le *Léviathan* comme la forme absolue du transfert délibéré des droits individuels – y compris le droit de punir son agresseur – vers une entité politique personnalisée (J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^e éd., 1991). Dans cette optique, pour Hobbes,

« l'État doit assurer la tranquillité sociale en exécution d'un contrat social souscrit par les citoyens. Cette philosophie appliquée au droit pénal conduit au résultat suivant : le droit de punir dérivant du contrat social et la sûreté publique étant la fin recherchée par les hommes, il en découle qu'il est indispensable d'assurer cette sûreté par la punition puisque les hommes ne peuvent être ramenés à la sagesse que par sa menace » (J. Pradel, *ibid.*, p. 21).

Mais peut-on vraiment dire, avec J. Pradel, que le droit de punir *dérive* du contrat social chez Hobbes ? Une première lecture semble confirmer cette position. Le chapitre XVII du *Léviathan* notamment, intitulé « Des causes de la génération et de la définition de la République », fait écho à l'idée d'un contrat passé entre les hommes pour se soustraire à la condition misérable de l'état de nature. Arrivé à ce point où l'expression débridée des sentiments violents, vindicatifs et envieux menace la survie du genre humain, chacun se dessaisit, sous condition de réciprocité, de

« la liberté d'user de son pouvoir propre, pour la préservation de sa propre nature – et en conséquence de faire tout ce qu'il considérera, selon son jugement et sa raison propre, comme le moyen le mieux adapté à cette fin » (Th. Hobbes, *Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, trad. F. Tricaud, Paris, 1971, p. 128).

Face au gouffre de la violence où nul n'est épargné, chaque coup vengeant le précédent et justifiant tout à la fois le coup suivant, un seul geste est salutaire : s'engager vis-à-vis d'un seul et lui confier l'exercice exclusif de ses droits naturels à l'autodéfense et à l'appropriation.

Le seul sujet de droit chez Hobbes, c'est-à-dire le seul qui jouisse d'une personnalité à part entière, devient alors le souverain absolu. Pour être plus exact, il faudrait dire que le souverain *subsume* la personnalité de tous ; il en devient le *titulaire collectif*.

« C'est comme si chacun disait : j'autorise cet homme ou cette assemblée, et je lui abandonne mon droit de me gouverner moi-même, à cette condition que tu lui abandonnes ton droit... de la même manière » (Th. Hobbes, *ibid.*, p. 177).

Le contrat est social par essence : il est fondé sur une réciprocité universelle – j'abandonne mes droits comme toi, qui les abandonnes comme un autre – et rend possible une vie en commun, affranchie des violences individuelles. L'objet même du contrat est de se destituer comme agent de revendication.

Mais peut-on passer du contrat social au « contrat pénal » ? Autrement dit, le souverain hobbesien tire-t-il le droit de punir ses sujets de leurs résolutions communes et simultanées à se soumettre à son autorité ? Si l'on s'en tient aux formules du chapitre XVII, rien certes ne permet d'en douter. Le souverain n'est-il pas *conventionnellement autorisé* à châtier le criminel, dès lors qu'on lui a confié le soin de substituer sa volonté à celle de chacun ? Mais la chose est plus complexe qu'il n'y paraît. Si on reprend le chapitre XXVIII, consacré explicitement à la question des « Châtiments et des récompenses », elle prend un tout autre aspect. Hobbes y définit la peine comme

« un mal infligé en vertu de l'autorité publique au transgresseur de la loi afin que les volontés des citoyens soient formées à l'obéissance par la frayeur de ce mal » (Th. Hobbes, *ibid.*, p. 331).

Le souverain impose sa loi à tous sans y être lui-même soumis. Elle s'applique indistinctement à tous en raison même de la nature universelle de la convention qui constitue le pouvoir absolu. Par contre, le droit de châtier le contrevenant n'est pas de la même nature contractuelle :

« Il est donc évident que le droit de châtier que possède la république n'est pas fondé sur quelque concession ou quelque don de la part des sujets... Le fondement du droit de châtier, ce ne sont pas les sujets qui l'ont donné au souverain ; mais en se dessaisissant de leur droit à la préservation, ils ont fortifié celui-ci dans l'usage qu'il jugera opportun de faire du sien pour leur préservation à tous. Bref, on ne le lui a pas donné : on le lui a laissé, et on ne l'a laissé qu'à lui » (Th. Hobbes, *ibid.*, p. 331-332).

Les droits confiés au souverain ne contiennent pas celui de punir le criminel même si le châtiment *contient* les droits de chacun – dans le sens où il en prévient les excès naturels. Les contractants n'ont pas à conférer un pouvoir, déjà largement partagé en l'état de nature : il leur suffisait de n'en pas disputer l'usage au *Léviathan*. Et ce faisant, ils ont laissé se constituer une puissance capable d'inhiber ou de réprimer les comportements les plus manifestement attentatoires aux droits naturels de chacun.

Le souverain est *seul* à conserver tous les droits dont *chacun* disposait dans l'état de nature. Parmi ces droits figurait celui de châtier son agresseur : à l'origine, il revenait à chaque homme, pris individuellement, d'assurer sa préservation en écartant de soi les menaces et les violences, par tous moyens, y compris violents. Le sentiment dominant

était alors la *crainte* ; la crainte de ne pas résister seul longtemps à la force menaçante des autres. Tel un héros de Dostoïevski, l'homme de l'état de nature arrive à ce constat accablant : « Moi, je suis tout seul, et eux, ils sont tous ! » Tenillés par la peur et guidés par le désir de survivre, les individus abandonnent au monarque l'exercice exclusif du *droit naturel de punir* son semblable. *Abandon* davantage que convention, puisque ce droit pré-existe à l'état social. Bien entendu, il n'est pas indifférent que tous décident de laisser l'initiative répressive au souverain : par ce geste « collectif », sa puissance se trouve accrue et portée à un niveau presque infini. Mais de façon tout aussi certaine, le *Léviathan* ne dispose de cette puissance que pour *actualiser les prérogatives dont il était déjà titulaire* précédemment. La convention des sujets du souverain porte sur un objet qui l'anticipe et la rend possible : il s'agit de conférer au monarque la jouissance exclusive des droits également répartis en l'état de nature.

Hobbes occupe, on le voit, dans l'histoire de la pensée pénale, une position tout à fait particulière, et la lecture qu'en offre J. Pradel gagne à être nuancée. Théoricien du contrat, Hobbes l'est certes, mais avec certains accents qui l'éloignent autant de Locke que de Rousseau ; il reste avant tout un penseur du conflit et de la violence, qui défend une conception désenchantée de la volonté. Une volonté marquée par les conditions précaires où elle s'exprime dans l'état de nature, et surtout par le sentiment dominant de la *peur*. Travaillé par la crainte de la mort, chacun renonce à son pouvoir propre, infime et vain, pour qu'un seul en jouisse vraiment, et au bénéfice de tous. La peine ne naît pas *du* contrat mais trouve *dans* le contrat l'occasion de se trouver appliquée indistinctement à tous par un seul.

Le contractualisme pénal a connu de nombreux contradicteurs. Mais nul mieux qu'Emmanuel Kant n'a résumé son paradoxe : tenir ensemble la participation au processus d'incrimination comme sujet voulant et la soumission à la peine effective comme sujet souffrant :

« Le contrat social ne contient nullement la promesse de se laisser punir et de disposer ainsi de soi-même et de sa vie. En effet si le droit de punir devait avoir à son fondement la *promesse* du malfaiteur de *vouloir* se laisser punir, il faudrait aussi lui laisser le droit de se reconnaître passible d'une peine et le criminel serait son propre juge » (E. Kant, *op. cit.*, p. 218).

Comment penser une promesse qui s'actualise sans son auteur ? A l'inverse, comment conserver à la peine sa charge négative et extrinsèque si la volonté de son destinataire fonde son application *hic et nunc* ? La volonté se brise au seuil de la peine et y reconnaît son impossible objet.

De deux choses l'une. Soit le criminel veut son châtiment, alors il n'y a plus vraiment de châtiment mais un jugement partagé et consenti. Soit il le refuse et c'est à l'estime des autres qu'il sera châtié, pas à la sienne. Les tenants du contrat oscillent ainsi entre une philosophie de la conscience où le processus pénal reste interne au sujet de bout en bout et une philosophie de l'extériorité où les sociétaires ne se retrouvent qu'*autour* du criminel et sous le mode d'un dissensus radical.

L'idée du contrat reste néanmoins intéressante à deux titres.

D'abord, elle permet de référer tant le châtement au *lien social* mis à l'épreuve par le crime que son auteur à l'ensemble de ses semblables. En effet, chacun se retrouve intéressé par l'infraction aux règles communes, et également soucieux de la restauration de la norme puisqu'il a contribué à son élaboration. Mais le contrat laisse dans l'ombre le lien qui *anticipe* la volonté consciente de constituer un corps social. Le lien social est bien fondamental en ce qu'il *précède* nécessairement sa formulation consensuelle. Il est donc utile de remonter de l'image dérivée et contrefactuelle du contrat vers ce qui le rend possible : un lien antécédent, non volontaire et naturel entre les hommes.

Ensuite, le contrat offre l'occasion de donner un sens à la peine, indépendamment de ses fonctions spécifiques – prévention, réinsertion, etc. –, la peine se trouve *fondée en droit* avant d'être fondée en fait : elle s'origine dans « la loi des parties », c'est-à-dire dans la loi édictée par les parties. Mais, ici aussi, la figure du contrat s'avère insuffisante et trop formelle. On se souvient de son argument. Le criminel est puni parce qu'il a voulu un jour que tous les criminels le soient, abstraitement. Par là, il ne subit en quelque sorte que ce qu'il a souhaité, et pas vraiment ce qu'il a mérité. Ou encore, il mérite ce qu'il a voulu : ainsi, la volonté se rejoint au-delà ou en dehors du crime, et n'y trouve qu'une occasion de plus d'exprimer son autosuffisance. Or le fait d'engager sa volonté libre dans une action punissable ne peut se réduire à une simple *condition d'application* de clauses contractuelles. On doit y voir la vraie *cause* de la sanction, sa raison d'être et, en un mot, sa justification. En résumé, le contrat social promet plus qu'il ne tient : en fait de réponse à l'utilitarisme, il propose une solution marquée par son artificialisme et son formalisme.

• LA THÉORIE DE LA JUSTICE ABSOLUE

La seconde grande version du fondement autonome du droit de punir est connue sous le nom de Théorie de la justice absolue. Elle regroupe des auteurs comme G. W. F. Hegel, E. Kant ou encore J. de Maistre. Mais elle est en fait elle-même constituée de deux modèles distincts : le modèle radical ou ontologique de Hegel, le modèle déontologique de Kant.

Pour Hegel, la question de l'utilité des peines est seconde, dérivée par rapport à la problématique de la peine juste :

« Les différentes considérations qui se rapportent à la peine comme phénomène, à son influence sur la conscience particulière et à ses effets sur la représentation (intimidation, amendement, etc.), sont à leur place et même au premier plan, dès qu'il s'agit de la modalité de la peine, mais suppose résolue la question de savoir si la peine est juste en soi et pour soi » (G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. André Kaan, Paris, Gallimard, 1940, § 99 R).

Il faut donc partir du juste en soi et pour soi : c'est l'étape du droit abstrait, où l'on considère le criminel non comme la cause d'un dommage, mais comme le violeur du droit, de sa positivité. La nocivité du crime est secondaire par rapport à la négation du droit qu'il implique. Dès lors, la sanction est négation de la négation de la validité universelle des normes.

« La réalité du droit n'est autre que sa nécessité se réconciliant avec elle-même par la suppression de la violation du droit » (G. W. F. Hegel, *ibid.*, § 97).

La peine juste consiste dans un processus de refondation de la règle violée ; le criminel est visé non comme agent nocif concret mais comme le support abstrait d'une reconstitution de l'intégrité du droit par la suppression de son négateur.

Dans une seconde étape, Hegel se place du côté subjectif : le délinquant est lui aussi protégé par le droit. Mieux, l'acte qui le châtie *contient* ses droits, dans les deux sens du verbe « contenir » : il les comprend, mais il les contraint également. En commettant un crime, tout homme s'atteint lui-même comme bénéficiaire de la norme violée. La peine vient le restaurer dans son bénéfice et l'honorer en tant que titulaire rationnel de droits. Contrairement aux utilitaristes, pour qui la peine s'adresse à un destinataire minimalement raisonnable, c'est-à-dire juste assez sensé pour associer une douleur postérieure à son acte antérieur et, ainsi instruit, tenter d'échapper à toute nouvelle souffrance, Hegel adopte une version maximaliste : le sujet trouve une consécration dans son châtement.

La peine a une vertu doublement reconnaissante du sujet : à la fois détenteur à part entière des prérogatives juridiquement protégées, et capable d'appréhender rationnellement le lien rétributif comme égalité de valeur. En le punissant,

« on honore le criminel comme un être rationnel. Cet honneur ne lui est pas accordé si le concept et la mesure de sa peine ne sont pas empruntés à la nature de son acte – de même lorsqu'il n'est considéré que comme un animal nuisible qu'il faut mettre hors d'état de nuire ou qu'on cherche à l'intimider ou à l'amender » (G. W. F. Hegel, *ibid.*, § 100).

Mais surtout, Hegel perçoit ou anticipe la résonance entre l'utilitarisme et l'abolitionnisme. En estimant soit que l'on fonde soit que l'on récuse la peine par l'évaluation de ses effets, les deux doctrines aboutissent sans doute à des résultats inverses mais partagent les mêmes prémisses. Pour l'utilitarisme, la modification du comportement des criminels est plausible et même certaine, tandis que pour l'abolitionnisme, la peine n'est qu'un mal ajouté à un autre sans résultat concret. Mais il existe une communauté profonde entre ces deux théories :

« Si le crime et sa suppression, en tant que celle-ci est considérée du point de vue pénal, ne sont considérés que comme nocifs, on peut peut-être juger déraisonnable de vouloir un mal pour cela seulement qu'un mal existe déjà. Cet aspect superficiel de nocivité est attribué par hypothèse au crime dans les différentes théories sur la peine fondée sur la préservation, l'intimidation, la menace, l'amendement comme caractère primordial et ce qui doit en résulter est, d'une façon encore superficielle, défini comme un bien » (G. W. F. Hegel, *ibid.*, § 99 R).

Il n'y a pas de différence radicale entre justifier la peine par ses fins et l'invalider par sa nocivité. Dans les deux cas, on ignore cette

« connexion interne virtuelle du crime et de l'acte qui l'abolit » (G. W. F. Hegel, *ibid.*, § 101).

Hegel considère les deux positions comme deux formes superficielles de *moralité subjective* où les considérations téléologiques – sur le bien ou le mal pour lesquels on agit – ont pris le pas sur la référence objective à la justice.

En réalité, ni l'amendement ni l'intimidation ne constituent le véritable objet de la répression. La répression est avant tout

« réconciliation du droit avec soi-même dans la peine » (G. W. F. Hegel, *ibid.*, § 220).

L'annulation du crime rétablit la loi en la revalidant et confirme le rapport de chacun au droit. Ainsi Hegel n'échappe-t-il au finalisme utilitariste et au scepticisme abolitionniste qu'en érigeant le droit en sujet ultime et en réduisant l'agent criminel à être le *support* d'une entreprise qui le dépasse. En effet, le délinquant n'est concerné que comme moment, comme étape, ou comme médium à la fois dans la refondation du droit en sa positivité et dans l'avènement du droit à lui-même.

La deuxième version de la Théorie de la justice absolue est défendue par Emmanuel Kant, essentiellement dans la *Métaphysique des mœurs*. Pour Kant, la peine est exécutée en vertu d'un impératif catégorique lié à la commission du crime :

« La peine juridique qui est distincte de la peine naturelle, par laquelle le vice se punit lui-même – doit uniquement être infligée (au criminel) pour la seule raison qu'il a commis un crime » (E. Kant, *op. cit.*, p. 214).

Il y a rétribution d'une transgression : le fondement du droit de punir réside dans la violation des maximes de la raison pratique, c'est-à-dire des principes d'action du sujet moral. Il n'est d'autre fondement que l'acte contraire au devoir lui-même. Cet acte peut être soit prémédité – *dolus* – soit simplement fautif – *culpa* (E. Kant, *op. cit.*, p. 98). En tout état de cause, il ne peut être question de prendre en compte la visée d'une fin extérieure à la violation du devoir pour justifier une peine ou pour en dispenser. Kant propose deux situations types pour illustrer sa thèse.

La première situation est classique : peut-on accueillir la demande formulée par un collègue médical de promettre la vie sauve à un condamné à mort pourvu qu'il accepte de se soumettre à des expériences dangereuses mais dont les résultats bénéficieraient au plus grand nombre ? La réponse est claire :

« C'est avec mépris qu'un tribunal repousserait une telle proposition ; car la justice cesse d'être une justice, dès qu'elle se donne pour un quelconque prix » (E. Kant, *op. cit.*, p. 214 et 215).

Agir autrement reviendrait à instrumentaliser l'homme, à le considérer comme un moyen au service d'autrui. Aucun bénéfice, fût-il universel, ne peut compenser le dommage moral ainsi causé à la dignité humaine.

La seconde hypothèse est encore plus intéressante par sa radicalité. Imaginons une île où la société civile s'apprête à se dissoudre volontairement – à quitter l'île et à se disperser – et qui aurait encore à décider du sort d'un meurtrier. Ne doit-on pas tenir pour certain qu'il n'y aurait aucun avantage ni aucune utilité à punir celui qui, par hypothèse, ne pourra plus nuire à ce peuple, et ne peut-on par exemple se contenter de l'abandonner sur l'île ?

Il faut, selon Kant, l'exécuter, indépendamment de ces considérations finalistes, car la raison de son châtement se trouve dans son crime, et n'est pas affectée par les circonstances qui lui sont postérieures. En effet, la peine

« ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile » (E. Kant, *op. cit.*, p. 214).

En outre, s'abstenir d'exécuter sa peine reviendrait même à se rendre complice du meurtrier dans la violation de la justice, parce que cette abstention s'assimilerait à une transgression du devoir qu'il y a de rétribuer le mal. La justice rétributive exclut l'ineffectivité (voyez à ce sujet M. van de Kerchove, Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ?, *op. cit.*, p. 330).

Kant déploie son énergie à trouver une solution de rechange à l'instrumentalisme pénal, et donc à dégager un fondement moral indépendant du bénéfice de la peine, mais un fondement qui échappe également au formalisme du contrat social. Il aboutit ainsi à adopter le moralisme juridique, c'est-à-dire à faire de la responsabilité morale de l'agent la condition à la fois nécessaire et suffisante de la légitimation de la peine. A Bentham, qui établit une équivalence entre l'utilité et le fondement, Kant répond par une autre équivalence, entre responsabilité et fondement (M. van de Kerchove, *Le droit sans peines, Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 461 à 463). La faiblesse du moralisme juridique tient à son exclusive méthodologique : écartant toute considération conséquentialiste, il lui devient quasiment impossible d'attribuer une fonction à la peine sans paraître retomber dans le travers instrumental.

Arrivés au terme d'une présentation, certes sommaire, des grandes options marquant la problématique de la légitimation de l'intervention pénale, il nous semble possible de conserver l'acquis kantien, c'est-à-dire le rôle prépondérant de la notion de responsabilité morale ; mais ce faisant, on n'exclura pas les considérations sur les fonctions de la peine, et l'on cherchera à articuler la pertinence du conséquentialisme à la vérité du kantisme. Notre objet sera dès lors de penser une dimension morale et une dimension finaliste au sein de la peine, sans les juxtaposer simplement l'une à l'autre.

III. – LA FONCTION DES PEINES

Pour ce faire, il conviendra tout d'abord de resituer brièvement les lignes de force de deux courants majeurs dans la réflexion menée sur les buts du système répressif : l'utilitarisme et le fonctionnalisme. En effet, les critiques adressées précédemment à Bentham et à Durkheim (cf. *supra*, I et II) tendaient avant tout à éviter le recouvrement de la question de la justification par la question du rôle des peines, et non à contester la relative et complémentaire pertinence de leurs analyses. Le châtement recèle incontestablement une visée préventive, en même temps qu'une visée symbolique.

Mais ensuite, la difficulté consistera à *référer les objectifs* préventifs et symboliques inhérents à la peine à la *responsabilité* du sujet qui la subit. A cette fin, nous partirons de l'idée d'une légitimation des sanctions en deux temps, bien distincts : un premier temps d'ordre *moral*, et un second d'ordre *téléologique*.

1 / Du mouvement de la prévention à la peine comme symbole

Selon le sens commun, la première fonction de la peine est *préventive* : elle tend à éviter la répétition de comportements prohibés et considérés comme nuisibles. Il faut remonter à Jeremy Bentham pour en trouver la formulation la plus nette.

« La prévention s'opère par la dénonciation de la peine, et par son application, qui sert d'*exemple* : la peine soufferte par le délinquant offre à chacun un exemple de ce qu'il aurait à souffrir en se rendant coupable du même délit » (J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, *op. cit.*, p. 4).

Le droit pénal se comprend essentiellement comme une entreprise de dissuasion : il agit autant au niveau du délinquant – prévention particulière – qu'au niveau de ses imitateurs potentiels – prévention générale. Si l'on attribue généralement à Bentham la paternité de la distinction entre prévention générale et prévention spéciale, remarquons en passant que différents auteurs ont préparé et anticipé cette classification. Ainsi Hobbes, au chapitre XIX du *Léviathan*, dit-il déjà :

« Le but du châtement n'est pas de se venger et de décharger sa bile, mais de corriger le délinquant, ou, par son exemple, d'autres hommes. »

Grotius, quant à lui, distingue trois utilités à la peine : la correction du coupable, la réparation du dommage et l'exemple. Enfin, J. Domat énumère quatre fonctions : la satisfaction publique, l'exemple, la correction des criminels et leur neutralisation.

La prévention générale consiste en une *fonction de représentation* : on tend à détourner du crime les « honnêtes gens » par le spectacle des souffrances liées à sa commission. Il importe donc davantage que le mal subi *semble* accablant plutôt qu'il le soit réellement. Il serait en effet inutilement cruel de faire effectivement subir à un délinquant un traitement dont la simple apparence suffit à remplir d'horreur ses spectateurs ; l'essentiel tient tout entier dans l'effet produit :

« L'apparence est l'objet essentiel. Tout le mal qui ne paraît pas est en pure perte. Il faut donc que le mal réel soit aussi petit, et le mal apparent aussi grand que possible. Si pendre un homme en *effigie* pouvait produire la même impression de terreur, ce serait folie ou cruauté de le pendre en *persone* » (J. Bentham, *op. cit.*, p. 6).

Par la prévention spéciale ou particulière, le châtement vise un effet attendu sur le délinquant lui-même. Partant de l'idée que l'infraction est commise pour se procurer un bien ou un plaisir, il suffira d'attacher à sa réalisation la promesse d'une souffrance légèrement supérieure pour en détourner chacun (J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, Bruxelles, Hauman, 1840). La peine sera donc proportionnée à l'attrait du crime, car pour

« se faire craindre plus que le crime il est nécessaire que la peine corresponde à tous les degrés de la tentation » (J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, *op. cit.*, p. 7).

La peine doit être graduée et fixer le « prix » de chaque infraction. On touche du doigt ici la parenté du Bentham juriste dans la *Théorie des peines et des récompenses* avec l'Adam Smith économiste de la *Richesse des nations*. Des deux côtés, chaque individu est censé se gouverner en fonction de l'intérêt qu'il a à maximiser la somme totale de son plaisir. Sur le plan du droit, chacun évitera les comportements auxquels s'attache une sanction, et sur le plan des rapports marchands, chaque opérateur tentera d'augmenter son profit.

Certains auteurs, comme Gabriel Tarde, ont même voulu pousser plus loin l'analogie, en élaborant une véritable théorie de l'élasticité *peine-crime*. En économie, on dit de la demande d'un bien qu'elle est *élastique* à son prix lorsque l'augmentation du prix exerce une influence sensible sur sa consommation. A chaque type de bien correspond ainsi une élasticité propre : pour tel bien superflu, la demande baissera plus que proportionnellement à la hausse du prix – forte élasticité –, pour tel autre, plus vital, au contraire, le prix influencera très peu la demande – faible élasticité. Pour G. Tarde, la peine agit sur la criminalité comme le prix sur la demande : face à tel crime, augmenter le niveau de répression aura un effet plus que proportionnel, alors que pour tel autre, l'effet sera quasiment nul (voyez G. Tarde, *La philosophie pénale*, *op. cit.*, p. 486 et s.) L'*homo economicus* apparaît ainsi comme le jumeau de l'*homo delinquens* :

« En somme, l'agent qui envisage de passer à l'acte se conduit empiriquement comme un économiste en pesant les avantages ou les inconvénients qu'il pourrait retirer de l'infraction. L'*homo deliquens* est un homme libre, doué de raison, se livrant à un calcul froid et objectif » (J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 45).

Economicus ou *delinquens* délibèrent objectivement sur le choix de l'attitude la plus rationnelle, eu égard aux circonstances. Ils ressemblent à de froids calculateurs. (Sur ce rapprochement, v. également P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1970, p. 100 et s.)

Au travers de la prévention générale et spéciale, le droit répressif cherche à assurer les conditions de sa propre inapplication ou de sa propre inutilité. Idéalement, le sujet libre et rationnel que constitue l'*homo deliquens* devrait toujours préférer s'abstenir de passer à l'acte après avoir calculé le rapport plaisir-souffrance. Aussi la transgression ne peut-elle revêtir que deux significations. Soit le sujet s'est trompé dans son évaluation : il a cru pouvoir tirer un avantage de son choix, et il suffira de lui rappeler son erreur pour qu'il s'amende. Soit la peine est mal proportionnée à l'infraction : il faudra alors la renforcer pour qu'elle devienne vraiment dissuasive.

Éviter que certains comportements ne se reproduisent constitue une dimension essentielle des peines et non l'*alibi répressif* dénoncé par d'aucuns (v. *e.a.* Th. Lévy, pour qui le but de la peine est avant tout de manifester publiquement la volonté du plus fort et de « porter à la limite extrême le pouvoir de celui qui a encore assez de volonté et de force pour donner de nouveaux coups », *Le visage de la peine juste*, in *Punir, mon beau souci*, *op. cit.*, p. 441). Cependant, la finalité préventive ou dissuasive ne dit pas le dernier mot du pénal. La sanction ne s'épuise pas dans la tentative toujours réitérée mais jamais transformée d'aboutir à son obsolescence. Il existe un second axe, une seconde dimension

fonctionnelle, d'ordre *symbolique*. La peine ne tend pas qu'à modifier les comportements, mais aussi à influencer sur les *représentations* individuelles et collectives. Et c'est en cette dimension symbolique que l'analyse durkheimienne acquiert toute sa pertinence.

Le criminel entame la conscience collective et marque son indifférence pour les valeurs autour desquelles se retrouvent ses semblables. Le meurtrier par exemple bafoue la valeur attachée à la vie humaine, le faussaire, le crédit dont on revêt l'écrit, et le voleur, l'attachement à la propriété. La foi en ces valeurs sort fragilisée et comme rendue à sa contingence : elles perdent en même temps de leur évidence et de leur attrait. La réaction au crime aura alors pour tâche de *restaurer la confiance* dans les sentiments froissés, de leur rendre vigueur. Cette réaction prendra la forme d'une peine expiatoire.

Le délinquant expie parce que ce n'est qu'à ce prix que l'on refonde une solidarité mise à mal : son châtement atteste qu'il existe encore une forte cohésion et que les valeurs restent très largement partagées. Sa souffrance reflète la puissance mobilisatrice de la règle violée. La peine joue donc essentiellement un *rôle symboliquement thérapeutique* ; elle restaure le sens moral commun violé en stigmatisant tout à la fois une conduite antisociale et, à travers elle, l'individu qui en est le vecteur.

« Ainsi, la fonction essentielle de la peine... est... de rassurer les consciences que la violation de la règle a pu, a dû nécessairement troubler dans leur foi, alors même qu'elles ne s'en rendent pas compte, de leur montrer que cette foi a toujours la même raison d'être. Il est donc bien vrai qu'elle compense, qu'elle corrige le mal qui résulte de la faute » (É. Durkheim, *L'éducation morale*, Paris, Félix Alcan, 1925, p. 191).

La double dimension préventive et symbolique de la peine impose que l'on confronte l'application d'une sanction au résultat qu'elle atteint ; toute fonction s'évalue en termes d'*effectivité*. Aussi doit-on distinguer les deux types d'effectivité correspondant aux deux types de fonctions mises en évidence. L'*effectivité dissuasive* consiste dans la faculté de réduction du taux de récidive. Ainsi, on dira d'un régime répressif donné qu'il est une réussite – de ce point de vue – si l'on y enregistre une baisse sensible de la criminalité. Au contraire, si l'exécution des peines ne modifie pas l'activité criminelle, l'axe de la prévention sera considéré comme inefficace. L'*effectivité symbolique* est d'un tout autre ordre. Elle s'évalue selon le critère de la vigueur relative des sentiments moraux. La peine sera jugée efficace si elle parvient à provoquer un ensemble de représentations valorisantes ou, au contraire, dévalorisantes.

On n'exigera pas ici la version maximaliste ou consensualiste défendue par Durkheim, mais une *aptitude relative* à créer un accord autour de certaines valeurs. La conscience collective dans *La division du travail social* reste en effet trop marquée par son monolithisme ; elle fait l'impasse sur l'existence de sociétés pluralistes où le renforcement d'une partie des opinions s'accommode de zones assez larges d'inefficacités symboliques (M. van de Kerchove, Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ?, *op. cit.*, p. 327 à 346).

Nous nous rallions à l'idée que la peine est à situer dans le double registre préventif et symbolique. Tout à la fois, elle vise la réduction de la récidive et à assurer un horizon moral commun. Mais il reste encore à *articuler* cette double finalité avec la question du

fondement du droit de punir. Car s'il est clair à présent que les fins ne peuvent tenir lieu de *conditions suffisantes* au droit de punir, elles doivent au moins en constituer une *condition nécessaire*. Autrement dit, une peine juste sera nécessairement utile, même si l'inverse n'est pas forcément vrai.

2 / Quelle place pour la fonction des peines ?

Nous formulons l'hypothèse qu'il est possible de penser un rôle à la sanction pénale, qui participe à sa légitimation sans pour autant en être le tout. Pour mettre à l'épreuve cette intuition, nous partirons de la double insuffisance de l'instrumentalisme juridique et de la position déontologique, en comprenant ces deux positions, comme les extrêmes d'un même genre. (Pour une présentation plus détaillée de ces deux positions, voir M. van de Kerchove, *Le droit sans peines*, *op. cit.*, p. 442 et s.)

L'instrumentalisme se résume comme cette doctrine juridique refusant de voir dans une incrimination autre chose que le moyen d'aboutir à une fin socialement assignée, et dans l'exécution des peines, l'instrument d'une politique de prophylaxie :

« L'utilité de la peine, en termes de prévention, est une condition *nécessaire* à son application », mais en outre, « cette utilité est une condition *suffisante* » (*ibid.*, p. 463).

Nul n'est besoin de s'attacher à autre chose qu'à l'ordre des fins.

On le comprend aisément, la tache aveugle de l'instrumentalisme se situe dans la dimension de la *responsabilité morale* du sujet et de la moralité de l'acte. L'imputabilité psychique du fait à l'agent représente une problématique qu'elle tend à ignorer dans ce contexte puisqu'elle n'en fait pas dépendre le fondement du droit de punir. En outre, l'intervention répressive trouve son sens en dehors des considérations sur l'immoralité des faits répréhensibles.

En face de l'instrumentalisme, et faisant pendant à son option a-morale, la position déontologique se caractérise, elle, par son indifférence à l'égard de l'efficacité et de l'efficacité des peines (voir *supra*, p. 488, la version kantienne de la position déontologique). Selon elle,

« Le châtement est justifié par le fait que toute mauvaise action (*wrongdoing*) mérite une sanction. Il convient moralement qu'une personne se comportant mal souffre en proportion du mal qu'elle a commis. L'on punit un criminel en raison de sa faute » (J. Rawls, *Two concepts of rules*, *op. cit.*, p. 4 et 5, traduit).

Pour légitimer la poursuite d'un individu, il faut et il suffit que sa faute soit mise en évidence. L'éventualité de produire concomitamment un ensemble plus ou moins souhaitable d'effets collatéraux ne peut entrer en ligne de compte. Agir de la sorte reviendrait en effet à subordonner l'impératif rétributif à des conditions d'ordre factuel.

Nous poursuivons ici deux objectifs. D'une part, il s'agit de ne pas sacrifier le réquisit moral à l'insidieuse « téléonomie pénale » (au sens de la *justification par les fins*). En effet,

nous tenons le crime comme engageant *par nature* la capacité individuelle du sujet à répondre de ses actes face aux exigences éthiques de la conscience. (Voyez *supra*, La nature du crime, p. 461). D'autre part, il nous paraît tout aussi important de ne pas abstraire la peine des conditions pratiques de son effectivité. Elle n'est pas que la mesure d'une faute ; elle fait signe vers un au-delà de sa négativité, ou son sens rejoint une inscription dans l'ordre des causes.

Des différentes solutions proposées pour réconcilier l'instrumentalisme et le moralisme juridique, ou plutôt pour dépasser leurs insuffisances respectives, nous retiendrons la stimulante suggestion de M. van de Kerchove :

« La finalité des peines nous paraît être de nature préventive et non rétributive et il nous semble que la peine ne soit légitime que *parce qu'elle est utile et même nécessaire*. Cependant... cette "ratio" de la peine ne constitue pas une condition suffisante de sa légitimité, qui exige, en outre, la responsabilité morale de l'individu auquel on l'applique... Pour être légitime, la peine doit être non seulement *efficace*, mais encore *juste* » (M. van de Kerchove, *Le droit sans peines*, op. cit., p. 465).

Finalement, il suffirait de combiner les deux types de justification : morale et téléologique. De cette manière, les deux écueils seraient contournés. La finalité dissuasive et la finalité symbolique trouvent place au cœur de la réflexion sur les fondements du droit de punir – puisque la peine doit être efficace pour être légitime – et l'on continue d'énoncer les limites morales « en deçà desquelles la liberté individuelle est affranchie de l'intervention pénale » (M. van de Kerchove, *ibid.*, p. 465) – dans la mesure où la peine doit également être juste. L'hypothèse est séduisante par sa simplicité, mais ne se réduit-elle pas, en fait, à une forme de *syncretisme* ?

En réalité, on ne peut accepter d'envisager la responsabilité morale du sujet et l'efficacité pratique d'une sanction comme deux dimensions autonomes ni comme deux contraintes équivalentes dans le registre justificatif. Elles ne sont et ne peuvent être considérées sur un pied d'égalité de ce point de vue. N'y aurait-il pas quelque simplisme à les présenter comme purement « additionnables » l'une à l'autre, dans un ordre quelconque ? En effet, une telle perspective ne permet pas de trancher les situations de *conflit de priorité* qui ne manquent pas de survenir entre deux types d'exigences aussi radicalement divergentes. Pour cette raison, il s'avère indispensable d'établir entre ces deux pôles un *ordre*, qui échappe au *syncretisme* sans retomber dans les travers réducteurs du moralisme et de l'instrumentalisme. Nous proposons une mise en ordre inspirée analogiquement par le *principe lexical* ou lexicographique, un peu à la manière de J. Rawls (J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Seuil, 1987, sect. 8). Il se révèle en effet insuffisant de se contenter d'un *simple équilibre* de type compensatoire entre le registre du devoir et celui des fins.

On se souvient que, pour J. Rawls, le principe de différence (second principe de justice) n'acquiert de pertinence à s'appliquer *qu'une fois les libertés égales pour tous assurées* (premier principe de justice). Aucune tyrannie ne pourrait se justifier au regard des principes rawlsiens, fût-ce en faisant valoir le bénéfice que les plus défavorisés tirent des inégalités sociales existantes. Par contre, entre deux sociétés démocratiques – c'est-à-dire

dont la constitution incorpore les règles de la justice procédurale –, la plus légitime sera la société où les différences économiques et sociales aboutissent à améliorer la situation de tous. Dans ce second contexte, le principe de différence intervient pour légitimer une situation, préférentiellement à une autre, sous la condition minimale qu'il s'agisse de deux situations où le premier principe est *déjà* respecté.

Si l'on revient au débat qui nous occupe, les choses apparaissent sous un jour nouveau. Le concept d'ordre lexicographique permet en effet d'agencer les préoccupations morales aux considérations d'utilité. Ainsi, nous soutenons l'idée qu'il n'y a de sens à parler de fonction des peines *que* dans le cadre d'une responsabilité morale qui fait socle. La responsabilité n'est pas *une* des deux composantes de la légitimité pénale, mais bien la première condition de punissabilité de l'agent, condition à remplir nécessairement pour que se pose la question des modalités répressives efficaces. L'acquis de cette priorité lexicale est le suivant : aucun gain en utilité ne compensera jamais l'absence de légitimité morale d'une sanction.

L'occasion se trouve ainsi offerte de donner un sens nouveau à cette pensée de Kant : l'homme

« doit préalablement être trouvé *punissable*, avant que l'on songe à retirer de cette punition quelque utilité pour lui-même ou ses concitoyens » (E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 214).

Car une fois la condition minimale rencontrée, l'effet de la peine *devient* un second critère de légitimation à part entière. L'utilité qu'il y a à réduire l'ampleur du phénomène criminel ou à agir sur l'ordre des représentations ou des valeurs, en soumettant le transgresseur à son châtiment, *acquiert* une vertu fondationnelle.

On ne dira donc plus, avec M. van de Kerchove :

« Pour être légitime, la peine doit non seulement être *efficace*, mais encore *juste* »,

mais qu'une peine n'a de chance d'être légitime que si elle s'adresse à une *liberté faillible*, en vue de son amendement particulier et collectif. De deux sanctions méritées, la plus juste sera également la plus utile au délinquant et à ses semblables.

Pour conclure, on reviendra sur la distinction proposée par J. Rawls dans « Two concepts of rules » (cf. *supra*, p. 478). L'auteur oppose la justification d'un *practice* à la justification d'une *decision* : d'un côté, il s'agit de fonder l'institution pénale comme telle, de l'autre, une sentence particulière, *hic et nunc*. On se souvient des illustrations déjà évoquées. Si [untel, mettons] John a été puni, c'est parce qu'

« il a été jugé régulièrement, et reconnu coupable » ;

par contre, si l'on punit *en général*, c'est au motif que,

« à long terme, cela favorisera les intérêts de la société » (J. Rawls, op. cit., p. 5 et 6, traduit).

La dimension rétributive semble donc, chez J. Rawls, confinée à la justification de chaque condamnation prise séparément, et le *practice* pénal, ne s'accommoder, quant à lui, que d'une visée préventive.

Pourtant, les choses sont moins simples qu'il n'y paraît. Du côté individuel, la question est bien de savoir si John est coupable ou non de ce dont on l'accuse, car il n'y a de sens à châtier qu'un coupable. Rawls n'en disconvient pas. Par contre, lorsqu'il tente de déterminer la « *ratio* » du régime répressif dans son entier, Rawls n'adopte l'argumentaire utilitariste qu'après avoir présupposé la culpabilité de ses destinataires abstraits. Il rend ainsi à l'axe rétributif sa priorité, au moment même où il prétend en limiter la valeur justificative à l'ordre du casuel :

« Pourquoi certaines personnes en mettent-elles d'autres en prison ? Pour protéger les bons des mauvais (*to protect good people from bad people*) (...) pour empêcher quelques-uns de soumettre des actes qui rendraient la vie plus difficile (*uneasy*) à tous » (*ibid.*, p. 5, traduit, c'est nous qui soulignons).

L'objectif préventif poursuivi par l'institution des peines n'a donc de chance d'être atteint que si l'on postule d'avance l'exclusive punissabilité de ces *bad people*.

En réalité, Rawls illustre, presque malgré lui, l'ordre de présentation déontologique et téléologique. Dans l'hypothèse de John, la responsabilité n'est pas encore établie, aussi est-il naturel que l'on songe d'abord à justifier sa peine par un raisonnement de type rétributif. Par contre, dans le cadre du *practice*, la dimension morale étant supposée acquise – la contrainte vise par essence les *bad people* – il devient légitime d'aller plus loin, et d'envisager le régime répressif en rapport avec ses fins sociales.

TITRE VII

Pluralité d'ordres,
unité de nature ?

A première vue, la diversité des systèmes juridiques en vigueur dans le monde d'aujourd'hui ou échelonnés aux différentes périodes de l'histoire s'oppose à la reconnaissance d'un droit qui, émanant par hypothèse d'une unique nature humaine, devrait donc prétendre, lui aussi, à l'unicité. Comment, en effet, tenir un énoncé valable sur le droit naturel alors que l'observation la plus élémentaire montre à la surface du globe et sur la ligne du temps une multiplicité de droits positifs ? On se propose ici de renverser la question en cherchant à savoir non plus comment l'unicité du droit parviendrait encore à se dire malgré la diversité de ses formulations positives, mais comment ces formulations présentes et passées réussiraient à négliger une commune référence au droit.

Après avoir rappelé l'objection qu'oppose le réalisme de la multiplicité à l'idéalisme de l'unicité (chap. I^{er}), on aborde les questions classiques du statut du droit international public (droit des gens) marqué par l'opposition entre monisme et dualisme (chap. II) puis les débats engagés dans les matières du droit international privé et du droit transitoire (chap. III), pour voir comment l'unique tension morale n'empêche pas – au contraire – le déploiement de la diversité des ordres juridiques (chap. IV). Cette thèse ouvre alors une piste à suivre aussi bien dans l'étude diachronique (histoire du droit) et synchronique (droit comparé) des systèmes juridiques (chap. V) que dans la formulation du droit international public en termes de droits de l'homme (chap. VI).