

CHRISTOPHE BÉAL ET LUIGI DELIA

Punir a-t-il un sens ?

Pourquoi punir ? C'est autour de cette question que sont constitués les principaux paradigmes de la pénalité moderne. Dans un État de droit, la peine a besoin d'être justifiée, elle reste suspendue à un ensemble de discours, de principes, de valeurs qui lui donnent un sens et sont supposés la rendre socialement et moralement acceptable. Ces discours, ces « métapeines » selon l'expression de Guy Casadamont et Pierrette Poncela ¹, sont supposés donner une raison d'être à la peine, de sorte qu'elle fasse sens pour le législateur, pour le juge, pour tous les acteurs du système pénal, mais aussi aux yeux de celui qui la subit ou encore des victimes. La peine est l'objet d'un questionnement aussi ancien que la philosophie, mais la pensée pénale moderne se caractérise par l'émergence de modèles théoriques destinés à justifier l'acte de punir, à préciser ses fonctions et à expliciter les conditions d'une peine juste en démocratie. On les répartit généralement entre, d'un côté, des conceptions déontologiques de la peine et, de l'autre, des modèles conséquentialistes qui justifient la peine par les effets qu'elle produit (dissuasion, incapacitation, réhabilitation ²...). Dans le premier cas, on estime que toute personne reconnue coupable d'une infraction mérite d'être condamnée à une peine proportionnelle à la gravité du crime ou du délit commis. La peine se mesure alors par rapport à la faute commise et au préjudice occasionné, elle est un mal qui est supposé répondre au mal commis. Attaché aux principes de légalité, d'égalité, de respect de la dignité et de proportionnalité, ce modèle de justice rétributive, que Kant et Hegel ont contribué à promouvoir, a été en partie réactualisé face à certaines dérives sécuritaires de

la lutte contre la criminalité ³. Dans le second cas, la peine se justifie par ses effets à venir et apparaît comme un moyen au service d'une fin. De l'utilitarisme classique aux théories de la défense sociale (ancienne ou nouvelle ⁴), en passant par les modèles réhabilitatifs, cette interprétation tend à faire de la peine un outil privilégié par lequel l'État s'efforce de diminuer ou de contrôler la criminalité. Entre ces modèles déontologiques et conséquentialistes, des voies intermédiaires ont bien pu être esquissées, notamment à la suite de H.L.A. Hart ⁵ ou de Frédéric Gros ⁶. Ce dernier dégage de la tradition philosophique une pluralité de « foyers de sens » de la peine permettant d'argumenter en sa faveur : punir, ce peut être rappeler la loi, en lui conférant une dimension sacrée, défendre la société en se réglant sur ses intérêts immanents, éduquer l'individu, ou encore transformer la souffrance en malheur. Toujours est-il, cependant, que les modèles déontologiques et conséquentialistes demeurent le cadre théorique au sein duquel s'articulent la plupart des débats sur le sens de la peine ⁷. C'est à l'intérieur de ce cadre que les politiques pénales vont puiser un langage et des principes, qu'elles combinent, aménagent, accommodent pour donner sens aux mesures ou aux réformes qu'elles mettent en œuvre. La pénologie contemporaine est désormais un entrelacs de logiques parfois contradictoires. Différentes fonctions ou finalités de la peine viennent se superposer (rétribution, dissuasion, prévention, réparation, amendement) au point qu'on a parfois du mal à saisir précisément ce qui lui donne un sens ⁸. Il semble toutefois que ces paradigmes, hérités des Lumières, ont de plus en plus de mal à donner un sens à la peine. En 1984, Michel Foucault affirmait déjà :

Dans nos sociétés contemporaines, on ne sait plus exactement ce qu'on fait quand on punit et ce qui peut, au fond, au principe, justifier la punition ; tout se passe comme si nous pratiquions une punition en laissant voir, sédimentées un peu les unes sur les autres, un certain nombre d'idées hétérogènes qui relèvent d'histoires différentes, de moments distincts, de rationalités divergentes ⁹.

Ce constat demeure valable aujourd'hui comme si le langage dans lequel s'est constituée la rationalité pénale moderne avait perdu son évidence et son caractère opératoire, comme si un fossé s'était creusé entre les justifications classiques de la peine et les pratiques au sein de l'institution pénale. Des écarts apparaissent entre les raisons qui peuvent justifier la législation pénale et les normes organisationnelles et professionnelles

à partir desquelles les acteurs du système pénal interprètent ce qu'ils font ¹⁰. On peut y voir une phase de transition vers un « droit pénal post-moderne ¹¹ » mais il est nécessaire de comprendre les facteurs qui ont contribué à cette transformation.

La justice pénale a connu des évolutions et des mutations qui ont modifié le sens de la peine. La multiplication des sanctions alternatives, l'introduction de la médiation et d'une justice négociée, l'émergence d'une justice préventive ¹² et d'une logique actuarielle dans la régulation de la criminalité fondée sur la gestion des risques et de la dangerosité ¹³, tous ces phénomènes tendent à brouiller les fonctions et les finalités de l'institution pénale. Face à la délinquance économique, au terrorisme ou aux nouvelles formes de criminalité, punir n'a sans doute plus tout à fait le même sens que celui que lui attribuent Beccaria, Bentham ou Kant. Il semble de plus en plus difficile de concevoir, dans une perspective holiste, un discours général capable de donner un sens à ce qui se joue au sein du système pénal. Cette indétermination du sens de la peine participe à la défiance de l'opinion ou des politiques envers les institutions judiciaires critiquées tantôt pour leur laxisme et tantôt pour leur acharnement et leur sévérité. On assiste à des regains du « populisme pénal ¹⁴ » et des discours en faveur d'une plus grande sévérité des peines alors même qu'on ne sait plus très bien pourquoi punir.

Cette crise du sens de la peine n'est pas nouvelle. L'histoire de la justice et de la pensée pénale est jalonnée de moments où les paradigmes dominants sont sujets aux doutes et aux critiques. Ces crises ont parfois conduit à des révolutions, au sens où l'entend Thomas Kuhn, à des changements de paradigmes, comme a pu l'être le « moment Beccaria ¹⁵ ». Assistons-nous à une crise de ce type et à l'émergence de nouveaux discours qui, en s'affranchissant des modèles classiques ou en les réinterprétant, visent à redonner un sens à la peine et à réintroduire du sens dans tout ce que font ceux qui participent à la mise en œuvre de la politique pénale ? Il se peut aussi que la question qui se pose désormais ne soit pas de savoir quel est le sens de la peine mais si punir a encore un sens. Les théories de la justice restaurative et l'essor des modes alternatifs au règlement des conflits tendent à montrer qu'il est possible de concevoir une autre justice privilégiant la médiation, l'inclusion, la réparation et la réintégration plutôt que les sanctions répressives et afflictives. Mais il n'est pas toujours facile de savoir comment ces manières de rendre justice peuvent s'insérer au sein de l'institution pénale : à quelles conditions peuvent-elles conduire vers un usage parcimonieux et minimaliste des

peines ? Les réflexions contemporaines autour de l'abolitionnisme pénal sont incontestablement symptomatiques de cette crise du sens de la peine et semblent esquisser la possibilité de remplacer la plupart des peines par d'autres procédures ou d'autres modes de régulation.

L'objet de ce dossier thématique oblige également à s'interroger sur ce besoin de donner un sens à la peine. Comme expliquer qu'aux yeux des personnes condamnées ou même de l'opinion publique certaines peines paraissent vides de sens ? Est-ce l'acte de punir en tant que tel et ses finalités qui sont en jeu ou bien des types de sanctions pénales relatives à certaines catégories d'infractions ? Il est possible que cette question du sens provienne, non de la peine, mais de ce qu'elle punit : le problème ne serait pas tant « pourquoi punir ? » mais « pour quoi punir ? ». Sur ce point, les institutions pénales sont soumises à des injonctions contradictoires. La judiciarisation croissante des rapports sociaux, la montée des populismes et la pression du politique qui voit dans la gestion de la criminalité un moyen de manifester ou de réaffirmer son monopole de la violence légitime, peuvent conduire à une inflation des normes et des sanctions pénales. D'un autre côté, se font entendre des discours en faveur de la décriminalisation et d'un « minimalisme pénal » qui obligent à redéfinir ce qui doit être puni. Or, pour qu'une peine fasse sens il faut, au préalable, qu'elle sanctionne ce qui mérite d'être puni. Si les raisons traditionnellement invoquées se révèlent insuffisantes c'est que le champ pénal obéit à des logiques sociales et politiques dont les paradigmes classiques ne parviennent pas à rendre compte et que les théories critiques de l'État pénal s'efforcent de mettre à jour. Faut-il pour autant en conclure que la peine n'a plus de sens ou bien est-il nécessaire de reconstruire les discours permettant de comprendre ce que peut signifier punir aujourd'hui ?

Issu d'une journée d'étude qui s'est tenue le 25 novembre 2016 au Lycée Henri IV de Paris, dans le cadre d'une collaboration scientifique entre le Collège international de philosophie et le programme « Herméneutique des Lumières » (FNS Sinergia) de l'université de Genève, ce dossier a moins l'ambition de livrer une réponse univoque à la question de la raison d'être et des finalités du droit de punir en démocratie, que celle d'offrir des pistes de réflexion pour mieux en comprendre les enjeux et inviter à prolonger le débat. En effet, il a paru d'autant plus urgent de relancer ce questionnement sur le droit de punir que nos sociétés contemporaines, confrontées comme jamais auparavant à la crise profonde du

modèle répressif de la prison légale ¹⁶, ne cessent pour autant de s'engouffrer dans ce que le sociologue Didier Fassin a récemment qualifié de façon polémique de « moment punitif ¹⁷ », en voulant exprimer par cette expression l'actuelle obsession sécuritaire qui caractérise nos politiques pénales, de plus en plus engagées à créer de nouveaux délits, à introduire des quotas d'interpellations, à augmenter les condamnations aux peines de prison, à aggraver la durée de la privation de liberté ...

En particulier, les études qui structurent le présent numéro s'attachent à reconsidérer des questions aussi différentes que complémentaires telles que « les topiques, les schèmes et les modalités de fabrication du discours gouvernant l'histoire de la peine » (Jérôme Ferrand), « la portée normative des interdictions » (Olivier Chassaing), l'existence possible d'un droit à être puni (Norbert Campagna), les difficultés des tentatives de définir précisément le sens de la peine (Jennifer Sellin), la compréhension philosophique de la distinction entre punition et réparation (Gabrielle Radica), ainsi que la relation qu'entretient le principe théorique de la « douceur des peines » avec la pratique même de la justice pénale (Philippe Audegean). Afin d'enrichir ces questionnements, d'autres contributions placent la focale sur tout un pan de problématiques de grande actualité et qui regardent vers une justice à venir : ainsi pour le statut des principes de la justice restaurative (Christophe Béal) et la difficulté de leur traduction dans la pratique judiciaire (Laura Bartoli), pour les embarras du pénal face au défi du terrorisme islamiste (Raphaëlle Théry) ou encore pour les débats à propos de l'abolition du système pénal (Margaux Coquet) et de l'abolition universelle de la peine de mort (Luigi Delia).

Philosophes, juristes et historiens, les auteurs de ce dossier résolument interdisciplinaire privilégient le dialogue entre les démarches systématiques et celles historiques, ainsi que la collaboration entre les positions normatives et les positions critiques. En croisant les regards tant sur le sens et le non-sens de la peine que sur les limites dans lesquelles le droit pénal étatique doit être exercé et doit trouver sa légitimité, les études qui suivent voudraient concourir à ouvrir des perspectives pour penser l'avenir de la légalité pénale dans une cité démocratique et juste.

NOTES

1. G. Casadamont, P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2004.
2. B. Guillarme, *Penser la peine*, Paris, Éditions des Presses Universitaires de France, 2003; D. Boonin, *The Problem of Punishment*, New York, Cambridge University Press, 2008.
3. Sur les diverses variantes de ce «néo-rétributivisme»: cf. A von Hirsch, *Deserved Criminal Sentences. An Overview*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2017; M. S. Moore, *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 1997; M. D. White (dir.), *Retributivism. Essays on Theory and Policy*, New York, Oxford University Press, 2011; R. A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
4. M. Ancel, *La Défense sociale nouvelle*, Paris, Éditions Cujas, 1981.
5. H. L. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968.
6. A. Garapon, F. Gros, T. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2001.
7. Voir aussi, à propos du cas particulier de la peine de mort, les considérations de N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1997³, p. 201-229.
8. La loi du 15 août 2014 illustre cet entrelacement de rationalités hétérogènes. La peine aurait pour fonction «d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social», mais aussi de sanctionner l'auteur d'infraction, tout en favorisant son amendement et sa réinsertion (art. 130-1 du Code Pénal).
9. M. Foucault, *Dits et Écrits*, IV, Paris, Éditions Gallimard, 1994, n° 353, p. 691.
10. Cf. D. Kaminski, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Éditions Eres, 2015.
11. M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli (dir.), *Un droit pénal post-moderne?*, Paris, Éditions des Presses Universitaires de France, 2009.
12. A. Ashworth, L. Zedner (dir.), *Preventive justice*, New York, Oxford University Press, 2014.
13. B. E. Harcourt, *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2007.
14. Le magistrat Denis Salas a relevé que les concepts traditionnels d'expiation, de

rétribution et d'exclusion continuent de nourrir le discours «populiste» de tous ceux qui exploitent la montée du sentiment d'insécurité pour réclamer un durcissement du Code pénal, *La Volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Éditions Fayard/Pluriel, 2010, voir surtout le chapitre IV «La tentation du populisme pénal en France», p. 139-184).

15. Ph. Audegean et L. Delia (dir.), *Le Moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1765-1810)*, Oxford, Voltaire Foundation, 2018 (à paraître).

16. Pour une récente mise au point critique et historiographique sur la question de la crise de l'enfermement carcéral comme peine, voir L. Delia, «Sens et non-sens de la prison», in L. Delia (dir.), *Prison et droits: visages de la peine*, dossier de la revue *L'IRASCIBLE*, 5, Paris, Éditions Campus Ouvert, 2015, p. 7-43.

17. D. Fassin, *Punir, une passion contemporaine*, Paris, Éditions du Seuil, 2016.

JÉRÔME FERRAND

Brèves intempestives sur le sens de la peine saisi dans une perspective historique

À l'invitation d'une ancienne Ministre de la justice déclarant qu'il y avait « urgence à s'interroger sur le sens de la peine ¹ », les organisateurs avaient répondu par une journée d'étude. L'affiche de présentation de la manifestation partait « d'un constat de crise : celle de la rationalité pénale contemporaine ».

Peut-être faudrait-il préciser d'emblée que, si crise il y a, c'est probablement une *crise du sens* qui, à bien des égards, est celle d'un excès de sens. L'offre de sens est si forte qu'on ne sait plus vraiment à quel sens se vouer. Ici un auteur dénombre quatre foyers de sens de la peine ² : punir, c'est indépendamment et tout à la fois, rappeler la loi, défendre la société, éduquer, transformer la souffrance en malheur. Là un autre³ recense quatre fonctions de la peine correspondant aux quatre paradigmes ⁴ qui structurent la pensée pénale ⁵. Ici encore trois chercheurs identifient six rationalités à l'œuvre dans le champ de la probation ⁶. Là enfin, un ultime questeur cherche le « dernier sens de la peine » dans l'effet de subjectivation consécutif au prononcé d'une sentence et envisage alors la peine comme un processus susceptible d'offrir une réponse thérapeutique à la souffrance de la victime ⁷.

Autre signe de ces temps de surabondance de sens, les justifications traditionnelles de la peine sont en recul, du moins dans les écrits et dans les paroles publics : où sont passées en effet la dissuasion, l'exemplarité, la menace ou la terreur ? Où sont encore passés la répression, la sanction, la neutralisation, et ce vocabulaire jadis si fréquent sous la plume des criminalistes ? Il se passe en effet quelque chose dans l'ordre du discours : la tendance est à l'euphémisation. Plutôt que de parler de répression, on préfère mettre l'accent sur la prévention.

Excès de sens donc, dans l'ordre du discours. Que ce soit dans la littérature savante ou dans la littérature professionnelle de la probation, l'éclectisme informe les pratiques contemporaines. Il dilue le sens de la peine ⁸, au point que certains auteurs concluent au non-sens ⁹, voire à l'absence de sens ¹⁰.

Dans cet océan d'incertitude, quelle vague faut-il surfer pour maintenir l'illusion d'un sens commun de la peine ? Conservant peut-être encore secrètement en lui, tapi dans les plis de son orgueil, l'espoir de dévoiler les origines ou le sens perdu de la peine, le chercheur pourrait être tenté par la perspective historique. Pendant longtemps en effet, dans le sillage des historiens, juristes et philosophes du XIX^e siècle, on a pu penser « l'évolution du droit criminel [...] comme absolument continue. De la législation du tabou à nos codes, la marche du progrès a été ininterrompue et a consisté à passer des origines religieuses et instinctives à l'idéal rationnel et social où tend notre justice ¹¹ ». Depuis lors, beaucoup ont renoncé à la quête du sens originel de la peine et il semble bien que le chercheur postmoderne ait cessé de croire au grand récit des origines, autant qu'à celui de la fin de l'histoire.

Il suffit pourtant de consulter les manuels d'histoire du droit pénal ou la littérature consacrée à la peine dans ses dimensions historique, sociologique voire anthropologique, pour constater que nombre d'auteurs contribuent à la réactualisation du grand récit des origines de la pénalité et de son évolution dans le temps.

L'objet de cette contribution est de mettre à jour les topiques, les schèmes et les modalités de fabrication du discours gouvernant l'histoire de la peine. L'édification d'un tel récit n'est pas sans enjeu : informant notre pensée, il produit une saturation du sens qui, en définitive, conduit à la justification du présent (I). Aussi importe-t-il d'en prendre la mesure afin de faire advenir le sens d'une peine qui, à l'à-venir, pourrait même cesser de porter ce nom (II).

I. Écrire l'histoire de la peine ou comment donner du sens par la mise en récit

Parmi les nombreux lieux d'observation du discours gouvernant l'histoire de la peine, le point de vue des ouvrages et manuels d'histoire du droit pénal demeure privilégié car il présente l'intérêt d'en repérer les principaux schèmes. Le corpus sur lequel s'appuie cette étude de cas est constitué de trois livres synthétiques aux intitulés explicites, publiés aux Presses Universitaires de France depuis la seconde moitié du XX^e siècle jusqu'à aujourd'hui, et comptant de nombreuses rééditions ¹².

Ces travaux édifient, selon des modes opératoires variés, un régime de vérité qui fait de l'État répressif la figure du progrès. Les principaux marqueurs sémiotiques de ce processus discursif sont l'individualisation de la sanction et l'adoucissement des peines.

A. L'État : figure centrale, légitime et nécessaire du progrès pénal

Œuvre de R. Charles, le premier de nos ouvrages permet de dégager la structure du grand récit et le régime de vérité qui l'accompagne. Dès la première page, la peine est présentée comme une « barrière que la société oppose aux impulsions instinctives de l'homme ¹³ ». La thématique de la raison, rempart contre les passions humaines, est mobilisée d'emblée afin de justifier la nécessité de règles pénales. Appuyée sur l'affirmation péremptoire qu'« aucun groupement, si primitif qu'il soit, ne peut vivre sans un minimum de règles juridiques ¹⁴ », cette proposition incantatoire légitime l'existence de normes et de pratiques contraignantes. L'aspect le plus remarquable du propos tient à l'usage d'un champ lexical qui se déploie sur un registre guerrier. Les « armes du droit privé (dommages-intérêts) sont généralement inefficaces ». Aussi présente-t-on comme nécessaire le fait de « forcer le coupable », de prendre des « mesures coercitives », d'exercer la « vengeance légale » et tout un chapelet de propositions qui semblent devoir s'imposer par la seule force de l'évidence.

Dès la première page sont ainsi formulées deux « lois », sensément consacrées par l'histoire et consubstantielles à toute communauté humaine : nécessité du droit pénal d'une part ; efficacité du droit pénal d'autre part ¹⁵. En les posant comme les enseignements d'une raison à l'œuvre dans l'histoire, elles participent d'un processus de justification de l'ordre juridique existant.

La suite n'est que l'habillage d'un patron taillé sur mesure pour séduire un lecteur captif d'une succession de motifs discursifs qui associent évolution et progrès. Ainsi, « une évolution de vingt-huit siècles, jalonnée depuis Platon par le christianisme, la Grande Charte, l'*Habeas corpus*, les déclarations d'indépendance en 1776 et des Droits de l'Homme de 1789, a permis à la relation entre l'individu et la société de trouver son expression harmonieuse, sous les espèces de "l'État de droit" ¹⁶ ». Au terme du processus, donc, l'avènement eschatologique de l'État-providence, autre nom de l'État de droit, consacrant le modèle répressif et la conception de la peine qui lui sont attachés.

L'agencement du grand récit permet ainsi de justifier les sens contemporains de la peine. Il progresse par un jeu d'habiles aménagements factuels et de subtils ménagements

idéologiques. La succession plus ou moins orchestrée de certains motifs discursifs produit des effets d'intelligibilité bien réels qui, insensiblement, conduisent à valoriser les formes autorisées de contrainte étatique placées sous le sceau de la simplification et de la rationalisation ¹⁷.

Dans ses détails, le grand récit décline les différentes phases d'un processus que les criminalistes du XIX^e siècle avaient pris soin d'édifier en lois scientifiques. Ancrant l'origine de la pénalité « dans l'instinct matériel et brutal ¹⁸ » des « premiers âges » d'une humanité impitoyable, superstitieuse et ignorante ¹⁹, son évolution suivait la « loi du progrès, loi finale, qui a sa base dans le caractère essentiellement perfectible de l'homme, et qui [...] nous fait avancer [...] du mal au bien, du bien au mieux, de la faiblesse à la puissance, des ténèbres à la lumière, de l'erreur à la vérité ²⁰ ».

Dans les pas d'Ortolan qui avait dégagé « trois grandes phases de la pénalité » afin de ramasser « le total des siècles » autour des trois principes – barbare (vengeance privée), intermédiaire (vengeance publique) et civilisé (justice et garantie sociale) – R. Charles articule les séquences historiques d'un processus qui trouve son origine dans la vengeance privée, bientôt améliorée par le talion et les compositions pécuniaires, avant que n'advienne une longue période de transition où coexistent vengeance privée et vindicte publique ²¹. Enfin vient l'État qui, à Rome comme dans l'Europe moderne, finit par réprimer comme « délit public » des actes qui jadis appartenaient à la catégorie des « délits privés ». En son point d'achèvement, « l'évolution institutionnelle [...] révèle la marque de cette éthique qui, au cœur des hommes, s'est substituée à la soif de vengeance ²² ».

Comme le résume N. Rouland, non sans réserve et distanciation ironique, le grand récit porté par « le sens commun et les juristes [construit la mémoire] de ces époques heureusement révolues où la primitivité des mœurs, l'agressivité non contenue décimaient les familles dans d'interminables *vendette*. La construction de l'État, la multiplication de ses interventions pacificatrices assurent le triomphe de la civilisation sur la barbarie : le droit à la vengeance est éteint, un système de peines légales le remplace ²³ ». Informés par les travaux d'historiens et d'anthropologues, les auteurs contemporains font toutefois preuve de prudence et cherchent à dissiper l'illusion rétrospective des continuités en tentant de s'affranchir d'un schème évolutionniste trop ouvertement linéaire ²⁴.

Aussi distillent-ils un discours forgé par une vieille tradition historiographique qui, en mêlant la périodisation à la longue durée, permet une subtile combinaison de continuités et de

discontinuités²⁵. Les temps courts et longs se chevauchent pour former l'architectonique du grand récit. Les séquences historiques brèves permettent d'affirmer plus nettement l'émergence de *topoi* appelés à se développer dans l'avenir ; la longue durée permet de souligner des homologies et d'édifier des formes de cohérence et de continuités narratives²⁶ qui ont pour fonction de promouvoir un modèle d'organisation sociale caractéristique de la modernité occidentale²⁷. Appliquée au domaine de la pénalité, la concaténation des durées structure un discours dont le flux converge vers la figure centrale de l'État, censément pacificateur et justicier.

Si les historiens contemporains du droit pénal n'ont plus besoin de forcer l'argument idéologique de la vengeance²⁸, ils en usent toutefois à l'occasion, pour signaler le progrès – relatif²⁹ – de ces « renoncements à la vengeance » que furent les compositions des temps barbares³⁰ ou signaler le passage – jugé décisif – d'une « vengeance » qui cessa d'être « conçue » comme « privée » pour devenir la « véritable justice publique » des temps médiévaux³¹. Ainsi, de manière diffuse, le récit reconnaît-il dans la dimension publique de régulation des conflits le signe d'un progrès substantiel. Aux formes arbitrales et transactionnelles qui caractérisent une organisation judiciaire barbare jugée « très sommaire³² » et qui accompagne un pouvoir royal « sans force » où l'État « n'est plus qu'une virtualité³³ », succède une procédure pénale affichée comme plus rationnelle et surtout plus efficace. En ce XII^e siècle présenté comme « une époque de développement intellectuel et moral³⁴ », la lutte contre les anciennes pratiques se conçoit d'autant plus aisément que celles-ci sont généralement perçues – avec des nuances certes, mais de manière explicite – comme « irrationnelles³⁵ ».

Faisant de la « civilisation », chrétienne en l'occurrence, le moteur d'une rupture décisive censée vaincre « la fatalité » et faire triompher « l'établissement de la vérité³⁶ », la disparition des ordalies après leur condamnation par l'Église en 1215³⁷ et la lutte contre les anciennes pratiques de composition entre parties apparaissent dès lors comme une exigence morale³⁸ et une nécessité politique : « La prise en charge de l'ordre public par les États ne permettait plus de laisser au bon vouloir des particuliers le règlement des affaires pénales les plus graves [...] L'intérêt social, dont l'État a la charge, exige l'application de peines à la fois répressives et dissuasives³⁹ ».

Les XII^e-XIII^e siècles apparaissent ainsi comme les marqueurs historiques d'une étape décisive dans la reconfiguration d'un régime de pénalité désormais appelé à se déployer dans un cadre étatique⁴⁰. Sans disparaître totalement, les formes sociales concurrentes ou alternatives de

régulation des conflits sont alors soit discréditées – à l’instar d’une justice seigneuriale présentée comme « oppressive et lucrative ⁴¹ » –, soit reléguées vers des marges de plus en plus étroites à mesure que s’étendent les filets de la justice royale ⁴².

Forte de la légitimité savante du « bien commun », la mue du droit pénal accompagne le développement d’un État présenté comme pacificateur et justicier. La substitution d’une procédure écrite et inquisitoire aux anciennes formes orales et accusatoires, l’effacement des pratiques vulgaires soutenues par un régime probatoire peu intelligible au profit de « procédés qui se veulent plus conformes à la raison ⁴³ » ou d’usages régis par des savoirs juridiques savants et une organisation judiciaire plus fonctionnelle, le dépassement de l’« imprécision du vocabulaire » qui opérait au sein de cadres analytiques ne présentant « évidemment pas la même netteté que dans le droit pénal contemporain ⁴⁴ », et la mise en ordre progressive des sources « hétérogènes et incertaines » que furent les coutumes et le maquis touffu de la législation royale, constituent les marqueurs les plus significatifs d’une évolution positivement connotée qui voit dans les grandes ordonnances royales de codification et les corpus napoléoniens l’apogée du processus de rationalisation du droit pénal ⁴⁵.

Alors même qu’une foule d’éléments factuels témoignent du durcissement corrélatif des nouvelles politiques criminelles, le grand récit les compense en insistant sur la rationalité, la moralité et l’efficacité du nouveau régime de pénalités : « entre le XIII^e et le XVI^e siècle en effet, les juges s’écarterent peu à peu des peines pécuniaires fixes prévues par les chartes et prononcent à la place des sanctions nettement plus sévères de type afflictif et infamant. Ces pénalités plus rigoureuses sont considérées à la fois comme moralement plus justes que de simples amendes – elles sont plus “rétributives” –, et comme pénalement plus efficaces car plus dissuasives ⁴⁶ ». Et notre auteur de conclure :

une constatation s’impose : au fur et à mesure que la justice publique développe ainsi son action et accroît son emprise, sa sévérité fléchit. Aussi bien la sévérité de la justice était-elle étroitement liée, comme nous l’avons dit, à sa relative inefficacité. Si donc l’appareil répressif devient plus efficace, il n’a plus besoin d’être aussi féroce ⁴⁷.

Ainsi, par le jeu d’évocations successives le grand récit valorise les formes autorisées de contrainte étatique dans lesquelles les sens de la peine sont appelés à se déployer.

La lecture croisée de nos trois ouvrages de référence témoigne de l’édification d’un régime de vérité ⁴⁸ qui place la marche des hommes sous l’étoile d’un progrès qui, s’il ne s’affiche plus

ouvertement comme tel, emprunte des chemins de traverse qui conduisent à légitimer, au moins dans l'ordre du discours, l'action répressive de l'État. Parmi les nombreux objets discursifs permettant de justifier cette surenchère régulatrice, deux motifs se révèlent être particulièrement efficaces.

B. Haro sur deux marqueurs opératoires de progrès :

l'individualisation de la sanction et l'adoucissement des peines

Qu'on le saisisse dans la longue durée, ou à travers des séquences historiques plus courtes, le thème de l'individualisation de la peine demeure étroitement associé à l'idée de progrès. Pour R. Charles, l'une des caractéristiques essentielles « du jurisme pénal est son individualisation de plus en plus accentuée ⁴⁹ ». Nos auteurs considèrent en effet que les formes de la responsabilité archaïque étaient de nature objective et sociale, tandis que les sociétés plus complexes et plus modernes auraient consacré des formes de responsabilité individuelle et subjective. « On peut supposer, à Rome comme ailleurs, une phase historique primitive de responsabilité purement objective où la commission du fait suffit à appliquer mécaniquement la sanction ⁵⁰ ». Aussi « la prise en compte de l'élément psychologique ⁵¹ » ou la « spiritualisation » du droit pénal ⁵² apparaît-elle comme une forme juridique d'autant plus raffinée qu'elle permet de dépasser un stade primitif de responsabilité qui, à Rome autant que chez les Barbares ⁵³, faisait reposer la réparation du préjudice sur la famille, la parenté ou le groupe ⁵⁴.

Portée par ce schème évolutionniste, l'individualisation de la sanction apparaît dès lors comme le signe d'un progrès quasi infallible. Aux peines fixes et tarifées des lois barbares ³³ et des chartes coutumières ⁵⁶, se substituent des pratiques qui élèvent le juge en garant du nouveau régime de pénalités. Bien que plus rigoureuses que les compositions pécuniaires fixes, les sanctions pénales apparaissent pourtant comme plus justes et plus efficaces ⁵⁷. « Serviteur de la justice, le juge a donc l'impérieux devoir de rechercher la sanction la plus juste, c'est-à-dire à la fois la plus proportionnée aux délits et la plus adaptée au délinquant ⁵⁸ ». Dès lors, « au lieu d'appliquer mécaniquement les catégories sommaires et rigides des vieux tarifs, les juges examinent chaque infraction au cas par cas, en considérant l'ensemble de ces circonstances et en particulier la personnalité du coupable ⁵⁹ ».

On comprendra par conséquent que nos auteurs fassent preuve d'une prudente retenue lorsque la Révolution française renoue avec la fixité des peines : « la grande nouveauté, c'est que *les peines sont désormais absolument fixes*. Par réaction contre l'arbitraire des anciens juges, le

nouveau droit pénal ne connaît plus que des peines déterminées à l'avance par la loi elle-même [...]. Le juge n'a plus aucun pouvoir d'appréciation, ce n'est plus un arbitre, c'est une simple machine à appliquer un tarif⁶⁰ ».

Bien qu'ils aient souligné la «dépénalisation massive, [...] la simplification sensible et l'adoucissement relatif⁶¹» du régime de pénalités consacré par le projet révolutionnaire, l'absence d'individualisation liée au régime de légalité très strict de la Révolution oriente l'appréciation générale de nos commentateurs. Présentée comme une solution extrême par tel auteur⁶², tel autre préférera porter son attention sur certaines décisions de jurys dans lesquelles il voit « la conséquence du déplorable système des peines fixes⁶³ ». Aussi nos auteurs décriront-ils avec entrain le retour progressif à des formes plus classiques d'individualisation de la peine. Suivant le projet de Target, le Code pénal napoléonien « établissait pour certaines infractions un maximum et un minimum, entre lesquels il appartenait au juge d'arbitrer la peine en fonction des circonstances de chaque espèce. Le code répudiait ainsi la conception du juge automate chère aux réformateurs du XVIII^e siècle et aux constituants, pour revenir à celle du juge intelligent et responsable, conforme à la plus ancienne tradition⁶⁴ ». Le grand récit peut alors reprendre son cours. Le développement du mouvement pénitentiaire, dont l'inspiration originelle est dite « purement charitable⁶⁵ », permet de renouer une chaîne des temps rompue par la Révolution et, par conséquent, de retrouver l'idée de l'individualisation « écartée par le Code pénal quelque vingt ans plus tôt⁶⁶ ».

Le régime de pénalités est dès lors irrésistiblement entraîné « vers l'individualisation de la peine⁶⁷ ». Les réformes de 1824 et 1832 marquent une victoire d'autant plus pérenne qu'elle recoupe en ce point précis un autre marqueur de progrès : l'adoucissement des peines.

Il est en effet remarquable de constater l'unanime ralliement de nos auteurs au grand récit de la progressive humanisation du droit pénal. Faisant leur le mot de Ihering qui avait ramené l'histoire de la peine à celle d'une abolition constante⁶⁸, chacun explique, selon sa sensibilité, les causes censées présider au mouvement d'adoucissement des peines. À la cruauté des châtiments anciens, André Laingui oppose « l'influence du christianisme, puis des idées kantiennees qui, en refusant à la loi de traiter l'individu comme un moyen et non pas comme une fin, ont effectivement accordé à la personne humaine une valeur sacrée qui a grandi avec les siècles⁶⁹ ». Jean-Marie Carbasse y voit, quant à lui, et tour à tour, les effets conjugués de l'action des magistrats⁷⁰, de l'efficacité de l'appareil judiciaire⁷¹ et de la « sensibilité très

vive » d'un roi qui s'était employé à « humaniser la justice criminelle et à la rendre plus équitable ⁷² ».

La cruauté des châtiments n'ayant toutefois pas tout à fait épargné la pratique judiciaire de l'ancienne monarchie ⁷³, le mouvement de dépénalisation et de modération sensible des sanctions engagé par la Révolution ⁷⁴ se poursuit au XIX^e siècle. « L'adoucissement du système pénal domine [alors] l'ensemble de l'évolution ⁷⁵ ». « Pour le XIX^e siècle, la tendance est incontestablement à l'adoucissement au moins relatif de la répression ⁷⁶ ». Donnant l'exemple de l'humanisation des peines ⁷⁷, la France s'engage résolument dans la voie de la modération de la répression. Bien que marqué par des « interruptions et des retours à la sévérité ⁷⁸ », ce mouvement irrésistible détermine la pratique judiciaire du XX^e siècle ⁷⁹, spécialement depuis 1945, période dominée « par un allègement incontestable de la répression globale ⁸⁰ ».

Au terme de la mise en récit de cette histoire de la peine, il paraît difficile de ne pas rallier le point de vue de N. Rouland quand il observe « que l'État moderne et ses laudateurs ont construit un système de représentation efficace mais erroné pour justifier son inflation ⁸¹ ». Derrière les paravents du progrès, tissés sur l'étoffe discursive de la rationalisation, de l'individualisation et de l'humanisation des peines, se tient l'État répressif, avec mine tendue de surveillant, rappelant que c'est lui le but, la fin et la quintessence d'une répression masquée par ces procédures narratives roboratives. Et quoique le grand récit le pare des atours d'un pouvoir fort et protecteur, la réalité n'est pas toujours à la hauteur du crédit qu'on lui porte : à plus d'un égard, comme dans le conte d'Andersen, le roi est nu.

II. Écrire l'histoire des futurs du passé ou de l'urgente nécessité d'un autre récit

L'activation du grand récit n'est jamais sans conséquences. Le caractère performatif de la prédiction faite par Ihering d'une abolition du pénal affecte profondément les esprits. Son caractère oraculaire est si fort que nos historiens de la peine éprouvent quelques inquiétudes au moment de conclure. Devant le phénomène de « civilisation du droit pénal », tel auteur se demande, en 1976, si « le marasme actuel de la justice en France ne procède pas de cette abolition ? ⁸² ». Peut-être aura-t-il été entendu, du moins si l'on en juge par le contenu des lois du 22 novembre 1978 durcissant le régime des peines privatives de liberté et celui, plus

sévère encore, de la loi « sécurité et liberté » du 2 février 1981. Confronté, un quart de siècle plus tard, à un phénomène similaire ⁸³, tel autre se fait l'écho des craintes de ceux qui se « demandent, alors que la délinquance s'accroît, au moins localement, dans des proportions inquiétantes, si l'on n'est pas allé trop loin ⁸⁴ ». Que les politiques criminelles qui accompagneront la naissance d'un XXI^e siècle marqué par l'événement du 11 septembre 2001 ne se soient pas spécialement distinguées par la douceur n'enlève rien à l'efficace du grand récit : reprenant, en 2014, la conclusion de sa première édition, le même auteur fait alors résolument sienne l'interrogation de ceux qui se demandent « si l'on n'est pas allé trop loin dans la voie du “désarmement” pénal ⁸⁵ ».

Notre auteur renoue ainsi avec un vocabulaire guerrier qui dévoile la fragilité d'un pouvoir supposé détenir le monopole de la violence légitime. Qu'un œil avisé s'arrête sur la perspective adoptée par le grand récit : il en repère les insuffisances, les failles, les limites, les contrastes, les lignes de fuite. Qu'il fasse place au doute méthodique, et le tableau n'a plus les allures baroques esquissées par les historiens du droit pénal.

Aussi est-ce avec une certaine acuité qu'un historien-anthropologue fait observer que

tout change non pas avec l'État en général, mais avec une forme particulière d'État, caractéristique le plus souvent des sociétés modernes : celle de l'État unifié et centralisé où le pouvoir politique, fortement spécialisé, s'arrogue le monopole de la violence licite. Le droit pénal n'est plus défini qu'à partir de son impulsion. Le système vindicatoire se désagrège, la vengeance perd ses rites : elle n'est plus un mode de relation entre groupes complémentaires antagonistes et devient le plus souvent, dans un avatar moderne, synonyme de pure violence. Y a-t-il progrès ? Oui, dans la mesure où le droit pénal moderne, lorsqu'il prohibe la peine de mort, empêche le sang de couler. Mais non à bien d'autres égards ⁸⁶.

Il devrait donc aller de soi que si elle peut mettre un terme à certaines formes de vengeance, l'intervention de l'État ne fait pas cesser la violence : « en assimilant vengeance et violence, l'État laisse à penser qu'en supprimant l'une, il est le meilleur rempart contre l'autre. Si c'était vrai, la violence devrait décroître au fur et à mesure que progressent l'étatisation et la centralisation. Les données ethnographiques ouvrent un large espace au doute ⁸⁷ ». Et c'est précisément sur ce doute qu'il faut pouvoir s'appuyer pour interroger le régime de vérité véhiculé par le grand récit.

A. Libérer les sens non advenus par une critique systématique du grand récit

Une critique systématique doit pouvoir se déployer sur plusieurs niveaux analytiques.

Le premier suppose une attitude sceptique à l'égard du sens idéologique du grand récit. Pour ne prendre ici que l'exemple du thème récurrent de l'adoucissement des peines, un lecteur attentif n'aura guère de mal à constater que les périodes marquées par une politique de revendication publique de la répression ont encouragé, non l'adoucissement, mais le durcissement du régime de pénalités. Ainsi de l'Empire romain⁸⁸, de l'affirmation du pouvoir royal aux XII^e et XIII^e siècles, des politiques criminelles annonçant l'affirmation de la monarchie absolue à partir du XVI^e siècle⁸⁹, du Consulat⁹⁰ ou des empires napoléoniens⁹¹. Une telle observation a d'ailleurs son pendant qui consiste à repérer les phases d'adoucissement consécutives à l'abandon des pratiques de répression féroce en faveur de modes plus pacifiques de règlement des conflits⁹².

Le deuxième suppose d'adopter une posture critique d'ordre méthodologique : elle consiste à scruter l'envers du récit afin de s'affranchir des schémas d'explication consacrés, de découvrir des objets inattendus qui permettront de créer de nouveaux schèmes d'intelligibilité et d'élaborer d'autres lignes de continuité. Le propre d'un récit est en effet de faire advenir le réel en fabriquant des dispositifs de vérité inédits. « Ce que peut l'histoire, c'est faire droit aux futurs non advenus, à leurs potentialités inabouties⁹³ ». Aussi, plutôt que d'accréditer un récit qui s'emploie à décrire des faits historiques saisis dans la perspective d'un devenir orienté qui trouve son point d'achoppement dans notre présent, opter résolument pour un récit alternatif qui permet de dissiper l'illusion rétrospective des continuités, de réactiver la mémoire de processus passés afin de montrer leur efficace contemporaine et de contribuer à les faire advenir.

Une telle option méthodologique peut consister par exemple à prendre au sérieux le fait que les modes pacifiques de règlement des conflits ont résisté avec « une étonnante vigueur⁹⁴ » à l'arsenal punitif déployé par l'État monarchique ou impérial. Elle requiert une attention vigilante à l'endroit des expressions disqualifiées ou des adjectifs connotés⁹⁵, afin de permettre, dans l'envers du discours, de réhabiliter certaines formes de régulation sociale déclassées par le sens pré-orienté du grand récit⁹⁶.

Le troisième niveau analytique relève de la critique historiographique : il consiste à discuter pied à pied les affirmations stratégiques qui permettent de soutenir un argumentaire reposant le plus souvent sur la seule force de l'apparence. Ainsi, par exemple, de l'argument-massue

qui soutient le récit de l'adoucissement des peines : la diminution du nombre des condamnations à mort prononcées par les parlements dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Outre que l'argument laisse dans l'ombre celles qui ont pu être prononcées par les justices prévôtales dont on sait la férocité, il minimise, voire passe sous silence, les monographies consacrées à la répression d'infractions particulières qui témoignent d'un accroissement significatif du nombre des procès au XVIII^e siècle ⁹⁷ et de l'augmentation corrélative des condamnations à mort ⁹⁸.

Enfin, la dernière posture critique consiste à combiner les attitudes précédemment évoquées afin d'invalider les effets d'évidence véhiculés par la structure et l'orientation du grand récit. On pourrait ainsi invoquer un grand nombre d'éléments factuels pour invalider l'économie générale du discours promoteur de la douceur et de l'humanisation des peines.

À titre d'exemple, on considère volontiers que la loi de 1832, que ce soit par son régime d'incrimination ou par ses modalités d'application, constitue une étape décisive sur la voie de l'individualisation et du mouvement présumé corrélatif d'adoucissement des peines. Bien que fondée sur le plan de la politique d'incrimination – moins sévère que celle imposée par le « Code de fer » –, une telle présentation est erronée lorsqu'on situe l'analyse sur le terrain de son application. En octroyant les circonstances atténuantes, les jurys ont, de fait, prononcé beaucoup plus de condamnations qu'avant 1832. La loi de 1832 remplissait ainsi l'un de ses principaux objectifs qui était de lutter contre un taux d'acquiescement jugé trop élevé par les autorités en charge de la répression du crime.

Un tel angle d'attaque analytique permet dès lors d'édifier un tout autre récit : outre le durcissement bien réel de la répression consécutif à la loi de 1832, celle-ci doit être considérée comme l'un des principaux instruments de la lutte contre une justice populaire que certains estiment laxiste, cherchant par-là à imposer le monopole judiciaire de magistrats professionnels moins rétifs à mettre en œuvre les politiques criminelles répressives d'un État de plus en plus autoritaire ⁹⁹. C'est donc peu dire qu'une telle posture analytique permet d'invalider l'orientation prétendument humaniste du sens historique de la peine.

Dans le même ordre d'idées, on peut affirmer qu'il n'est pas nécessaire de recourir à l'autorité de Foucault pour démontrer que le développement de la prison accompagne une mutation du régime de pénalités qui permet tout à la fois d'étendre le champ de la répression et d'en durcir les modalités d'exercice. Il suffit de rappeler à ce sujet la fréquence de la peine

du bannissement à la fin de l'ancien régime, et son remplacement par la peine de prison à partir de la Révolution ¹⁰⁰.

De ce constat à l'appréciation de ses effets socio-politiques, il y a certes un cap difficile à franchir car il nécessite de s'affranchir de multiples préventions. On ne peut en effet prétendre comparer la violence à l'œuvre dans les sociétés monarchiques du châtement public et celle qui sévit plus insidieusement dans la société disciplinaire du XIX^e siècle ; il est tout aussi délicat d'évaluer la violence institutionnelle générée par la multiplication des dispositifs de contrôle dans nos sociétés contemporaines.

Mais sans cette posture critique, il est impossible de libérer les futurs narratifs qu'il appartiendra à d'autres de faire advenir. C'est au demeurant le chemin qu'avait tracé Deleuze dans un texte fameux quand il écrivait que « face aux formes prochaines de contrôles incessants en milieu ouvert, il se peut que les plus durs enfermements nous paraissent appartenir à un passé délicieux et bienveillant ¹⁰¹ ».

B. (Dés)orienter le sens historique de la peine par la création de nouveaux espaces narratifs

On ne sait jamais vraiment jusqu'à quel point l'exercice critique ouvre des horizons heuristiques. Appliquée à l'objet de cette étude, une telle méthode permet d'observer qu'à chaque poussée de fièvre répressive de l'État moderne, l'intellectuel pris à partie détourne pudiquement le regard et le projette vers des pratiques alternatives à la peine judiciaire. Au chevet du malade en crise, il convoque alors les médecins de l'âme que sont le philosophe, l'anthropologue et l'historien. Le philosophe lui ouvre le champ des possibles et lui susurre quelque parole stimulante. L'anthropologue lui suggère que la maladie n'est pas une fatalité et que d'autres communautés humaines l'ont surmontée ou heureusement prévenue. L'historien lui rappelle qu'en des temps pas si lointains, les particuliers étaient acteurs du règlement de leurs conflits, avant qu'ils n'en soient dépossédés au nom d'un hypothétique bien commun censé justifier le monopole étatique de la violence judiciaire institutionnalisée.

Cette contribution avait pour objet de montrer qu'il n'est pas très difficile de raviver la mémoire de ces temps sacrifiés sur l'autel du grand récit de la pénalité publique et de construire le récit hétérodoxe de ces pratiques alternatives qui ont tantôt concurrencé, tantôt accompagné la judiciarisation des conflits, et qui ont aujourd'hui cédé devant la férocité des

politiques criminelles étatiques. Car sait-on vraiment suffisamment qu'en des temps anciens que l'on a parfois pensés obscurs, bon nombre de litiges, peut-être même la plupart, étaient réglés par la voie traditionnelle de la transaction ou de l'amiable composition ? Sait-on encore qu'aux premières heures de la centralisation monarchique, les transactions pénales étaient monnaie courante en Europe ¹⁰², qu'ici et là on transigeait, on composait, on arbitrait, on pardonnait, que plutôt qu'à un jugement public, en bonne et due forme, on recourait à tous ceux qui pouvaient faciliter les « satisfactions », les « amoureuses compositions » ou autres « paix privées ¹⁰³ », que l'heure était aux « moyenneurs », aux « arbitres » et autres pacificateurs, « aux amis charnels » ? Sait-on également qu'aux plus beaux jours de la centralisation monarchique, le geste plébéien de l'esquive et du refus était un art fort répandu, qu'un peu partout en France on échappait, on différait, on dérogeait à la férocité répressive en s'arrangeant à l'amiable, en composant, en signant des pactes de paix, en recourant à des médiateurs ou à des arbitres ? Sait-on encore que la Révolution française avait fait de l'arbitrage le mode *princeps* de résolution des conflits et qu'elle avait voulu faire de la justice professionnelle l'ultime recours ? Sait-on enfin qu'aux plus beaux jours de la codification napoléonienne, on s'accommodait, on transigeait, on s'arrangeait dans les campagnes du Quercy ¹⁰⁴ ou dans les Pyrénées ¹⁰⁵, et probablement en bien d'autres lieux vers lesquels l'historien n'a pas encore porté son regard ? Et sait-on suffisamment qu'aujourd'hui la mémoire de ces usages est devenue un poncif historiographique ¹⁰⁶ et que la société civile aspire à renouer cette chaîne des temps ?

La littérature contemporaine spécialisée a cru opportun de reléguer ces pratiques dans l'*infra-judiciaire*, apportant ainsi sa modeste contribution au grand récit de la justification de la peine d'État et participant incidemment à la légitimation des politiques pénales contemporaines. D'aucuns s'en accommoderont ; d'autres s'interrogeront sur le sens de cette « évolution » ; certains enfin reposeront la seule question qui vaille : non point celle du sens de la peine informé par un récit historique orienté, mais celle de son opportunité anthropologique, de son bien-fondé philosophique et de sa légitimité politique.

Pourquoi non ?

NOTES

1. Allocution de Madame la Ministre Christiane Taubira en clôture du colloque annuel de l'Association Nationale des Juges de l'Application des Peines, le 4 avril 2014.
2. F. Gros, «Les quatre foyers de sens de la peine», in *Et ce sera justice*, Paris, Éditions O. Jacob, 2001, p. 11-138.
3. M. Van de Kerchove, «Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie», in *Informations sociales*, n° 127, 2005/7, p. 22-31.
4. La rétribution, la prévention, la réparation et le renforcement symbolique des normes.
5. M. Van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles. Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2009.
6. O. Razac, F. Gouriou, G. Salle, *Les Rationalités de la probation française*, Rapport de recherche, ENAP, mars 2013.
7. F. Gros, «Justice pénale et demande de la victime: le dernier sens de la peine», in *Archives de philosophie du droit*, n° 53, 2010, p. 164-170.
8. Ce sens est d'ailleurs envisagé sous une double acception d'orientation et de raison d'être.
9. M. Van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine...*, *op. cit.*
10. G. Casadamont et P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Éditions O. Jacob, 2004.
11. M. Mauss, «La religion et les origines du droit pénal d'après un livre récent», in *Revue d'histoire des religions*, n° 34, 1896, II, p. 59, reproduit dans M. Mauss, *Œuvres*, II, Paris, Éditions de Minuit, 1969, p. 698.
12. Par ordre chronologique d'édition: R. Charles, *Histoire du droit pénal*, Paris, Éditions des Presses Universitaires de France, 1^e éd. 1955; 2^e éd. 1963; 3^e éd. 1969; 4^e éd. 1976 (c'est la dernière édition qui est utilisée ici); A. Laingui, *Histoire du droit pénal*, Paris, Éditions des Presses Universitaires de France, 1^{ère} éd. 1985; 2^e éd. 1993; (c'est la première édition qui est utilisée ici); J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, Éditions des Presses Universitaires de France, 1^{ère} éd. 1985; 2^e éd. 2006; 3^e ed. 2014 (c'est la première édition qui est utilisée ici); cet ouvrage reprend l'essentiel de J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*

pénal, Paris, Éditions des Presses Universitaires de France, 1990).

13. Charles, *op. cit.*, p. 5.
14. *Ibid.*
15. Spécialement quand on compare cette efficacité prétendue avec celle que pourrait offrir d'autres modes de régulation des conflits.
16. Charles, *op. cit.*, p. 17.
17. Langui, *op. cit.*, p. 71.
18. Ortolan, *Éléments de droit pénal: pénalité, juridiction, procédure*, t. 1, Paris, Éditions Plon, 1863-1864, p.79.
19. Bérenger (de la Drôme), *De la répression pénale, de ses formes et de ses effets*, t. 1, Paris, Éditions Cosse, 1855, p. 188.
20. Ortolan, *Éléments de droit pénal...*, *op. cit.*, p. 18.
21. Charles, *op. cit.*, p. 8-9.
22. *Ibid.*, p. 101.
23. N. Rouland, *Aux confins du droit*, Paris, Éditions O. Jacob, 1991, p. 79.
24. Laingui, *op. cit.*, p. 4; Carbasse, *op. cit.*, p. 11.
25. J. Le Goff, *Faut-il vraiment découper l'histoire en tranches?*, Paris, Éditions du Seuil, 2014, p. 189.
26. Voir par exemple cette affirmation de R. Charles: «L'histoire du droit pénal permet de constater que nos conceptions actuelles rejoignent, par-delà des millénaires d'oubli, celles de l'Antiquité » (p. 18).
27. J. Goody, *Le Vol de l'histoire. Comment l'Europe a imposé le récit de son passé au reste du monde*, Paris, Éditions Gallimard, 2010.
28. «L'image que nous nous faisons communément de la vengeance dans les sociétés traditionnelles n'est-elle pas largement fausse? Et surtout, ne faut-il pas y voir le produit d'une manipulation destinée à valoriser la contrainte étatique, présentée comme un progrès par rapport aux archaïsmes des sociétés dépourvues d'État?» (N. Rouland, *op. cit.*, p. 90).
29. «L'acceptation de cette composition était facultative. De ce fait, le droit à la vengeance entraînait des conflits interminables qui pouvaient durer pendant plusieurs générations.» (Carbasse, p. 84).
30. *Ibid.*, p. 91.

31. *Ibid.*, p. 112.
32. *Ibid.*, p. 81.
33. *Ibid.*, p. 78.
34. *Ibid.*, p. 113.
35. Laingui, *op. cit.*, p. 6, 31-32, 34.
36. Charles, *op. cit.*, p. 74.
37. Laingui, *op. cit.*, p. 40.
38. Carbasse, *op. cit.*, p. 113.
40. «Certains facteurs préparent la renaissance d'un véritable droit pénal public. D'une part en effet l'église, le roi, et même certains princes ont maintenu tant bien que mal l'idée d'une justice ordonnée au bien commun; d'autre part, dès la fin du XI^e siècle, la renaissance du droit romain et la généralisation de l'exigence rétributive vont fournir de nouvelles armes aux constructeurs de l'État de justice» (Carbasse, *op. cit.*, p. 107).
41. *Ibid.*, p. 101.
42. *Ibid.*, p. 114, 157-161, 179.
43. *Ibid.*, p. 162.
44. *Ibid.*, p. 294.
45. Charles, *op. cit.*, p. 15.
46. *Ibid.*, p. 203-204.
47. *Ibid.*, p. 365.
48. «Chaque société a son régime de vérité, sa politique générale de la vérité: c'est-à-dire les types de discours qu'elle accueille et fait fonctionner comme vrais; les mécanismes et les instances qui permettent de distinguer les énoncés vrais ou faux, la manière dont on sanctionne les uns et les autres; les techniques et les procédures qui sont valorisées pour l'obtention de la vérité; le statut de ceux qui ont la charge de dire ce qui fonctionne comme vrai» («Entretien avec Michel Foucault», dans *Dits et Écrits II*, Paris, Éditions Gallimard, coll. « Quarto », 2001 [1994], p. 158).
49. Charles, *op. cit.*, p. 11.
50. Carbasse, *op. cit.*, p. 44.
51. *Ibid.*
52. Charles, *op. cit.*, p. 13.
53. Carbasse, *op. cit.*, p. 289.

54. *Ibid.*, p. 92.
55. Qui passe d'ailleurs aujourd'hui pour romaines... Cf J.-P. Poly, «La corde au cou. Les Francs, la France et la Loi salique», in *Genèse de l'État moderne en Méditerranée. Approches historique et anthropologique des pratiques et des représentations*, Rome, École Française de Rome, 1993, p. 287-320.
56. Laingui, *op. cit.*, p. 70.
57. Carbasse, *op. cit.*, p. 304.
58. *Ibid.*, p. 211.
59. *Ibid.*, p. 404.
60. *Ibid.*, p. 379.
61. *Ibid.*, p. 378, 380.
62. Charles, *op. cit.*, p. 82.
63. Carbasse, *op. cit.*, p. 380.
64. *Ibid.*, p. 404.
65. *Ibid.*, p. 407.
66. *Ibid.*, p. 408.
67. *Ibid.*
68. Charles, *op. cit.*, p. 14; Laingui, *op. cit.*, p. 66; Carbasse, *op. cit.*, p. 415.
69. Laingui, *op. cit.*, p. 66-67.
70. Carbasse, *op. cit.*, p. 216, 240, 363.
71. *Ibid.*, p. 365.
72. *Ibid.*, p. 366.
73. Le supplice de Damiens demeure l'un des temps fort de *Surveiller et punir*.
74. Carbasse, *op. cit.*, p. 378, 380.
75. Laingui, *op. cit.*, p. 121.
76. Carbasse, *op. cit.*, p. 415.
77. *Ibid.*
78. *Ibid.*, p. 416.
79. *Ibid.*, p. 417.
80. *Ibid.*, p. 420.
81. N. Rouland, *Aux confins du droit*, *op. cit.*, p. 97.
82. Charles, *op. cit.*, p. 46.

83. Carbasse, *op. cit.*, p. 417.
84. *Ibid.*, p. 420.
85. *Ibid.*, 3^e éd. 2014, p. 512.
86. N. Rouland, *Aux confins du droit, op. cit.*, p. 96.
87. *Ibid.*, p. 97.
88. Carbasse, *op. cit.*, p. 65 et N. Rouland, *op. cit.*, p. 85.
89. Carbasse, *op. cit.*, p. 171, 173, 311, 313, 334.
90. «Dès les débuts du consulat, Bonaparte décide de remplacer le code de brumaire an IV, beaucoup trop doux à ses yeux» (*Ibid.*, p. 396). Sur ce sujet encore, *Ibid.*, p. 398.
91. *Ibid.*, p. 400, 416.
92. Cf par ex. Carbasse, *op. cit.*, p. 260.
93. P. Boucheron, *Ce que peut l'histoire*, Leçons inaugurales du collège de France, Paris, Collège de France-Fayard, 2016, p. 17.
94. Carbasse, *op. cit.*, p. 161.
95. «Vieilles pratiques», «privatistes», «illicites», etc. (*Ibid.*).
96. Je pense ici par exemple aux peines qualifiées de «dérisoires » (*Ibid.*, p. 269-272, 291) et à une multitude de pratiques («procès» d'animaux, «procès» à cadavre, mariage sous la potence, charivari...) que les historiens du droit pénal relèguent un peu trop vite au rang de curiosité.
97. *Ibid.*, p. 365.
98. A. Bresson-Le Minor, *Le Vol domestique au XVIII^e siècle d'après les arrêts du Parlement de Paris*, thèse Paris II, 1978; G. Callemein, *L'Empoisonnement devant la justice criminelle française en application de l'édit sur les empoisonneurs (1682-1789)*, thèse Nice, 2015.
99. Sur la résonance contemporaine de cette question, J. Ferrand, «Rapport non officiel d'un sans-culotte à Madame le ministre de la justice, au sujet des morts-nés autopsiés récemment par la médecine légale», in *L'IRASCible, Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences Criminelles*, n° 4, novembre 2013, p. 227-268; et «La justice aux sans-culottes! Propos libres sur la loi du 10 août 2011 et ses glossateurs», in *L'IRASCible. Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles*, n° 3, 2012, «Les éclaireurs du pénal», p. 281-325.
100. Carbasse, *op. cit.*, p. 266.

- 101.** G. Deleuze, «Contrôle et devenir», in G. Deleuze, *Pourparlers*, Paris, Éditions de Minuit, 1990, p. 237.
- 102.** Cf, parmi une littérature foisonnante, P. MacCaughan, «Le baile du seigneur et la résolution des conflits à la fin du Moyen Âge», in C. Dolan (dir.), *Entre justice et justiciables. Les auxiliaires de la justice du Moyen Âge au XX^e siècle*, Laval, PUL, 2005, p. 602; J.-M. Carbasse, «Philippe III le Hardi et les “mauvaises coutumes” de Gascogne n(à propos de l’ordonnance de juillet 1280)», in *Hommages à G. Boulvert*, Nice, 1987, p. 157.
- 103.** Là encore, parmi une littérature abondante, Cf. C. Gauvard, «*De grace especial*». *Crime, État et société en France à la fin du Moyen Âge*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2 vol., 1991.
- 104.** F. Ploux, «L’arrangement dans les campagnes du Haut Quercy (1815-1850)», in *Histoire de la justice*, n° 5, 1992, p. 95-117; F. Ploux, *Guerres paysannes en Quercy. Violences, conciliations et répression pénale dans les campagnes du Lot (1810-1860)*, Paris, Éditions La boutique de l’histoire, 2002.
- 105.** Carbasse, *op. cit.*, p. 161.
- 106.** X. Rousseaux, «Historiographie du crime et de la justice criminelle dans l’espace français (1990-2005)», in *Crime, Histoire & Sociétés* [En ligne], Vol. 10, n°1-2006, p. 123-158.

OLIVIER CHASSAING

La portée normative des interdictions pénales

En incriminant une conduite et en y attachant une sanction, la loi pénale impose des interdictions qui appellent la conformité, au moins extérieure, des comportements. Sa modalité spécifique semble consister à prévoir des sanctions d'un certain genre en cas de violation : les peines infligent un traitement qui a valeur de rétribution ¹ et qui véhicule le ressentiment et l'indignation de la communauté à l'égard de l'infracteur ². Cependant, les démocraties libérales sont globalement caractérisées par un conflit autour des valeurs et des normes dominantes, qui peut prendre la forme d'une discussion en quête de consensus ou relever d'affrontements plus violents qui mettent en jeu les cadres mêmes de l'expression du désaccord. Or, dans ce contexte, définir le droit pénal comme une technique visant à intimider les délinquants potentiels et à apaiser la colère collective peut apparaître réducteur, car la peine pourrait aussi avoir pour fonction de fournir des raisons de respecter les interdictions qui prétendent être légitimes. C'est sur cet aspect que porteront les réflexions qui suivent. Si l'on admet que l'institution pénale affirme des normes et protège des valeurs et si de ce point de vue les interdictions qu'elle sanctionne possèdent donc une fonction *normative*, il faut alors en nuancer la dimension *expressive*, c'est-à-dire la capacité à infliger un traitement pénible au nom de l'indignation publique. Insister sur la fonction normative du droit pénal peut ainsi conduire à réviser l'importance du caractère infamant de la peine. Certes, dans certains cas, la peine suppose que la société réagit telle une communauté soudée, s'indignant d'une même voix contre le condamné ; mais, dans d'autres cas, l'institution pénale contribue à stabiliser les conflits sociaux et à structurer la société autour de valeurs et de normes qui ne font pourtant pas l'unanimité.

On tentera tout d'abord de définir la fonction normative du droit pénal et plus

particulièrement de l'interdiction au plan descriptif : la peine a pour effet prévu d'affirmer des valeurs et des normes, en écho ou à contre-courant de la sensibilité collective et des acquis culturels d'une société. On tirera ensuite les conséquences de ce constat eu égard à l'efficacité sociale du droit pénal qui, si l'on admet la fonction normative des interdictions, ne peut être décrit comme une institution purement répressive et auxiliaire vis-à-vis des transformations morales d'une société. Enfin, on abordera les répercussions de cette thèse au plan normatif : si la peine possède une fonction normative, est-il pour autant acceptable de punir celles et ceux qui, à travers leurs actes, contestent les valeurs et les normes protégées par la loi ?

I. L'interdiction est-elle une norme ?

Les évolutions législatives qui s'opposent à la sensibilité collective et à certaines traditions, que l'on songe aux exemples historiques de la dépénalisation des pratiques homosexuelles ou à l'incrimination des discours racistes, manifestent la complexité des liens entre la loi pénale et les valeurs d'une société. Dans son rapport à l'évolution des mœurs, la loi pénale peut se présenter comme une autorité de fait, réduite au pouvoir brutal et menaçant de la punition, ou comme une autorité légitime, à laquelle les individus adhèrent. Elle impose alors de s'abstenir du nouveau comportement incriminé, ou bien de tolérer voire d'accepter le comportement dépénalisé. Les exemples de dépénalisation ou d'incrimination révèlent que l'évolution des mœurs peut être autant la cause que l'effet d'un changement dans la législation pénale. Cette ambivalence met en valeur le lien interne qui existe entre l'interprétation de la loi par tous les individus et l'autorité des interdictions. Étant donné que d'un point de vue formel ces dernières sont des règles générales et abstraites, et que les peines encourues ne sont définies qu'*a maxima*, il faut parfois que les individus interprètent la loi pour que les interdictions s'incarnent dans des devoirs concrets suivis dans la vie quotidienne ou les situations exceptionnelles. L'interprétation de la loi ne concerne donc pas seulement les autorités judiciaires. Elle est aussi l'une des conditions de l'obéissance des individus au droit.

On peut faire l'hypothèse qu'à travers l'interprétation que les individus font de la loi, les interdictions deviennent conventionnelles : si elles sont en phase avec les mœurs, elles formalisent des attitudes déjà répandues dans la sensibilité collective ; dans le cas contraire, elles poussent les individus à adopter de nouvelles normes de conduite. L'interprétation du droit pénal ne peut pas se réduire à une stratégie d'évitement que les individus mettent en

œuvre pour éviter de subir la répression pénale en identifiant les limites du permis et du défendu à partir des peines applicables³. En dehors de la force dissuasive des punitions légales, l'interdiction peut aussi être l'objet d'une adhésion et d'un consentement authentiques. La question est alors la suivante : le droit pénal prétend-il à être moralement obéi ou bien consiste-t-il en une pure technique de contrôle social ? Ne pas enfreindre la loi, est-ce un acte stratégique de soumission, ou bien une attitude morale de respect ?

Formellement, la loi pénale est une règle impersonnelle : elle attache une conséquence normative, la peine, à un antécédent factuel, le crime ou le délit⁴, à travers un énoncé conditionnel formulé à l'indicatif. Dans sa partie spéciale, le code pénal liste le *maximum* légal de la peine encourue pour une conduite générale. Il semble naturel de déduire de la lettre de la loi des normes interdisant de commettre la conduite en question et prescrivant une peine dans le cas contraire. Mais pour passer de l'énoncé matériel à la signification normative de la loi, il faut un acte minimal et le plus souvent inconscient d'interprétation. Sans cet acte, la loi n'a pas encore valeur de devoir, elle indique seulement que dans telles circonstances telle conséquence doit avoir lieu. L'interprétation sociale du droit implique que la loi pénale n'est pas un ordre direct et personnel mais qu'elle contient des normes implicites et générales qui doivent être reconnues par les individus. C'est à eux d'identifier les devoirs qui pèsent sur leurs conduites et qui leur sont adressés. Cette idée n'est que la contrepartie subjective du principe de légalité des peines, liée à l'inviolabilité et au règne de la loi : dans un État de droit, rien ne justifie que l'on déroge à la loi et chacun est soumis aux sanctions prévues en cas d'infraction.

Toutefois, l'existence du droit exige seulement la conformité extérieure des comportements à la lettre de la loi. Les individus sont libres d'en interpréter l'esprit comme bon leur semble, de l'investir de valeurs transcendantes ou de n'y voir au contraire qu'une coutume changeante. Pour certains, la loi résonnera comme un devoir moral absolu, pour d'autres comme un moyen d'assurer leur liberté ou leur sécurité, pour d'autres encore comme un coup de force de l'État qui limite leur indépendance naturelle. On pourrait croire qu'en contexte démocratique ces différentes interprétations sont dues à l'inconséquence ou à la mauvaise foi des individus, qui ne s'aperçoivent pas que la loi pénale découle de leur appartenance à la volonté collective et qu'elle protège leur intérêt de membre de la communauté. Cette objection passe néanmoins trop vite sur la difficulté : la loi pénale ne se présente pas comme un engagement que l'on prend avec soi-même, dont on décide comme citoyen mais auquel on obéit comme particulier.

Dans les démocraties libérales contemporaines, le souverain ne peut pas être assimilé à un groupe solidaire dont la volonté est homogène, mais s'apparente à une fiction – le peuple – traversée en réalité de conflits et de désaccords. Or, dans sa généralité et son abstraction, la loi pénale ne résout pas le *dissensus* qui peut porter sur son contenu et sur son application. Même si le sens des incriminations est déterminé et que leur interprétation reste stricte, on ne peut pas présumer qu'elles font l'objet d'une reconnaissance et d'un accord unanimes. La loi pénale comporte deux versants : un versant punitif qui vise à intimider les individus et un versant prohibitif qui pose un devoir d'obéissance. Elle ne se réduit donc pas seulement à l'exercice de la contrainte en cas de transgression, mais prétend aussi posséder une autorité légitime : le fait qu'une conduite soit interdite constitue une raison de ne pas accomplir cette conduite, indépendamment de la peur intimée par l'éventualité de la peine. Il faut donc distinguer deux phénomènes : l'exigence d'obéissance aux interdits et la menace de punition. Pour toutes ces raisons, il semble difficile de définir la loi pénale comme un commandement impératif assorti d'une menace inexorable.

Dans son étude visant ainsi à délimiter les « frontières des normes pénales ⁵ » et à mettre en lumière la structure du droit pénal, Michel van de Kerchove complète la typologie classique de Jeremy Bentham ⁶. Il distingue trois types de normes :

La norme pénale de conduite est une norme primaire qui oblige ses destinataires à adopter une conduite déterminée ou, plus souvent, qui leur interdit d'adopter une conduite déterminée [...]. La norme pénale incriminante [s'attache] à ériger en infraction pénale la conduite générale et abstraite qui consiste, d'une part, dans la violation de l'obligation précédente et qui constitue, d'autre part, la condition d'application d'une peine [...]. La norme pénale sanctionnatrice, enfin, [détermine] la ou les peines applicables au cas où une conduite incriminée a été accomplie ⁷.

Selon M. van de Kerchove, le droit pénal affirme en premier lieu des normes et des valeurs et attache en second lieu à leur violation des sanctions afflictives et infamantes. La violation constitue la condition de l'application d'une peine. Le théoricien fait ici usage de la distinction posée par Hart entre règles juridiques primaires et règles secondaires ⁸. Les premières expriment des normes substantielles, elles imposent de faire ou de ne pas faire un acte ; les secondes spécifient les conditions dans lesquelles ces normes substantielles peuvent être reconnues, modifiées ou appliquées. Le contenu de ces règles peut être précisé en fonction

des catégories positives. En général, trois types d'infraction sont distingués, selon trois degrés de gravité : les contraventions, les délits et les crimes. Plus l'incrimination est grave, plus son caractère déterminant est accusé : les contraventions constituent « moins une atteinte aux normes fondamentales qu'une indiscipline à l'égard des règles de la vie en commun », au contraire du délit qui implique la « volonté de transgresser une norme sociale importante » et *a fortiori* du crime qui représente une « violation extrême des interdits fondamentaux ⁹ ». Les incriminations représentent donc des règles juridiques dont la valeur normative doit être distinguée : selon leur degré de gravité, elles offrent des critères d'évaluation et des modèles pour les conduites sociales plus ou moins fermes et plus ou moins consensuels ; une contravention est plus facilement tolérée qu'un délit ou un crime, parce qu'elle ne viole pas une norme de conduite tenue pour fondamentale. On remonte ainsi des peines prévues aux normes de conduite qu'elles protègent.

Il est indéniable que le droit pénal affirme des normes de conduite à travers les interdictions. Mais, ces interdictions constituent-elles des normes juridiques authentiques ? En répondant par l'affirmative à cette question, Herbert Hart récuse la conception univoque de la règle pénale comme pure norme de sanction. Selon cette conception réductionniste qu'il identifie à la théorie du droit de Hans Kelsen, les interdictions demeurent les conditions des sanctions et sont « en réalité des parties incomplètes des règles contraignantes qui sont les seules règles de droit "authentiques" ¹⁰ ». Kelsen écrit ainsi que :

Le droit prévoit que si un homme commet un meurtre, un autre homme, désigné par l'ordre juridique, doit appliquer à l'encontre du meurtrier un acte de contrainte précis, prescrit par l'ordre. La morale, elle, se borne à l'exigence suivante : Tu ne tueras point ¹¹.

Or, pour Hart, la théorie du droit doit révéler le fait qu'en matière pénale les énoncés de sanction présupposent des injonctions qui, si elles ne sont pas formulées de manière impérative, sont bel et bien prescriptives. La définition des incriminations auxquelles sont attachées des peines possède une fonction de reconnaissance à l'égard des interdictions fondamentales d'une société.

II. La peine est-elle une technique de contrôle comme une autre ?

Le droit pénal est érigé en défense de certaines préférences morales et investi d'une fonction

de prévention sociale selon certains impératifs de sécurité définis par les pouvoirs publics : pour Hart, il n'est donc pas possible de défendre une approche exclusive des règles juridiques, à l'instar du positivisme radical de Kelsen qui exclut les sources sociales et les effets politiques du droit de son étude. Au contraire, en caractérisant le droit par sa fonction de reconnaissance des normes sociales en vigueur dans une société, Hart défend un positivisme inclusif selon lequel les normes de sanction peuvent tout autant faire référence à des principes ou à des valeurs qu'à des normes juridiques supérieures ou à la jurisprudence en vigueur¹². En tant que décision judiciaire, la peine sert de point d'appui pour identifier le contenu normatif et axiologique des intérêts et des normes protégés par le droit. En rendant leur jugement, les tribunaux répressifs expriment les préférences et les modèles de conduite qui prétendent posséder une autorité légitime. En condamnant certains comportements, le juge désigne les valeurs et les normes qui importent à une société¹³, ce qui revient non seulement à résoudre les conflits et désaccords qui portent sur ces normes mais aussi à donner des raisons aux individus de ne pas tenir compte de ces tensions dans leurs conduites.

Par conséquent, on comprend que loi pénale se réfère inévitablement à une moralité substantielle (à une conception du bien relative à une société ou à un groupe particulier) ou bien à des critères de justice visant par exemple à rendre la liberté de chacun compatible avec l'égalité de tous. À l'égard du droit, la morale peut prendre « la forme de contraintes substantielles relatives au contenu de la législation¹⁴ » précise Hart. La connaissance des règles et des conditions communes aux systèmes pénaux peut donc aussi porter sur les valeurs et les normes qu'ils protègent, et l'on peut décrire le contenu normatif ou axiologique d'un système juridique sans forcément y adhérer ou l'évaluer. À l'inverse, ne pas décrire ces normes et ces valeurs comme faisant partie du système juridique et comme étant protégées par une législation pénale revient à amputer la théorie juridique d'une partie de son objet. Il n'est donc pas nécessaire que la théorie soit indifférente au contenu du droit. Les systèmes juridiques incluent la référence à des valeurs morales substantielles et à des principes de justice dont le théoricien doit tenir compte.

Hart maintient donc qu'il faut tenir compte du contenu des interdictions dans la description du droit pénal. Il soutient *a contrario* que sans la référence aux finalités de la peine, la théorie juridique présenterait une image tronquée de la nature et des fonctions du droit pénal. La référence à des valeurs morales et à des normes sociales sous la forme de normes de conduite n'est pas contingente, mais nécessaire à la définition du droit pénal. Elle ne fait pas basculer la

connaissance du droit dans l'étude historique ou sociologique de ses usages. La première fonction sociale de la loi pénale est de poser des modèles de conduites et d'adresser des interdictions pour les citoyens ; elle ne sert à qualifier les situations punissables et à sanctionner les infracteurs que dans un second temps. La primauté explicite des normes de sanction sur les impératifs substantiels et la récurtivité de ces normes conditionnelles, qui impliquent dans leur énoncé la référence à des normes supérieures dont elles tirent leur validité, ne sont donc pas des obstacles à l'interprétation du contenu du droit pénal. Les interdictions pénales sont parfaitement intelligibles même si elles ne sont pas formulées à la manière d'une liste explicite d'impératifs comme dans le *Décalogue*. On ne peut donc pas réduire le droit pénal à la fonction auxiliaire de préservation de l'ordre public, puisqu'il conditionne la structuration et la représentation même de cet ordre.

Pour autant, il faut rendre compte du fait que les interdictions sont en elles-mêmes des énoncés généraux et abstraits. Même si l'identification des valeurs et des normes saisies par le droit pénal reste subordonnée à l'existence d'une sanction, il est délicat de présupposer un lien univoque et transparent entre les peines et les normes qu'elles sont censées protéger. La punition d'un meurtrier ne permet pas d'affirmer qu'il existe une interdiction inconditionnelle du meurtre, étant donné les exceptions, excuses ou justifications, prévues par le droit pénal de fond comme la légitime défense ¹⁵. En outre, la législation pénale n'explique pas l'état d'esprit de celles et ceux qui la promeuvent et qui veulent la faire appliquer : le droit prétend fournir des raisons pour l'action et des repères aux jugements des individus, mais il n'explique pas publiquement ses motivations, ou seulement dans les marges du commentaire. Comment saisir alors les valeurs morales et les normes sociales que le droit pénal protège ? On peut souligner cette difficulté à travers un exemple.

La répression des actes et discours racistes est assurée, en France, en application de la loi du 1^{er} juillet 1972 sur la diffamation, l'injure et la provocation raciales (loi dite « Pleven ») et de la loi du 13 juillet 1990 (loi dite « Gayssot ») sur les actes racistes, xénophobes et antisémites, incluant les discours révisionnistes. Étudiant ces lois et leurs justifications, Ulysse Korolistki montre comment l'interdiction de ces actes et la punition annoncée de leurs auteurs impliquent inévitablement le rejet de certaines valeurs au profit d'autres principes comme la liberté d'expression :

le droit semble n'avoir que deux moyens d'intervenir dans le champ discursif : ou bien en produisant lui-même un

discours, ou bien en interdisant certains discours. [...] en comprenant comment le droit défend, mais de manière spécifique, des valeurs, il devient possible de comprendre que la lutte axiologique par le droit est possible ¹⁶.

L'analyse d'U. Korolitski confirme que la norme de sanction donne force et autorité à certains impératifs et à certaines préférences en déclarant publiquement certains comportements comme étant interdits. On rétorquera que, dans un État libéral, la loi ne punit pas la contestation de ces valeurs et préférences mais les comportements qui les mettent en péril d'une manière particulièrement hostile : on peut très bien critiquer les normes et les valeurs qui sous-tendent une législation pénale sans pour autant tomber sous le coup de la loi. C'est ce que rappelle U. Korolitski :

dire que l'on s'oppose à des valeurs n'équivaut pas à les violer. Le pas théorique est trop vite franchi, qui, s'appuyant sur le caractère fondamental de ces valeurs, opère la confusion. [...] Par exemple, autoriser les discours qui défendent le vol ou des principes inégalitaires n'est ni accepter le vol ni renoncer au principe d'égalité ¹⁷.

Un droit pénal libéral n'interdit donc pas de critiquer ou de s'opposer aux valeurs protégées par la loi. Il interdit les formes dangereuses de critiques ou d'oppositions à ces valeurs, quand la sécurité des individus est en jeu ou que les institutions qui garantissent cette liberté sont menacées. Cet argument souligne la fonction normative de la peine au détriment de sa fonction expressive : le droit pénal contribue à stabiliser la conflictualité sociale et à la maintenir dans des cadres légitimes ; il protège des valeurs et participe à leur diffusion publique. Pour reprendre l'exemple cité, l'interdiction des injures raciales ou des discours révisionnistes, comme la condamnation de leurs auteurs, affirment des valeurs de discussion, d'égalité et de liberté d'expression.

III. Punir pour défendre des valeurs ?

Souligner la fonction normative de l'institution pénale conduit à considérer certaines définitions de la peine comme étant trop restrictives ou trop évasives. En premier lieu, l'idée selon laquelle la peine véhicule un ressentiment et un blâme collectifs n'apparaît valable que dans certains cas, comme les crimes de sang ou les violences personnelles, qui sont des *mala in se* avant d'être des *mala prohibita*. Dans d'autres domaines, comme la prostitution, la mendicité, l'euthanasie active ou les techniques de gestation pour autrui, les interdictions

(explicites ou implicites) du droit participent au contraire d'une volonté politique ou de la défense de valeurs qui ne font pas forcément l'unanimité. Dans ces cas, l'interdiction et la répression révèlent les parti-pris de l'État et exigent une justification publique. Par exemple, dans le droit français de la liberté d'expression, l'interdiction des discours racistes, antisémites ou homophobes restreint l'indépendance individuelle au nom du bien collectif : il est estimé que ces discours exercent une violence psychique et symbolique contre certains groupes, en raison des assignations de genre ou de race qu'ils véhiculent. Ces discours sont incriminés pour préserver les individus de certaines formes de domination involontaires. Dans ce cas, le droit tranche entre deux conceptions de la liberté – l'autonomie collective et l'indépendance individuelle – ce qui révèle que les interdictions ne sont pas évidentes. L'expression de l'indignation ne peut plus apparaître comme un trait définitionnel de la peine, puisque cette indignation peut ne pas être partagée par la société mais être promue par l'État. La définition de la peine comme institution expressive doit être nuancée pour rendre compte de sa portée normative.

En second lieu, certaines conceptions définissant la peine comme une pure technique dissuasive, dont seule l'application doit être évaluée et justifiée, apparaissent incomplètes. Ces conceptions ne traitent pas de l'institution pénale mais de la sanction *in abstracto*. C'est ce que l'on peut retenir de la théorie économique du crime et de la peine défendue par Gary Becker. Dans un article de 1968¹⁸, Becker radicalise la pensée utilitariste de Beccaria et de Bentham : il garde l'idée que la légitimité morale de la peine dépend de son utilité préventive, mais s'oppose à l'idée que la peine doit protéger les valeurs dominantes. La peine n'a pas pour fonction de neutraliser, et encore moins de rééduquer, les ennemis ou les individus déviants de la morale commune. Elle vise seulement à supprimer les obstacles à la liberté et aux relations pacifiques entre les membres d'une société. Becker applique une analyse quantitative et économique aux phénomènes criminels : le crime est une activité attractive pour autant qu'il rapporte des bénéfices à ceux qui s'y engagent. Pour empêcher cette activité, il faut alourdir le coût des conduites criminelles pour leurs usagers. Il s'agit de modifier l'environnement du jeu et non les dispositions des joueurs. Comme le montre Michel Foucault dans une leçon de la *Naissance de la biopolitique*, aux yeux de Becker, la disparition totale de la criminalité n'est pas un objectif possible ni même souhaitable. La répression de toute l'offre de crimes représente un investissement trop coûteux comparativement aux effets relativement peu nuisibles de certains crimes, notamment les infractions difficilement

repérables comme le blanchiment d'argent : « la société n'a pas un besoin indéfini de conformité. La société n'a aucunement besoin d'obéir à un système disciplinaire exhaustif ¹⁹ ».

À cet égard, la théorie économique de la peine fournit un point d'appui à la critique de la doctrine de la « tolérance zéro » qui, appliquée comme politique pénale, soutient qu'il faut criminaliser toutes les formes de désordre visible. Adossée à la logique du carreau cassé ²⁰, cette doctrine impose de punir en priorité et plus sévèrement les violations les moins graves mais les plus perceptibles. Bien qu'elles soient coûteuses et préjudiciables, les infractions dissimulées comme la « criminalité en col blanc » (les infractions des classes supérieures) ou la corruption d'État peuvent faire l'objet d'un contrôle moins strict. En outre, en subordonnant les politiques pénales aux demandes de sécurité de l'opinion publique, la doctrine de la « tolérance zéro » aboutit à réprimer en priorité les individus sur lesquels portent les peurs collectives, soit le plus souvent les individus issus des groupes sociaux inférieurs vivant dans les périphéries urbaines ²¹. Si la sécurité constitue un thème porteur pour les représentants politiques des démocraties libérales contemporaines ²², et si l'appel à la répression satisfait les passions présumées de « l'opinion publique », ces mots d'ordre peuvent nuire à l'intérêt commun comme à celui des condamnés. Philippe Pettit rappelle par exemple que des sanctions lourdes et sévères sont coûteuses et inefficaces, qu'elles ne font pas baisser le taux de criminalité d'une société et qu'elles alimentent au contraire la délinquance en marginalisant les individus punis, notamment ceux incarcérés ²³.

De même, du point de vue de la théorie économique de la peine, cette doctrine de la « tolérance zéro » apparaît injuste parce qu'inefficace. Pour Becker, avant d'être un vice ou une déviance, le crime est d'abord un coût pour la société et porte préjudice aux individus, qu'il soit directement visible ou non. Ainsi, la différence pertinente entre l'infraction routière et le meurtre prémédité n'est pas l'immoralité intrinsèque de l'acte mais ses conséquences. Cette théorie défend donc une conception de l'institution pénale désolidarisée de la protection des conceptions morales et des conventions des différents groupes. La peine intervient seulement pour protéger la liberté individuelle : ses fonctions de communication morale, de réhabilitation ou de correction sont abandonnées. Elle se présente comme un moyen neutre et rationnel de contrebalancer les obstacles aux relations pacifiques entre individus. Elle a pour finalité de réduire la demande envers les offres de crimes et ne représente plus qu'un instrument pour intervenir sur le marché du crime et réduire son pouvoir d'attraction ²⁴.

Dans son analyse, Foucault souligne néanmoins que cette théorie de la peine présuppose d'assimiler tout rapport social à une relation marchande entre des individus qui agissent sur la base d'un calcul de coûts, selon un modèle tiré des théories du choix rationnel. Dans ces conditions, explique-t-il, « la surface de contact, [...] le principe de régulation du pouvoir sur l'individu [...] ne va être que cette espèce de grille de l'*homo œconomicus*²⁵ » et non plus la défense d'un bien collectif ni même la protection de l'autonomie personnelle. Or, le problème est que la théorie économique de la peine n'explique pas pourquoi s'impose de limiter l'incrimination aux seules interférences qui affectent l'indépendance individuelle. En se présentant comme armée du seul souci de l'efficacité, elle ne tient pas compte du fait qu'en réalité l'institution pénale répond toujours à des objectifs politiques, protège des valeurs et satisfait des intérêts déterminés²⁶. Cette théorie demeure donc idéale parce qu'elle minimise le caractère normatif et moralisateur du droit pénal.

En réponse aux défauts liés aux définitions de la peine comme institution inexorablement expressive ou comme instrument strictement préventif, on pourrait estimer que l'une des exigences à défendre serait que le droit pénal exhibe davantage les principes, les normes et les valeurs qui sont protégés par les interdictions et par les peines appliquées. Deux problèmes se posent néanmoins : tout d'abord, en insistant sur la fonction normative du droit pénal le risque est de confondre le contenu des interdictions pénales avec les injonctions diffuses d'une société comme les conventions sociales en vigueur, les intérêts socio-économiques dominants ou les traditions majoritaires ; ensuite, la question se pose de savoir en quoi le fait d'exhiber publiquement les motifs qui président à l'incrimination rendrait la peine davantage acceptable – en quoi punir est-il justifié dès lors que l'institution chargée de le faire communique aux individus et notamment aux condamnés les valeurs et les normes qui sont protégées par le droit ?

Plusieurs théories ont tenté de répondre à ce problème d'un point de vue normatif. Dans un article de 1981²⁷, Herbert Morris propose une théorie de la peine comme institution paternaliste. Malgré de grandes différences, la punition parentale et la peine légale entretiennent selon lui de fortes affinités parce qu'elles visent à éduquer moralement celles et ceux qui les subissent : les parents comme l'État appliquent un mal à l'enfant ou au délinquant pour son bien. La peine élève le délinquant à l'autonomie personnelle parce qu'à travers une souffrance qui a valeur de rétribution, c'est le caractère injuste de son acte qui lui est communiqué. Il ne s'agit ni de dissuader les délinquants, ni de corriger les déviants, ni de faire

expier les coupables, ni de venger les victimes. La seule raison qui autorise que l'on punisse est donc que le fauteur de torts s'aperçoive qu'il a violé des valeurs auxquelles il est dans son intérêt de consentir. Punir n'est acceptable que si la situation de départ est réellement équitable et si la loi fait l'objet d'une adhésion collective. L'un des problèmes de cette théorie paternaliste est qu'elle présuppose que la société constitue une communauté de personnes morales, normalement douées d'empathie et d'attention à l'égard des torts subis par les autres ²⁸. Néanmoins cette théorie peut fournir un point d'appui à la critique des pratiques punitives abusives au sein des démocraties libérales contemporaines :

La valeur de [la théorie paternaliste] repose sur le fait qu'elle fournit un point de vue consistant sur les pratiques existantes ; elle met à nu les défaillances de notre société dans ses efforts pour réaliser les conditions [de l'autonomie morale des individus]. Enfin, elle aide à nous abstenir avec sensibilité et lucidité d'apposer notre imprimatur moral sur des pratiques que le modèle paternaliste jugerait inacceptables ²⁹.

Sous son versant critique, cette théorie peut fournir une ressource pour souligner les injustices des institutions pénales à trois niveaux : à l'égard des jugements qui ne tiennent pas compte des inégalités de départ entre les individus ; des procédures qui n'offrent pas à l'accusé la possibilité de se défendre et de répondre de ses actes ; et des peines qui nient l'autonomie du condamné en autorisant par exemple l'exploitation économique en détention ³⁰. La question qui se pose alors serait de savoir comment faire de ces injustices un motif de lutte politique.

Conclusion

On a essayé de montrer que la fonction normative de l'institution pénale constituait un trait de sa définition et non pas seulement de sa justification : l'institution pénale a pour effet de reproduire l'ordre social en structurant d'une part les valeurs et les normes d'une société à travers des interdictions tenues pour fondamentales et en apportant d'autre part au droit et aux valeurs qu'il protège la force de la coercition. En outre, les individus peuvent interpréter les valeurs et les normes promues par l'État à l'aune des interdictions pénales. L'institution pénale ne peut pas être décrite comme une pratique purement répressive, ni comme une institution entièrement expressive. Quelles que soient les intentions du législateur ou des

juges (expiation, vengeance, dissuasion, réhabilitation, élimination), elle possède une autorité publique, délimite la frontière du permis et du défendu, fait le départ entre normalité et déviance, et fixe des standards de conduite. Le caractère conflictuel et pluraliste des démocraties libérales empêche également d'affirmer que le droit pénal n'est que le reflet de la morale commune. On s'est enfin demandé si la fonction normative de la peine pouvait constituer une raison de justifier cette pratique. Certes, l'institution pénale peut contribuer à reconnaître les torts et les injustices. Elle peut ainsi jouer un rôle dans le progrès moral d'une société en aidant à réhabiliter les victimes comme les délinquants. Mais, ces prétentions constituent des idéaux. Or, au plan normatif, la poursuite de ces idéaux affrontent une difficulté : il faut rendre raison de la légitimité des incriminations et des buts généraux de l'institution pénale. C'est donc l'usage critique de ces idéaux que l'on a mis finalement en valeur, qui permet de révéler l'opacité axiologique du droit pénal et les pratiques abusives qui se dissimulent derrière le masque de la légalité. Cependant, en révélant les principes, valeurs et intérêts qui président aux interdictions pénales, on ne répond pas à la question de savoir pourquoi l'une des réactions appropriées aux torts serait d'en punir les auteurs.

NOTES

1. Je reprends la définition classique de Bentham : « Punir, c'est infliger un mal à un individu, avec une intention directe par rapport à ce mal, à raison de quelque acte qui paraît avoir été fait ou omis » Jeremy Bentham, *Œuvres*, t. II : *Théorie des peines et des récompenses*, Londres, B. Dulau, 1811, p. 2.
2. Selon la thèse de la fonction expressive de la peine défendue par Feinberg : « les sanctions pénales sont des *punitions* qui expriment une réprobation publique et un blâme moral à l'encontre du malfaiteur ayant causé ce préjudice. » Joël Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 4, *Harmless Wrongdoing*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 12-13. De même, « la dimension de "traitement pénible" de la punition et sa fonction de réprobation appartiennent à la définition de la peine légale ». Joel Feinberg, « *The Expressive Function of Punishment* », in David Garland et Anthony Duff (dir.),

A Reader on Punishment, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 75.

3. C'est l'approche réaliste du théoricien du droit et juge à la Cour Suprême des États-Unis, Oliver Wendell Holmes Jr., qui définit le devoir juridique du point de vue du «méchant» comme «une prédiction que s'il fait certaines choses, il sera soumis à des conséquences désagréables sous la forme d'un emprisonnement ou d'une amende.» Oliver W. Holmes Jr., «La passe étroite du droit», in Christophe Béal (dir.), *Philosophie du droit*, Paris, Éditions Vrin, 2015, p. 105.
4. Je ne prends pas en compte les contraventions qui constituent les actes les moins graves et pour lesquels la responsabilité est le plus souvent stricte.
5. Michel van de Kerchove, «Les frontières des normes pénales», in Philippe Robert, Francine Soubiran-Paillet et Michel van de Kerchove (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, tome 2, Paris, Éditions de L'Harmattan, 1997, p. 77-113.
6. «La loi punitive comprend et assume la portée de l'impératif juridique auquel la peine est associée par un rapport d'implication nécessaire.» Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, The Athlone Press, 1970, p. 303.
7. Michel van de Kerchove, «Les frontières des normes pénales», *op. cit.*, 1997, p. 77-78.
8. Herbert L.A. Hart, *Le Concept de droit* [1961], trad. de l'angl. par M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 266.
9. Je suis ici l'article encyclopédique d'André Laingui «Infraction», in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Éditions des Presses universitaires de France, 2003, p. 336-340.
10. Herbert L. A. Hart, *Le Concept de droit*, *op. cit.*, p. 54.
11. Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. de l'allemand par O. Beaud et F. Malkani, Paris, Bruylant/LGDJ, 1997 [1979], p. 71.
12. «les critères ultimes de validité juridique peuvent explicitement comprendre [...] des principes de justice ou des valeurs morales substantielles, [et] ceux-ci peuvent former le contenu de contraintes juridiques constitutionnelles.» Herbert L. A. Hart, *Le Concept de droit*, *op. cit.*, p. 265.
13. *Ibid.* p. 116.
14. *Ibid.*, p. 268.
15. Alors que toutes les conditions d'imputation de la peine sont réunies, il se peut que son application soit défaite par référence à une exception, comme par exemple la légitime

défense.

16. Ulysse Korolitski, *Punir le racisme? Liberté d'expression, démocratie et discours racistes*, Paris, CNRS Éditions, 2015, p. 353-354.
17. *Ibid.*, p. 343.
18. Gary Becker, «Crime and punishment: an economic approach», in *Journal of Political Economy*, vol. 76, mars-avril 1968, p. 196-217.
19. Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique, cours au Collège de France, 1978-1979*, Paris, Éditions Seuil/Gallimard, 2004, p. 261
20. La théorie du «carreau cassé» ou de la «vitre brisée» soutient, à l'appui d'études empiriques discutées, que la répétition des incivilités et des infractions mineures contient en germe les crimes les plus graves. Voir Bernard Harcourt, «Reflecting on the Subject : A Critique of the Social Influence Conception of Deterrence, the Broken Windows Theory and Order-Maintenance Policing New-York Style», in *Michigan Law Review*, n° 97, 1998, p. 291-389; *Illusion of Order, The False Promise of Broken Windows Policing*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2004.
21. Voir Alvaro Pires, «La rationalité pénale moderne, la société du risque et la judiciarisation de l'opinion publique», in *Sociologie et sociétés*, vol. 33, n° 1, printemps 2001, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, p. 179-204.
22. On peut penser au mot d'ordre «*Law and Order*», devenu un thème de campagne présidentielle récurrent aux États-Unis. Voir David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001, notamment le chapitre VI «Crime Complex: The Culture of High Crime Societies», trad. J.F.Spitz, P.Savidan, p. 139-165.
23. Philipp Pettit, *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, Paris, Éditions Gallimard, 2004, p. 260 et suiv.
24. Stéphane Legrand, «L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme», in *Raisons politiques*, n° 28, Presses de Sciences Po, 2007, p. 46.
25. Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique, op. cit.*, p. 258.
26. Voir Marx Neocleous, *Critique of Security*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2008; Christos Boukalas, Mark Neocleous, Claude Serfati, *Critique de la sécurité. Accumulation capitaliste et pacification sociale*, Paris, Éditions Eteroptopia, coll. «À présent», 2017.

27. Herbert Morris, «A Paternalistic Theory Punishment», *in* David Garland et Anthony Duff (dir.), *A Reader on Punishment*, op. cit, p. 96.
28. *Ibid.*, p. 99-100.
29. *Ibid.*, p. 107.
30. Voir Keally McBride, *Punishment and Political Order*, Ann Harbor, The University of Michigan Press, 2007, chap. VI «Hitched to the Post. Prison Labor, Choice, and Citizenship», p. 127-146; Sharon Dolovich, «State punishment and Private Prisons», *in* *Duke Law Journal*, vol. 55, n° 3, décembre 2005, p. 441-548; Angela Davis, *Une lutte sans trêve*, Paris, Éditions La Fabrique, 2016, chap. III « Le complexe industrialo-carcéral », p. 51-64.

NORBERT CAMPAGNA

Que ne pas punir, est aussi, parfois, punir

De même que ne rien dire équivaut, parfois du moins, à dire bien plus que toute parole pourrait jamais dire, ne pas punir pourrait aussi parfois équivaloir, dans un certain sens du moins, à la pire des punitions qu'un être humain puisse infliger à un autre être humain. Il s'agira, dans cette contribution, de voir dans quelle mesure une telle affirmation, à première vue paradoxale, peut faire sens.

Dans le cas du dire, le « ne rien dire » signifie « ne prononcer aucune parole », et cela équivaut donc à l'abstention de tout acte de nature verbale. Et ce silence, s'il ne dit mot, peut toutefois exprimer quelque chose de manière non-verbale. Ainsi dans le célèbre « Qui ne dit mot, consent », le silence exprime un accord, et tous les amoureux savent, ou devraient savoir, qu'un simple geste, parfois le plus anodin des gestes, peut dire, au sens d'exprimer, bien plus que tous les « Je t'aime ».

Mais qu'en est-il précisément dans le cas du punir ? Dans quel sens l'absence de punition peut-elle, le cas échéant, exprimer voire constituer une punition ? N'est-ce pas se contredire que de dire à un délinquant : « Tu t'attendais peut-être à ce que je te punisse. Mais ton attente sera déçue : pour te punir, je vais en effet m'abstenir de te punir. Ta punition sera précisément de ne pas être puni » ?

À cet endroit, certains estimeront que personne n'a, jusqu'ici, tenu de tels propos ni des propos qui leur ressemblent, et que le cas que je viens d'évoquer n'est dès lors qu'une élucubration d'un philosophe qui a lu trop d'ouvrages d'éthique appliquée contemporaine, avec leur cortège de cas fictifs et imaginaires, où des tramways fous et autres avions bombardiers parcourent les rails et virevoltent dans les cieux d'expériences de pensées les unes plus loufoques – et le terme est encore un euphémisme – que les autres.

Afin de dissiper ce soupçon, je voudrais citer un court passage du *De ira* de Sénèque. Au livre 2 de son écrit sur la colère, le philosophe romain écrit : « *Magni animi est iniurias despicere : ultionis contumeliosissimum genus est non esse visum dignum ex quo peteretur ultio* ¹ ».

Dans la première partie de ce passage, Sénèque a d'abord en vue le caractère du sage, du moins selon l'idéal des Stoïciens. Le sage ne doit pas se laisser perturber par les choses de la vie, il doit prendre de la hauteur par rapport à elles. Cela ne signifie toutefois pas que le sage s'abstiendra de punir, car comme Sénèque l'avait lui-même dit quelques lignes plus tôt, il faut punir ceux qui ont un caractère dépravé et malfaisant. Non pas toutefois, et c'est là un des messages du *De ira*, par goût de vengeance ou au nom d'une justice abstraite qui exige de manière catégorique que tout délit soit suivi d'une sanction, mais il faut punir afin d'éviter que des délits ne se reproduisent. Sénèque ne défend pas une théorie rétributive, mais une théorie préventive de la peine. La grande âme ne se laissera donc pas aller à la colère ni à la punition là où elle jugera que l'absence de punition n'entraînera pas de conséquences négatives pour la communauté.

Pour notre propos, c'est la deuxième partie du passage qui est la plus importante. Sénèque présuppose que tout châtiment a un côté outrageant pour celui qui le subit. Le châtiment, pourrait-on dire – du moins est-ce là une interprétation possible du passage –, marque celui qui le subit du sceau de la délinquance et le place ainsi hors de la communauté des honnêtes gens. Encore aujourd'hui, le fait d'avoir passé quelques années en prison constitue, aux yeux de certains, une marque d'infamie, de sorte que d'anciens détenus ont parfois, si ce n'est même souvent, des difficultés à trouver un emploi ou à se réintégrer socialement.

Qu'il y ait des peines plus outrageantes que les autres, nul n'en doutera. On se rappellera qu'à certaines époques, les nobles étaient en principe dispensés des peines réservées aux gens du peuple. Aujourd'hui encore, une peine pécuniaire est ressentie comme moins outrageante qu'une peine de prison. Et rappelons que l'article 6 de la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* n'interdit pas l'application de toute peine, mais seulement celle des peines cruelles, inhumaines et dégradantes. L'État ne se voit donc pas privé du droit de punir, mais du droit d'infliger des peines cruelles, inhumaines et dégradantes.

Il va sans dire que ce qui est perçu comme outrageant ou dégradant pourra varier non seulement d'une époque à une autre, mais aussi d'une classe sociale à une autre, d'un groupe culturel à un autre ou encore d'un sexe à un autre – si, à la Libération, on a rasé la tête des femmes qui avaient collaboré et non pas celles des hommes qui s'étaient rendus coupables

d'actes de collaboration, c'est parce que pour une femme, un tel rasage était perçu comme plus dégradant ou outrageant que pour un homme.

C'est notamment en raison de cette diversité d'appréciation que la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* omet de dire précisément en quoi consiste une peine dégradante, laissant aux juridictions des États ou à des juridictions supranationales – comme par exemple la Cour Européenne des Droits de l'Homme – le soin de donner un contenu plus précis à la notion. Si nous supposons que toute peine contient un élément de « dégradation » – toute peine crée ou entérine une distance entre le coupable et la communauté des gens honnêtes –, la *Déclaration* n'interdit en fait que des peines particulièrement outrageantes, des peines qui ne créent ou n'entérinent pas seulement une distance entre le coupable et la communauté des gens honnêtes, mais aussi et surtout une distance entre le coupable et la communauté des êtres humains tout court. Qu'une peine fasse comprendre au coupable qu'il s'est placé en dehors de la communauté des gens honnêtes, est une chose. Qu'elle lui fasse comprendre qu'il s'est placé en dehors de la communauté des êtres humains, en est une autre. Et il semble plus facile de réintégrer la communauté des honnêtes gens que celle des êtres humains, une fois qu'on en a été exclu.

Lorsque Sénèque écrit dans la seconde partie du passage que nous avons cité que « le genre de châtement le plus outrageant consiste à ne pas être jugé digne d'être l'objet d'un châtement », on pourrait le comprendre comme voulant dire que le genre de châtement le plus outrageant consiste à ne pas être jugé digne de recevoir ce que tout être humain, dans des circonstances analogues, recevrait ou pourrait du moins recevoir, si nous tenons compte de la conception préventive de la peine présente chez Sénèque.

Au risque d'ajouter un paradoxe nouveau à celui qui semble affleurer dans le titre de cette contribution, on pourrait affirmer que non seulement tout être humain a le *devoir* de subir la peine qu'il mérite, ou du moins doit, qu'il le veuille ou non, subir la peine qu'il mérite, mais qu'en plus tout être humain a *droit* à la peine qu'il mérite et doit donc recevoir cette peine s'il exige de la recevoir.

Refuser à quelqu'un ce à quoi il estime avoir droit, en lui faisant comprendre qu'on le lui refuse en sachant pertinemment qu'il y a droit, c'est l'outrager d'une manière bien spécifique. Aux yeux de Sénèque, un tel outrage, même s'il concerne quelque chose qui est déjà en soi outrageant, est pire encore que l'outrage lié à la peine. Si la première partie du passage cité mentionne le mépris pour l'insulte subie – il est des insultes que le sage ne juge

pas dignes d'être remarquées –, le second suggère le mépris pour l'auteur de l'insulte. Et ce mépris s'exprime dans le fait de renoncer à punir cet auteur, un refus qui ne doit en aucun cas être mis sur le même pied qu'un refus qui aurait pour racine le pardon. Dans son *De ira*, Sénèque mentionne aussi le pardon. Mais l'absence de réponse punitive qui prend sa racine dans le pardon n'exprime pas le mépris.

Dans ce qui suit, je tenterai de montrer en quoi le refus de punir peut être considéré comme une peine. Je commencerai par quelques réflexions générales sur la peine. Elles me conduiront, dans la deuxième partie, à une considération de l'idée d'un droit à être puni. Je montrerai notamment comment Hegel et Fichte présentent cette idée. La troisième partie ajoutera quelques précisions, opérera, certes trop brièvement, une distinction entre le droit à être puni et le droit de pouvoir réparer les conséquences de son acte.

1. Le sens de la peine

Qu'est-ce qu'une peine – ou une sanction, une punition, un châtement, etc., termes dont nous supposons, pour faire bref, qu'ils sont synonymes ? Pour celui qui la subit, la peine est un mal, ou du moins est-elle censée en être un. Mais tout mal n'est pas une peine. Pour que l'infliction d'un mal puisse être qualifiée de peine, il faut que celui qui la subit ait commis un acte illicite ou du moins faut-il que celui qui lui inflige la peine pense que la personne qu'il punit a commis un tel acte. Si A sait que B n'a pas commis l'acte en question, A ne punit pas B, mais donne tout au plus l'impression de le punir à ceux qui observent la scène et croient, pour leur part, que B a commis l'acte. Si l'existence du délit ou tout au moins la croyance en l'existence du délit n'est pas nécessairement une condition suffisante pour l'infliction d'une sanction, cette existence ou cette croyance en sont toutefois une condition nécessaire².

Une punition est l'infliction d'un mal. Or lorsqu'un être humain inflige un mal à un autre être humain, il doit se justifier, car nous partons aujourd'hui du principe général que ce n'est pas d'abord à celui qui n'inflige pas de mal qu'incombe la charge de la preuve de la légitimité de ce qu'il fait – ou ne fait pas –, mais que cette charge repose d'abord sur les épaules de celui qui inflige un mal. Ce n'est qu'à partir du moment où existe une pratique générale de l'infliction d'un mal que se pose la question de la justification d'exceptions à cette pratique.

Pour une théorie rétributive de la peine, le « Parce qu'il a commis un délit » suffit comme réponse à la question « Pourquoi a-t-il été puni ? ». Dans le cadre d'une telle théorie, en effet,

la peine est en quelque sorte une conséquence naturelle, voire ontologique du délit. Le délit appelle la peine comme le bienfait appelle la gratitude. Laisser un délit impuni, c'est aller contre l'ordre des choses. D'où l'affirmation de Kant, l'un des principaux représentants du courant rétributiviste, que si un peuple devait décider de se dissoudre et de s'éparpiller aux quatre coins de la terre, il devrait d'abord exécuter les condamnés à mort qui se trouveraient encore dans ses prisons. Dans la mesure où, du fait de leur crime, ces personnes ont mérité la mort, cette mort doit leur être infligée, indépendamment de la question de savoir si elle a une quelconque utilité³. Notons que Kant ne nous dit pas ce que le peuple en question doit faire des prisonniers condamnés à de longues peines de prison. Doit-il les laisser mourir en prison ? Je ne pense pas, car ils n'ont pas été condamnés à mourir de faim et de soif en prison. Doit-il attendre, avant de se dissoudre, qu'ils aient terminé leur peine ? Ce serait logique, sauf qu'en adoptant cette solution, le peuple ne pourra se dissoudre un jour que si ses membres s'abstiennent de commettre de nouveaux crimes entraînant des peines de prison.

On pourrait affirmer qu'une théorie rétributive de la peine, même si elle se cache derrière un discours philosophique affirmant l'existence d'un lien ontologique entre le délit et la peine, n'est au fond qu'une sorte de rationalisation de nos instincts vengeurs, qui, sachant qu'ils ne sauraient, sans heurter la sensibilité du public, s'affirmer dans leur cruauté la plus élémentaire en s'affichant ouvertement pour ce qu'ils sont, cherchent à se cacher aussi bien que possible derrière un ordre général des choses. Si cette explication devait être exacte, la fonction de la sanction ne serait pas de respecter l'ordre des choses, mais de satisfaire des instincts, en premier lieu les instincts de la victime ou, si celle-ci est décédée, des proches de la victime et de toutes celles et tous ceux qui se sentent proches d'elle. La peine exprimerait alors un sentiment de vengeance et serait en même temps un moyen de satisfaire une exigence de vengeance, qui appartient au moins en ce sens à l'ordre des choses, qui a sa racine dans notre nature humaine.

D'une certaine manière, les théories rétributives ont aussi une dimension utilitariste, car elles conçoivent l'infliction de la peine comme ayant une certaine fonction : le rétablissement de l'ordre des choses ou la satisfaction du désir de vengeance. Il convient toutefois de les distinguer des théories utilitaristes dans le plein sens du terme. Et parmi ces théories, nous trouvons en premier lieu les théories dites préventives. La théorie de la prévention particulière ne voit une raison d'être dans la peine que dans la mesure où elle peut servir à prévenir un nouveau délit de la part du délinquant : un délinquant est puni afin qu'il ne commette plus de délit. La théorie de la prévention générale ne s'intéresse pas seulement au

devenir du délinquant, mais aussi à celui de la population en général. Parmi celle-ci se trouvent certains individus qui, s'ils savaient que les délinquants ne sont pas punis, deviendraient à leur tour des délinquants. En leur montrant ce qui arrive aux délinquants, la peine doit les effrayer et, du moins dans la mesure où ils participent de la forme la plus élémentaire de la rationalité – celle dont se sert l'individu pour échapper à la douleur et à la souffrance –, les écarter de la voie du crime. Toute peine dont il est avéré qu'elle ne permet pas de prévenir de nouveaux crimes, est, dans ce contexte, perçue comme cruelle et elle doit être abolie. Ou pour le dire autrement : un mal qui ne sert pas à prévenir de nouveaux maux est un mal inutile. Tout mal inutile est un mal inhumain. Un être humain ne doit pas commettre d'actes inhumains. Des peines inutiles doivent donc être abolies.

Les théories préventives laissent en général ouverte la question de savoir si la prévention agit à travers les sentiments, la raison calculatrice ou l'intellect. La peine effraye-t-elle seulement et agit-elle à travers cet effroi, créant, pour ainsi dire, une sorte d'inhibition intérieure qui agit à un niveau infrarationnel ? Ou bien est-ce la raison calculatrice qui compare les avantages et les inconvénients d'un délit en termes hédonistes ? Ou bien le fait de subir une peine amène-t-il le délinquant à réfléchir sur ce qu'il a fait et à prendre conscience du fait que ce qu'il a fait est mal ? Dans le cadre d'une théorie de la prévention générale, ce serait aussi le public qui prendrait conscience du mal commis ou qui du moins se verrait confirmer que le genre d'action commis par le délinquant est un mal.

Pour les théories dites préventives, la peine, si tant est qu'elle est due, est tout au plus due à la société. Le raisonnement est simple : la société veut vivre en sécurité. Le sentiment de sécurité ne se développe que là où on ne craint pas de devenir la victime d'un délit. Cette crainte disparaît – ou n'apparaît pas – que là où on sait que les délinquants potentiels ne passeront pas à l'acte. Les délinquants potentiels ne passeront pas à l'acte que là où la menace d'une sanction en cas de passage à l'acte agira sur eux. La menace d'une sanction n'agira sur eux que là où ils savent que cette menace se réalisera s'ils passent à l'acte. Donc les autorités pénales doivent à la société d'appliquer les sanctions pénales. Ou du moins doivent-elles à la société d'établir la croyance généralisée que les sanctions sont effectivement appliquées. Car pour les théories préventives, c'est d'abord et avant tout l'effet préventif qui compte, et si cet effet peut déjà être obtenu d'une façon optimale par le biais d'une croyance fautive en l'application des peines, alors, compte tenu du fait que toute infliction d'un mal inutile est inhumaine, il est interdit d'appliquer effectivement la sanction.

Mais qu'en est-il si le délinquant réclame la sanction, c'est-à-dire s'il veut être puni et s'il réclame une sanction dont les autorités disent qu'elle est inutile ? Dans un premier temps, on jugera qu'un délinquant qui réclame la sanction dont les autorités pénales sont prêtes à le dispenser ressort de la psychiatrie ou entretient des fantasmes masochistes qu'il croit enfin pouvoir réaliser sans se retrouver devant un tribunal, accusé d'avoir participé à une soirée sadomasochiste. Dans un deuxième temps, et après avoir pris connaissance de ce qu'écrivent certains philosophes, on y réfléchira à deux fois avant d'accuser de folie celui qui, en réclamant la peine, ne fait peut-être que réclamer son droit à être reconnu en tant qu'être humain⁴. Ce qui, à première vue, semblait être folie pure, s'avérera peut-être, à y regarder de plus près, n'être qu'une erreur de jugement.

2. Du droit d'être puni

La notion de droit d'être puni doit ici être entendue au sens de droit *moral*. Il s'agit donc de savoir si celui qui a commis un délit a de bonnes raisons d'ordre moral d'exiger des autorités habilitées à le punir qu'elles le punissent effectivement, même si ces autorités estiment avoir de bonnes raisons de ne pas le punir. Il s'agit donc de savoir si un tel droit existe et, s'il existe effectivement, dans quelle mesure il peut neutraliser des raisons relatives à l'intérêt public.

Quelles peuvent être de telles raisons morales mises en avant par le délinquant pour justifier son droit à être puni ? D'une manière générale, nous pouvons postuler que ces raisons morales se rapportent à un bien propre au délinquant. Si la peine prive le délinquant de certains biens – de certaines dimensions de sa liberté en cas de peine de prison, d'une certaine somme d'argent en cas de peine pécuniaire, etc. –, le fait de ne pas subir la sanction prévue pourrait aussi être perçu comme privant le délinquant de certains biens.

Dans ce contexte, on distinguera le cas où cette privation de biens est voulue en tant que telle de celui où elle est acceptée comme conséquence non-voulue. Ainsi dans le cas d'une amnistie⁵, la volonté première des autorités n'est pas de priver les amnistiés d'éventuels biens liés à la sanction qu'ils ne subiront pas, mais, comme ce fut par exemple le cas en Afrique du Sud, de permettre une transition dans le calme.

De quels biens peut-on priver le délinquant en ne lui appliquant pas la sanction prévue ? Dans son livre *Punire per salvare*, Angelo Giuseppe Urru dit de la pénitence qu'elle est imposée de l'extérieur à un coupable, qui l'accepte, et ce « afin de rendre satisfaction de manière

appropriée pour un délit commis, soit contre Dieu soit contre l'Église ⁶ ». Même si Urru estime que la pénitence sert à éviter la vraie peine due, elle peut néanmoins déjà être conçue comme une forme de peine. La pénitence, telle que décrite par Urru, donne au pénitent la possibilité de « rendre satisfaction » et donc, pourrait-on dire, de se rendre digne de pardon. Refuser à un coupable la possibilité de la pénitence, c'est lui refuser la possibilité de devenir digne de pardon. Or même si nous nions qu'il existe un droit au pardon, il serait difficile de nier l'existence d'un droit d'accéder à la condition de devenir digne du pardon.

Dans son livre *Le Crime et la peine*, Louis Proal cite un certain Meunier, qui a été guillotiné en 1891, et qui, en montant à l'échafaud, aurait dit : « Je vais mourir en homme qui paie sa dette ». Proal écrit dans ce contexte :

Cette idée d'expiation attachée à la peine permet de réhabiliter le condamné ; lorsqu'il a payé sa dette à la justice, il a le droit de reparaître dans la société sans que personne puisse lui reprocher sa faute ; la présomption est que la peine subie le relève de son indignité ; ce n'est là, je le sais bien, qu'une présomption, mais une présomption qui est favorable à l'amendement du condamné et utile à la société qui n'a pas intérêt à rejeter le condamné dans le désespoir ⁷.

Ce que dit ici Proal ne vaut, au fond, du moins dans son sens littéral, que pour des peines autres que la peine de mort ou une peine de prison perpétuelle. Le condamné à mort exécuté ou celui qui a été condamné à perpétuité ne pourront en effet plus « reparaître dans la société ». Mais rien ne s'oppose à ce qu'on donne une interprétation plus large à la notion de réapparition dans la société : une fois la peine subie, le nom du condamné sera réhabilité ⁸, du moins s'il accepte cette peine comme prix à payer pour ce qu'il a fait et exprime par là une reconnaissance de l'horreur de son acte. C'est comme si le condamné disait : « Je sais que j'ai commis un acte horrible et que j'ai contracté une dette envers la société, la famille de la victime ou la victime. Le seul moyen de payer cette dette, est d'accepter la peine dont était menacé quiconque accomplirait un tel acte horrible ». Si nous supposons que tout homme doit bénéficier du droit de payer sa dette et que la peine est le seul moyen de payer certaines dettes, nous pouvons établir l'existence d'un droit à la peine. On pourrait dire ici qu'en refusant de punir un criminel, on lui refuse le droit de devenir digne de « reparaître dans la société ».

Un troisième auteur que je voudrais citer ici est le philosophe britannique Robin George Collingwood. Dans son essai *Punishment and Forgiveness*, Collingwood affirme

que la punition n'est pas un acte de vengeance, mais l'expression d'une attitude morale de celui qui punit envers celui qui est puni. Selon Collingwood, si A a commis un crime, B doit condamner ce crime et par là faire comprendre à A qu'il a mal agi. A, de son côté, doit accepter cette condamnation, et en l'acceptant, admettre qu'il a mal agi et condamner à son tour son acte. Par le biais de cette condamnation, il manifeste que sa volonté est à nouveau droite et qu'il peut dès lors à nouveau faire partie de la société. Pour Collingwood, la punition est un devoir absolu, « car ne pas éprouver cette attitude, serait partager son crime, et ne pas l'exprimer serait un refus des relations sociales, un acte hypocrite ⁹ ». Collingwood ne dit certes pas expressément qu'il existe un droit d'être puni, mais si nous supposons que tout homme a le droit de participer à la vie sociale, qu'un homme qui a commis un crime a cessé d'être digne de participer à la vie sociale, que tout homme peut, en principe, à nouveau devenir digne de participer à la vie sociale, que la reconnaissance et la condamnation du mal commis réinstaurent cette dignité et que la punition est le moyen pour amener cette reconnaissance et cette condamnation, alors nous pourrions établir l'existence d'un droit à être puni.

Deux auteurs qui ont explicitement mentionné un droit à être puni sont Hegel et Fichte. Dans sa *Philosophie du droit*, le premier écrit :

Par le fait que la peine y est reconnue comme son propre droit, le criminel est honoré en tant qu'être rationnel. – Il ne bénéficie pas de cet honneur lorsque le concept et la hauteur de la punition ne dérivent pas de son acte même, - de même s'il est seulement considéré comme un animal nuisible, qu'il s'agit de rendre inoffensif, ou aux fins de la dissuasion ou de l'amendement ¹⁰.

Dans la mesure où le criminel a le droit d'être reconnu en tant qu'être rationnel et dans la mesure où la punition exprime une telle reconnaissance, Hegel peut suggérer que le criminel a droit à la peine. La société l'honore en le punissant. Et, pourrait-on dire, elle le déshonore en lui refusant la punition. Elle lui refuse cet honneur dû à tout être humain, à savoir celui d'être officiellement reconnu comme être humain.

Fichte, pour sa part, affirme que la communauté politique repose sur ce qu'il appelle un « contrat d'expiation » (*Abbüßungsvertrag* ¹¹). Normalement, l'État devrait exclure tout criminel, du fait qu'il a violé le pacte fondamental établissant la société et fixant les règles de convivialité communes. Mais, affirme Fichte, les hommes ont la possibilité d'éviter de telles

exclusions en prévoyant des actes expiatoires, actes qui, s'ils sont accomplis, leur permettent de continuer à profiter de la protection de l'État et à réintégrer la société. À côté du contrat d'expiation existe aussi encore un contrat prévoyant la possibilité de s'améliorer. Par ce contrat, tous promettent de donner à chacun la possibilité de s'améliorer. L'expiation, et donc la peine, doivent être vues dans ce contexte, et Fichte peut dès lors parler d'un « droit important du citoyen à être puni ¹² ». Chez Fichte, ce droit n'est pas seulement un droit moral, mais il est inscrit dans les deux contrats que nous venons de mentionner. Il s'agit, comme le dit Fichte, « du droit d'appliquer son droit au criminel ¹³ ».

Si nous voulons résumer tout ce qui vient d'être dit, nous pourrions affirmer que tous les auteurs mentionnés affirment, d'une manière ou d'une autre, que tout être humain a le droit d'être reconnu en tant qu'être humain vivant avec d'autres êtres humains. Pour ces auteurs, le refus de punir équivaut à la non-reconnaissance ou à la négation de ce droit. Ne pas punir quelqu'un, c'est l'écarter définitivement des autres hommes, c'est lui faire comprendre qu'il n'est plus digne de vivre parmi les hommes. Et si, comme le pensait par exemple Aristote, celui qui n'a pas besoin de vivre avec d'autres hommes est l'égal d'un Dieu, celui qui n'est pas jugé digne de vivre dans une communauté humaine sera assimilé à un animal. Refuser la punition reviendrait ainsi à précipiter l'être humain dans l'animalité.

3. Ne pas punir, est-ce la pire des punitions ?

Si nous relisons les propos de Sénèque à la lumière de ce qui vient d'être dit, nous comprenons mieux en quel sens le fait de ne pas punir peut être la pire des punitions. Ne pas juger quelqu'un digne d'être puni, c'est ne pas le juger digne de faire partie de la communauté à laquelle nous appartenons. Et cela revient à nier l'isonomie qui relie tous les hommes entre eux. Ne pas lui faire subir la peine que nous faisons couramment subir à ceux qui se sont rendus coupables de l'acte qu'il a commis, revient à vouloir lui faire comprendre qu'il se situe à un niveau inférieur de l'humanité.

Remarquons qu'il y a une différence entre ne pas juger quelqu'un digne d'être puni et estimer que les conditions pour punir quelqu'un ne sont pas toutes remplies. Lorsque nous nous abstenons de punir une personne dont les capacités intellectuelles sont fortement diminuées, notre refus de la punir n'est pas conçu comme l'expression d'une volonté de punir encore plus lourdement. Nous ne voulons pas faire ressentir à cette personne qu'elle ne se situe pas

au même niveau d'humanité que nous. Nous savons d'emblée que la personne en question n'est pas en mesure de comprendre un tel message, et que cela ne sert dès lors à rien que de vouloir le lui communiquer en nous abstenant de la punir.

De même, l'expression latine « *De minimis praetor non curat* » concerne uniquement l'acte et non pas la personne qui a commis l'acte. Si l'autorité s'abstient de punir certains actes, c'est que ces actes sont jugés trop insignifiants pour mériter que l'autorité gaspille du temps et de l'énergie à leur sujet. Il n'y a là aucune volonté de faire comprendre au coupable que c'est lui, et non pas l'acte qui n'est pas digne d'être puni.

L'absence de punition n'est donc une punition que lorsque celui qui s'abstient de punir veut transmettre un message au coupable. Ce message va bien au-delà du message ou du type de message couramment transmis par une punition. Si la punition classique veut faire comprendre au coupable qu'il a mal agi, qu'il a franchi les bornes du permis, etc., le refus de punir veut lui transmettre un message au sujet de lui-même : qu'il n'est pas digne d'être puni. En voulant lui transmettre ce message, on présuppose qu'il est capable de comprendre le message normalement transmis par une punition. En cela, il se distingue de la personne dont les capacités intellectuelles sont gravement affectées. Il ne s'agit donc pas seulement de lui faire comprendre qu'il est fou et irresponsable, et que de ce fait, on s'abstiendra de le punir. Notons que pour une personne qui s'est rendue coupable d'un acte terroriste, le fait de ne pas la juger responsable de ses actes et de l'interner plutôt que de lui donner l'occasion de se défendre devant un juge et de se poser comme martyr une fois incarcérée, pourrait contrecarrer ses projets. Le fanatique ne veut pas passer pour fou et pénalement irresponsable. Il assume au contraire pleinement ses actes au nom de la cause qu'il prétend défendre. Qu'il aille jusqu'à l'horreur pour défendre cette cause incite de nombreuses personnes à demander que de tels fanatiques soient traités comme des bêtes sauvages et qu'ils soient tout simplement tués ¹⁴.

Si nous résumons brièvement les principales attitudes que nous pouvons adopter face à quelqu'un qui s'est rendu coupable d'un acte interdit, nous pourrions en retenir quatre :

- a) Infliger la punition prévue par la loi ou une des peines possibles – le Code pénal peut laisser une marge d'appréciation (entre 1 et 3 ans de prison) ou une marge de choix (peine de prison ou amende).
- b) Déclarer la personne pénalement irresponsable, ce qui signifie que la question du mérite ne

se pose même pas. En ne punissant pas une personne souffrant d'un handicap mental lourd, on ne la prive pas de quelque chose qui lui serait dû.

c) Traiter la personne comme si elle n'était qu'un animal sauvage et l'abattre ou l'enfermer, sans même se donner la peine de réfléchir à la question de la sanction.

d) Ne choisir ni a, ni b, ni c, afin de faire comprendre à la personne qu'elle ne mérite même pas le traitement que nous infligerions à un animal sauvage.

Il me semble que l'expression de ce dernier message est probablement la pire des punitions, du moins pour une personne qui se soucie d'un minimum de reconnaissance, c'est-à-dire d'une personne qui se revendique comme pleinement responsable de ses actes. D'une certaine manière, le refus de punir la personne revient, dans ce cas, à traiter la personne comme si elle était une chose et son acte un événement naturel, mais tout en sachant que cela n'est pas le cas. Ignorer absolument quelqu'un est souvent pire que de s'énerver à son propos, surtout si la personne qu'on ignore sait qu'on l'ignore pour lui faire comprendre qu'elle n'est pas digne de notre attention.

Existe-t-il dès lors un droit d'être puni, de sorte que le refus de punir quelqu'un – au sens où nous entendons couramment ce terme – reviendrait à lui refuser la reconnaissance d'un droit, ce qui pourrait être conçu comme une sorte de punition, car il s'agirait de l'infliction d'un mal en réaction à un acte punissable ¹⁵ ? Personnellement, je ne pense pas que la punition soit le seul ou même le meilleur moyen de reconnaître l'humanité du criminel. Or ce n'est que si la punition était, du moins dans certaines circonstances, le seul ou le meilleur moyen de reconnaître l'humanité du criminel, qu'elle pourrait – à mes yeux du moins – être conçue comme l'objet d'un droit. Si tout être humain a le droit d'être reconnu comme être humain, tout être humain ayant commis un acte délictueux ne peut pas revendiquer un droit spécifique d'être puni, droit qui serait dérivable du droit général mentionné. Tout au plus peut-il revendiquer le droit de pouvoir demander pardon aux victimes de son acte, voire de réparer les conséquences réparables de l'acte. Ce dernier droit ne dérive pas tant d'un droit, mais bien plutôt d'un devoir. La pire des punitions serait dès lors celle par laquelle on empêcherait le délinquant ou le criminel de réintégrer la communauté politique par cet acte de réintégration qu'est la demande de pardon et le travail de réparation ¹⁶. Si le délinquant a certes le droit de réintégrer la communauté politique, j'estime qu'il en a aussi le devoir, un devoir moral qui dérive de son humanité même. L'être humain ne peut en effet accéder à sa pleine humanité et

à la conscience de cette humanité qu'à l'intérieur d'une communauté politique. D'autre part, j'estime que l'être humain n'est, moralement parlant, pas libre de choisir d'accéder à l'humanité ou non. Réaliser pleinement notre humanité est un devoir. De même qu'est un devoir, pour les autres, de nous aider à réaliser cette humanité.

NOTES

1. L. Annaeus Seneca, *De ira*, in *Id., Philosophische Schriften. Erster Band*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1999, Livre II, XXXII, p. 208. Ce qui pourrait se traduire par: «Il appartient à une grande âme de mépriser les insultes: le genre de châtement le plus outrageant consiste à ne pas être jugé digne d'être l'objet d'un châtement».
2. Voir à ce propos Norbert Campagna, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten. Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag 2007.
3. Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten. Rechtslehre*, in *ibid., Werkausgabe Band VIII*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1982^s, p. 455.
4. Que penserait un avocat pénaliste d'un client qui lui demanderait de tout mettre en œuvre pour qu'il soit puni?
5. Sur ce sujet, voir Norbert Campagna, «Réconciliation ou justice? Le problème de l'amnistie», in *Revue de Théologie et de Philosophie*, vol. 134, IV, 2002, p. 353-368.
6. Angelo Giuseppe Urru, *Punire per salvare. Il sistema penale nella Chiesa*, Roma, Edizioni Vivere In, 2001, p. 129. C'est nous qui traduisons.
7. Louis Proal, *Le Crime et la peine*, Paris, Éditions Félix Alcan, 1892, p. 505.
8. Non pas, bien sûr, dans le sens où il sera considéré comme absolument innocent, comme n'ayant jamais commis le crime pour lequel il a été condamné, mais dans le sens où il sera à nouveau, malgré son crime, jugé apte à vivre à nouveau en société avec les autres hommes.
9. Robin George Collingwood, «*Punishment and Forgiveness*», in *Id., Essays in Political*

Philosophy, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 130. C'est nous qui traduisons.

10. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, in *ibid.*, *Werke 7*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, § 100, p. 191. C'est nous qui traduisons.

11. Pour un traitement plus détaillé de la pensée pénale de Fichte, je renvoie à Norbert Campagna, «La question de la peine de mort chez Fichte», in Luigi Delia et Fabrice Hoarau (dir.), *CORPUS, Revue de philosophie*, 62, «La peine de mort», Paris, 2012, p. 287-302.

12. Johann Gottlieb Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Hamburg, Felix Meiner, 1991, p. 255. C'est nous qui traduisons.

13. Fichte, *Grundlage*, p. 277. C'est nous qui traduisons.

14. Sur la question de la punition des terroristes, voir la contribution de Raphaëlle Théry dans ce volume.

15. Pour un traitement plus approfondi de la question, je renvoie à Norbert Campagna, «D'un prétendu droit du coupable à la sanction pénale», in Institut Grand-Ducal, *Actes de la Section des Sciences Morales et Politiques*, volume XI, Luxembourg, 2008, p. 9-34.

16. Voir à ce propos la contribution de Christophe Béal dans ce volume.

CHRISTOPHE BÉAL

Justice restaurative et justice pénale

En France, la justice restaurative a été officiellement reconnue et institutionnalisée par la loi du 15 août 2014 dont l'article 8 stipule qu'à tous les stades de la procédure pénale, la victime et l'auteur d'infraction peuvent se voir proposer, sous réserve que les faits soient reconnus, une mesure de justice restaurative. Il faut entendre par là « toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment des préjudices de toute nature résultant de sa commission ». La France rejoint ainsi les nombreux pays qui, depuis plusieurs années, ont mis en place divers programmes de justice restaurative, introduisant ainsi une manière de traiter les infractions qui rompt avec les pratiques ordinaires de la justice pénale et privilégie des modes alternatifs de régulation des conflits. Ces dispositifs de justice restaurative peuvent prendre des formes très variées : médiations entre victimes et auteurs d'infraction, conférences, cercles de sentence, rencontres victimes-condamnés au stade postsentenciel, cercles de soutien ou d'accompagnement...

La justice restaurative a pu apparaître, pour ses fondateurs, comme une alternative à la justice pénale classique et comme un nouveau paradigme qui, pour reprendre l'expression d'Howard Zehr, nous oblige à « changer d'optique ¹ », à modifier notre regard sur les infractions et sur la façon de les traiter. Les délits ne sont plus considérés uniquement comme des transgressions de la loi faisant l'objet de sanctions légales imposées par l'autorité publique mais plutôt comme des conflits dont les répercussions personnelles doivent être réparées en prenant en considération les besoins et les intérêts

des personnes concernées. La priorité n'est pas de punir, d'infliger un traitement afflictif, mais de remédier aux dommages subis par les victimes, de les aider à surmonter leur vulnérabilité, de reconstituer le lien social, en bref, de rétablir tout ce que le délit est venu altérer. La justice restaurative ne doit pas être appréhendée comme une nouvelle théorie de la peine mais comme une théorie de la justice fondée sur des principes et des valeurs que le système pénal a longtemps ignorés ou minimisés en se préoccupant principalement du traitement infligé au délinquant. La difficulté est alors de penser la place de ces programmes de justice restaurative au sein de l'institution pénale, de déterminer comment ils peuvent s'articuler avec les sanctions pénales. Autrement dit, au regard des principes de justice restaurative, la peine a-t-elle encore un sens et quel peut être son sens ? La justice restaurative est-elle seulement destinée à compléter l'arsenal répressif afin d'introduire une composante réparatrice et de répondre aux attentes des victimes, ou bien implique-t-elle une transformation profonde de la justice pénale ?

L'idée de justice restaurative semble traversée par un paradoxe ². D'un côté, on la présente comme une autre justice, comme un nouveau paradigme qui rompt avec les théories classiques de la peine, mais, d'un autre côté, on a tendance à la réduire à des dispositifs qui semblent venir seulement se greffer aux réponses pénales existantes. Paradoxe que l'on retrouve parfois dans certains textes officiels. Ainsi le *Manuel sur les programmes de justice réparatrice*, élaboré par l'Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime affirme à la fois que la justice restaurative constitue « une *alternative* viable au système de justice pénale officiel et à ses effets stigmatisants » et « une méthode utilisable *parallèlement* aux procédures et aux sanctions pénales traditionnelles ³ ». Le texte met en avant le caractère alternatif des programmes de justice restaurative tout en précisant « qu'ils complètent davantage qu'ils ne remplacent le système de justice pénale ⁴ ». Face à un tel paradoxe qui revient de manière récurrente lorsqu'on aborde l'institutionnalisation de la justice restaurative, il nous paraît essentiel d'examiner les différentes hypothèses qui peuvent être avancées pour penser les liens entre justice restaurative et justice pénale.

1. La justice restaurative : un nouveau paradigme ?

La réflexion théorique sur la justice restaurative est loin d'être homogène ⁵. Néanmoins, il

est possible de dégager trois grands principes qui constituent le socle de ce modèle de justice : réparation, responsabilisation, participation.

La justice restaurative se définit d'abord par sa finalité, à savoir la réparation du mal subi et des dommages causés par l'infraction. L'attention se focalise non pas sur la transgression de la loi mais sur les conséquences concrètes de l'acte délictueux. La réparation porte sur les dommages matériels mais elle prend aussi en considération toutes les répercussions qu'a pu avoir l'infraction sur la vie des victimes et de leur entourage. Au-delà de la restitution ou de la compensation financière, la réparation inclut une composante relationnelle, psychique, sociale et symbolique. Restaurer, c'est permettre aux victimes de reconstruire leur existence, de soigner les traumatismes, de surmonter leur vulnérabilité, de reconquérir leur autonomie et leur pouvoir d'agir ; c'est reconstituer tout ce qui a été affecté à l'occasion du délit, tant au niveau individuel que collectif, c'est rétablir un tissu relationnel, un équilibre ou un ordre social. La justice restaurative ne saurait donc se réduire à une procédure civile de réparation pour un préjudice subi puisqu'elle requiert, au-delà des dédommagements, à la fois une forme d'interaction et de reconnaissance entre les parties concernées mais également un protocole de mesures en faveur de leur réintégration.

La justice restaurative inclut également une composante procédurale puisqu'elle doit permettre à toutes les personnes impliquées par une infraction de participer activement à un processus à l'issue duquel est fixé un ensemble de mesures restauratives. Son postulat de base est que « des parties en conflit peuvent se rencontrer dans un climat de compréhension et de respect mutuel et trouver une solution constructive ⁶ ». Loin du formalisme des procédures pénales classiques au sein desquelles les personnes concernées demeurent le plus souvent passives, les dispositifs de justice restaurative ont un caractère inclusif, participatif et délibératif qui contribue à l'*empowerment* des sujets et des communautés. Ils créent un espace de parole qui donne une voix, un visage aux personnes affectées par le délit, et leur permet d'exprimer leurs émotions, de faire connaître leurs besoins, de rendre visibles les incidences relationnelles, affectives, sociales que peut avoir un délit, même mineur. L'auteur des faits, lorsqu'il consent à une mesure de justice restaurative, devient lui aussi partie prenante du processus restauratif, il peut apporter un éclairage sur les circonstances de l'infraction et sur les moyens de limiter la récidive. Le traitement des infractions cesse d'être la compétence exclusive de l'État souverain. La justice restaurative est l'occasion, pour les citoyens, de se

réapproprier le pouvoir de régler par eux-mêmes les conflits qui les concernent et de rétablir la paix sociale. En cela, la mise en place de programmes de justice restaurative peut être interprétée comme le signe d'une déjudiciarisation du règlement des conflits.

La justice restaurative doit enfin responsabiliser l'auteur d'infraction, l'amener à prendre conscience du mal commis et des répercussions de ses actes sur l'existence concrète des victimes. Il est ainsi incité à prendre ses responsabilités pour réparer tous les dommages causés. Le processus restauratif présente nécessairement une valeur expressive, il doit donner lieu à la désapprobation des actes commis, et encourager les excuses ou le pardon. Cette désapprobation n'émane pas de l'État, elle ne s'exprime pas dans une peine, mais provient des participants et notamment des personnes qui entourent l'infacteur et, le plus souvent, ont en commun avec lui un certain nombre de valeurs. Cette désapprobation n'a pas les effets d'exclusion ou de stigmatisation que peut avoir la peine mais doit, au contraire, conduire à la réintégration de l'auteur. À l'issue de la médiation ou de la conférence restaurative, l'auteur consent à une série de mesures et d'obligations destinées à réparer le mal causé. Les contraintes qui en découlent ne sont que des moyens que les parties estiment nécessaires à la réparation et à la réintégration.

Ces trois principes qui constituent « l'esprit » de la justice restaurative peuvent être déclinés sous de multiples variantes dont le caractère restauratif présente des différences de degré selon l'importance accordée à ces trois principes directeurs. Notre objectif n'est pas d'analyser ces dispositifs mais de réfléchir sur les conditions de leur institutionnalisation. Peut-on véritablement instituer des mesures restauratives dans le système pénal existant sans altérer les principes et les valeurs de la justice restaurative ? Ces mesures sont-elles des alternatives à la peine, des compléments à la peine ou bien une nouvelle espèce de peine alternative ?

2. Abolitionnisme et justice restaurative

En s'impliquant dans un processus restauratif, les personnes concernées par une infraction se réapproprient le pouvoir de régler elles-mêmes les conflits interpersonnels, pouvoir que l'institution pénale moderne a eu tendance à leur confisquer en s'accaparant une sorte de monopole dans le traitement des crimes et des délits ⁷. Les sanctions pénales instituées et administrées par l'État répondent à des infractions qualifiées mais ne sont pas en mesure de

résoudre les conflits dont ces infractions sont les symptômes, ni de répondre aux besoins particuliers des personnes affectées, ce qui entraîne parfois, chez les victimes, le sentiment que la peine ne rend pas justice. Non pas que la peine ne soit pas assez sévère, comme le clame toute une rhétorique populiste, mais parce que la procédure pénale demeure éloignée de leurs préoccupations et de leurs attentes, qu'elle ne répare en rien le mal subi. Les mesures de justice restaurative s'efforcent, au contraire, de créer des dispositifs non punitifs par lesquels l'harmonie et la paix sociale peuvent être préservées ou rétablies, en s'inspirant parfois de formes de justice traditionnelle, communautaire et extra-judiciaire. C'est là un élément de convergence avec l'abolitionnisme pénal ⁸ qui entend réactiver des modes de régulation et de contrôle social comme des alternatives à la peine ou, dans une version plus radicale, à l'ensemble du système pénal et à tous les maux qu'il engendre (exclusion, désocialisation, surpopulation des prisons, carcéralisation de la société, atteintes aux droits des condamnés...).

Si on adopte cette interprétation abolitionniste, les programmes de justice restaurative ne sont pas destinés à compléter la justice pénale en ajoutant une dimension réparatrice que les peines classiques ignorent. Le processus restauratif n'est pas un ornement qui vient s'ajouter à l'arsenal répressif mais constitue une véritable alternative aux poursuites et à la peine. Néanmoins, cette interprétation reste assez marginale au sein du courant en faveur de la justice restaurative et, sauf pour certaines catégories particulières de délits, les dispositifs ou les expérimentations qui sont mis en œuvre ne prétendent pas nécessairement se substituer à la peine. Parce que, dans la pensée politique moderne, la justice pénale s'est imposée comme un attribut essentiel de la souveraineté, on a du mal à concevoir que l'État se dessaisisse du pouvoir de rendre justice et abandonne aux citoyens le soin de régler et de réparer eux-mêmes les conflits qui les opposent. La justice restaurative serait même, aux yeux de certaines critiques ⁹, le symptôme d'une dérive néolibérale de la sphère pénale, comme si l'État abandonnait à la société civile la tâche de préserver la paix sociale par des procédures informelles et infrajudiciaires. Ce genre de doutes révèle une méfiance envers des formes de justice qui échappent au contrôle de l'État, comme si elles menaçaient les principes de légalité, d'impartialité et de proportionnalité qui sont au cœur de la pénalité moderne, comme si elles marquaient le retour à une logique vindicatoire refoulée par l'ordre juridique. La tendance dominante est plutôt de considérer que les mesures de justice restaurative ne sont légitimes que lorsqu'elles sont encadrées et supervisées par l'autorité judiciaire. Elles ne

peuvent être proposées que sous certaines conditions et ne sont pas appelées à se substituer aux peines. Même en admettant que des mesures de ce type puissent, pour certains délits, constituer une alternative aux poursuites pénales, il sera toujours nécessaire de recourir à des sanctions chaque fois que le processus restauratif ne peut être proposé ou bien échoue.

3. Minimalisme et maximalisme

La question est alors de savoir comment des programmes de justice restaurative peuvent s'insérer au sein de la procédure pénale. Les débats suscités par ce problème font émerger deux positions. La première, que l'on peut qualifier de minimaliste, consiste à venir greffer la justice restaurative sur la justice pénale sans en modifier les principes ni le fonctionnement. Les médiations ou les conférences restauratives s'inscrivent alors dans un processus parallèle et totalement autonome par rapport à la réponse pénale. Leur objectif est de mieux répondre à certaines attentes des victimes, notamment en matière de réparation, mais sans que cela modifie le sens de la peine. S'opérerait ainsi une distribution des rôles entre l'État qui, par l'action publique, répond pénalement aux infractions, et la société civile qui contribue, par un processus restauratif, à la réparation et à la reconstitution du lien social. La justice restaurative n'interfère pas directement avec la procédure pénale et, inversement, l'autorité publique n'est pas partie prenante du processus restauratif même si elle le supervise pour en garantir la validité juridique et préserver les droits des participants. À en juger par la circulaire du 15 mars 2017, la France semble emprunter cette voie, puisque le texte précise clairement que les mesures restauratives sont complémentaires, autonomes, parallèles et que leur succès ou leur échec ne doivent avoir aucune incidence sur la réponse pénale. Cette interprétation minimaliste restreint, selon nous, la portée de la justice restaurative et introduit une sorte de dualisme entre deux paradigmes concurrents, celui de la peine et celui de la restauration. Elle n'entraîne pas une réforme profonde du sens de la peine mais s'inscrit simplement dans une transformation plus générale de la justice afin de prendre davantage en considération les intérêts et les droits des victimes.

L'autre hypothèse, maximaliste, invite à repenser l'ensemble de l'institution pénale à partir des principes de la justice restaurative. La justice restaurative doit être considérée comme une théorie normative qui oblige à redéfinir le sens et les finalités de la peine. Pour les partisans de cette version maximaliste, la justice restaurative ne peut se réduire à des mesures ou à des

dispositifs qui viendraient compléter la réponse pénale. Lode Walgrave estime que cette approche maximaliste peut justifier « la mise en œuvre d'obligations coercitives judiciaires en vue d'une réparation » et de sanctions restauratives, en particulier lorsque des procédures de médiation se révèlent impossibles ou insuffisantes ¹⁰. La logique pénale, répressive, et la logique restaurative ne seraient donc pas rivales, ni seulement complémentaires, mais participeraient d'une théorie plus générale de la justice. Deux modèles de cette conception maximaliste se sont développés ces dernières années : le premier s'inscrit dans une perspective rétributive, le second privilégie une approche conséquentialiste.

4. Justice restaurative et justice rétributive

La justice restaurative a souvent été présentée, dans les textes fondateurs, comme un paradigme en opposition aux principes de la rétribution. Howard Zehr dresse ainsi un contraste saisissant entre ces deux modèles de la justice :

Selon la justice rétributive, (1) le crime est une violation des lois de l'État ; (2) la justice cherche à établir la culpabilité (3) et, à partir de là, une dose de souffrance proportionnée ; (4) la justice repose sur un conflit entre des adversaires (5) dans lequel l'auteur d'infraction est confronté à l'État ; (6) les règles et les intentions l'emportent sur les résultats. L'une des parties gagne et l'autre perd.

Selon la justice restaurative, (1) le crime est une atteinte aux personnes et aux relations, (2) la justice cherche à identifier les besoins et les obligations (3) et, ainsi, à faire ce qui convient ; (4) la justice encourage le dialogue et l'accord mutuel, (5) elle donne aux victimes et aux auteurs d'infraction un rôle central et (6) est évaluée en déterminant si les responsabilités sont assumées, les besoins satisfaits et la guérison (*healing*), des individus et des relations, encouragée ¹¹.

Dans d'autres textes, Howard Zehr nuance cette dichotomie et suggère que la justice restaurative et la justice rétributive ne sont pas totalement incompatibles et sont plutôt amenées à se compléter ¹².

D'autres vont plus loin en cherchant à rapprocher et à faire fusionner ces deux conceptions de la justice en mettant en avant ce qu'elles peuvent avoir de commun ¹³. Les mesures

restauratives et les peines répondent à un acte illégal, elles présentent un caractère « expressif », elles sont une manière de corriger et de rectifier un déséquilibre, elles responsabilisent l'auteur d'infraction qui doit « payer » pour ce qu'il a fait, et elles doivent respecter un principe de proportionnalité. Restaurer et punir seraient donc deux formes de justice corrective, l'une présentant une plus grande attention aux victimes, un caractère plus informel, plus inclusif et moins afflictif que l'autre. Selon cette hypothèse, défendue notamment par Antony Duff, la justice restaurative ne constitue pas réellement une alternative à la justice rétributive mais en constitue une variante particulière centrée sur la réparation, sur les besoins des victimes et sur l'implication des personnes concernées. La restauration serait une modalité constructive de la rétribution. La justice restaurative n'implique donc pas l'abolition des peines mais un renouvellement du sens de la peine ; elle ne constitue pas une alternative à la justice pénale mais institue plutôt des sanctions alternatives qui incluent une composante réparatrice. En ce sens, la justice restaurative ne marque pas un changement de paradigme mais s'inscrit dans un mouvement plus global qui se traduit par l'essor des alternatives à l'emprisonnement et par une transformation progressive de la nature des peines.

Antony Duff va jusqu'à affirmer qu'une théorie de la justice restaurative qui se veut conséquente ne peut être que rétributive, qu'il ne peut y avoir de restauration que par la rétribution. Ce qui signifie, en premier lieu, que les mesures restauratives sont subordonnées aux principes de la rétribution : la réparation incombe essentiellement au coupable, elle doit être proportionnée et respecter les droits fondamentaux des personnes impliquées. Mais l'auteur laisse également entendre que la restauration ne peut, dans certains cas, se concevoir sans la peine.

La restauration est non seulement compatible avec la rétribution : elle requiert la rétribution dans la mesure où le type de restauration que nécessite le crime (en raison de certaines caractéristiques profondes de nos vies en société) ne peut être obtenue que par une peine rétributive ¹⁴.

La peine serait donc une composante nécessaire du processus restauratif et les mesures restauratives s'apparenteraient à des peines alternatives. Les programmes de justice restaurative n'ouvrent donc pas la voie de l'abolition pénale, ils ne sont pas non plus de

simples adjuvants à la peine, mais ils marquent l'émergence d'une autre manière de punir, comme le suggère Antony Duff, en parlant de peines restauratives ou de restauration punitive¹⁵. Si on accepte l'idée que la restauration exige davantage qu'une simple réparation ou compensation matérielle, qu'elle vise la reconstitution des relations entre des personnes appartenant à une même société politique, alors le processus restauratif doit être équivalent à une peine et pourrait même constituer un nouveau modèle de peine. L'enjeu est « de créer un système qui ne privilégie pas la restauration par rapport à la rétribution, ni la rétribution par rapport à la restauration, mais qui vise la restauration par la rétribution¹⁶ ».

5. La justice restaurative comme « *responsive regulation* »

Cependant, les principaux partisans d'une interprétation maximaliste de la justice restaurative adoptent une théorie conséquentialiste de la justice pénale qui rompt avec la plupart des théories classiques de la peine¹⁷. Le système pénal a pour fonction de mettre en œuvre un ensemble de moyens qui tendent vers une fin principale : rétablir l'autonomie et le pouvoir d'agir des personnes affectées directement ou indirectement par une infraction, réaffirmer leurs droits et réparer tous les dommages subis. Dans *Not Just Deserts*, John Braithwaite et Philip Pettit développent une théorie holiste de la justice pénale centrée sur la préservation de la liberté conçue, dans un sens républicain, comme non-domination¹⁸. Dès lors qu'une infraction introduit un rapport de domination qui affecte la victime mais aussi, indirectement, les personnes qui appartiennent à la même classe de vulnérabilité, il appartient à l'autorité publique de mettre en œuvre une série de mesures pour réparer les préjudices subis et rétablir leur liberté. Les programmes de justice restaurative apparaissent ainsi comme des dispositifs privilégiés puisqu'ils favorisent l'*empowerment*, la reconnaissance et l'égalité des participants, et parce qu'ils contribuent à la réparation et à la reconstruction. Mais la justice restaurative n'est pas pour autant un simple processus parallèle, elle ne se limite pas non plus à une catégorie de délits. Les principes qui la constituent sont précisément ceux à partir desquels doit être repensé l'ensemble du système pénal. La justice restaurative ne vient pas se greffer au système pénal, c'est, au contraire, à la justice pénale de se réformer pour être davantage réparatrice, inclusive, participative et reconstructive. Justice restaurative et justice pénale ne relèvent pas de deux paradigmes concurrents mais tendent vers une même fin et obéissent aux mêmes principes. En ce sens, la justice restaurative peut être l'occasion de repenser le sens et les finalités des sanctions

infligées en cas d'infraction. Il n'y a aucune raison de limiter les principes de la justice restaurative aux délits mineurs ni de la réduire à différents programmes de médiation, de rencontres ou de conférences entre personnes consentantes. Un tribunal doit pouvoir imposer à l'auteur d'une infraction des sanctions restauratives, notamment lorsque les programmes traditionnels ne peuvent être proposés ou échouent. La participation effective des personnes impliquées n'est pas une fin en soi mais se justifie comme un moyen approprié pour rétablir leur autonomie. Elle doit être encouragée mais, lorsqu'elle ne peut être obtenue, l'auteur peut être contraint par l'autorité publique à réparer les dommages qu'il a causés. Une priorité doit alors être accordée à la valeur restaurative et reconstructive de la sanction par rapport à son caractère punitif et afflictif. C'est ce qui justifie, selon Lode Walgrave, la distinction entre punir et imposer des sanctions restauratives¹⁹. Dès lors, les peines qui ne contribuent en rien à la réparation des préjudices, à la reconstitution de l'autonomie des individus ou à la protection de leurs droits n'auraient, suivant cette interprétation conséquentialiste, plus de raison d'être.

La difficulté est alors de déterminer la part respective des programmes de justice restaurative et des sanctions restauratives. L'approche maximaliste ne doit pas conduire à minimiser le rôle central de la participation et de l'*empowerment* dans le processus restauratif. Ramener la justice restaurative à un système de sanctions réparatrices imposées dans le cadre d'une procédure judiciaire classique risque de faire perdre le caractère procédural et participatif de ce modèle de justice. Pour penser cette articulation entre les mesures restauratives, par lesquelles les parties décident par elles-mêmes des modalités de la réparation, et les sanctions restauratives, John Braithwaite mobilise un modèle, qualifié de « *responsive regulation* », largement utilisé dans l'analyse des politiques publiques, et qui permet de trouver un juste milieu entre une dérégulation totale et des politiques interventionnistes²⁰. Le rôle de l'État serait d'intervenir pour régler ou sanctionner certains comportements mais tout en permettant aux acteurs de la société civile de s'auto-réguler et de régler eux-mêmes leurs conflits. L'idée majeure est que, dans la plupart des cas, les personnes physiques ou morales se soumettent par elles-mêmes à des règles, qu'elles exercent un contrôle mutuel et sont disposées à réparer leurs fautes. L'intervention de l'autorité publique n'est requise que lorsque cette auto-régulation et ce contrôle social échouent. Ce modèle repose sur un principe de subsidiarité en vertu duquel on doit s'abstenir de faire intervenir l'État pour traiter ce qui peut être réglé par la société civile elle-même.

Appliqué à la sphère pénale, ce modèle amène à la conclusion suivante. En cas d'infraction, lorsque l'auteur est identifié, qu'il reconnaît les faits, doit être proposée en priorité une mesure restaurative. Si les personnes concernées donnent leur consentement, un processus restauratif est alors engagé, sous le contrôle d'un médiateur. Au lieu d'engager automatiquement une procédure pénale ordinaire, on commence par accorder aux individus la possibilité de parvenir par eux-mêmes à un accord sur les conditions de la restauration et de la réintégration. Lorsque ce processus conduit à un accord et que les clauses de cet accord ont été respectées, il peut constituer une alternative aux poursuites et justifier une dispense de peine. Si l'objectif principal du système pénal est la préservation et la restauration de la liberté alors il n'y a aucune raison légitime d'infliger une peine dès lors que les parties concernées estiment que les dommages ont été réparés et que leur autonomie est à nouveau assurée. La peine n'a alors plus de sens. En revanche, une réponse coercitive paraît légitime au cas où la restauration n'a pu être obtenue par une médiation ou une conférence restaurative, par exemple lorsque l'auteur ne reconnaît pas les faits qui lui sont reprochés ou bien lorsqu'une des parties refuse de participer à la mesure de justice restaurative proposée. Des sanctions s'imposent également lorsque les participants ne parviennent pas à un accord ou si le coupable ne respecte pas les clauses de l'accord. Des mesures privatives de liberté peuvent également être requises pour protéger les victimes, mettre fin à leur vulnérabilité et empêcher la récidive. Mais de telles sanctions sont au service d'une finalité restaurative et visent à restaurer l'autonomie et à corriger un rapport de domination. Elles viennent en quelque sorte prendre le relais des médiations ou conférences restauratives chaque fois que l'intervention de l'autorité publique est nécessaire.

La justice est donc conçue sur un modèle « pyramidal » dans lequel les mesures de justice restaurative constituent un premier palier, les sanctions judiciaires n'intervenant que dans un second temps, lorsque la restauration exige des mesures coercitives. La coopération entre citoyens demeure prioritaire par rapport à l'intervention coercitive de l'État. Le sens de la peine et des sanctions s'en trouve modifié. Elles ne sont pas systématiques : toute infraction ne mérite pas d'être punie dès lors qu'elle peut être réparée dans le cadre d'un processus restauratif. Elles ne sont pas une rétribution pour la faute commise mais une manière de répondre au mal qui n'a pu ou ne peut être réparé par une mesure restaurative. Enfin, elles s'inscrivent dans une procédure judiciaire qui, conformément aux principes de justice

restaurative, permet aux parties concernées de faire entendre leur voix et de s'impliquer dans le règlement de l'infraction, à l'image des cercles de sentence expérimentés au Canada ²¹. Les principes de justice restaurative, appliqués dans une perspective maximaliste, semblent conduire à un usage parcimonieux des sanctions pénales, ils leur donnent un nouveau sens et leur fixent un seuil maximal, en excluant notamment des traitements afflictifs qui n'ont aucune valeur reconstructive et ne font qu'accentuer l'exclusion de ceux qui les subissent.

La justice restaurative ne peut se réduire à des pratiques qui viendraient compléter le système pénal existant. Elle n'implique pas non plus son abolition mais plutôt une réforme profonde des sanctions pénales et du fonctionnement de l'institution judiciaire. Vouloir greffer des mesures restauratives sans modifier notre conception de la pénalité, sans changer quoi que ce soit à la logique pénale dominante, risque de vider la justice restaurative de sa substance. C'est l'ensemble de la justice pénale qui doit être pensé à partir d'une théorie normative de la justice restaurative. La justice restaurative, comme l'affirme James Dignan, pourrait ainsi « contribuer à une transformation à long terme de la justice pénale et du système pénal, dans l'intérêt des victimes et des auteurs d'infraction, et ainsi obtenir l'adhésion de tous ceux qui sont en faveur d'une réforme pénale, indépendamment de sa capacité à réduire la récidive ²² ».

NOTES

1. H. Zehr, *Changing Lenses. A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, Herald Press, 1990.
2. G. Pavlich, *Governing the Paradoxes of Restorative Justice*, London, GlassHouse Press, 2005.
3. *Manuel sur les programmes de justice réparatrice*, New York, Nations Unies, 2008, p. 8 (nous soulignons).
4. *Ibid.*, p.13.
5. Pour une présentation générale de la justice restaurative: cf. R. Cario, *Justice restaurative. Principes et promesses*, Paris, Éditions de L'Harmattan, 2005; G. Johnstone, *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates*, Collumpton-Portland, Willan Publishing, 2002; G. Johnstone, D. W. Van Ness (dir.), *Handbook of Restorative Justice*, Collumpton-Portland, Willan Publishing, 2006; D. W. Van Ness, K. Strong, *Restoring Justice. An*

- Introduction to Restorative Justice*, New York, Routledge, 201;
- E. G. M. Weitekamp, H. J. Kerner (eds), *Restorative Justice. Theoretical Foundations*, Collumpton-Portland, Willan Publishing, 2002.
6. L. Walgrave, E. Zinsstag, «Justice des mineurs et justice restaurative: une intégration possible et nécessaire», in *Les Cahiers dynamiques*, 59, 2014, p. 40.
7. N. Christie, «Conflicts as Property», in *British Journal of Criminology*, 17, 1, 1977, p.1-15.
8. L. Hulsman, J. Bernat de Célis, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Éditions Le Centurion, 1982; N. Christie, *Au bout de nos peines*, tr. D. Kaminski, Bruxelles, Éditions Larcier, 2005; V. Ruggiero, *Penal Abolitionism*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Voir dans ce numéro l'entretien avec Margaux Coquet sur l'abolition du système pénal.
9. C. Cunneen, C. Hoyle, *Debating Restorative Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2010.
10. L. Walgrave, «La justice restaurative et la justice pénale: un duo ou un duel?», in R.Cario (dir.), *Victimes: du traumatisme à la restauration*, Paris, Éditions de L'Harmattan, 2002, p. 275-303.
11. H. Zehr, *Changing Lenses*, op. cit., p. 211.
12. H. Zehr, *La Justice restaurative*, tr. R.Cario, Genève, Éditions Labor et Fides, 2012.
13. A. Duff, «Restoration and Retribution», in A. von Hirsch, J.Roberts (dir.), *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconciliable Paradigms*, Hart Publishing, 2003; A. von Hirsch, A. Ashworth, C. Shearing (dir.), «Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A Making Amends Model», in A. von Hirsch, J. Roberts, C. Shearing (eds), *Ibid.*, p. 23-41.
14. A. Duff, *Ibid.*, p. 43.
15. A. Duff, «Restorative Punishment and Punitive Restoration», in A. Duff, L. Walgrave (dir.), *Restorative Justice and the Law*, Cullompton-Portland, Willan Publishing, 2002, p. 82-100. En France, l'introduction d'une sanction-réparation, par la loi du 5 mars 2007, est un exemple de cette évolution du sens de la peine (article 131-8-1 du Code Pénal).
16. *Ibid.*, p. 98.
17. L. Walgrave, *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Collumpton-Portland, Willan Publishing, 2008; J. Braithwaite, P. Pettit, *Not Just*

- Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- 18.** Sur la théorie républicaine de la liberté: cf. P. Pettit, *Républicanisme*, tr. J.F. Spitz, P. Savidan, Paris, Éditions Gallimard, 2003.
- 19.** L. Walgrave, «*On Restoration and Punishment: Favourable Similarities and Fortunate Difference*», in A. Morris, G. Maxwell (eds.), *Restorative Justice for Juvenile Conferencing, Mediation and Circles*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2001, p. 17-37.
- 20.** J. Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, New York, Oxford University Press, 2002; J. Braithwaite, I. Ayres, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1992.
- 21.** M. Jaccoud, «Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada», in *Criminologie*, vol. 32, 1, 1999, p. 79-105.
- 22.** J. Dignan, *Understanding Victims and Restorative Justice*, Maidenhead, Open University Press, 2005, p. 183.

RAPHAELLE THERY

Peut-on punir le terrorisme ?

Le titre de cet article peut sembler paradoxal, voire provocateur, mais il ne s'agit en aucun cas ici de justifier le terrorisme, ni de contester l'idée de la nécessité d'une réponse pénale au terrorisme. D'autre part, je me restreindrai ici au cas du terrorisme djihadiste tel qu'il a pu se développer depuis les attentats du 11 septembre 2001, et qui constitue une forme bien particulière de terrorisme. Cette spécificité ne doit bien sûr pas être exagérée : on a pu par exemple souligner des similitudes entre la situation actuelle en France et celle des attentats anarchistes à la fin du XIX^e siècle ¹, qui avaient abouti à l'adoption des fameuses « lois scélérates ».

Parce que cet article prend place dans un dossier thématique consacré à la question du sens de la peine, je souhaiterais commencer par formuler ce que j'appellerai la « prémisses démocratique » qui anime la conception libérale de la peine : il s'agit de l'idée selon laquelle, pour qu'une peine soit une *bonne* peine, elle doit avoir un sens, être considérée comme légitime au moins en droit par celui qui est condamné. On ne saurait donc se satisfaire d'un point de vue « en première personne » sur la légitimité de la peine, c'est-à-dire du point de vue du punisseur (qu'il s'agisse du juge, du législateur, ou plus largement, de la société qu'il représente). Cette exigence d'un sens de la peine « en troisième personne » (c'est-à-dire, du point de vue du condamné) est au cœur de la justification de nos systèmes pénaux. Or le terrorisme en général, et le terrorisme djihadiste en particulier, mettent à l'épreuve de manière particulièrement forte une telle prémisses. Dans de nombreux cas, il faut reconnaître que la mesure pénale retenue peut difficilement avoir un sens pour le condamné, parce que le terroriste n'est pas un délinquant ou un criminel comme les autres. Il s'inscrit en effet en faux contre un système de valeurs qu'il rejette en bloc, rejet dont le geste terroriste constitue l'expression concrète.

La question de savoir si l'on peut punir le terrorisme semble appeler de toute évidence une réponse affirmative, surtout si l'on considère le droit positif : *de fait*, le terrorisme est puni, et ce, de plus en plus largement et sévèrement ². Mais l'intérêt de la question n'est pas seulement descriptif, il est aussi normatif : quelle est la réponse pénale appropriée au terrorisme djihadiste ? On peut ici reprendre la définition de la peine proposée par Joel Feinberg dans un célèbre article, « The Expressive Function of Punishment » : la peine se distingue des autres sanctions par la forte charge émotionnelle qu'elle véhicule – elle est l'expression du blâme social ³. Il est donc nécessaire de rappeler que la *peine* n'est qu'une réponse pénale parmi d'autres : la réflexion sur le traitement pénal du terrorisme ne peut s'arrêter à la seule question de la peine. La réaction pénale au terrorisme, qu'elle prenne la forme de la peine *stricto sensu* ou d'autres formes, est-elle justifiable ?

En France, on a assisté à la mise en place d'un régime dérogatoire renforcé pour les infractions terroristes, couplé, depuis les années quatre-vingt-dix, à une multiplication des incriminations, ce qui témoigne d'une certaine « panique pénale ⁴ » quant à la forme adéquate de la réponse à donner à ce phénomène. L'idée que je défendrai ici est que les obstacles à la punition proprement dite du terrorisme ont confirmé une tendance plus générale amorcée par le droit pénal depuis quelques décennies, qui consiste à jouer sur deux fronts : d'un côté, faire fond sur une « réponse pénale » massive et un recours toujours plus étendu au droit répressif ; de l'autre, l'utilisation du droit pénal à des fins autres que répressives, au prix de l'abandon des garanties individuelles qui lui sont habituellement attachées. Or il faut lutter contre la tendance à conclure de la spécificité du terrorisme djihadiste à une spécificité de la réponse *pénale* à apporter au terrorisme. S'il est vrai que le terrorisme a tendance à faire sortir le droit pénal de ses gonds, ces « sorties de route » sont souvent difficilement justifiables à l'aune des valeurs censées sous-tendre notre droit pénal, et menacent, comme l'ont montré de nombreux auteurs, tant sa cohérence que sa légitimité ⁵.

Je commencerai donc par montrer en quoi le terrorisme djihadiste constitue un obstacle aux réponses pénales classiques, du fait de sa spécificité. Dans un deuxième temps, j'exposerai la conséquence d'un tel constat : le recours à des réactions pénales qui ne sont pas punitives *stricto sensu*, et je critiquerai la conception latente qui sous-tend le droit pénal d'exception appliqué au terrorisme, qu'expriment les syntagmes de « guerre contre le terrorisme » ou de « droit pénal de l'ennemi ».

1. Le terrorisme et les obstacles à la peine

Il n'existe pas réellement de définition juridique du terrorisme, qui est un concept politique avant d'être un concept juridique. La seule référence à la terreur rend la définition du terrorisme tautologique, et les débats sur les critères pertinents pour le définir sont légion⁶. Sur le plan international, il n'existe pas d'accord sur la définition du terrorisme, et la labilité de l'étiquette « terroriste » traduit les rapports de force politiques en présence.

Le droit français ne définit pas, sans surprise, le terrorisme, mais les infractions terroristes ont en commun avec les infractions de droit commun leur élément matériel, « terroriste » étant une spécification du mobile de l'infraction, à savoir : « troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur⁷ ». Les infractions terroristes ne sont pas considérées comme des infractions politiques, ce qui peut sembler étonnant à première vue, mais s'explique par le refus de faire bénéficier les terroristes du régime plus souple associé aux infractions politiques, et par la volonté de présenter les terroristes comme des délinquants de droit commun plutôt que comme les tenants d'une idéologie.

La difficulté générale à laquelle on se confronte quant à la sanction des infractions terroristes tient donc non seulement à la psychologie mais encore à la revendication des terroristes. Classiquement en effet, une infraction peut se comprendre comme un écart individuel à la loi, alors que les infractions terroristes semblent avoir pour point commun une volonté affichée de remise en cause des normes juridiques existantes – le délinquant ou le criminel ordinaire ne conçoit pas son acte comme un affront délibéré à la norme, il ne vise pas à la remettre en question (mais plutôt à s'en exempter). C'est précisément ce caractère qui donne une dimension très ambivalente au terrorisme : d'un côté, les infractions terroristes sont, au regard d'un système juridique existant, particulièrement dangereuses ; de l'autre, elles se prévalent du point de vue de l'infacteur d'une forme de légitimité que l'on ne rencontre pas dans la majorité des infractions⁸. En conséquence, la « prémisse démocratique » évoquée plus haut est inopérante face à de telles infractions : que la peine soit véritablement acceptée par l'infacteur, au sens où il modifierait totalement son rapport à la norme, paraît, au moins à première vue, particulièrement douteux dans de tels cas.

À ces difficultés liées au terrorisme en général s'ajoute celle liée à la spécificité du terrorisme djihadiste, qui fait intervenir des considérations religieuses (ou politico-religieuses) au cœur de sa démarche, quoi que l'on pense de l'authenticité idéologique d'un tel mouvement. Ainsi, la visée revendiquée de Daech serait de mettre en place un califat, qui est un magistère

spirituel avant d'être un magistère politique⁹, perturbant les catégories sur lesquelles le droit pénal moderne s'est construit. Cela entraîne une difficulté quant à la qualification des terroristes eux-mêmes : faut-il les considérer comme de simples criminels ou comme des combattants ? En outre, et comme le souligne François Saint-Bonnet, cette substitution de l'autorité religieuse à l'autorité politique a pour conséquence une remise en question radicale de la psychologie sur laquelle s'appuie le système pénal moderne depuis Hobbes. Selon cet auteur « [l']anthropologie propre à la modernité repose sur la conviction que même le pire criminel n'échappe pas à la crainte de la mort violente ¹⁰ ». Notre échelle des peines, conçue en termes conséquentialistes, verrait donc sa logique mise en échec par la psychologie du terroriste djihadiste, qui aspire à mourir, renouant ainsi avec la conception de la « belle mort » que l'on trouvait dans l'Antiquité ¹¹ : la mort est conçue à la fois comme libération et comme exemple, permettant l'élévation au rang de martyr. Ce rapport à la mort, radicalement antimoderne, relègue « tout le système de la répression pénale des modernes [...] au rang de l'impuissance et du dérisoire ¹² ».

D'un côté, le choc profond créé par les attentats dans l'opinion publique semble appeler de toute nécessité une sanction pénale, mais, de l'autre, punir le terrorisme apparaît comme une entreprise extrêmement difficile, voire impossible. On pense évidemment dans le dernier cas à la place accordée dans le djihadisme à la figure du kamikaze : ici, la peine n'a pas lieu d'être car l'infraction entraîne le décès de l'auteur. Mais la difficulté touche l'arsenal des peines dans son ensemble : la nature de l'entreprise terroriste rend *a priori* vaine la prémisse démocratique censée assurer pleinement la légitimité de la peine. Si la mort est recherchée, la peine ne saurait avoir de force dissuasive, qu'il s'agisse de la prison, et, *a fortiori* de l'amende ¹³. La finalité éducative de la sanction a elle aussi été considérée par le législateur avec l'introduction du nouveau concept de « déradicalisation ¹⁴ », mais on a le sentiment qu'une telle peine « vient trop tard » : on a pu mettre en doute l'efficacité de tels programmes, d'autant que la prison, qui reste la sanction principale en matière de terrorisme, est un des premiers foyers de radicalisation.

Lors des débats sur la déchéance de nationalité, beaucoup ont pointé l'absurdité d'une telle sanction dans le cadre d'un raisonnement conséquentialiste : les djihadistes n'ont pas peur de la mort, comment seraient-ils dissuadés par la perte de la nationalité française, supposée représenter un ensemble de valeurs qu'ils rejettent ? C'était, ici, manquer le fait qu'une telle peine n'avait précisément pas vocation à être dissuasive, mais symbolique. La mise en échec de

la justification conséquentialiste de la peine explique que l'on ait réactivé l'aspect expressif, rétributiviste de la peine. Le problème attaché à la déchéance de la nationalité n'est donc pas qu'une telle peine n'aurait pas eu de sens mais seulement un sens « intransitif » : en d'autres termes, qu'elle apaise la colère et transmette le message de la société sans avoir aucunement vocation à réformer l'infraacteur. Une telle peine n'aurait de sens qu'en première personne, c'est-à-dire, pour reprendre la distinction évoquée plus haut, du point de vue de celui qui punit. C'est précisément reconnaître ici l'échec de la « prémisses démocratique » évoquée plus haut. Cette peine appartient donc plutôt au registre des peines infamantes – le message véhiculé par la société prime les éventuelles conséquences sur le condamné.

Mais ce sont les réponses comme l'écartement ou l'élimination, les plus pauvres en « sens » du point de vue du condamné, qui apparaissent comme les options privilégiées *par défaut* pour la sanction du terrorisme. De telles réponses sont d'ailleurs largement majoritaires dans les contextes plus généraux de crise du sens de la peine ¹⁵.

2. Du punitif au préventif, aller et retour

La difficulté à concevoir une « bonne peine » à l'encontre du terrorisme djihadiste est sans doute une des raisons pour lesquelles la réaction pénale au terrorisme a eu tendance à sortir du paradigme de la peine *stricto sensu* : la peine, c'est là son défaut majeur, arrive trop tard. Un tel constat n'a pourtant pas eu pour conséquence une retenue du droit pénal face au terrorisme, mais l'inverse, ainsi que l'élargissement de son usage à des fins non strictement répressives.

Une telle logique est manifeste sur le terrain de l'incrimination, que le législateur aura ainsi tendance à déplacer en amont sur l'*iter criminis*, comme par exemple dans les infractions d'interdiction de consultation des sites djihadistes (article 421-2-5-2 du Code pénal), calqué sur le délit de consultation de sites pédophiles ; ou le délit d'entreprise individuelle terroriste (article 421-2-6 du Code Pénal), qui étend le principe de l'association de malfaiteurs aux personnes agissant seules (les fameux « loups solitaires » évoqués par les médias). Le but est ici de prévenir la radicalisation, dont Internet est considéré comme le vecteur privilégié. Le droit pénal distingue classiquement les actes préparatoires de la tentative qui inclut un commencement d'exécution de l'infraction, seule la seconde étant incriminable. Or on peut légitimement se demander si de telles infractions n'appartiennent pas en réalité à la première

catégorie. Ces deux infractions témoignent donc d'une logique de « tolérance zéro », cherchant à tuer le mal à la racine, quitte à empiéter très largement sur les libertés individuelles et à faire peser un danger important sur la liberté d'expression.

L'exemple le plus marquant de la législation française reste sans doute les aménagements apportés à l'infraction d'apologie du terrorisme, consistant à « décrire, présenter ou commenter une infraction en la présentant sous un jour favorable », datant de la loi sur la liberté de la presse de 1881. Elle subit un déplacement matériel en 2014 à l'article 421-2-5 du Code pénal (le régime du Code pénal étant plus répressif), et voit sa sanction aggravée dans le cas où l'infraction est commise sur Internet. Mais le fait le plus marquant est qu'une telle modification législative s'est trouvée assortie d'un zèle judiciaire inédit : alors qu'en 20 ans, seules 20 condamnations avaient été prononcées, plus de 150 procédures sont ouvertes après janvier 2015. Nombreux sont les exemples d'individus condamnés à des peines de prison ferme à la suite d'une confrontation avec les forces de l'ordre ¹⁶. Le condamné le plus célèbre reste néanmoins le comédien Dieudonné, condamné à deux mois de prison avec sursis pour s'être fendu sur les réseaux sociaux du statut « Ce soir, je me sens Charlie Coulibaly » le jour de la grande manifestation à Paris en réaction aux attentats contre *Charlie Hebdo*. Le point le plus frappant, sans doute, est que l'infraction d'apologie du terrorisme est désormais tenue pour une infraction *terroriste*, selon les mots du premier ministre de l'époque, Manuel Valls, pour lequel « il s'agit d'un acte grave qui s'inscrit dans une stratégie de combat participant d'une activité terroriste à part entière ¹⁷ ». De ce fait, tout lien entre l'infraction d'apologie du terrorisme et les limites à la liberté d'expression est d'emblée rejeté, accompagnant un discours public qui amalgame de bon cœur tentative de compréhension des actes terroristes et *justification* de ces derniers. Il est de meilleur aloi de présenter les infractions terroristes comme des actes de terreur issus de cerveaux malades, et le terrorisme comme obéissant à une logique autonome, fondamentalement incompréhensible.

La logique du législateur est donc la suivante : la spécificité du terrorisme djihadiste, parce qu'elle met les réponses classiques du droit pénal en échec, doit avoir pour conséquence une *spécificité* de la réponse pénale à apporter à ce dernier ¹⁸. Elle explique en partie le recours à un paradigme guerrier, notamment à travers la catégorie, développée par Günther Jakobs, du « droit pénal de l'ennemi ¹⁹. » Jakobs opère une distinction devenue fameuse entre le droit pénal du citoyen, ou droit pénal de droit commun, et un droit pénal de l'ennemi, qui est un

droit d'exception. Le droit pénal de l'ennemi se distingue du droit pénal du citoyen sur deux points fondamentaux.

Tout d'abord, quant à la conception du sujet de droit, à partir d'une modulation de l'intensité de la notion de personne en tant que support de droits et d'obligations : on pourrait dire, en quelque sorte, que l'ennemi est une personne moins « épaisse » que le citoyen. Dans le droit pénal du citoyen, l'individu puni est traité comme un membre de la communauté politique au nom de laquelle il est jugé, et bénéficie, en vertu d'une telle appartenance, de garanties procédurales juridiquement sanctionnées. Les conditions sont ici réunies pour que la « prémisses démocratique » puisse s'appliquer. Dans le second cas, en revanche, l'infracteur s'est mis au ban de la communauté politique par son acte, et devient dès lors susceptible d'être traité en « ennemi ». Comme l'exprime Jakobs lui-même : « l'aspect personne fait un pas en arrière et l'aspect ennemi vient sur le devant de la scène [...] parce qu'on ne peut plus attendre de la personne un comportement conforme à la loi dans l'avenir ²⁰ ». Ici, l'exigence d'un sens de la peine du point de vue de l'individu puni disparaît en tant que condition de légitimité de la peine. La deuxième différence fondamentale entre les deux types de droit pénal a trait à l'orientation de la pénalité : dans le droit pénal du citoyen, la réponse pénale est avant tout *répressive*, punitive, et fortement indexée au concept de culpabilité (ce qui n'exclut bien sûr pas l'intervention de considérations conséquentialistes) ; dans le droit pénal de l'ennemi, la réponse pénale est moins punitive que *préventive*, et indexée au concept de dangerosité, bien plus large que celle de culpabilité.

Mais surtout, le droit pénal de l'ennemi repose donc sur un paradigme guerrier (officialisé par la déclaration de « guerre à la terreur » par le président Bush à la suite des attentats du 11 septembre 2001 ²¹). Pourtant, d'un point de vue descriptif, l'idée que l'action menée contre Daech est une guerre *stricto sensu* a été largement contestée, ne serait-ce notamment parce que Daech, en dépit de ses revendications, n'est pas un État mais une organisation terroriste. Or les qualifications d'organisation terroriste et d'État sont considérées par beaucoup comme incompatibles ²². L'absence de codification des actions de Daech, ainsi que l'absence d'uniforme, de règles militaires, de territorialité, le massacre de civils désarmés, sont autant d'éléments qui ont pu être mobilisés pour refuser le qualificatif de « guerre » à l'action menée par les djihadistes. Une situation de guerre appellerait l'application des règles de droit international, et non du droit pénal (sauf en cas de crimes de guerre). Une difficulté supplémentaire du paradigme de la guerre est, en outre, qu'il figure nécessairement le terroriste comme un ennemi étranger, alors que bien

souvent les actions terroristes impliquent des concitoyens « radicalisés ». Mais l'argument de l'impossibilité de la guerre du fait de l'absence d'adéquation au concept de guerre est insuffisant, car il laisse en suspens le problème normatif qu'il y a à résoudre quant à la légitimité de la réponse juridique apportée au terrorisme, quelle que soit la qualification qu'on choisisse de lui attribuer. Plus encore, voilà qui nous invite à interroger la pertinence d'un concept de guerre peut-être trop rigide, ne nous permettant pas de rendre compte que des conflits interétatiques sous leur forme la plus classique.

En réalité, si le recours au concept de guerre traduit un brouillage général des catégories juridiques, c'est qu'il remplit avant tout une dimension fonctionnelle : légitimer l'usage d'un droit pénal d'exception contre un ennemi « exceptionnel ». On peut s'appuyer sur les travaux des anthropologues Raymond Verdier et Gérard Courtois pour thématiser la différence entre peine et guerre ²³ : alors que la peine est une relation triadique (elle suppose l'intervention d'un tiers arbitre), hiérarchique (la peine est imposée par une autorité), et interne (la peine est infligée à un membre de la communauté conçu comme tel, sur le fond d'un ensemble de valeurs communes partageables en droit), visant *in fine* la réintégration de l'individu fautif dans la communauté ; la guerre est à l'inverse une relation dyadique (elle met aux prises deux entités extérieures), non hiérarchique ²⁴ (il n'existe pas d'autorité reconnue de manière bilatérale de l'une des entités sur l'autre) et externe, caractérisée par une relation d'hostilité visant la victoire sur l'ennemi. La « guerre contre le terrorisme » emprunte aux deux idéaux-types, en les hybridant : à la peine, son caractère hiérarchique de la peine, à la guerre, la relation d'extériorité entre les adversaires (que l'on trouvait aussi dans la vengeance) –extériorité que le droit pénal moderne avait cherché à résorber.

Voilà qui a permis la création de catégories juridiques hybrides, comme les fameux « combattants illégaux » du *Patriot Act*. En France, l'adoption de l'état d'urgence, dans une symétrie souvent notée avec la guerre d'Algérie, et non de l'état de siège ²⁵, marque bien le fait, que de la part de l'exécutif, la situation n'est pas considérée comme une situation de guerre *stricto sensu*. Les normes du *jus in bello* n'ont aucunement vocation à s'appliquer, à l'inverse, la catégorie juridique de l'ennemi fonctionne à l'intérieur du droit pénal comme une justification de mesures d'exception, légitimant un traitement moins favorable des auteurs. Le recours à la catégorie de la guerre est donc purement fonctionnel : il permet de s'exempter des garanties juridiques traditionnelles associées à la défense dans la procédure pénale, appuyée sur l'idée d' « ennemi de l'intérieur ».

Or, une conséquence importante de la lutte contre le terrorisme est précisément de montrer les limites de l'État de droit en mettant à l'épreuve la résistance de son cadre procédural. Il s'agit, en d'autres termes, de faire sortir le droit pénal de ses gonds, d'exhiber le rapport de force inéluctable qui le sous-tend. Le droit pénal, présenté traditionnellement comme le garant intangible des libertés fondamentales, sous la figure tutélaire du juge judiciaire, est alors mis à nu, dévoilant un rapport de pouvoir sans réelle autre légitimité que la force de l'État qui le soutient. Qu'une telle conséquence soit ou non une visée consciente des terroristes n'est pas le point essentiel, mais elle joue néanmoins un rôle fondamental dans la justification que nous pouvons fournir de nos politiques pénales face au terrorisme. C'est précisément sur ce point que la Cour Européenne Des Droits de l'Homme fournissait déjà un avertissement en 1978 :

Consciente du danger inhérent à pareille loi de saper, voire de détruire la démocratie au motif de la défendre, la Cour affirme que les États ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée ²⁶.

Il faut donc distinguer deux types de menaces posées par le terrorisme aux démocraties occidentales : d'un côté, les menaces à l'intégrité physique des personnes et à la sécurité collective – réelles, et souvent prises en compte de manière exclusive ; de l'autre, la menace, peut-être moins visible, qui pèse sur l'État de droit lui-même dans la lutte contre le terrorisme ²⁷. Cette seconde menace doit être tout particulièrement prise au sérieux car elle a pour effet dévastateur de miner, *in fine*, la légitimité de la lutte contre le terrorisme elle-même.

Ainsi donc, la sanction pénale apparaît comme un outil mal adapté à la lutte contre le terrorisme ; mais le recours au droit pénal reste la réponse privilégiée à ce dernier, au prix d'un déplacement de sa visée répressive vers une visée essentiellement préventive, superposée à l'apparition d'une punitivité ²⁸ diffuse, qui affecte en réalité l'ensemble des citoyens. La réponse au terrorisme s'inscrit dans un double registre, chacun contribuant à l'extension du « filet ²⁹ » pénal : celui de la rationalisation et de l'anticipation, par lequel la menace terroriste s'installe dans une forme de permanence et fait partie désormais du quotidien politique ; celui de l'émotion et de l'urgence, par lequel se multiplient les

déclarations de force de la part de l'exécutif. On pourrait ici reprendre les analyses du sociologue britannique David Garland³⁰ qui a thématiqué, dans le cas de la Grande-Bretagne, cette apparente « schizophrénie » pénale – hystérisation émotionnelle superposée à une stratégie de normalisation – en y voyant le déni par l'exécutif de sa faiblesse face à la criminalité, et une démonstration toute incantatoire de la puissance souveraine. De ce point de vue, le cas du terrorisme, et du terrorisme djihadiste, tout exceptionnel qu'il puisse apparaître au premier abord, s'inscrit dans une évolution pénale qui le dépasse et le précède, dans laquelle les obstacles au sens de la peine n'entraînent paradoxalement pas de parcimonie pénale.

NOTES

1. Voir par exemple A. Garapon «Le 11 septembre et l'anti-terrorisme», Entretien avec F. Guénard, *in La Vie des Idées*, 9 septembre 2011, <http://www.laviedesidees.fr/Le-11-septembre-et-l-anti.html>
2. Voir Y. Mayaud, «La politique d'incrimination du terrorisme face à la législation récente», *in AJ Pénal* 2013, p. 443-459; F. Safi, «L'évolution des incriminations face à Daech», *in A. Casado et F. Safi (dir.), Daech et le droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas Colloques, 2016, p. 37-52, p. 95-112. Les deux auteurs notent l'évolution d'une incrimination terroriste « par renvoi » à la création d'incriminations spécifiques («terrorisme qualifié»), ainsi que le développement d'incriminations «d'inspiration» antiterroriste, comme le note F. Safi, *Ibid.*, p. 101.
3. Joel Feinberg, «The Expressive Function of Punishment», *in The Monist*, vol. 49, n° 3, 1965, p. 397-423.
4. J'emploie ici l'expression en référence à la «panique morale», concept forgé par Stanley Cohen pour désigner «une condition, un événement, une personne ou un groupe de personnes désigné comme une menace pour les valeurs et intérêts d'une société». Voir S. Cohen, *Folk devils and moral panics*, Londres, McGibbon and Kee, 1972, p. 9. Ce concept a été repris par Ruwen Ogien dans son ouvrage *La Panique morale*. Paris, Éditions Grasset, 2004.

5. En philosophie, voir les articles de Carl Wellman «*On terrorism Itself*», in *The Journal of Value Inquiry*, n° 13, 1979, p. 250-258; Igor Primoratz, «What is Terrorism?», in *Journal of Applied Philosophy*, vol. 7 n° 2, 1990, p. 129-138; D. Rodin, «Terrorism without Intention», in *Ethics*, vol. 114 n° 4, *Symposium on Terrorism, War and Justice*, juillet 2004, p. 752-771; ainsi que l'ouvrage de A.J Corlett, *Terrorism: A philosophical Analysis*, Kluwer, Dordrecht, 2003. Sur l'appréhension juridique du terrorisme par le droit pénal français, voir J. Alix, *Terrorisme et droit pénal, Étude critique des incriminations terroristes*, Éditions Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2010.
6. Voir par exemple C. Ribeyre, «L'élargissement des mesures spéciales et dérogatoires face à Daech», in A. Casado et F. Safi (dir.), *Daech et le droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas Colloques, 2016, p. 37-52, p. 113-128; et R. Ollard & O. Desaulnay, «La réforme de la législation anti-terroriste ou le règne de l'exception pérenne», in *Droit pénal*, n° 1, janvier 2015, étude, 1, p. 1-9.
7. Le terrorisme fait son entrée dans le Code Pénal en 1986 avec l'article 706-16 (loi n° 86-1020 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, JO n° 0210 du 10 septembre 1986).
8. Précisons: il faut distinguer le cas, sans doute fréquent, dans lequel le délinquant ou le criminel considère son action comme *justifiée* (remise en cause du caractère «universel» de la norme) du cas dans lequel le criminel ou le délinquant ne considère pas la norme elle-même comme légitime: c'est ce deuxième point que je cherche à mettre en lumière ici.
9. Voir sur ce point F. Saint-Bonnet, «L'idéologie djihadiste et la modernité», in *La Vie des idées*, 10 mars 2015, <http://www.laviedesidees.fr/L-ideologie-djihadiste-et-la-modernite.html>; du même auteur, «Daech et les catégories juridiques modernes: un abysse défi», in A. Casado et F. Safi (dir.), *Daech et le droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas Colloques, 2016, p. 37-52.
10. F. Saint-Bonnet, art. cit. 2016, p. 43.
11. *Ibid.*
12. *Ibid.*, p. 44.
13. On pourrait toutefois critiquer l'argument de Saint-Bonnet, et je remercie Isabelle Delpa pour cette remarque, en notant que son évaluation de la psychologie des

auteurs omet un élément important, à savoir la modification du rapport de l'auteur à la souffrance et à la mort dans le cas d'une peine durable comme l'emprisonnement. Rien ne garantit qu'un individu qui en un temps t ne craint ni la mort ni, *a fortiori* aucune peine, sera dans le même état d'esprit après 10 années de prison, par exemple.

14. La déradicalisation en complément de mesures de sursis avec mise à l'épreuve a été introduite par la loi de juin 2016, à l'article 726-2 du Code de procédure pénale.

15. Voir sur ce point l'article de M. Feeley et J. Simon, «*The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*», in *Criminology*, vol. 30, n° 4, 1992, p. 449-474. Voir aussi l'idée de «définalisation de la peine», chez D. Kaminski, «Trouble de la pénalité et ordre managérial», in *Recherches sociologiques*, vol. 33, n° 1, 2002, p. 87-107.

16. Pour citer quelques exemples, un varois de 27 ans fut condamné à un an de prison dont trois mois ferme pour avoir dit sur un réseau social à propos des attentas de *Charlie Hebdo*: «On a bien tapé, mettez la djellaba, on ne va pas se rendre, il y a d'autres frères à Marseille»; un castrais condamné à 5 mois de prison ferme pour avoir qualifié de «jour de fête» l'attentat contre *Charlie Hebdo* et «pour avoir ironisé sur la vidéo de l'assassinat du policier Ahmed Merabet»; un jeune homme de 18 ans à trois mois de prison ferme par le tribunal correctionnel de Châlons-en-Champagne pour avoir écrit sur facebook: «il faut rafaler, rafaler [...] nique sa mère Charlie [...] il y en aura d'autres [...] mort à la France», en publiant une photo de djihadistes armés.

17. Rapport n° 2173 de l'assemblée Nationale du 22 juillet 2014 de M. Sébastien Pietrasanta <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2173.asp>

18. Voir par exemple C. Ribeyre, «L'élargissement des mesures spéciales et dérogatoires face à Daech», in A. Casado et F. Safi (dir.), *Daech et le droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas Colloques, 2016, p. 37-52, p. 113-128.

19. G. Jakobs, «Aux limites de l'orientation pénale par le droit: le droit pénal de l'ennemi», RSC, Dalloz, 2009, p. 7-15.

20. Jakobs, 2009, art.cit., p. 12.

21. Ce n'est pas exactement nouveau: cf. l'expression «*war on drugs*», récurrente dans le droit pénal américain dès les années quatre-vingt-dix, et dans la continuité de laquelle la guerre contre le terrorisme s'inscrit.

22. Voir en ce sens H. Laurens «Le terrorisme comme personnage historique», in H. Laurens et

M. Delmas-Marty (dir.), *Terrorismes. Histoire et droit*, CNRS éditions, coll. «Bibliothèques», Paris, 2013; ou encore P. Conte, «Guerre?», in *Droit pénal*, février 2015, repère 2: selon l'auteur, il ne peut y avoir de «guerre» contre l'État Islamique, car une condition de possibilité de la guerre est que «la guerre dresse un État contre un autre».

23. R. Verdier, «Vengeance pouvoir et société dans quelques sociétés extraoccidentales», in R. Verdier et G. Courtois (dir), *La Vengeance: Études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, vol. 1, Paris Cujas, 1984, p.13-42, p. 25.

24. Cela ne signifie pas que les deux entités politiques qui s'opposent doivent être de force égale, bien au contraire: le rapport de force peut être radicalement dissymétrique.

25. Voir sur ce point F. Saint-Bonnet, «Contre le terrorisme, la législation d'exception?», in *La Vie des idées*, <http://www.laviedesidees.fr/Contre-le-terrorisme-la-legislation-d-exception.html>

26. *CEDH Klass et autres c./All*, 6 septembre 1978, Requête n° 5029/71, § 49.

27. F.Safi, dans son article cité plus haut, en pointe deux: le sacrifice de la liberté d'expression, et les atteintes aux libertés fondamentales. Cf. *supra*, note 2.

28. Ce terme, importé de l'anglais, renvoie à la disposition à punir, qu'elle soit animée par une volonté subjective (le désir de vengeance par exemple), ou favorisée par certains dispositifs objectifs n'impliquant pas directement une telle volonté (cf. note *infra*).

29. L'expression est de Stanley Cohen, «The punitive city: notes on the dispersal of social control», in *Contemporary Crisis*, vol. 3, 1979, p. 339-363.

30. D. Garland, «Les contradictions de la société punitive: le cas britannique», in *Actes de la Recherche en sciences sociales, De l'État social à l'État pénal*, vol. 124, 1998, p. 49-67. Voir notamment ce passage: «chaque mesure opère sur deux registres différents, un registre punitif qui utilise les symboles de condamnation et de souffrance pour délivrer son message et un registre instrumental plus accordé aux objectifs de la protection du public et de gestion du risque».

LUIGI DELIA

Lumières sur l'abolition universelle de la peine de mort : Derrida lecteur de Beccaria et de Kant

*On ne sait donc plus qui est
le plus cruel ou le plus sadique,
Beccaria ou Kant,
celui qui s'oppose à la peine de mort
ou celui qui en maintient le principe ¹.*

Issu d'un séminaire qui s'est tenu à l'EHESS, deux années durant, entre 1999 et 2001, le double volume posthume de Derrida, intitulé *Séminaire. La peine de mort*, est à la fois un écrit compact et pluriel. On pourrait dire, en effet, qu'il y a plusieurs recherches en ces deux tomes, en tout cas plusieurs interprétations d'un même problème suggérées par l'auteur, et qu'on peut dégager par une petite expérience de pensée, en se demandant laquelle des vingt-deux séances qui structurent au total le séminaire est la plus importante. Or il y a quasiment autant de réponses possibles que de chapitres à la question suivante qui donne au séminaire sa profondeur :

Pourquoi l'abolitionnisme ou la condamnation de la peine de mort, dans son principe même, n'ont-ils à ce jour trouvé une place proprement philosophique dans l'architecture d'un grand discours philosophique ? [...]. Qu'est-ce qui condamne la philosophie en tant que telle, à ce jour, à se tenir en principe du côté de la condamnation à mort ² ?

Ces questionnements, et plus généralement le souci philosophique de réinterroger la peine de mort pour disqualifier définitivement les logiques qui la légitiment, font écho à deux essais quasi contemporains de Norberto Bobbio : « Contre la peine de mort » et « Le débat actuel sur la peine de mort ³ ». Le philosophe du droit note, dès le départ de sa réflexion, qu'« au regard de l'histoire humaine, longue de plusieurs millénaires, nous devons reconnaître, que cela nous plaise ou non, que le débat pour l'abolition de la peine de mort ne fait que commencer ⁴ ». En effet, si les progrès vers la protection effective des droits de l'homme ont connu une histoire tourmentée, avec des coups d'arrêt et parfois des pas en arrière, l'abolition universelle de la peine capitale, c'est-à-dire l'abolition partout et pour tous, est sans doute le chapitre le plus difficile à clore.

Le moment inaugural de l'histoire abolitionniste remonte à la seconde moitié du XVIII^e siècle : « si je démontre que la mort n'est ni utile, ni nécessaire, j'aurai gagné la cause de l'humanité », écrit Cesare Beccaria dans son *Des délits et des peines*, en 1764 ⁵. Âge de la fin de l'évidence juridique de la peine de mort ⁶, le siècle des Lumières prépare le terrain de l'abolition ⁷, qui ne se consolide pourtant qu'au XX^e siècle, lorsqu'un grand nombre d'États refusent de recourir à un châtement jugé « cruel, inhumain et dégradant », dépourvu d'effets dissuasifs sur le comportement criminel et inadapté à la justice humaine pour la raison qu'il rend irréparable l'erreur judiciaire.

Au moment où Derrida délivre les leçons de son *Séminaire*, les progrès vers l'abolition universelle sont réels. Loin d'être une chimère, la cause abolitionniste est même en passe de l'emporter. En témoignent les avancées normatives internationales en matière de droits de l'homme, notamment grâce au deuxième Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, qui est traduit en droit positif en 1989. Accepté et ratifié par un nombre croissant de pays des cinq continents, ce protocole confère une nouvelle impulsion à la tendance abolitionniste : plusieurs règles se généralisent, comme celles interdisant l'application de la peine capitale aux mineurs au moment des faits, aux femmes enceintes, aux handicapés psychiques.

Mais de tels progrès n'annoncent pas nécessairement le triomphe inéluctable de l'abolitionnisme universel ⁸. Pour avoir des raisons de s'alarmer, il suffit de constater qu'une

part significative de l'opinion publique des démocraties libérales, notamment aux États-Unis et au Japon, mais aussi en Europe, demeure récalcitrante à l'idée d'en finir absolument avec la justice patibulaire. En France, où l'usage de la guillotine n'a été supprimé qu'en 1981, la peine capitale continue d'être agitée comme un argument de campagne électorale par des formations réactionnaires et nationalistes. Persuadé que les efforts pédagogiques ne doivent pas faiblir et qu'il faut même redoubler d'effort pour écarter une fois pour toutes le dernier supplice de l'arsenal des peines, Derrida s'attache à repenser les conditions théoriques de l'abolition universelle du châtement suprême. Or dans la compréhension du problème qui est la sienne, c'est précisément la rationalité pénale des Lumières⁹ qui joue un rôle de premier plan : avec sa logique et sa rhétorique propres, cette rationalité se laisse déconstruire de leçon en leçon, offrant aux lecteurs un fil conducteur pour parcourir le séminaire.

Certes, les très nombreuses sources que Derrida mobilise, les analyses minutieuses qui ponctuent chaque séance et qui font avancer la pensée ne sont évidemment pas circonscrites au seul XVIII^e siècle. Jalonné de confrontations majeures, le cheminement intellectuel qu'il propose donne l'occasion de croiser tant les grands textes de la tradition philosophique (de Socrate à Freud, de Platon à Benjamin) que les textes institutionnels, ainsi que les plaidoyers, littéraires ou non, contre la peine de mort. Je ne saurais tous les citer, mais (pour m'en tenir au premier volume), Derrida consacre des développements à *Notre Dame des fleurs* de Jean Genet, à *L'Exécution* de Robert Badinter, aux *Écrits sur la peine de mort* de Victor Hugo ou encore aux admirables *Réflexions sur la guillotine* d'Albert Camus.

Reste que la réinterprétation proposée par Derrida des Lumières du droit pénal apparaît centrale dans sa réflexion : une place privilégiée est logiquement ménagée au *Traité des délits et des peines* de Beccaria, d'une part, et, d'autre part, à la *Rechtslehre* kantienne, la *Doctrine du droit* inscrite dans la première partie de la *Métaphysique des mœurs*. En quoi la « déconstruction » de la pensée pénale de Beccaria et de Kant peut-elle nourrir la réflexion contemporaine sur les conditions de l'abolitionnisme universel ? La philosophie pénale du mouvement des Lumières est-elle encore en mesure, selon Derrida, d'éclairer et de stimuler le mouvement contemporain pour la disparition définitive de la mort comme sanction légale ?

Avant d'analyser les schèmes interprétatifs que Derrida déploie d'abord à propos de

l'« abolitionnisme précaire » prôné par la philosophie utilitariste de Beccaria (II), et ensuite à propos de la « folie incalculable de tuer » théorisée par la philosophie rétributionniste de Kant (III), il est opportun de resituer brièvement le foisonnant matériel didactique du *Séminaire* dans ses contextes (I): celui interne de son histoire éditoriale et celui externe de sa participation au débat en cours sur la légitimité de la peine de mort.

I. Derrida : repenser l'« histoire du sang » et militer contre la peine de mort

Inscrit dans le plus vaste projet d'édition intégrale des séminaires et cours de Derrida, entreprise depuis 2008 par les éditions Galilée sous la direction de Geoffrey Bennington, Marc Crépon, Marguerite Derrida, Thomas Dutoit, Peggy Kamuf, Michel Lisse, Marie-Louise Mallet et Ginette Michaud, et qui comptera au total près de 43 volumes, le séminaire sur la peine de mort est présenté dans le cadre du programme *Philosophie et épistémologie* à l'École des hautes études en sciences sociales. Il précède celui consacré à *La Bête et le souverain*¹⁰, et relève à son tour de l'ensemble commencé en 1997-1998 sous le titre *Le Parjure et le pardon*, qui appartient lui-même à un ensemble plus long, « Questions de responsabilité », initié en 1989 et achevé en 2003 avec la dernière année d'enseignement de Derrida. Après avoir approfondi durant deux ans le thème du pardon et avant d'aborder les grandes questions de l'animalité et de la souveraineté, Derrida se penche entre 1999 et 2001 sur la peine de mort. Aussi différentes qu'elles soient, ces problématiques se croisent et s'appellent mutuellement. Ayant pour fond le concept dominant du droit de grâce – à la fois prérogative distinctive et privilégiée de la souveraineté et modalité exceptionnelle de pardon – les problématiques de la souveraineté, de la peine de mort et du pardon ne peuvent être traitées, en toute rigueur, l'une indépendamment des autres.

En particulier, la logique de la souveraineté que Derrida entreprend de « déconstruire » est tributaire de la définition que propose Carl Schmitt du pouvoir, au sens où elle se confronte à la décision politique qui consiste dans la désignation de l'ami et de l'ennemi, aussi bien extérieur qu'intérieur. Or cette désignation signifie avant tout la possibilité de provoquer l'élimination physique d'un homme. C'est dans les exécutions capitales que se manifeste le plus visiblement aux yeux du monde l'exercice souverain du pouvoir. Ainsi, rien ne prouve

mieux la puissance d'un État souverain que le droit de donner la vie ou la mort. Dans la troisième séance du séminaire *La Bête et le souverain*, Derrida explique que ce qu'il cherche est « une déconstruction prudente de cette logique et du concept dominant, classique de souveraineté état-nationale (celui qui sert de référence à Schmitt) sans aboutir à une dépolitisation, à une neutralisation du politique, mais à une autre politisation, à une re-politisation ¹¹ ». C'est par le biais de cette autre politisation qu'un pas crucial peut être fait quant à la question de la mort comme peine.

Si, au niveau des enjeux épistémologiques, le cheminement intellectuel nous éclaire sur les préoccupations philosophiques et politiques de Derrida avant et après son séminaire sur la peine de mort, il convient également de rappeler, sur le plan de la pratique, l'engagement militant qui fut le sien sur la scène publique. Auteur d'une préface pour le livre du condamné à mort Mumia Abu Jamal, jeune Black Panther des années soixante-dix ; cosignataire d'une lettre adressée à Bill Clinton, alors président des États-Unis, pour demander d'épargner le sang de cet activiste et journaliste américain ¹², Derrida a été un abolitionniste actif. Cet engagement personnel est partie prenante d'un combat plus général, celui antitotalitaire qu'à connu l'Europe au milieu du XX^e siècle. Un tel combat a renforcé la référence des institutions aux droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme rendra effective cette protection du droit jusque-là seulement déclarée. Il suffit de rappeler ici que l'abolition doit attendre quarante ans après la fin de la guerre (protocole n° 3 de 1983) et l'abolition totale (même en temps de guerre) est très récente (protocole n° 13 de 2002), c'est-à-dire juste au lendemain du séminaire que Derrida consacre à la peine de mort.

Or pendant la même période, la Cour suprême américaine fait tout le contraire. Elle accorde un brevet de validité constitutionnelle à la peine de mort. Malgré le 8^e amendement qui interdit les châtiments « cruels et inhabituels », elle prend en compte une opinion qui lui est majoritairement favorable dans nombre d'États. Depuis lors, le sillon s'est creusé entre un attachement américain à son maintien (une quarantaine d'États sur cinquante) et le refus européen, de plus en plus marqué. Après un moratoire, une série de décisions de la Cour suprême américaine autorisent depuis 1976 l'application de la peine de mort en se fondant explicitement sur un principe de neutralité morale, c'est-à-dire en refusant de trancher le débat philosophique sous-jacent.

Or Derrida n'ignore rien du combat outre-Atlantique et de son importance pour le destin de l'abolition universelle. Tout comme Robert Badinter, dont les livres sont souvent cités et commentés au fil du séminaire, Derrida voit distinctement que les États-Unis sont devenus le lieu privilégié de la lutte pour l'abolition universelle dans les années à venir. Ainsi s'efforce-t-il de donner une nouvelle impulsion au débat philosophique sur l'abolition, un débat qui n'a jamais cessé d'opposer les partisans de la peine comme rétribution, favorables à la peine de mort, et les partisans de la peine comme prévention, généralement hostiles à la justice qui tue. Derrière cette polarité, qui traduit deux manières de penser la peine, son sens, sa finalité, se dissimule un contraste plus profond entre deux éthiques et deux critères opposés de juger les actions humaines : selon la conformité à des principes universels qui prescrivent ce qui est bien et interdisent ce qui est mal (morale déontologique), ou bien selon le résultat obtenu, qui est évalué à l'aune du principe utilitariste du plus grand bonheur pour le plus grand nombre (morale utilitariste).

Le problème étant de savoir s'il est envisageable d'en finir définitivement avec la peine de mort, la thèse que Derrida défend dans son séminaire est que

*tant qu'on n'aura pas déconstruit [...] un discours de type kantien, ou hégélien, qui prétend justifier la peine de mort de façon principielle, sans souci d'intérêt, sans référence à la moindre utilité, on s'en tiendra à un discours abolitionniste précaire, limité, conditionné par les données empiriques, et, par essence, provisoires d'un contexte, dans une logique des fins et des moyens, en deçà d'une stricte rationalité juridique*¹³.

Dans cette perspective, le nouvel esprit abolitionniste qu'il appelle de ses vœux ne doit pas renier les luttes entamées au siècle des Lumières, mais les reconsidérer pour rendre possible un discours éthique et juridique anéconomique prônant l'abolition pour des questions de principe, c'est-à-dire par devoir, au nom de la justice et de la dignité humaine. Avant même d'engager une confrontation serrée avec Kant, Derrida se soucie alors de montrer que l'approche utilitariste de Beccaria pose problème.

II. Le « grand Beccaria » ou l'abolitionnisme précaire de l'utilitariste

Chaque fois qu'il parle de Beccaria, Derrida emploie l'épithète « grand ». Le « grand

Beccaria », « ce grand modèle ou grand initiateur, ce grand patron de l'abolitionnisme ». Dans la grandeur de Beccaria l'exceptionnalité de son combat contre la peine de mort y est pour beaucoup. Le « grand petit livre » *Des Délits et des peines*, et le chapitre XXVIII en particulier, intitulé « De la peine de mort », inaugurent l'histoire du mouvement abolitionniste. Derrida rend donc hommage au « premier grand théoricien juriste de l'abolition de la peine de mort », au « grand abolitionniste, qui est admiré et respecté par beaucoup [...]. Pour Badinter, Beccaria est son grand homme ; pour Victor Hugo, aussi ; pour les abolitionnistes, Beccaria, c'est le prophète ». Et Derrida d'ajouter : « moi-même je dois dire, j'ai un certain respect pour Beccaria, mais enfin il faut quand même regarder de près ¹⁴ ».

Le concept de « cruauté » offre à Derrida l'occasion d'exprimer une partie de ses réserves. D'après lui, Beccaria en aurait fait un usage ambigu, voire aporétique. D'une part, note Derrida, Beccaria déplore la cruauté de la peine de mort et des peines trop dures pour la double raison qu'elles conduisent à l'impunité et qu'elles sont criminogènes en ce qu'elles donnent un mauvais exemple qui encourage à « répandre le sang ». D'autre part, Beccaria propose les travaux forcés à perpétuité en tant que peine alternative à l'élimination physique, en utilisant comme argument celui de la dissuasion : la peine de mort est moins dissuasive que les travaux forcés à vie, pour la raison que « ce n'est pas l'intensité de la peine qui fait le plus grand effet sur l'âme humaine, mais son extension ¹⁵ ». Mais dire que les travaux forcés à vie sont plus redoutables que la mort, ne revient-il pas à dire qu'« au fond la peine de mort n'est pas assez cruelle » ? Que certains crimes mériteraient un châtement encore plus atroce que la mort ?

Pour Derrida, le nom de Beccaria restera indiscutablement lié à la naissance de l'abolitionnisme, mais les raisons qui fondent cet abolitionnisme relèvent moins d'« un principe, [d']une bonté compatissante ou [du] droit à la vie », que d'« un souci d'efficacité dans le maintien de l'ordre. Et pour cela, ajoute Derrida, il surenchérit dans l'appel à la cruauté – sans le mot ¹⁶ ».

Déconstruire, ici, c'est mettre au jour ce nœud-là : la variante des travaux forcés à vie proposée par Beccaria ne semble pas faire sortir du cercle de la cruauté, mais seulement substituer « un théâtre de la cruauté ¹⁷ » à un autre plus terrorisant encore. L'alternative pénale des fers est interprétée par Derrida « comme plus cruelle encore que la proposition plus cruelle encore de Kant, plus cruelle donc que la peine de mort, puisque Beccaria prétend

qu'on fera *plus souffrir et donc craindre le criminel virtuel* en l'exposant aux travaux forcés à perpétuité qu'en le menaçant de mort instantanée ¹⁸ ».

Dans le but d'illustrer ce qu'il nomme « l'hyperbole ou la surenchère de la cruauté », Derrida rappelle ce passage des *Délits et des peines* :

L'intensité de la peine d'esclavage perpétuel substituée à la peine de mort a donc ce qui suffit pour détourner toute âme déterminée ; j'ajoute qu'elle a quelque chose en plus : très nombreux sont ceux qui envisagent la mort d'un œil tranquille et ferme, les uns par fanatisme, d'autres par vanité, qui presque toujours accompagne l'homme au-delà du tombeau, d'autres par désespoir et dans une ultime tentative soit de mettre fin à leurs jours soit de sortir de la misère ; mais ni le fanatisme, ni la vanité ne subsistent dans les fers et dans les chaînes, sous le bâton, sous le joug, dans une cage en fer, et les maux du désespéré ne prennent pas fin, mais ne font que commencer ¹⁹.

Et Derrida de commenter, d'un ton polémique : « Voilà le héros de l'abolitionnisme. L'emprisonnement à vie, les maux ne font que commencer, c'est l'enfer. Ce n'est pas la mort, c'est l'enfer. Voilà la logique du grand abolitionniste ²⁰ ». Derrida compare ici le châtimement des fers à une descente aux enfers. Il est vrai que les lieux assignés à cette peine étaient souvent des espaces mortifères d'où l'on tentait de s'évader au plus vite : une condamnation aux travaux forcés à vie dans la Russie de Catherine II équivalait en substance à une sorte de condamnation à mort plus lente et précédée d'une longue agonie. La peine de mort fait mourir ; les travaux forcés à perpétuité laissent mourir.

Non seulement Derrida regarde avec perplexité le postulat selon lequel les fers ne seraient pas plus cruels que la mort pour le condamné qui les subit ²¹, mais c'est le principe beccarien de la « douceur pénale ²² » lui-même qui lui paraît difficile, voire inacceptable. D'après ce principe, le législateur éclairé doit infliger une peine qui obéisse à la maxime de la plus grande crainte possible inspirée aux spectateurs par la moins grande douleur possible infligée au criminel. Présentée par Beccaria comme un principe à la fois humaniste et utilitaire, l'idée de « douceur pénale » apparaît à Derrida comme étant intrinsèquement entachée d'une dimension de violence qui le rebute. Il n'est pas acceptable, pour Derrida, que la peine de mort soit condamnée par Beccaria parce qu'elle ne terrorise pas assez les spectateurs, parce qu'elle ne fait pas assez « souffrir et donc craindre le criminel virtuel », en raison de la rapidité de l'exécution. Derrière le geste abolitionniste de Beccaria, Derrida perçoit avec inquiétude la manifestation d'une philosophie pénale qui sacrifie l'humanisme à l'utilitarisme ²³. Mais une

philosophie qui fait la part belle à la logique utilitaire de la prévention est-elle en mesure de fournir des armes au combat éthique pour l'universalisation de l'abolition ?

Si les Lumières lombardes ne donnent pas pleine satisfaction à Derrida, celles françaises ²⁴ s'avèrent encore plus décevantes. Le point de vue de Montesquieu ²⁵, qui veut notamment maintenir mais limiter l'application de la peine de mort aux crimes les plus graves contre la sûreté, fera mouche chez les Constituants de la fin du XVIII^e siècle, majoritairement hostiles à la suppression de l'institution de la peine de mort, jugée une mesure trop radicale et potentiellement dangereuse pour l'ordre public. Finalement maintenue par la législation révolutionnaire, cette peine sera toutefois « modérée » à l'aide de la technologie du degré zéro de la souffrance mise en œuvre avec l'entrée en scène de la guillotine ²⁶. Issue de la culture juridique et humaniste des Lumières, cette machine judiciaire qui voudrait faire mourir sans faire souffrir représente la voie française de la « douceur pénale » : elle intimide les criminels potentiels tout en infligeant au condamné une mort « douce ». Objet de civilisation auquel Derrida consacre de longs développements dans le sillage du livre de Daniel Arasse, *La Guillotine et l'imaginaire de la Terreur* (Paris, Éditions Flammarion, 1987), la guillotine continuera à couper les têtes en France jusqu'à la fin des années soixante-dix.

Si dans l'Italie et dans la France des Lumières un mouvement est en marche pour interdire ou du moins limiter et « adoucir » le châtement suprême, l'*Aufklärung* de Kant, et plus tard la philosophie pénale de Hegel ²⁷, opposent une vigoureuse fin de non recevoir au projet abolitionniste de Beccaria.

III. Kant ou la « folie incalculable de tuer »

Parmi les partisans de la peine de mort, Kant est sans doute celui qui a su le mieux montrer les failles de l'argumentaire abolitionniste classique, en s'attaquant notamment à Beccaria lui-même dans un chapitre de sa *Doctrine du droit* consacré au « droit de punition et de grâce ²⁸ ». Porte-drapeau d'un rétributionnisme rigoureux ²⁹, le Maître de Königsberg fonde l'argumentaire en faveur de la peine de mort sur le principe d'égalité, à savoir la proportion exacte entre le crime et la peine. Sa reformulation du *ius talionis* en tant que critère unique et objectif de la détermination des peines trouve son application exemplaire dans le cas de

l'homicide volontaire : si tu tues, tu dois être tué. Celui qui commet un meurtre doit nécessairement être condamné à mort : « Il n'y a ici aucun substitut possible qui puisse satisfaire la justice », écrit Kant, pour la raison qu'il n'existe « aucune commune mesure » entre la vie, « si pénible qu'elle soit ³⁰ », et la mort ³¹.

Or par son argumentaire, Kant se dresse sur le chemin de tout discours abolitionniste par principe, tel que celui que cherche précisément à élaborer Derrida. Une déconstruction de la *Rechtslehre* kantienne s'avère ainsi incontournable si l'on veut « investir, au sens proprement stratégique du terme, la place forte de l'ennemi, à supposer qu'il y ait un tel centre, justement, et à supposer aussi que nous accusions ici la peine de mort comme l'ennemi à neutraliser, analyser, paralyser, désarmer, mettre en déroute ³² ». On remarquera, au passage, l'usage persistant, sous la plume de Derrida, du vocabulaire de la guerre, avec ces métaphores militaires.

La philosophie de Kant hante la réflexion de Derrida. La toute première phrase de la première séance du séminaire peut d'ailleurs être lue comme une allusion à Kant : « Que répondre à quelqu'un qui viendrait vous dire, à l'aube : "Vous savez, la peine de mort est le propre de l'homme" ³³ ? ». Pourquoi la peine de mort serait-elle le propre de l'homme ? Parce qu'elle se distingue du meurtre, écrit Derrida, « en ce qu'elle traite le condamné en sujet de droit, en sujet de la loi, en être humain, avec la dignité que cela continue de supposer ³⁴ ». L'accès à la peine de mort est un accès à la dignité de la raison humaine et à la dignité d'un homme qui, à la différence des bêtes, est un sujet de la loi qui s'élève au-dessus de la vie naturelle.

Derrida procède à une relecture approfondie de la *Doctrine du droit* dont il serait impossible ici de suivre pas à pas l'ensemble des analyses. L'opposition kantienne à la logique de l'utilité pénale et la liaison fondée en raison que Kant établit entre la peine et la dignité ou l'honneur de l'homme sont néanmoins à relever. Kant ne nie pas que d'autres peines soient plus dissuasives, voire plus utiles que la peine de mort ; ce qui l'oppose à Beccaria, c'est que le droit ne doit pas se juger à l'aune de l'utile. C'est là la racine de son opposition frontale au philosophe italien : le droit de punir ne peut être justifié par aucun argument d'utilité, ni ne doit-il s'appuyer sur une vision préventive de la peine. Prétendre justifier la peine en général par l'utilité et la prévention, comme le fait Beccaria, c'est tenir la personne juridique, le sujet de droit coupable, et la punition à lui infligée, comme des moyens en vue d'une fin et non comme des fins en soi. Dans cette perspective, l'être humain est traité « simplement comme un moyen utilisable en vue des buts d'autrui ³⁵ ». Avec Kant, Derrida considère que ceux qui

se réfèrent à l'utilité dégradent le droit et déshonorent l'être humain, en le réduisant au rang de chose.

De façon générale, la force du raisonnement kantien tient, selon Derrida, à ce qu'il est à l'œuvre sur deux fronts à la fois : il s'oppose aussi bien au partisan de la peine de mort qui invoque l'utilité préventive de cette sanction, qu'à l'abolitionniste classique, lequel conclut l'inverse à partir de la même axiomatique utilitariste, à savoir que la peine de mort est moins dissuasive que d'autres peines. À ces différents interlocuteurs, Kant répond que la justice pénale ne doit en rien s'occuper des moyens en vue d'une fin et qu'elle doit rester étrangère aux calculs d'intérêt. Jamais la sanction pénale ne peut être décrétée comme un moyen d'arriver à un bien, soit au profit du criminel (amendement), soit au profit de la société civile (prévention) : sa condition nécessaire et suffisante est la transgression d'une norme. La peine juridique demande à être appliquée au criminel uniquement parce que celui-ci s'est rendu coupable³⁶. Le criminel doit être puni parce qu'il a commis un crime, en dehors de toute considération sur les effets d'une telle punition. Sous cet angle, la raison d'être première et ultime de la peine c'est donc le crime : on ne punit pas un homme *pour qu'il* ne commette pas d'autre crime, mais *parce qu'il* en a commis un. Autrement dit, la punition, comme son sujet, doit être une fin en soi, et jamais (seulement) un moyen. La peine ne doit *servir* à rien, et avoir lieu même si elle ne sert à rien. La loi pénale, dit littéralement Kant, est un « impératif catégorique, et malheur à celui qui s'insinue dans les sinuosités de la doctrine du bonheur pour y découvrir quelque chose qui, par l'avantage qu'il promet, le délierait de la peine³⁷ ». C'est justement parce que la peine de mort n'obéit à aucun calcul qu'elle est digne de l'homme, qu'elle l'honore même. La valeur de la vie humaine, par définition, tient à ce qui dans la vie vaut plus que la vie, et qui relève de la justice même : si la vie n'est pas une valeur absolue, mieux vaut pour Kant « qu'un homme meure » plutôt que disparaisse la justice, sans laquelle « il n'y a plus aucune valeur dans le fait que des hommes vivent sur la Terre³⁸ ». Pour illustrer ce propos, Kant forge la fiction de l'île désertée. Imaginons, dit-il, une société civile sur le point de se dissoudre avec le consentement de tous ses membres, qui n'aurait donc aucun intérêt à vouloir se protéger ou à calculer son avenir, et qui se poserait la question de savoir ce qu'il faut faire du dernier meurtrier se trouvant en prison. Au dernier moment, avant de se disperser, il est nécessaire, d'après Kant, que les membres de cette société exécutent le dernier condamné pour que le sang versé par ce meurtrier ne retombe pas sur le peuple qui aurait évité le châtement et se serait ainsi rendu complice d'une violation de la

justice publique : même si « la société civile se dissolvait [...], le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait auparavant être exécuté ³⁹ ». La punition, même capitale, ne sert à rien et c'est justement ce qui confère à cet acte sa valeur : le dernier criminel ne représente aucun danger pour la société, mais l'exécuter c'est s'acquitter d'une obligation en reconnaissant au crime une signification morale et en reconnaissant le condamné comme sujet de droit, avec la dignité que cela continue de supposer.

Naturellement, Derrida trouve plus que curieuse cette façon de rendre hommage à l'homme en tant qu'être libre et responsable ! Le prix que l'homme doit payer pour que sa dignité soit reconnue est, pour ainsi dire, moins élevé qu'exorbitant. Derrida parle de « folie incalculable de Kant : tuer pour rien [...]. C'est ça la justice. Là il n'y a plus de passions, de pulsions à satisfaire. Pure justice ⁴⁰ ». Il ne reste pas moins vrai, pour Derrida, que si un discours abolitionniste doit à l'avenir se constituer, c'est l'argument kantien qu'il lui faut réfuter, celui qui place le droit pénal et la peine de mort à la hauteur du principe et de l'impératif catégorique.

Conclusion

Conformément à sa stratégie déconstructrice (qui ne signifie pas destructrice), Derrida s'attache à inquiéter la logique des théories de Beccaria et de Kant, en brouillant les distinctions trop nettes qu'elles présentent, telles les couples conceptuelles « faire mourir/laisser mourir », « rétribution/prévention », « justice/utilité », voire en dégageant certains concepts dominants, comme celui de cruauté, qui le porte à se demander, de façon provocatrice, lequel entre l'impératif catégorique de la justice qui tue chez Kant et l'alternative pénale que propose Beccaria des travaux forcés à vie pour remplacer la peine de mort, est le plus cruel.

Or dans quelle mesure cette déconstruction de la rationalité pénale des Lumières nous aide-t-elle à penser les conditions d'un abolitionnisme de nouvelle génération, susceptible d'être principal sans plus s'avérer « problématique, limité et précaire » ?

L'un des mérites de ce séminaire foisonnant, dont il n'a été question de donner, ici, que des aperçus schématiques, est d'avoir su reconnaître le statut à la fois paradigmatique et complexe des positionnements critiques de Beccaria et de Kant à un moment crucial de l'histoire de la peine de mort, tout au long de cet âge des « Lumières » dans lequel Derrida croit voir « le

moment doublement crépusculaire où l'on commence à penser la peine de mort, à la penser depuis sa fin, depuis la possibilité de sa fin, depuis la possibilité d'une fin qui vient poindre le jour, et déjà commence à condamner la condamnation à mort ⁴¹ ».

Derrida invite à relire ces illustres philosophes des Lumières que sont Beccaria et Kant sans préjugés. Ce n'est pas parce que le premier est le « prophète de l'abolitionnisme » qu'on ne peut relever dans son discours des points de tension ; et ce n'est pas parce que Kant est le grand défenseur de la peine de mort au nom de la pure raison juridique et de la morale du devoir rationnellement fondé, que ses écrits n'offrent pas matière à réflexion pour tous ceux qui aspirent à « justifier philosophiquement un discours abolitionniste par principe et non par utilité ⁴² ». En un sens, au terme de la déconstruction derridienne, le duel Kant-Beccaria pourrait même se transformer en duo, comme si le rationalisme radical, dénué de toute motivation utilitariste, que Kant met au fondement de sa défense de la peine de mort, pouvait donner au geste abolitionniste de Beccaria de nouvelles bases éthiques.

Quoi qu'il en soit, la relecture des Lumières du droit pénal que Derrida propose fait ressortir les difficultés, plus qu'elle ne prétend livrer des solutions. Comment être abolitionniste au XXI^e siècle tout en réagissant au tournant utilitariste que Beccaria a imprimé à la philosophie pénale ? Par quel biais, avec quelles raisons anéconomiques peut-on arriver à dissocier ce que Kant a étroitement articulé, à savoir la peine de mort et le principe de stricte égalité dans la détermination de la peine ? Au nom de quels impératifs philosophiques et moraux peut-on contrer la thèse kantienne de l'exacte proportion du crime et de la peine, dont la transgression entraîne, selon Kant, « la dissolution de la justice » ?

En se mesurant avec Beccaria et Kant, en comparant les logiques pénales concurrentes de ces auteurs, Derrida ne veut ni ménager la chèvre et le chou, ni perpétuer un dialogue de sourds. Il cherche plutôt à déblayer le terrain pour que l'avènement de l'abolition finale, totale et universelle soit philosophiquement envisageable. Une telle pensée de l'abolition n'est possible, selon lui, que sous le signe d'une nouvelle éthique des principes qui soit capable d'enseigner à ne jamais céder au plaisir-désir du meurtre qui sommeille en chacun ⁴³. Vaste programme pour des « Lumières à venir ⁴⁴ ».

NOTES

1. Jacques Derrida, *Séminaire. La peine de mort (1999-2000, 2000-2001)*, éd. Geoffrey Bennington, Marc Crépon et Thomas Dutoit. 2 vol., Paris, Éditions Galilée, 2012 et 2015, t. I, p. 228. Cette édition sera désormais désignée sous l'abréviation *SPM*.
2. *SPM*, t. II, p. 50.
3. Publié par Amnesty International, le premier texte a fait l'objet d'une édition individuelle parue à Bologne en 1981. Le deuxième texte est paru en 1983 dans les actes du colloque *La Pena di morte nel mondo* (Marietti, Casale Monferrato, p. 15-32). Les deux écrits, dont il n'existe pas à l'heure actuelle de traduction française, ont été successivement republiés dans l'ouvrage *L'Età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1997³.
4. Norberto Bobbio, *L'Età dei diritti*, cit., p. 178. Nous traduisons.
5. Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene / Des délits et des peines*, éd. Philippe Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009, p. 229. Cette édition sera désormais désignée sous l'abréviation *DP*.
6. Voir Luigi Delia & al. (dir.), *La Peine de mort, in Corpus, revue de philosophie*, 62, 2012.
7. La première loi abolissant la peine de mort est celle promulguée par le grand-duc Léopold de Toscane, en 1786.
8. Les rapports annuels publiés par Amnesty International montrent que certains États, en tête l'Arabie Saoudite et la Chine, non seulement maintiennent le principe de la peine capitale mais ils l'appliquent régulièrement, se montrant ainsi imperméables au processus abolitionniste. Voir aussi l'utile cartographie dynamique de l'abolition, mise en œuvre par Marc Crépon, Jean-Louis Halpérin, Stefano Manacorda, *La Peine de mort. Vers l'abolition absolue*, avec une postface de Robert Badinter, Paris, Presses de l'École Normale Supérieure, 2016.
9. Pour une mise au point bibliographique sur la philosophie pénale des Lumières, voir dans ce dossier la contribution de Philippe Audegean.
10. La publication en 2008 et 2010 du séminaire intitulé *La Bête et le souverain* a marqué un clivage dans la réception de l'œuvre de Derrida: sa réflexion consacrée à l'animalité s'y manifeste dans toute son ampleur.
11. Jacques Derrida, *La Bête et le souverain* (volume 1, 2001-2002), éd. Michel Lisse, Marie-Louise Mallet, Ginette Michaud, Paris, Éditions Galilée, 2008, p. 112.

12. Après quasi trente ans de prison, le 27 mars 2008, la condamnation à mort a été commuée en prison à vie.
13. Jacques Derrida, Élisabeth Roudinesco, *De quoi demain...*, Paris, Éditions Fayard/Galilée, 2001, p. 220.
14. *SPM*, t. 1, p. 143, note 1.
15. *DP*, § XXVIII, p. 231.
16. *SPM*, t. 1, p. 143.
17. *SPM*, t. II, p. 294.
18. *SPM*, t. I, p. 227, nous soulignons.
19. *DP*, p. 233.
20. *SPM*, t. I, p. 143, note 1.
21. «Si l'on disait que l'esclavage perpétuel est aussi douloureux que la mort, et par conséquent d'une égale cruauté, je répondrais qu'en additionnant tous les moments malheureux de l'esclavage il le sera peut-être même davantage, mais que ceux-ci s'étendent sur toute la vie, alors que la mort exerce toute sa force en un moment [...]» (*DP*, p. 235).
22. Pour un avis divergent, voir Philippe Audegean, «Beccaria et la naissance de la prison», in Luigi Delia (dir.), *Prison et droits : visages de la peine*, in *L'Irascible. Revue de l'Institut Rhône-Alpin de sciences criminelles*, n° 5, 2015, p. 47-68, en particulier p. 66.
23. Cette lecture était déjà celle de Diderot et de Voltaire. En commentant la proposition beccarienne de substituer la peine de mort par les travaux forcés à vie, Diderot note que Beccaria a tout misé sur l'utilité au détriment de l'humanité: «[...] j'observe qu'il [Beccaria] renonce, et avec raison, à son principe de douceur et d'humanité envers le criminel. "Dans les chaînes, sous les coups, dans les barreaux de fer, le désespoir ne termine pas ses maux, mais il les commence". Ce tableau est plus effrayant que celui de la roue, et le supplice qu'il présente est en effet plus cruel que la plus cruelle mort. Mais parce qu'"il donne des exemples fréquents et durables", son efficacité le rend préférable au dernier supplice, qui ne dure qu'un instant, et sur lequel les criminels déterminés prennent trop souvent leur parti [...]. Un dur et cruel esclavage est donc préférable à la peine de mort, uniquement parce que la peine en est plus efficace [...]» (*Notes sur le Traité des délits et des peines*, in C. Beccaria, *Dei*

delitti e delle pene, éd. Franco Venturi, Turin, Einaudi, 1965, p.403-404). De son côté, ce brillant divulgateur des idées de Beccaria que fut Voltaire, écrit dans le chapitre « Du meurtre » de son opuscule *Prix de la justice et de l'humanité* de 1777 : « Il faut réparer le dommage ; la mort ne répare rien. On vous dira peut-être : "M. Beccaria se trompe ; la préférence qu'il donne à des travaux pénibles et utiles, qui dureront toute la vie, n'est fondée que sur l'opinion que cette longue et ignominieuse peine est plus terrible que la mort, qui ne se fait sentir qu'un moment. On vous soutiendra que, s'il a raison, c'est lui qui est le cruel ; et que le juge qui condamne à la potence, à la roue, aux flammes, est l'homme indulgent". Vous répondrez, sans doute, qu'il ne s'agit pas ici de discuter quelle est la punition la plus douce, mais la plus utile » (*SPM*, t. I, p. 228).

24. Derrida passe en revue les positionnements critiques de Montesquieu, Diderot, Voltaire et Rousseau.

25. Voir Dario Ippolito, *Lo Spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Rome, Donzelli, 2016.

26. Sur les rapports que la guillotine entretient avec la culture des Lumières, je me permets de renvoyer à mon étude « Justice des Lumières et guillotine : un problème philosophique », in Luigi Delia et Gabrielle Radica (dir.), « Penser la peine à l'âge des Lumières », in revue *Lumières*, 20, 2012, p. 121-134.

27. En 1820, dans ses *Principes de la philosophie du droit* (I, 3, § 100), Hegel prend ses distances avec Beccaria (voir l'édition traduite de l'allemand par Jean-François Kervégan, Paris, Éditions des Presses Universitaires de France, 1998, p. 180-181).

28. Voir Immanuel Kant, *Métaphysique des mœurs*, éd. Alain Renaut, vol. II, I^e partie, « Principes métaphysiques de la doctrine du droit » (Paris, Éditions Flammarion, 1994, p. 151-160). Cette édition de la *Doctrine du droit* sera désormais désignée sous l'abréviation *DD*. Sur la lecture kantienne de Beccaria, voir Pietro Costa, « "Un sentiment d'humanité affecté" : Kant critique de Beccaria », in Philippe Audegean et Luigi Delia (dir.), *Le Moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, Oxford, Voltaire Foundation, 2018, sous presse.

29. La prétendue intransigeance du rétributionnisme kantien ne fait pas l'unanimité parmi les commentateurs. Sur cet intense débat historiographique est revenu récemment Pietro Costa, *op. cit.*

30. Allusion à la proposition beccarienne de commuer la peine de mort avec celle des travaux forcés à perpétuité.

31. *DD*, p. 154.
32. *SPM*, II, p. 39.
33. *SPM*, I, p. 23.
34. *SPM*, t. I, p. 32.
35. *DD*, p. 152.
36. *DD*, p. 152-153.
37. *Ibid.*
38. *DD*, p. 153.
39. *DD*, p.155.
40. *SPM*, II, p. 248-249, note 1.
41. *SSPM*, t. II, p. 375.
42. *SSPM*, t. II, p. 49.
43. Sous le signe de la dignité humaine, et non pas d'une logique des effets, des résultats et des conséquences.
44. Voir Jacques Derrida, «Le "Monde" des Lumières à venir (Exception, calcul et souveraineté)», conférence prononcée à l'ouverture du congrès *Avenir de la raison, devenir des rationalités* (Nice, le 27 août 2002), reprise et publiée dans *Voyous*, Paris, Éditions Galilée, 2003.

CHRISTOPHE BÉAL & LUIGI DELIA

Entretien avec MARGAUX COQUET sur l'abolition du système pénal ¹

Christophe Béal et Luigi Delia : Margaux Coquet prépare une thèse en droit pénal, intitulée « L'abolition du système pénal », dans le cadre de l'École doctorale de droit de l'université Jean Moulin, sous la direction du professeur Xavier Pin. Auteur de l'ouvrage *De l'abolition du système pénal. Le regard de Louk Hulsman*, paru en décembre 2016 aux éditions Campus ouvert, Margaux Coquet a étudié le projet abolitionniste du criminologue Hulsman (1923-2009), un projet de politique criminelle qui invite « à quitter le sentier miné de la rétribution pour trouver les voies de l'apaisement ² ».

Dans ce volume, Margaux Coquet met en lumière le regard sceptique que Hulsman porte sur la peine, dont la rationalité lui semble se dérober à toute approche critique. Pour reprendre une expression de Casadamont et Poncela, on serait tenté de dire qu'il n'y aurait pas de peine juste, mais « juste des peines ³ ». L'un des apports des travaux de Hulsman est en effet de montrer que la peine est nue : plus que d'intimider et de réhabiliter, il s'agit de venger, d'éliminer, d'exclure. Ainsi sa réflexion fait ressortir l'irrationalité et même l'absurdité de l'appareil judiciaire et pénal contemporain.

La thèse du non-sens du système pénal chez Hulsman remonte au moins aux années soixante-dix. Il développait alors une recherche sur les peines et il avait mis en œuvre un modèle normatif dans lequel il essayait de rendre opérationnels des principes selon lesquels une sentence « juste » peut être prononcée (information certaine sur l'inculpé,

proportionnalité de la peine au délit...). L'un de ses collaborateurs avait mis ce modèle sur ordinateur. Ils ont alors procédé à une expérience : ils demandaient à l'ordinateur : « dans tel cas... et dans cet autre... quelle est la peine correspondante ? ». La machine répondait toujours : « pas de peine ». D'après l'ordinateur, jamais les conditions ne se trouvaient toutes réunies pour que le tribunal puisse prononcer une peine juste dans le cadre du système. Autrement dit, il était quasiment impossible qu'une peine légitime soit prononcée par le système pénal en vigueur, étant donné la manière dont celui-ci fonctionne. Peut-on encore tolérer un système qui « opère dans l'irrationalité » et « qui s'avère « totalement aberrant » ?

Pourtant, ces considérations suscitent aussitôt l'objection que toute société, au moins à partir du moment où elle assume une forme étatique, est une « société pénale ⁴ », pour reprendre une locution chère à Michel Foucault. On peut certes distinguer les sociétés à l'aune des stratégies punitives qu'elles mettent en place (exclure, racheter, marquer, enfermer...), mais peut-on vraiment penser une société dépourvue de dimension punitive ?

De fait, une telle hypothèse semble renverser complètement la perspective du sens commun, qui est à son tour partagée par les hommes de loi : à savoir l'opinion qui consiste à croire que, dans un État, le citoyen renonce à la violence privée et en confère le droit à l'autorité publique, qui en assume le monopole. Il s'agit, par là, d'éviter que le citoyen ne se fasse justice lui-même, ce qui engendrerait la spirale sans fin de la vengeance, personnelle ou collective, qui a sévi dans de nombreuses communautés du passé, comme ce fut le cas, par exemple, chez les anciens peuples germaniques. Au demeurant, dans n'importe quel État, il est interdit au citoyen de se faire justice soi-même, faute de quoi l'organisation étatique céderait la place à l'anarchie. D'après cette *opinio generalis iuris*, l'État a le devoir d'administrer la justice et de punir le citoyen qui viole la loi. Ce faisant, il venge ceux qui ont été atteints par une infraction, un délit ou un crime, qu'il s'agisse d'individus ou de groupes de personnes. Ainsi, le propre d'un État, peu importe en l'occurrence qu'il soit plus ou moins démocratique, consisterait pour l'essentiel à exercer les puissances judiciaire et pénale.

L'audace théorique des travaux consacrés à l'abolition du système pénal réside donc dans le refus de la prétendue évidence selon laquelle punir serait à la fois un devoir de l'État et une condition nécessaire à la perpétuation d'une société organisée en État.

Nous sommes heureux que le présent dossier de *Rue Descartes*, consacré au « sens de la peine », nous donne l'occasion d'en discuter avec Margaux Coquet. Tout d'abord nous aimerions vous solliciter à propos des sources historiques de l'abolitionnisme pénal. Vous évoquez l'ouvrage d'Émile de Girardin⁵ : quels sont les caractéristiques et les fondements théoriques de cet abolitionnisme du XIX^e siècle ?

Margaux Coquet : L'abolitionnisme est un mouvement hétérogène qui se définit moins par ses finalités que par l'état d'esprit qui caractérise ses partisans. Il est « le symptôme de la tendance générale chez l'humain d'en finir avec et de lutter contre ces phénomènes ou institutions de nature sociale, politique ou religieuse qui, à une certaine époque, sont considérés comme injustes, mauvais ou discriminatoires⁶ ». Théoriquement, donc, il existe autant de sources de l'abolitionnisme que de combats humanistes menés, qu'ils soient liés à d'autres formes d'abolition, comme l'esclavage ou la torture ou qu'ils se concentrent sur des réformes du quotidien, menées à hauteur d'Homme. Les penseurs mobilisés par les abolitionnistes contemporains reflètent d'ailleurs cette diversité, puisque tant Aristote, Proudhon, Marx, Spinoza que Hugo ou Tolstoï peuvent être invoqués à l'appui ou en référence de ces thèses. L'ouvrage d'Émile de Girardin, néanmoins, a pour particularité de transmettre des idées remarquablement proches de celles défendues par certains auteurs maximalistes à l'origine du mouvement « organisé » que l'on connaît aujourd'hui. En effet, et en dehors de quelques arguments tirés du contexte politique et religieux de l'époque – l'omniprésence de la doctrine catholique et les ravages de la guerre franco-prussienne étant régulièrement dénoncés au titre de l'hypocrisie normative – les fondements de cette pensée radicale sont facilement transposables aux luttes actuelles.

L'angle d'attaque d'Émile de Girardin est double et s'articule autour de la preuve de l'illégitimité et de l'inutilité du système pénal. La fonction dissuasive de la sanction pénale est niée, tout comme le caractère absolu des valeurs protégées par l'incrimination. L'infraction est présentée comme un risque normal qui doit être traité par des modes de prévention éducative et technique et entraîner la responsabilité de la collectivité, soit directement à l'échelle de la

commune, soit indirectement par le biais d'assurances obligatoires. La publicité est perçue comme une sanction négative suffisante qui peut être cumulée à l'amende ou à certaines mesures civiles, comme la déchéance de droits. Le problème du crime se confond avec celui de la misère et de l'ignorance et les réponses qui doivent lui être apportées nécessitent avant tout, toujours selon l'auteur, une profonde remise en question sur le terrain des politiques sociales et de l'organisation de la vie en communauté.

C. Béal et L. Delia : Vous évoquez l'hétérogénéité de ce courant abolitionniste. Pourriez-vous en préciser les tendances et les évolutions ?

M. Coquet : Le courant abolitionniste, s'il est un mode de pensée, est aussi une pratique militante. C'est une des raisons pour lesquelles il est difficile de le décrire de façon uniforme. L'ouvrage qui a impulsé son organisation sous l'appellation d'« école abolitionniste » mêle à la théorie les exemples de combats menés dans le pays d'origine de l'auteur, Thomas Mathiesen. *The Politics of Abolition* est publié en 1974 et provoque un électrochoc à une époque où la mode est pourtant à la controverse. Très vite, d'autres auteurs devenus classiques suivront, mais chacun gardera sa propre vision de l'abolition, qu'elle soit maximaliste – comme pour Louk Hulsman –, ou plus relative – comme pour Nils Christie. Aujourd'hui encore, si la tendance est au « pragmatisme minimaliste ⁷ », le courant reste alimenté par une large diversité d'opinions et de propositions. De la seule utilisation de l'emprisonnement comme *ultima ratio*, à la volonté d'en finir avec toute forme de restriction des libertés – pénale ou administrative –, de la critique des incriminations artificielles à la volonté de généraliser l'utilisation d'un concept neutre pour les déspecifier, de la dénonciation du pénal à celle de la politique capitaliste et discriminante dans lequel il s'insère, l'abolitionnisme connaît tout un éventail d'inspirations. Il peut être motivé par la recherche d'une égalité des races, des classes, des genres, par une volonté d'autonomie, de liberté, de dignité, par un constat historique, sociologique ou juridique de l'échec du système actuel, par une conviction spirituelle ou philosophique. Les variations qui caractérisent

l'abolitionnisme ne sont pas linéaires, elles ne dénaturent ni n'altèrent la pensée originelle et permettent une contradiction féconde et continue à l'intérieur du mouvement. Même si parfois, il faut le reconnaître, les positions d'une mouvance apparaissent foncièrement incompatibles avec celles d'une autre ; lorsque la prison est dénoncée comme instrument d'oppression, alors que dans le même temps certaines formes de délinquance « des privilèges » sont appelées à une répression accrue par exemple.

Ce caractère pluriel et fondamentalement militant de la pensée abolitionniste est à la fois sa force et sa faiblesse. S'il permet de la rendre vivante sur le terrain et d'en multiplier les expériences et réussites matérielles, il apparaît plus problématique lorsqu'il s'agit de confronter l'abolitionnisme sur un plan conceptuel aux théories dominantes, notamment juridiques.

C. Béal et L. Delia : L'abolitionnisme, tel que vous le présentez, invite à aller au-delà de l'adoucissement ou de l'humanisation des peines (Montesquieu, Beccaria...). Il ne se réduit pas à un principe libéral de parcimonie, mais invite à privilégier des modes alternatifs de règlement des conflits et à rompre radicalement avec la logique pénale. Vous semblez distinguer deux types d'arguments en faveur de l'abolitionnisme : les uns sont d'ordre factuel et tendent à montrer que le système pénal actuel n'est pas en mesure de remplir les finalités et les fonctions qu'on lui assigne ; les seconds sont d'ordre normatif et laissent entendre que l'incrimination et les sanctions pénales seraient injustes. En quoi l'institution pénale comme telle porte-t-elle atteinte aux droits fondamentaux ?

M. Coquet : On nous enseigne, durant notre parcours de juriste, que l'instrument pénal est conçu pour respecter ces droits, et que ce n'est que lorsqu'il opère de façon anormale qu'il est voué à les bafouer. Il peut même être envisagé comme un outil permettant d'assurer leur garantie, la Cour européenne des Droits de l'Homme déduisant par exemple du droit à la vie l'obligation pour les États de se munir d'incriminations pour lutter contre les atteintes qui lui seraient portées. D'une manière générale, lorsque la

protection des droits fondamentaux et les objectifs du système pénal entrent en conflit, bien souvent cette « exception » est jugée acceptable, car *nécessaire et proportionnée*.

Nécessaire d'abord, parce que le pénal est présumé efficace et seul capable d'assurer le respect des normes indispensables au fonctionnement pacifique de nos sociétés démocratiques. Mettre de côté les principes de liberté, de diversité et d'autonomie des personnes condamnées, pourtant propres à l'humanité, apparaît alors, sans qu'il soit besoin de le prouver, l'unique moyen de garantir ces mêmes droits à la collectivité. La seule critique normative ne peut donc se concevoir sans un pendant pragmatique, qui consiste pour les abolitionnistes à nier avec force l'utilité du système de justice criminelle. Le postulat étant qu'à défaut d'être utile, le système ne saurait être juste. Et cette utilité est précisément contestée, tant du point de vue de la réaction sociale que de celui de la mobilisation du système. Les fonctions neutralisantes, dissuasives et éducatives de la peine sont interrogées, tant au regard de la persistance historique de certains comportements que de la multitude d'études n'ayant pas réussi à les affirmer. L'analyse du chiffre noir de la délinquance, qui englobe la masse des comportements non pris en charge par le système alors même qu'ils en possèdent les critères, conduit en outre à questionner sa véritable pertinence, son attractivité pour les personnes concernées et sa capacité à les prendre correctement en charge.

Proportionnée ensuite, car il semble admis de pouvoir quantifier tant le taux de souffrance résultant de l'infraction, sa gravité intrinsèque, que celui qu'il convient d'infliger à son auteur. L'échelle pénale devant permettre, théoriquement, de rétablir l'équilibre immanent brisé par le comportement indésirable sans risquer d'y porter atteinte par un excès ou un manque de sévérité. Bien entendu, ce calcul hasardeux est vivement critiqué par la plupart des auteurs abolitionnistes en ce qu'il nie la dimension plurielle des émotions et des situations personnelles en jeu lors du processus conflictuel, de sa délimitation à sa prise en charge. Faisant écho à la théorie de l'*agir communicationnel* d'Habermas et sa distinction entre monde vécu et système, il existerait, pour Hulsman ⁸, une distorsion entre la punition prescrite par le pénal et celle

ressentie par son destinataire. L'adoucissement progressif des peines serait d'ailleurs lui-même à relativiser, puisqu'il impliquerait de prendre en compte l'écart entre la situation de vie normale des individus et celle que l'expérience de la pénalité implique⁹. Or, si les standards de confort en milieu ouvert ont considérablement évolué depuis le siècle dernier, c'est loin d'être le cas en ce qui concerne le milieu fermé.

C. Béal et L. Delia : L'abolition est-elle vraiment le seul moyen de remédier à ces violations de droit ?

M. Coquet : C'est toute la question en effet... Il s'agit en fait de savoir si le système peut être amélioré ou si toute tentative de réforme est vaine, car réintégrée par lui à son profit. Ici, on peut déjà noter que le système pénal, parce qu'il est autopoïétique, ne semble pas pouvoir admettre ce qui viendrait modifier son sens et empêcherait la référence aux pratiques et structures préexistantes – surtout s'il s'agit d'intégrer des éléments dépourvus de juridicité. Cet attribut entraîne d'ailleurs en lui-même une forme d'atteinte aux droits fondamentaux, puisqu'il implique de réduire les individus et leurs conflits à des catégories fictives prédéterminées. Le système pénal est condamné à nier la plupart des caractères de l'humanité en ne pouvant reconnaître que ceux – triés sur le volet – qui lui permettent de fonctionner sur la base d'une dichotomie culpabilité/innocence. C'est là son essence même, son ADN si vous voulez.

Pour preuve, la mise en place de procédures alternatives aux poursuites n'a en réalité abouti qu'à l'élargissement des prérogatives pénales puisqu'aujourd'hui, les infractions traitées dans ce cadre auraient probablement été classées sans suite en son absence. De la même façon, on voit se dégager quelques belles promesses, parfois même sous la forme de réformes concrètes – la contrainte pénale, la justice restaurative, l'abaissement des *quantums* de peines pour les personnes dont le discernement se trouve altéré – pour finalement s'apercevoir que, lorsqu'elles ne dissimulent pas une répression accrue, elles ne sont de

toute façon pas accompagnées des moyens financiers et efforts de sensibilisation susceptibles de les voir entraîner une réelle mutation. Elles sont, en revanche, toujours noyées dans un flot parallèle et continu de normes conservatrices.

Un autre exemple frappant est celui des lieux d'incarcération. Pourtant vivement discutés dès leur consécration – laquelle partait, rappelons-le, d'une noble volonté –, l'emprisonnement est aujourd'hui encore la peine de référence de nombre d'incriminations tout en nous valant, régulièrement, condamnations et réprimandes de différentes structures chargées du respect des droits de l'Homme. Cellules insalubres, espace insuffisant, traitements inhumains et dégradants sont aujourd'hui la norme et malgré ce constat, la tendance est à la construction de nouvelles prisons. On sait pourtant, et depuis longtemps, que celles-ci se rempliront aussi vite que celles qui les ont précédées et se retrouveront engorgées avant même d'avoir pu accueillir les détenus qu'il s'agissait à la base de soulager.

Sur le plan des actes réprimés, je crois impossible de lutter pour la décriminalisation de certains comportements problématiques si, parallèlement, d'autres incriminations demeurent et continuent d'offrir une apparence d'utilité au système. Tant que l'on s'entête à partir du principe que la désignation étatique de comportements individuels à des fins répressives est légitime, au moins dans une certaine mesure, je crains qu'on ne puisse vraiment lutter contre. On se retrouve en effet coincé dans un raisonnement circulaire : c'est parce que le système est présumé nécessaire qu'on ne peut que le réformer, et c'est en se contentant de le réformer qu'il continue d'apparaître indispensable. Une fois de plus, la seule référence aux pratiques du système suffit à le légitimer.

D'autre part, il ne faut pas être dupe, la « matière pénale » est aujourd'hui diffuse, et ce type d'atteinte se retrouve sous diverses branches du droit. Cela peut toutefois être une manière de s'assurer, même en l'absence de système pénal, du maintien de l'ordre public et de la protection des citoyens contre les dangers actuels qui nécessitent une forme de neutralisation, au moins temporaire.

C. Béal et L. Delia : Certains partisans de l'abolitionnisme semblent s'inscrire dans une perspective jusnaturaliste. Or, les théories du droit naturel moderne tendent plutôt à justifier le droit de punir et l'institution pénale, tout en lui imposant certaines limites. En vous écoutant et en lisant vos travaux, il semble que cette distinction s'explique par le fait que l'abolitionnisme remet en cause l'analyse contractualiste de l'institution pénale. Est-ce le cas ? Cette critique du contrat social ne se fonde-t-elle pas sur une théorie critique de l'État ?

M. Coquet : Les abolitionnistes ne nient pas l'existence de valeurs mais rejettent la délimitation générale et impersonnelle qu'implique leur traduction juridique. C'est pour cela qu'ils préfèrent parler d'« intérêts » ou de « besoins ». La critique porte donc plutôt sur la démonstration de leur relativité. Pour comprendre, il faut faire le lien entre abolitionnisme et phénoménologie : la connaissance des réalités vécues, du sens donné à l'acte, de la réponse à lui apporter, est une question de compréhension, laquelle n'est envisageable que dans le cadre d'une communication directe avec l'autre, de l'appréhension la plus complète de sa situation. La valeur importante n'est donc plus celle à protéger, quel que soit le moyen utilisé, mais bien celle à atteindre, à l'issue du processus de règlement des conflits. Au sein de ces valeurs, aucune discrimination n'est opérée en amont, et surtout pas par un processus législatif. Les abolitionnistes, s'ils peuvent croire en une forme de droit naturel, ne sont pas convaincus de la nécessité d'une autorité pour les identifier et les (ré)affirmer. Les valeurs « naturelles » sont les valeurs qui sont majoritairement représentées au sein des communautés concernées. C'est en cela que le courant est parfois qualifié de « jusnaturalisme renouvelé ¹⁰ ». L'incrimination est donc mauvaise, non pas en soi, non pas à l'issue d'un processus de réflexion axiologique, mais parce qu'elle n'est pas *cohérente*. Parce qu'elle ne permet pas de refléter la diversité des émotions et des valeurs en action lors de la déclaration d'un conflit. Le relativisme des valeurs prôné par le courant abolitionniste est donc bien plutôt l'affirmation de valeurs relatives en fonction d'un contexte et des intersubjectivités que le processus législatif est, par nature, incapable d'exprimer.

Si cette critique s'applique à la façon dont sont délimités les comportements « injustes », elle est également transposable à la réponse qui doit y être apportée. Émile de Girardin l'exprime très bien dans son ouvrage *Du droit de punir* : « Punir ne serait pas seulement un usage ; punir serait un droit qui aurait pour origine et pour fondement un contrat formé entre les hommes se mettant en société. S'il en est ainsi, je demande, en qualité de partie contractante, à voir le contrat qui m'engage et à vérifier la signature de mes auteurs ¹¹ ». Il apparaît effectivement compliqué de justifier le caractère démocratique de nos institutions à l'étude de leur fonctionnement réel. La théorie du contrat social, mobilisée de façon commode pour justifier leur pérennité, est en réalité profondément viciée puisqu'elle n'a jamais eu vocation à s'appliquer à nos types de sociétés. Les principes mêmes de majorité et de représentativité doivent être débattus puisqu'ils contredisent par essence la thèse d'un rassemblement volontaire de personnes, animées par des besoins et volontés communs, et qu'il serait donc facile de guider vers une forme d'intérêt général. L'« unité pénale », comme celle de la nation, fait en réalité figure d'exception. Quant à la place de l'État, si celui-ci est largement dénoncé comme autorité de désignation de boucs émissaires et autres formes d'instrumentalisation de la répression, je crois qu'il n'est pas incompatible dans son principe avec l'abolition pénale. En effet, si d'apparaître comme seul garant de la sécurité lui a offert la légitimité nécessaire à son développement, il semble qu'il possède aujourd'hui assez de qualités dans sa forme sociale pour justifier sa continuité. Cela étant dit, il est bien évident que thèses abolitionnistes et mouvements anarchistes sont étroitement liés et que la persistance du modèle républicain ne peut se concevoir qu'à la condition d'une profonde redéfinition de celui-ci.

C. Béal et L. Delia : Concernant l'incrimination, vous notez, à juste titre, que, dans une société pluraliste, il est plus difficile de dégager un consensus sur les actions qui doivent être qualifiées d'infractions. Dans la tradition libérale (Mill), c'est un argument central pour condamner les abus des politiques pénales. Mais cela ne conduit pas pour autant à une thèse abolitionniste. Il est, d'autre part, frappant de

constater que même les penseurs libertariens (comme Nozick), favorables à un État minimal, admettent la nécessité d'une justice pénale. L'abolitionnisme conduit-il à une forme de minimalisme pénal ou bien à une suppression totale de toute sanction pénale ? Si c'est le cas, l'essentiel est de montrer comment les infractions qui, pour les libéraux ou libertariens, doivent être traitées par la justice pénale, peuvent faire l'objet d'un traitement alternatif plus juste.

M. Coquet : Le *Harm principle* est dégagé par Mill en remplacement d'un mode de désignation du crime qu'il juge paternaliste. Ce critère doit servir à distinguer ce qui relève d'une incrimination légitime de ce qui est superflu. Ainsi, tout ce qui ne constitue pas une atteinte directe à la liberté individuelle d'autrui ne mérite pas d'être sanctionné par l'État. Cette forme de libéralisme implique d'apprécier l'opportunité de la norme en fonction du préjudice ressenti par les personnes directement concernées et non de ce que le législateur estime appartenir à une morale collective abstraite. Cette théorie a été précisée par Feinberg, lequel va établir une hiérarchie dans la façon dont ces droits fondamentaux doivent être protégés en présentant l'outil pénal comme *ultima ratio*. Son utilisation est alors préconisée dans la seule hypothèse où aucun autre moyen efficace de prévenir ou de supprimer l'atteinte n'est trouvé. En cela, effectivement, les deux auteurs s'insèrent parfaitement dans le courant abolitionniste minimaliste. Dix ans avant la parution du premier tome de l'ouvrage de Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Louk Hulsman avait d'ailleurs déjà imaginé, à titre transitoire, la création de « critères de pénalisation » rationnels et fondés sur un calcul des profits et coûts sociaux d'une action pénale à l'égard d'un type déterminé de comportement ¹².

La nuance s'opère probablement sur la question des fondements et fonctions de la sanction pénale. Nozick m'apparaît convaincu que seule l'infliction d'une souffrance est à même de communiquer à l'auteur les valeurs bafouées par l'infraction, de le « reconnecter » à celles-ci. Peine que l'auteur distingue d'autre part nettement de la vengeance, puisqu'en plus d'être dépassionnée, cette dernière serait entourée de garanties d'impartialité, de légalité et de proportionnalité. Si le minimalisme pénal est défendu par une partie du

courant abolitionniste, il semble impliquer pour les auteurs que vous citez une certaine croyance en l'utilité de la sanction pénale et notamment en sa fonction socio-pédagogique ou « expressive ». Or, pour les abolitionnistes, la seule fonction de la peine susceptible de justifier son maintien exceptionnel tend plus du côté de la neutralisation, en cas d'atteinte actuelle ou anticipée à la liberté qu'il s'agit de protéger. Le désaccord ne semble donc pas fondé sur le type d'infraction mais sur la réponse qu'il convient de lui apporter. En ce domaine, le consensus abolitionniste apparaît s'articuler autour d'un principe de précaution, qui consiste en cas de doute sur les vertus réintégratives de la souffrance à s'interdire d'en infliger.

C. Béal et L. Delia : L'institution d'une justice pénale a souvent été présentée comme un moyen de mettre fin à la vengeance privée et à l'arbitraire. Que répondre à ceux qui, tout en reconnaissant certains défauts du système pénal, considèrent que son abolition conduirait au retour de la vengeance ? Comment préserver les droits et l'égalité des justiciables en l'absence d'institution pénale ? L'abolition du système pénal ne conduit-elle pas à une sorte de justice privée, négociée, par laquelle l'État abandonne aux individus le soin de régler eux-mêmes les conflits dans lesquels ils sont impliqués ? Cela peut être une façon de se réapproprier un droit (Nils Christie), mais cela peut ouvrir la voie à des rapports de domination et à des inégalités. Certains considèrent ainsi que l'engouement en faveur de la justice restaurative est le symptôme d'une gouvernamentalité néo-libérale par laquelle le contrôle social est opéré par les individus eux-mêmes, de façon informelle, et non par l'État et dans un cadre normatif défini. En bref, l'abolition ne conduit-elle pas à des procédures informelles propices à une accentuation des inégalités et à l'arbitraire ? Ne restaure-t-elle pas des formes de contrôle social susceptible de nuire aux libertés individuelles ?

M. Coquet : L'abolition du système pénal n'est pas synonyme de disparition de toute forme de contrôle, qu'il soit informel ou juridique. La justice restaurative est d'ailleurs soumise à de nombreuses exigences, passant tant par la formation rigoureuse des facilitateurs que par la nécessité de respecter un strict et

volumineux cahier des charges. La rupture avec le modèle pénal s'opère sur le terrain des principes sur lesquels sont fondées ces normes de contrôle, principes tournés vers la restauration du lien social brisé, la responsabilisation de l'auteur et l'apaisement de la victime. Il y a cependant, et bien entendu, des cas dans lesquels ce type de processus ne peut fonctionner, soit parce qu'il est refusé par les personnes directement concernées, soit parce que le déséquilibre entre les parties est trop fort et conduit à douter de la liberté de chacun durant la prise de décision. Mais cela ne signifie pas qu'il n'existe pas d'autres moyens d'arriver à mettre fin au conflit, tout en apportant une certaine forme d'apaisement aux personnes impliquées. La justice restaurative est une piste dans le cadre d'une réflexion globale, elle n'est en aucun cas un système de remplacement à elle seule, c'est important de le comprendre.

L'abolition du système pénal permet « seulement » de se détacher des présupposés liés à la notion de « crime », à savoir qu'il constitue un événement indésirable dont la survenance est attribuée à un individu et qui nécessite une réaction sur le mode du contrôle social punitif (Hulsman). Or, il existe une multitude de processus de régulation, formels ou non, qui fonctionnent sur un mode différent de celui précité. Le procès civil, par exemple, demeure « la chose des parties », et favorise ainsi la mise en œuvre de processus de rétroaction et donc de contrôle et d'adaptation aux besoins des personnes qui le sollicitent. Il permet également de purger certains sentiments rétributifs au travers du prononcé de mesures de compensation ou même d'interdiction. Il pourrait, enfin, être adapté pour permettre une procédure d'enquête, lorsque les deux parties ne sont pas identifiées. Et si, pour les besoins de cette dernière, une certaine forme de coercition est nécessaire, il est là encore possible de recourir à la figure du juge, garant des libertés, comme on le trouve dans le système administratif pour s'assurer de l'intérêt et de la mise en œuvre de la mesure. D'autres formes de régulation existent par ailleurs, dans le monde de l'entreprise par exemple, au travers de différentes transactions, et l'on peut se poser la question de la transposition de certains modes de responsabilisation spontanée, de *compliance*, au domaine des personnes physiques. Il faut aussi aller voir ce qui se fait en matière d'adaptation de la justice dans certains territoires

français comme la Nouvelle-Calédonie, avec l'existence d'«*assesseurs civils*» chargés de porter la voix des ethnies autochtones durant les procès. Cet échec n'est pas si éloigné d'instances restauratives comme les *community boards*, sortes de commissions *ad hoc* dont la composition varie en fonction des personnes qui viennent solliciter leur intervention.

Des solutions plus humaines existent déjà, déjudiciarisées ou non, et elles ne sont pas synonymes de chaos, bien au contraire, puisqu'elles emportent l'adhésion des personnes qui y participent. D'autant qu'il ne faut pas se tromper, la justice pénale, malgré sa ribambelle de garanties affichées, n'est pas en reste en termes de production d'inégalités. Il suffit de se pencher sur le respect des principes, pourtant constitutionnels, de nécessité de l'incrimination et de la peine, de présomption d'innocence ou de prévisibilité de la répression pour s'en convaincre.

C. Béal et L. Delia : Les partisans de la justice restaurative ne s'inscrivent pas tous dans une perspective abolitionniste. En France, la tendance serait plutôt de faire de la justice restaurative un processus indépendant, complémentaire et parallèle à la procédure pénale. Dans une logique abolitionniste, la justice restaurative pourrait se substituer aux poursuites et aux sanctions pénales. Mais, selon vous, cela peut-il se concevoir pour n'importe quel type d'infraction ? Il y a des crimes et des actes de violence pour lesquels on a du mal à concevoir qu'un processus de justice restaurative puisse se substituer à la peine et à sa fonction rétributive. En un mot, comment traiter de tels crimes en l'absence de toute sanction pénale ?

M. Coquet : Tant que nous partagerons la croyance que le système de justice criminelle est nécessaire et qu'il permet justement de «*traiter*» les conflits, toute autre forme de régulation sera forcément reléguée à la complémentarité. Rappelons d'ailleurs que les deux processus ne se situent pas sur le même plan, la justice criminelle ayant vocation à punir la transgression commise par l'auteur à l'égard de l'ensemble de la société. Un tel paradigme interdit que soient prioritairement considérés les besoins des personnes directement

concernées, lesquelles ne sont qu'accessoires à la procédure pénale. Cela ne signifie pas que les modèles restauratifs ou plus largement conciliatoires sont intrinsèquement insuffisants, mais seulement qu'ils sont, à mon sens, foncièrement incompatibles avec la persistance du système traditionnel.

Pour ce qui est de la nature de l'infraction en jeu, je ne pense pas qu'il faille raisonner en termes de gravité. Les exemples de justices transitionnelles à l'échelle internationale ont su montrer la pertinence de ce type de pratiques dans le règlement de conflits qui se situent au plus haut sur l'échelle imaginée de la souffrance collective. Bien sûr, il y a toujours des cas dans lesquels la réconciliation n'est ni souhaitable ni possible, mais dans une perspective de prise en compte de l'intérêt des participants, je ne suis pas convaincue que le pénal soit une réponse plus appropriée. D'autant, encore une fois, que l'abolition de la peine ne signifie pas l'interdiction de toute sanction, qu'elle soit négative ou positive d'ailleurs. Elle permet seulement de se situer sur un autre mode de contrôle social, qui peut être éducatif, thérapeutique, compensatoire ou même punitif, sans toutefois que ce dernier soit infamant et systématique.

Ne plus se focaliser sur la culpabilité d'un individu permet en outre de faire émerger des formes diffuses de responsabilité, qui pourront alors être correctement appréhendées. Bien souvent, le traitement pénal a pour conséquence de réduire des phénomènes complexes à une question d'insécurité, empêchant alors que soient menées des politiques préventives, sociales, techniques ou économiques bien plus à même de les encadrer. Pour traiter les crimes, il faut déjà les comprendre, ce que ne permet pas le cadre d'interprétation imposé par le système pénal.

C. Béal et L. Delia : Les peines, en dehors des fonctions qu'on leur accorde traditionnellement, ont une dimension expressive, elles sont l'occasion de manifester publiquement la désapprobation d'un certain type de conduite, de réaffirmer certaines valeurs communes. La peine est ainsi une des manifestations ritualisées de la conscience morale collective (Durkheim). Peut-on se passer de cette fonction expressive et d'un tel rituel social ?

M. Coquet : Sur cette question, à laquelle je n'ai pas encore de réponse, je me permettrai juste de mettre en avant ce qui me semble être une contradiction : soit le crime présente une légitimité ontologique, tellement évidente et tellement choquante pour la « morale collective » qu'il suffit d'en tracer les contours législatifs, soit c'est en en traçant les contours que l'on permet aux morales individuelles de s'adapter. Dans les deux cas, il me semble qu'il faut choisir. On ne peut pas à la fois dire que la vie, par exemple, est une valeur à ce point universelle que la punition de son atteinte ne saurait être remise en cause, tout en soutenant que si l'incrimination disparaît, les individus n'auront plus aucun respect pour elle. S'il ne s'agit que d'exprimer des valeurs sans les imposer puisqu'elles sont évidentes, dans ce cas il existe certainement d'autres vecteurs que le pénal pour le faire. Si ces valeurs ne sont pas intuitives, alors il est vain de compter sur la seule fonction expressive de la peine pour les inculquer, à défaut de n'avoir jamais pu prouver sa fonction dissuasive. Reste en suspens le point de savoir si, une fois son incohérence dénoncée, ce rituel pourra se délester de sa coloration sacrificielle.

C. Béal et L. Delia : La volonté de punir obéit en partie à des passions, à des pulsions non rationnelles ¹³. Le discours abolitionniste est-il en mesure de faire face à ces passions dont se nourrit le populisme pénal ?

M. Coquet : Il ne s'agit pas de nier ces passions, qu'elles soient tristes ou joyeuses, mais de déplacer la focale pour que ce sentiment d'injustice, ce désir viscéralement humain de remettre les choses dans le bon ordre, ne soit plus dirigé vers une seule personne mais vers l'ensemble de la société. Le populisme pénal, comme tout type de populisme, se nourrit de l'ignorance, laquelle est cultivée par un système qui simplifie de façon caricaturale la réalité. Or, le conflit, s'il est inévitable, est aussi fécond. Il permet de confronter les individualités et, lorsqu'il est correctement traité, de renforcer le lien social. Le fait de forcer les personnes à se départir de leurs conflits au profit d'un tiers les prive donc de l'opportunité d'en tirer quelque chose de

bénéfique. À terme, c'est toute une société qui se retrouve incapable de gérer l'altérité.

La *posture* abolitionniste permet de garder à l'esprit une forme de dynamisme de la responsabilité, au travers de la promotion d'une justice substantielle. Elle peut être étudiée, dans son essence, comme un point de rencontre entre la théorie du *discours pratique* d'Habermas et l'Éthique d'Emmanuel Levinas. L'idée étant, lorsqu'un conflit de normes se déclare, de pouvoir le résoudre de façon rationnelle – ce qui implique d'avoir une connaissance exhaustive de l'ensemble des subjectivités impliquées. Aucun argument n'est imposé par avance, tout est discuté dans des conditions qui doivent permettre la participation effective de l'ensemble des membres de la communauté concernée. La responsabilité ainsi dégagée – car il ne s'agit pas de la nier – est interprétée de façon plurielle et remplace le manichéisme pénal par un « *continuum* ¹⁴ ». Un tel discours permet l'émergence d'une responsabilité *sociale* convenablement ignorée par le système pénal. Ce type de processus oblige à constater l'autre, à le regarder. En cela, la rencontre qu'implique le discours est aussi le lieu d'une empathie recréée. Et c'est peut-être justement en encourageant ces sentiments positifs et libérateurs, en leur permettant de se révéler que, petit à petit, certains conflits cesseront d'exister. Et pour ceux qui sont voués à demeurer, car corollaires de la vie en communauté, il faut avoir la conviction qu'en s'autorisant à une réflexion globale et peut-être plus déterministe de ce qui fonde la responsabilité, on pourra lentement se diriger vers une société plus apaisée. Comme l'écrivait Tolstoï, *il faut se mettre à la place de chacun*. Et si tout comprendre n'est pas forcément tout pardonner, c'est peut-être ne plus vouloir punir.

NOTES

1. Propos recueillis par Christophe Béal et Luigi Delia lors d'une séance conjointe des séminaires CIPh « Prison et droits: visages de la peine » et « Philosophie pénale: »

approches contemporaines». Animée par Margaux Coquet, la séance s'est déroulée à l'université de Lyon 3, le 24 avril 2017.

2. M. Coquet, *De l'abolition du système pénal. Le regard de Louk Hulsman*, Paris, Éditions Campus Ouvert, 2016, 4^e de couverture.

3. G. Casadamont et P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Éditions O. Jacob, 2004

4. M. Foucault, *La Société punitive. Cours au collège de France, 1972-1973*, éd. E. Harcourt, Paris, EHSS, Éditions Gallimard, Seuil, 2013.

5. Émile de Girardin, *Du droit de punir*, Paris, Éditions Plon, 1871.

6. H.T. Bianchi, «Abolitionism in the Past, Present and Future», in Lasocik Z., Platek M. and Rzeplinska I. (eds.), *Abolitionism in History: On Another Way of Thinking*, Warsaw: Instytut Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego, 1991, p. 9.

7. En ce sens, et pour une vision plus complète de «l'état de l'art» abolitionniste, voir Nicolas Carrier and Justin Piché, «Actualité de l'abolitionnisme», in *Champ pénal/ Penal field [Online]*, vol. XII | 2015, *Online since 21 August 2015*.

8. L. H. C. Hulsman, «Réponse à Maurice Cusson», in *Déviante et société*, 1990, N° 14, vol. 3, p. 326.

9. N. Christie, *Limits to pain*, Osl : Universitetsforlaget, Aschehoug AS, 1981.

10. V. Ruggiero, *Penal Abolitionism*, Oxford University Press, 2010, p. 56.

11. Émile de Girardin, *op.cit.*, p. 33.

12. L. H. C. Hulsman, «Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation», in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ansel*, Paris, Pedone, 1975.

13. D. Fassin, *Punir, une passion contemporaine*, Paris, Éditions du Seuil, 2007; D. Salas, *La Volonté de punir*, Paris, Éditions Fayard, 2010.

14. W. De Haan, «Redresser les torts: l'abolitionnisme et le contrôle de la criminalité», in *Criminologie*, vol. 25, n° 2, 1992, p. 131.

JENNIFER SELLIN

Définir le sens de la peine : un travail de Sisyphe ? Le point de vue du juriste

La téléologie pénale, que nous restreindrons ici à l'étude des finalités de la peine ¹, est un thème bien connu des philosophes, historiens et sociologues du droit. Pour autant, et nonobstant des réflexions très anciennes ², il s'agit d'un domaine dans lequel le législateur français ne s'est aventuré que tardivement. Les premières dispositions assignant expressément des objectifs à la peine – privative de liberté exclusivement – apparaissent timidement dans la seconde moitié du XX^e siècle. À cet égard, on peut citer l'ancien article 728 alinéa 2 du code de procédure pénale, dans lequel figuraient pour la première fois des notions telles que l'« amendement » ou le « reclassement social » des condamnés, ou encore l'ancien article 1^{er} de la loi pénitentiaire du 22 juin 1987 qui visait quant à lui leur « réinsertion sociale ». Pour autant, le législateur ne s'intéressait aux finalités de la peine qu'avec parcimonie, circonscrivant au surplus sa réflexion à la seule peine privative de liberté. Ainsi, des objectifs assignés aux peines non privatives de liberté, à l'instar par exemple de l'amende ou du travail d'intérêt général, il n'était nullement question. Le nouveau code pénal, entré en vigueur au 1^{er} mars 1994, aurait pu constituer un terrain favorable à l'émergence d'une définition plus générale. Mais au sein de celui qu'on surnommait pourtant le « code des peines », aucun principe commun ne fût précisé et il faudrait attendre le XXI^e siècle pour assister à l'émergence, derrière la formule nouvellement consacrée de « sens de la peine ³ », d'une réflexion plus poussée. Passée la période de réserve précédemment évoquée et après un premier rendez-vous

manqué en 2001 ⁴, le « sens de la peine » allait rapidement devenir l'un des thèmes de prédilection du législateur, comme en atteste la prolifération de lois y consacrant des dispositions durant la décennie 2004-2014.

1. La peine en sens giratoire

Les premières indications relatives au sens de la peine étaient apparues à l'article 707 alinéa 2 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Celui-ci indiquait que « l'exécution des peines » devait favoriser, « dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive ». Dans un deuxième temps, la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales était venue préciser à l'article 132-24 alinéa 2 du Code pénal que « la nature, le *quantum* et le régime des peines prononcées » devaient être fixés « de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions ». La loi pénitentiaire du 24 novembre s'était dans un troisième temps attachée à définir le sens de l'exécution de la peine privative de liberté. C'est ainsi qu'on pouvait lire, en son article premier, que le

régime d'exécution de la peine de privation de liberté concili[ait] la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions.

Cet enchevêtrement de textes, combiné à la juxtaposition de finalités variant au gré des modes, brouillait plus qu'il ne facilitait l'appréhension du sens de la peine. À l'issue de cette première période, la plus grande confusion régnait en la matière. Soucieux de s'affranchir des excès passés, le législateur a procédé, par l'intermédiaire de la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, à une remise à zéro des compteurs. La déconstruction du sens de la peine – par l'abrogation de la totalité des dispositions antérieures – s'est accompagnée

d'une ultime reconstruction. Désormais, l'article 130-1 du Code pénal nous enseigne qu'

afin de protéger la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° de sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° de favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion.

Rompant avec la présentation « catalogue » retenue jusqu'alors, ce texte opère une hiérarchisation bienvenue entre finalités individuelles et finalités collectives de la peine. Dès lors qu'objectifs individuels et collectifs n'appartiennent plus au même niveau de finalité, ils se complètent au lieu de s'opposer. Ainsi la sanction, l'amendement, l'insertion et la réinsertion ne sont plus envisagés comme des fins en soi mais comme des moyens de parvenir à des buts supérieurs de protection de la société, de prévention des nouvelles infractions et de restauration de l'équilibre social. D'un point de vue formel, cette nouvelle articulation est très satisfaisante et améliore considérablement la lisibilité du sens de la peine. Sur le plan substantiel en revanche, le texte de l'article 130-1 demeure encore largement perfectible.

2. L'écueil du sens unique

Longtemps circonscrit à la seule privation de liberté, le « sens de la peine » a désormais vocation à s'appliquer à l'ensemble des peines. C'est en tout cas ce qui ressort, à première vue, de l'emplacement de l'article 130-1, symboliquement inséré en tête du titre du code pénal consacré aux peines. Il faut cependant se garder d'adhérer trop vite à cette position, tant ce texte pose question, au regard de la diversité des peines contenues dans notre arsenal répressif. La sanction du condamné ne pose guère de difficultés. Par nature, toutes les peines sont afflictives. À des degrés divers, elles occasionnent chez leur destinataire une souffrance ou, à tout du moins, constituent un désagrément ou une gêne sensible. Dans quelques cas, ce lien peut apparaître plus ténu. S'agissant par exemple des peines de stages – stage de citoyenneté, de sensibilisation à la sécurité routière, de responsabilité parentale, de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants ou de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes – il est vrai que leur dimension pédagogique s'expose au premier plan. Pour autant, ils ne sont pas exempts d'une

composante afflictive. Ainsi, leur coût est fréquemment supporté par le condamné, et ils occasionnent au demeurant pour les salariés la perte d'une ou deux journées de salaire ⁵. La référence à la notion d'amendement est déjà plus problématique, *a fortiori* lorsque l'on évoque les peines applicables aux personnes morales. À première vue, il peut en effet paraître « téméraire [...] de considérer qu'une personne morale, "créature abstraite", peut être dotée d'une volonté et d'une conscience propre qui lui enjoignent de s'améliorer ⁶ ». Certes, une analyse inverse n'est pas à exclure, dans la mesure où les juridictions leur reconnaissent parfois des « sentiments » qu'on aurait pensés propres à l'être humain. On a notamment pu considérer qu'une personne morale pouvait souffrir ⁷, être atteinte dans son honneur ⁸ voire même se repentir. C'est en tout cas ce qu'ont estimé les juges du tribunal correctionnel de Bonneville par un jugement en date du 27 juillet 2005. Dans cette affaire, qui concernait la catastrophe du Mont-Blanc, ils avaient considéré, pour justifier la peine prononcée à l'encontre des personnes morales françaises poursuivies, qu'elles n'étaient plus « ce qu'elles étaient avant la catastrophe ». Néanmoins, de telles décisions demeurent marginales et on peut dès lors considérer que la transposition du sens de la peine rencontre ici une première limite. Par ailleurs, toutes les peines ne sont pas tutélaires, loin s'en faut. Quoi qu'en dise l'article 130-1, il subsiste au sein du Code pénal des peines répondant à des logiques bien différentes. Ainsi, la peine d'affichage de la décision prononcée ou de diffusion de celle-ci, mentionnée à l'article 131-35 du Code pénal, que d'aucuns considèrent comme une « version douce du pilori ⁹ », est strictement infâmante. D'autre part, certaines peines répondent bien plus à des logiques de neutralisation que d'insertion ou de réinsertion. Les annulations et suspensions du permis de conduire par exemple, « se préoccupent bien davantage d'écarter du volant les conducteurs constituant un danger pour le public que d'en faire des automobilistes normaux ¹⁰ ». La finalité neutralisante des interdictions professionnelles est également reconnue depuis longtemps. Ainsi, en 1971, la Société internationale de défense sociale, à l'occasion de son 7^{ème} congrès international, avait considéré que

le but des interdictions judiciaires en général et des interdictions professionnelles en particulier est de protéger la société contre les individus qui abusent de telle ou telle situation et de leur enlever les possibilités et l'occasion de commettre de nouvelles infractions en rapport avec leur situation personnelle¹¹.

Subsistent également des peines obéissant à une logique d'élimination. Avec l'abolition de la peine

de mort par la loi du 9 octobre 1981, on la pensait révolue. Cette logique perdue néanmoins au travers de peines telles que la privation de liberté à perpétuité, l'interdiction définitive du territoire français ou encore, s'agissant des personnes morales, la peine de dissolution.

Au regard de ce qui précède, force est de constater que l'article 130-1 se révèle en définitive bien en deçà des attentes.

3. Sens sans avenir ou sens à venir ?

Ce texte gagnerait tout d'abord en intelligibilité s'il prenait la peine de clarifier certaines des théories en présence. Ainsi, on ne sait que faire de la mention en son sein des « intérêts de la victime ». Elle n'appartient, semble-t-il, ni à la catégorie des finalités collectives, ni à celle des finalités individuelles. Généralement, à l'endroit des victimes, on évoque plutôt la notion de réparation. C'est en tout cas le choix qui a été opéré par le législateur canadien (art. 718 du code criminel), selon lequel

le prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanction justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants : [...] e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité,

ou, plus proche de nous, par le législateur britannique (*UK Criminal Justice and Court Services Act 2000*, part. 12, ch. 1, sect. 142¹²).

La formulation retenue par le code pénal mériterait donc d'être précisée. L'article 130-1 gagnerait ensuite à s'inspirer de son homologue canadien, l'article 718 du Code criminel. L'articulation générale de ce texte est sensiblement la même. Lui aussi opère une distinction entre finalités collectives et finalités individuelles de la peine. La formulation des objectifs collectifs est assez semblable. Ainsi, l'article 718 reconnaît tout d'abord que la peine « a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes ». C'est surtout s'agissant des finalités individuelles de la peine que ces deux textes diffèrent. En effet, le législateur canadien est ici beaucoup plus loquace

que son homologue français, puisqu'il considère que la peine peut avoir pour but de :

- a) dénoncer le comportement illégal et le tort causé par celui-ci aux victimes ou à la collectivité ;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions ;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société ; d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants ;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité ;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes ou à la société.

Ces différents objectifs ne sont au demeurant pas cumulatifs – contrairement à l'approche retenue à l'article 130-1 – mais alternatifs, l'article 718 prévoyant la possibilité d'en viser « un ou plusieurs ». Une transposition de ce modèle en droit français serait bienvenue. D'une part, celui-ci serait plus cohérent au regard de la diversité des peines. D'autre part, un tel catalogue permettrait aux juridictions de choisir – au moment du prononcé – la justification la plus pertinente. La compréhension de la peine par ses destinataires n'en serait que renforcée.

Définir « le sens de la peine » est, en définitive, une entreprise complexe. Ardue, la tâche n'en est pas moins essentielle, et l'on comprend pourquoi le législateur s'y emploie avec autant d'acharnement. Chacune de ses tentatives s'est jusqu'à présent soldée par un échec. À peine arrivé au sommet de la montagne, voilà que le sol se dérobe sous ses pieds et qu'il faut tout recommencer, encore et encore. Ne gagnerait-on pas, en la matière, à opter pour une approche plus pragmatique ? En juin 2000, on avait considéré que le sens à donner à la peine devait définir « ce qu'on voudrait qu'elle soit ¹³ ». Peut-être le temps est-il venu de regarder la peine non pour ce qu'on voudrait qu'elle soit mais, plus simplement, pour ce qu'elle est.

NOTES

1. La téléologie désigne l'étude de la finalité. Appliquée au domaine pénal, elle ne se limite pas à la peine. On pourrait ainsi tout à fait envisager d'étudier les finalités du procès pénal ou du système pénal dans son ensemble.

2. Platon s'interrogeait déjà sur le sens de ce qu'il nommait «la punition des méchants»: «celui qui veut punir judicieusement ne punit pas à cause de l'injustice, qui est chose passée, car il ne saurait faire que ce qui est fait ne soit pas fait; mais il punit en vue de l'avenir afin que le coupable ne retombe plus dans l'injustice et que son châtement retienne ceux qui en sont les témoins» (*Protagoras*, 324b).

3. La récurrence avec laquelle cette formule est aujourd'hui employée ne doit pas nous faire oublier qu'elle demeurait très marginale avant l'année 2000. C'est en effet à cette date qu'elle allait pour la première fois être consacrée, plus précisément au sein de deux rapports de commissions d'enquête parlementaires rendus le 28 juin 2000. J.-J. V. Hyst et G.-P. Cabanel, «Prisons: une humiliation pour la République», Rapport de la commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 février 2000, Sénat, 28 juin 2000, n° 449, 775 p.; cf. L. Mermaz et J. Floch, «La France face à ses prisons», Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, Ass. nat., 28 juin 2000, n° 2521, 893 p.

4. Suite à la publication des rapports des commissions d'enquête en juin 2000, un avant-projet de loi «sur la peine et le service public pénitentiaire» avait été présenté à la presse par Marylise Lebranchu, alors Ministre de la Justice, à l'été 2001. Le Titre I^{er} de cet avant-projet, intitulé «Du sens de la peine», prévoyait d'insérer au sein des codes pénal et de procédure pénale des dispositions relatives aux finalités des peines encourues, prononcées et exécutées. Il n'avait finalement jamais été présenté en Conseil des ministres.

5. V. Gautron et P. Raphalen, «Les stages: une nouvelle forme de pénalité?», *Déviante et société*, 2013/1, vol. 37, p. 32.

6. A. Chouvet-Lefrançois, «Les finalités de la sanction en droit pénal», *in À propos de la sanction*, LGDJ, 2007, p. 18.

7. V. not. Cass. Crim., 27 nov. 1996, n° 96-80.223; Cass. Crim., 27 mai 2003, n° 02-84.136; Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10.278.

8. V. not. Cass. Crim. 22 juin 1999, n° 98-80.593.

9. F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Paris, Éditions Economica, 15^{ème} éd., 2008, p. 809, n° 847.

10. B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, Paris, Éditions Dalloz, 4^{ème} éd., 2011,

p. 49.

11. Cité par A. Tsitoura, «Les interdictions professionnelles en tant que mesures de substitution aux peines privatives de liberté », in *Liber amicorum, Raymond Screvens*, Paris, Éditions Némésis, 1986, p. 83-84.

12. «*Purposes of sentencing - (1) Any court dealing with an offender in respect of his offence must have regard to the following purposes of sentencing - (e) the making of reparation by offenders to persons affected by their offences.*»

13. L. Mermaz et J. Floch, «La France face à ses prisons», Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, Ass. nat., 28 juin 2000, n° 2521, p. 117.

LAURA BARTOLI

Entre procès et sanction pénale : quel soulagement pour deux systèmes en crise ?

Le système italien de justice pénale doit faire face à deux problèmes principaux : la durée exagérée des procès et l'inflation carcérale. Ces questions ne sont pas propres à ce seul pays¹, mais, pour ce qui concerne l'Italie, elles ont atteint une gravité difficile à ignorer. Parmi les réformes approuvées pour améliorer ce cadre général, la suspension avec mise à l'épreuve est l'une des plus ambitieuses : introduite par la loi n. 67 du 28 avril 2014², elle se situe au carrefour de deux systèmes et essaie de franchir leurs limites en proposant un modèle radicalement alternatif soit de peine, soit de procès pénal.

Pour en mieux comprendre la nouveauté, il convient d'en rappeler le fonctionnement avant d'en souligner les avantages et les enjeux.

1. La procédure

Le procès pénal italien se compose de trois phases : l'enquête préliminaire, l'audience préliminaire et le jugement, où les preuves sont présentées devant le juge, en débat contradictoire entre les parties. Toutefois, on peut abrégé la procédure ordinaire en recourant aux procédures simplifiées prévues par le Livre VI du Code de Procédure Pénale : celles-ci changent l'organisation du procès en « abandonnant » au moins l'une des trois phases à la demande des parties, quand les circonstances du cas le permettent. Elles ont été conçues pour mesurer les efforts et mettre en relation la complexité de la procédure avec la

complexité du cas particulier, ou bien pour consentir à la défense d'obtenir des bénéfices pénaux en échange d'une épargne des ressources processuelles.

La suspension avec mise à l'épreuve est la plus récente des procédures simplifiées : elle permet à l'accusé d'un délit mineur ou d'une contravention de se soumettre à certaines obligations en échange du renoncement à établir sa responsabilité pénale³. Elle ne peut être demandée au juge que par le prévenu lors de l'enquête préliminaire⁴ ; le ministère public a le pouvoir de bloquer la requête uniquement pendant cette première phase : à ce point, il doit encore déclencher l'action publique et il pourrait choisir entre plusieurs alternatives, y compris le classement sans suite. Pourtant, lorsqu'on sort de la phase des enquêtes, l'opinion du ministère public n'est plus contraignante : le juge peut accorder ou refuser la suspension avec mise à l'épreuve sur la base de ses propres évaluations. La demande peut être proposée jusqu'à la présentation des conclusions de l'audience préliminaire : si le juge rejette la requête, l'accusé pourra la soumettre à nouveau au juge de la phase de jugement, avant que le débat contradictoire soit déclaré ouvert⁵.

À la demande, la défense doit joindre un plan de traitement élaboré avec le bureau pour l'exécution pénale à l'extérieur⁶, qui s'occupe de toutes peines alternatives à l'emprisonnement⁷. Le document propose une série d'obligations déterminées à la suite d'une recherche menée par un assistant social du bureau sur les conditions de vie, de famille et de travail de l'accusé. En tout cas, la loi établit un schéma de projet qui prévoit des engagements obligatoires aussi bien que des prescriptions éventuelles. Le plan doit nécessairement prévoir la prestation de travaux d'intérêt général dans une organisation publique ou privée sans but lucratif pendant une période minimale de 10 jours jusqu'à un maximum de 2 ans⁸, ainsi que l'indemnisation du dommage et l'élimination de toute conséquence dangereuse ou nuisible qui découle du délit. Le projet peut aussi envisager une tentative de médiation entre auteur et victime et, s'il est nécessaire, il peut également imposer d'autres mesures pour mieux adapter le plan au cas particulier : si l'infraction est liée à l'abus d'alcool, il est vraisemblable qu'on le prenne en compte en demandant au sujet, par exemple, d'entreprendre un parcours de réhabilitation⁹.

Le projet doit être nécessairement accepté par l'accusé avant qu'il ne soit présenté au juge¹⁰ : la mesure pèse considérablement sur la liberté personnelle du prévenu et elle ne trouve, à ce stade, aucun fondement judiciaire. Le consentement est donc indispensable pour la légitimité de la procédure mais il importe de préciser immédiatement que l'accord du prévenu et le

caractère volontaire de la procédure ne présupposent aucune reconnaissance de culpabilité : en demandant la procédure simplifiée, la défense ne concède aucun fait ; elle renonce tout simplement à une décision sur le fond¹¹.

Lorsque le plan est complet, la demande doit être évaluée par le juge compétent, qui doit vérifier d'abord que toutes les conditions d'admissibilité soient réunies¹² et qu'il ne puisse pas prononcer un arrêt d'acquiescement immédiat : il s'agit d'un contrôle « renversé », où le juge cherche dans le dossier non pas la preuve de la culpabilité pour condamner, mais la preuve de l'innocence pour relâcher. Si l'innocence de l'accusé n'est pas évidente, il continue l'évaluation de la demande avec une analyse du plan de traitement : celui-ci doit être proportionné et suffisant à réparer le mal ; le juge peut modifier le projet, mais toute initiative est confrontée à la limite de la volonté de l'intéressé¹³.

Si le juge admet la procédure, il prononce une ordonnance qui déclare la suspension du procès, en déterminant aussi le délai pendant lequel il sera interrompu ; la période de suspension est proportionnée à la gravité de l'infraction et, dans tout cas, ne peut pas dépasser deux ans. Pour déterminer la durée de la suspension, le juge utilise les dispositions conçues pour la quantification de la peine¹⁴.

Pendant la suspension, l'accusé doit respecter les obligations du projet sous la vigilance du bureau pour l'exécution pénale à l'extérieur ; les seules activités processuelles admises sont celles d'urgence et celles qui peuvent porter à l'acquiescement¹⁵.

Si le plan n'est pas respecté, l'ordonnance de suspension est révoquée et le procès pénal recommence où il avait été interrompu¹⁶.

À la fin de la période de suspension, le juge qui a ordonné la suspension devra évaluer le résultat de l'épreuve : s'il est positif, le juge prononce un arrêt de relâchement qui déclare l'*extinction* de l'infraction pénale. Si, au contraire, on estime que l'accusé n'a pas réussi l'épreuve, le juge émet une ordonnance à partir de laquelle le procès pénal reprend normalement¹⁷.

2. Les avantages

La procédure simplifiée a été accueillie avec enthousiasme : on a parlé d'une véritable révolution copernicienne pour le domaine du droit pénal aussi bien que pour celui de la procédure pénale. En effet, la réforme est sans doute le point d'arrivée d'une réflexion

générale sur le système : les solutions proposées encouragent une véritable mutation idéologique en affrontant en même temps les difficultés les plus pratiques¹⁸.

Pour la première fois, on a mis structurellement en discussion la détention comme réponse aux petits délits en offrant à l'accusé et au juge la possibilité de préférer au jugement traditionnel un ensemble d'obligations plus souples, moins contraignantes ; cela devrait donc réduire le taux de détention et alléger le surpeuplement. De surcroît, la mise en valeur des travaux d'utilité publique pourrait avoir un effet positif plus général : cette sanction est déjà connue par le catalogue des peines, mais elle a toujours eu beaucoup de difficultés à démarrer. Sa réussite exige une bonne relation entre tous les sujets impliqués et la construction d'un tel réseau n'est pas une affaire facile : il faut mettre en synergie les compétences, les ressources et les efforts pour mettre en place un nombre satisfaisant de collaborations. Avec la suspension avec mise à l'épreuve, le législateur a augmenté l'éventail d'organisations qui peuvent accueillir les prévenus et a placé cette activité dans un contexte plus dynamique, offrant une occasion qui pourrait relancer la mesure en général, dans tous ses cas d'application.

Les innovations principales, toutefois, concernent le niveau théorique. La peine s'adapte à l'intéressé et aux exigences de vie qu'il manifeste : au lieu de perdre sa place dans la société, il est mis au centre et guidé dans un parcours individuel, fait sur mesure. De cette manière, la peine peut devenir finalement un véritable instrument de resocialisation et pas seulement un moyen de répression. Le traitement, d'ailleurs, n'est pas imposé par une autorité supérieure : la demande de l'accusé est incontournable aussi bien que son accord par rapport à tous les engagements prévus par le plan.

De plus, la peine gagne en efficacité, car elle est appliquée juste après les faits et bien avant la conclusion normale d'un procès pénal ordinaire : d'un côté, la valeur rééducative du traitement augmente et de l'autre, les intérêts de la victime sont mieux protégés par une ordonnance exécutoire.

Dans le domaine du procès, la suspension avec mise à l'épreuve pourrait avoir l'effet décongestionnant dont le système aurait besoin : si le prévenu le demande, l'affaire sera traitée et résolue au dehors du système de justice pénale, libérant ainsi des ressources à investir autrement. Au-delà des avantages pratiques, la procédure simplifiée essaie d'introduire un mode alternatif de résolution des conflits en élargissant le champ d'application des mesures de justice restaurative. Le traitement favorise en effet la réconciliation entre victime et auteur ou, au moins, prend en compte leurs nécessités : les obligations sont pensées pour restituer aux

protagonistes la gestion des effets de l'infraction criminelle, le bureau pour l'exécution pénale veillant au bon déroulement du plan. Le point de vue change radicalement : l'objectif n'est plus celui de rétablir les faits, d'attribuer les responsabilités et de punir le coupable ; la logique est celle de trouver un accord satisfaisant pour tous et dans ce cadre, l'introduction de la médiation est l'élément le plus précieux et l'innovation la plus significative. Celle-là n'était pas inconnue au système italien, mais elle était accessible seulement devant le juge de paix ; la magistrature ordinaire, au contraire, n'a jamais été familiarisée avec la culture et la pratique de la justice restaurative et cette introduction pourrait apporter des bénéfices significatifs : la victime et l'auteur peuvent sortir plus rapidement du circuit pénal : le risque de victimisation secondaire est réduit, l'accusé ne reste pas soumis à la lenteur du procès, le tribunal se débarrasse d'une affaire simple.

3. Les enjeux

Malgré les bonnes intentions, la suspension avec mise à l'épreuve risque de ne pas être à la hauteur des attentes.

Il faut d'abord souligner que l'effet de déflation pénitentiaire semble être un espoir plutôt qu'une réalité : la suspension conditionnelle de la peine couvrait déjà la vaste majorité des infractions pour lesquelles on peut demander la procédure simplifiée. En cas de condamnation, il reste improbable que la peine ne soit pas suspendue et ce bénéfice comporte souvent moins d'obligation pour le condamné. La mesure est donc beaucoup plus légère que la suspension avec mise à l'épreuve, qui reste une solution avantageuse seulement du point de vue du casier judiciaire : la condamnation à une peine suspendue figure normalement, tandis que l'évaluation positive de l'épreuve porte à un arrêt d'acquiescement¹⁹.

En outre, la pression que la nouvelle procédure simplifiée comporte pour les bureaux d'exécution pénale à l'extérieur pourrait avoir un impact négatif sur les mesures pénitentiaires alternatives à la détention. La suspension avec mise à l'épreuve peut libérer les tribunaux, mais absorbe en revanche désormais la plupart des énergies des bureaux, qui ont été chargés de compétences nouvelles sans obtenir de nouvelles ressources. Effectivement, la réforme a été pensée pour améliorer la situation à coût nul, sans planifier à l'avance une réorganisation des bureaux ou, plus simplement, l'ajustement de leur dotation, et ce détail risque de compromettre à la fois les mesures alternatives à l'emprisonnement et l'esprit de la

réforme. Faute de moyens, le bureau va devoir faire son travail d'une façon de plus en plus bureaucratifiée, jusqu'à éliminer l'effort d'individualisation du plan que la bonne réussite de la loi exigerait.

Encore sur le plan pratique, la structure des obligations n'est pas optimale et le problème se présente aussi par rapport à la partie la plus importante du plan : les travaux d'utilité publique. La prestation est le seul élément nécessaire du projet, et l'horizon d'application de cette mesure dans d'autres domaines a révélé des défauts difficiles à ignorer. Pour commencer, les places sont forcément limitées : les associations qui peuvent recevoir les intéressés ne sont pas infinies, et la même sanction est employée aussi dans d'autres cas²⁰. La diffusion de la procédure risque donc d'être ralentie par le manque de disponibilité de la partie des personnes morales et le phénomène des listes d'attente est déjà bien connu. De plus, la présence d'organismes tiers aptes à collaborer avec la justice pénale n'est pas égale le long du territoire national, par conséquent les accusés n'auront pas les mêmes possibilités : les tissus sociaux plus dynamiques et ouverts offriront plus d'opportunités que les régions plus isolées et économiquement fragiles.

La disposition la plus problématique, en tout cas, est celle qui regarde la médiation : même si elle est connue par le système, elle n'est pas réglementée, et la réforme de 2014 n'a pas rempli ce vide. Il n'y a aucun protocole normatif qui prévoit la démarche de la procédure, ce qui met en danger tant les droits du prévenu que ceux de la victime. Au niveau national, la loi n'a jamais fixé un standard minimum pour la formation des médiateurs, qui peuvent avoir suivi les parcours les plus divers. En outre, dans le cas de la suspension avec mise à l'épreuve, il faut souligner que le procès pénal pourrait reprendre à la fin de la période de suspension : il serait donc important d'empêcher la communication entre les deux voies, puisqu'elles adoptent deux philosophies différentes. Le procès a pour but de reconstruire les faits et assigner les responsabilités, tandis que la médiation vise une solution partagée entre les parties : son déroulement présuppose un dialogue pendant lequel l'accusé n'a ni les mêmes droits ni les mêmes garanties ; le droit de garder le silence, par exemple, n'a pas de sens dans ce cadre. Les rôles sont déjà réputés clairs : une victime d'un côté, un auteur de l'autre, tandis que le procès pénal tourne autour de la présomption d'innocence.

À bien voir, la même objection pourrait être émise contre la procédure entière : la mise à l'épreuve contraste en effet avec la présomption d'innocence d'une manière très évidente. Le prévenu se soumet à une véritable peine sans qu'aucune déclaration de culpabilité ne soit

prononcée par le juge ; au contraire, la peine arrive avant une décision d'acquittement. Du point de vue théorique, c'est le point faible de la réforme, et le consentement de l'intéressé n'est pas suffisant pour éliminer les préoccupations : une violation reste telle – même si l'accusé a donné son consentement – et la nature pénale du programme de traitement semble être très claire. Les obligations découlent d'une infraction pénale, elles sont proportionnelles à la gravité d'un délit dont on présume l'existence et les modalités de réalisation et, dans leur contenu, elles sont presque identiques à plusieurs peines de substitution à l'emprisonnement. Si l'on regarde à travers les critères Engel, le traitement impliqué par la mise à l'épreuve fait certainement partie de la notion de matière pénale élaborée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, et la Cour de Cassation elle-même n'a pas nié le caractère punitif de la mesure, sans se préoccuper des conséquences logiques de cette affirmation²¹.

Conclusion

La suspension du procès avec mise à l'épreuve a bien franchi l'incertitude des premières applications : les affaires dans lesquelles la mise à l'épreuve était en cours en décembre 2016 sont 9.090²².

Il est pourtant trop tôt pour vérifier si la procédure simplifiée est vraiment capable de contribuer de façon notable à la décongestion du système et, en même temps, à l'introduction d'un modèle différent de procès et de sanction. Les objectifs sont ambitieux et cette réponse contient des éléments d'originalité tout à fait remarquables, mais ils ne sont pas en harmonie avec les principes généraux qui régissent le système, et notamment avec la présomption d'innocence. La recherche d'une justice pénale plus humaine et efficace que cette réforme a commencée doit donc continuer, sans oublier cependant les droits des sujets concernés aussi bien que l'architecture du procès pénal.

NOTES

1. Cf. Conseil d'Europe, Comité Européen pour les Problèmes Criminels, *Livre blanc sur le surpeuplement carcéral*, Strasbourg, 30 juin 2016 (URL : www.coe.int).

2. Pour un commentaire général sur la loi, voir F. Palazz, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014 (URL: <http://www.penalecontemporaneo.it/d/2827-fatti-e-buone-intenzioni-a-proposito-della-riforma-delle-sanzioni-penali>).
3. L'art. 168-*bis* c.p. admet la mise à l'épreuve seulement pour les infractions pénales punies avec emprisonnement jusqu'à quatre ans et, au-delà de cette limite, pour les infractions énumérées par l'art. 550 c.p.p. alinéa 2.
4. Article 464-*ter* c.p.p.
5. Pour les infractions punissables jusqu'à quatre ans d'emprisonnement de compétence du juge unique, l'audience préliminaire n'est pas prévue (art. 550 c.p.p.). La demande de suspension avec mise à l'épreuve est donc présentée au juge du jugement avant l'ouverture du débat contradictoire.
6. Art. 141-*bis* dispositions d'exécution du Code de procédure pénale.
7. Article 464-*bis* c.p.p.
8. À vrai dire, la loi ne fixe pas la durée maximale de la prestation; elle établit en revanche la durée maximale de suspension du procès, qui ne peut pas évidemment être inférieure à celle des obligations. Le manque d'un délai spécifique fait toutefois l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité sur laquelle le Conseil constitutionnel italien va se prononcer; cf. Ordonnance n. 289/2015 du Registre des actes de recours, www.cortecostituzionale.it.
9. La structure du plan est fixée par l'art. 464-*bis* du Code de procédure pénale et par l'article 168-*bis* du Code pénale.
10. Art. 141-*bis* Dispositions d'exécution du Code de procédure pénale.
11. Ce trait est partagé par une autre procédure simplifiée, l'application de la peine sur la requête des parties (art. 444 c.p.p. Italien): la demande n'exige aucune admission de responsabilité.
12. La suspension avec mise à l'épreuve ne peut être accordée qu'une seule fois: il faut donc que l'accusé n'ait jamais utilisé le bénéfice avant. En outre, le juge doit rejeter la requête si elle a été formulée par un criminel récidiviste ou professionnel.
13. Art. 464-*quater* c.p.p.
14. Il s'agit de l'art. 133 c.p.
15. Art. 464-*quinquies* c.p.p.

16. Art. 168-*quater* c.p., art. 464-*octies* c.p.p.
17. Art. 168-*ter* c.p., art. 464-*septies* c.p.p.
18. En commentant l'approbation de la loi, le Ministre de la Justice; Andrea Orlando; a déclaré qu'il s'agit d'un pas en avant pour un pays plus juste et plus moderne; cf. communiqué de presse du Ministère de la Justice du 2 avril 2014 (URL: www.giustizia.it).
19. La suspension avec mise à l'épreuve laisse néanmoins une trace puisqu'elle ne peut être accordée qu'une seule fois: l'ordonnance d'admission à la procédure est donc enregistrée dans le casier judiciaire (art. 3, D.P.R. 14/11/2002 n. 313).
20. Notamment, la conduite en état d'ébriété; art. 186, alinéa 9-*bis*, Code de la route.
21. La compatibilité de la procédure simplifiée avec l'art. 27 de la Constitution italienne, qui affirme que «le prévenu n'est pas considéré comme coupable tant que sa condamnation définitive n'a pas été prononcée», avait fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité que le Conseil constitutionnel a déclaré irrecevable; *Corte costituzionale* (Cour constitutionnelle), le 10 novembre 2016, ordonnance n. 237.
22. Donnée du Ministère de la Justice (URL: www.giustizia.it).

GABRIELLE RADICA

Réparer et punir : trois modèles philosophiques

La distinction de la réparation et de la punition, ainsi que celle de la faute et du crime, sont centrales pour le droit ; elles fondent la spécificité du droit pénal, et permettent de tracer sa frontière avec le droit civil. Alors que la responsabilité pénale nous expose aux sanctions prévues par la loi dans les cas où nous l'enfreignons, la responsabilité civile représente l'obligation pour celui qui a causé un dommage de le réparer. La responsabilité civile se préoccupe du tort infligé à la victime et la responsabilité pénale concerne le trouble à l'ordre social de l'acte pénalement illicite (le trouble consistant parfois dans la simple désobéissance). La différence qui sépare ces deux domaines serait essentielle et qualitative, et elle aurait une signification morale. Une perspective évolutionniste répandue sur l'histoire du droit¹ célèbre ainsi la sortie de l'âge et des coutumes barbares où l'on tarifait – et donc trafiquait – les peines, c'est-à-dire où l'on confondait les punitions avec des réparations ; inversement le droit français interdit que la réparation dépasse la mesure en exigeant plus que la restitution d'un équivalent de la chose endommagée, ou que le rétablissement de l'état antérieur perturbé, car on risquerait d'administrer des « peines privées ». Cela signifierait confondre réparation et punition, et retomber dans la justice arriérée et violente de la vengeance personnelle et des représailles. La volonté n'est pas également engagée dans la faute et dans le crime, et ce ne sont pas sous des rapports comparables que l'on punit ou que l'on exige réparation. La réparation règle les conflits entre particuliers tandis que la punition restaure l'ordre public et sanctionne le coupable : elle engage les relations entre les sujets juridiques et le souverain. Voilà donc deux critères de distinction entre la réparation et la punition qui se superposent et suscitent une hésitation : le premier critère est moral et semble porter sur la nature de l'acte

à réparer ou à punir, sur sa gravité et son lien à la volonté de l'agent, tandis que le second n'engage que la nature des acteurs en cause, et pose la question de savoir si c'est l'État ou un particulier qui a été attaqué, blessé, lésé. Bien qu'il arrive à ceux-ci d'être invoqués ensemble pour justifier la différence entre peine et réparation, la coïncidence de ces deux critères n'a rien d'évident. Le crime est-il puni parce qu'il est grave ou parce qu'il attaque le souverain ? La réparation est-elle exigée parce que l'on estime qu'elle peut rétablir l'équilibre, et que ce qui a conduit à demander réparation n'est pas une situation excessivement grave, ou bien parce qu'elle n'engage *que* des particuliers ? L'enjeu est double : faut-il maintenir un noyau moral spécifique dans la définition du crime et de la punition ? Quels effets attend-on d'autre part des différentes sanctions juridiques : restaurer une situation antérieure, ou simplement une situation viable ; rappeler les sujets juridiques à leur responsabilité ; ou encore réaffirmer les prérogatives d'une puissance politique ?

Quand la philosophie affronte ce point juridique elle rencontre un problème de cohérence et certains auteurs, plutôt que de laisser coexister les critères dans une explication mixte, préfèrent trancher la question. L'opposition entre la vision pragmatique d'Aristote et la vision morale de Kant permettra de constater tout d'abord qu'il est difficile de fournir une vision systématique dans laquelle seuls le crime et la punition engageraient la morale alors que le domaine des réparations se situerait hors de la morale. Aristote pense en effet la justice corrective dans son ensemble sous le modèle de la compensation, il attire la pensée de la punition dans la logique de la réparation, et escamote la question de la culpabilité et de la morale, alors que Kant, donnant la prééminence à la loi, a tendance à moraliser tous les rapports juridiques. Soit rien n'est moral dans le droit, soit tout le devient. C'est qu'une distinction entre punition et réparation qui réserverait le caractère moral au domaine pénal est instable et qu'un autre critère plus important la gouverne et l'explique. Nietzsche remplace la caractérisation morale du crime par une généalogie de la moralité du crime qui fait apparaître des enjeux d'une nature toute autre que morale : le critère du rapport de l'acte à l'État ou aux particuliers apparaît alors comme le seul qui permette de rendre compte de façon cohérente de la distinction entre punition et réparation. La contamination du registre juridique par la morale serait due à une interprétation – opérée en un second temps – de la situation créée par l'apparition d'un État suffisamment fort pour imposer des règles de pacification à la société.

Aristote : maintenir les distributions justes

Dans l'*Éthique à Nicomaque*, Aristote concentre la définition de la justice non plus sur la vertu, comme l'a fait Platon, mais sur la distribution des ressources et des charges dans la cité. Il considère deux niveaux de réalisation de la justice : la justice distributive et la justice corrective. La justice corrective ne reçoit son sens que du fait de maintenir, rétablir et soutenir, bref, « corriger » au sens de rendre droite, et garder droite, la distribution juste qui lui donne sa règle. Dans ce contexte, réparation et punition sont subordonnées à la tâche première de la distribution et ce statut commun autorise Aristote à les penser d'une façon similaire : punition comme réparation n'ont pour fonction que de restaurer un équilibre perturbé.

La justice distributive consiste à distribuer à chacun telle partie des ressources (richesses, honneurs), et des charges (fisc, corvées) en fonction du poids qu'on accorde à sa contribution dans la cité. Cette justice dépend du critère de mérite ou de valeur retenu comme légitime dans chaque société : valeur militaire, richesse, ou simple valeur civique. L'accord social préalable sur ce critère rend légitime le partage des ressources collectives entre les particuliers.

Supposons ce partage effectué une fois pour toutes². On considère alors que les ressources sont placées là où elles devraient l'être. La situation est juste. Tout transfert de ressource d'un particulier à un autre particulier doit se faire selon des règles correctives, qui considèrent cette fois les personnes comme égales, car il serait injuste d'appliquer deux fois le critère de pondération retenu. La justice corrective vise simplement à ce que les échanges interindividuels effectués *en aval* de la distribution collective le soient correctement. Or les échanges interindividuels ne sont pas toujours consentis :

Une seconde espèce est celle qui réalise la rectitude dans les transactions privées. Cette justice corrective comprend elle-même deux parties : les transactions privées, en effet, sont les unes volontaires et les autres involontaires : sont volontaires les actes tels qu'une vente, un achat, un prêt de consommation, une caution, un prêt à usage, un dépôt, une location (ces actes sont dits volontaires parce que le fait qui est à l'origine de ces transactions est volontaire) ; des actes involontaires, à leur tour, les uns sont clandestins tels que vol, adultère, empoisonnement, prostitution, corruption d'esclaves, assassinat par ruse, faux témoignage ; les autres sont violents, tels que voies de fait, séquestration, meurtre, vol à main armée, mutilation, diffamation, outrage.

La justice corrective contient donc à son tour deux branches, dont la seconde est corrective en un sens plus intuitif du terme « correctif », puisqu'elle consiste à rétablir les échanges mal faits entre particuliers. Cette sous-catégorie du correctif prescrit une même solution pour corriger ces échanges non consentis : des contre-transferts qui permettront de retrouver l'équilibre perturbé. On le conçoit bien pour le vol : une restitution est nécessaire pour que la chose revienne aux mains de son légitime propriétaire. Mais cette réparation est également suffisante et Aristote n'ajoute pas de punition à la réparation exigible. Ainsi les infractions telles que l'adultère, l'insulte, la mutilation ne sont que des perturbations de la distribution juste et la réponse à leur donner est toujours celle d'une compensation. Les crimes qui peuvent être réparés sont seulement réparés et non punis. Mais il reste des interactions qui ne sont considérées que par métaphore comme des perturbations de la distribution juste : qu'est-ce qui est perdu dans le piège ou le faux témoignage ? Ce n'est que par métaphore qu'on dira qu'on nous a pris notre liberté, notre honneur. Même dans ce cas, ce qui apparaîtrait aujourd'hui comme une punition plutôt qu'une réparation est pensé sur le modèle commun de la compensation : punir, c'est restituer, rétablir l'équilibre, c'est comme si on rendait ce qui a été pris.

L'injuste peut donc être soit le trop, soit le trop peu, et c'est bien là ce qui se produit effectivement, puisque celui qui commet une injustice a plus que sa part du bien distribué, et celui qui la subit, moins que sa part.

L'égalité arithmétique jouera aussi bien dans les échanges non consentis que dans les échanges consentis et il n'y a pas lieu de stigmatiser le coupable en tant que tel :

Peu importe, en effet, que ce soit un homme de bien qui ait dépouillé un malhonnête homme, ou un malhonnête homme un homme de bien, ou encore qu'un adultère ait été commis par un homme de bien ou par un malhonnête homme : la loi n'a égard qu'au caractère distinctif du tort causé, et traite les parties à égalité, se demandant seulement si l'une a commis, et l'autre subi, une injustice, ou si l'une a été l'auteur et l'autre la victime d'un dommage. Par conséquent cet injuste dont nous parlons qui consiste dans une inégalité, le juge s'efforce de l'égaliser. En effet, quand l'un a reçu une blessure et que l'autre est l'auteur de la blessure, ou quand l'un a commis un meurtre et que l'autre a été tué, la passion et l'action ont été divisées en parties inégales ; mais le juge, s'efforce, au moyen du châtement, d'établir l'égalité, enlevant le gain obtenu³.

Punir revient à réparer, ou à faire comme si on réparait et comme si un mal pouvait rééquilibrer un mal, parce que le second mal rééquilibre le « manque de mal » dont le criminel a bénéficié. Il en résulte moins d'injustice distributive globale, mais la victime reste appauvrie de cette aventure. Dès lors que la justice est d'abord une affaire de distribution, l'injustice est pensée comme mauvaise distribution, et sa sanction sera une compensation.

Ramenée à la logique des réparations, la punition est minorée par Aristote, et dépouillée de signification morale. On peut en prévoir les difficultés : le commentateur kantien Naucke⁴ dénonce les confusions que provoque le recul du rétributivisme juridique au profit du modèle distributif. L'Allemagne fédérale traite ainsi de plus en plus les infractions pénales par des réparations civiles que le coupable paie s'il le peut et qu'à défaut l'État prend en charge ; l'auteur déplore que l'on dépénalise le vol « à l'aide du droit civil ». Par un relativisme répandu qui fait adhérer au point de vue particulier des victimes sans s'élever au-dessus de lui pour produire une définition objective et publique du crime, on pense de plus en plus l'injustice comme conflit ou comme accident. On ne tient pas compte du point de vue collectif de la société depuis lequel le vol doit pourtant être aussi reconnu comme un mal. Les rationalistes accèdent à une meilleure compréhension que les utilitaristes de la différence entre peine et réparation civile, entre injustice et accident, parce qu'ils traitent les individus comme des agents rationnels et libres : quand leur sphère de liberté est lésée, certes il faut réparer, mais si cette lésion attaque la loi elle-même, il faut aussi punir. Réparer *et* punir.

Kant : le primat de la responsabilité des sujets juridiques

Peut-on trouver donc une définition plus spécifique de la punition ? Quant à la réparation, elle ne saurait se définir indépendamment des personnes, de leur consentement au fait qu'il y a réparation. Supposons qu'une personne casse ma montre, et qu'une autre me donne juste après cet incident la même montre : je pourrais légitimement continuer de penser que celui qui l'a cassée me reste redevable. Les insuffisances de la position aristotélicienne viennent du fait que la punition, mais aussi la réparation, ne peut consister seulement en un transfert muet de particulier à particulier, et prend nécessairement sens dans une reconnaissance commune de la portée des relations juridiques et des actions.

Or si l'on considère les choses moins du côté de l'avoir, que du sens des actions et de la

position des sujets, on est conduit comme Kant à moraliser les relations de droit et à penser à l'inverse d'Aristote, la réparation après, et en fonction de, la punition.

Lorsque je commets une infraction, que je transgresse la loi, le tort le plus important que je commets, affirme Kant, n'est pas envers le particulier que j'ai lésé, mais envers la loi elle-même et l'universalité dont elle est porteuse. « Celui qui vole rend incertaine la propriété de tous les autres⁵ » ; quant à celui qui ment il peut arriver qu'il ne commette aucun tort particulier, mais il enfreint toujours

[L]e principe du droit concernant tous les propos qui sont inévitables et nécessaires ([il] cause un tort formaliter, même [s'il] n'en cause aucun materialiter) : ce qui est beaucoup plus grave que de commettre une injustice envers quelqu'un, parce que ce dernier acte ne présuppose pas automatiquement chez le sujet un principe disposant à l'injustice⁶.

Si le tort particulier appelle une réparation, le tort général appelle une punition. Dans ce système, la notion de punition porte l'intensité conceptuelle principale, puisque le tort général sera toujours plus grave que le tort particulier. La justice lie des sujets soumis à une loi commune et ne consiste pas seulement en arrangements particuliers. Cette loi a un sens universel. La réparation à son tour n'est plus relative à la distribution, mais à la hiérarchie des torts. Même dans le cas de la réparation, il est question de rappeler le sens du lien social, de la paix et de la sécurité communes. Il s'agit aussi de constituer un temps commun, non seulement lié au passé, mais aussi ouvert vers le présent de la vie de la victime et le futur de la vie collective à laquelle les victimes aussi bien que les fautifs et les criminels participent.

La prééminence de l'universel sur le particulier prend un tour juridique et moral chez Kant, et confère plus d'importance à la punition qui rappelle le sujet juridique à sa responsabilité, qu'à la réparation qui rétablit des relations empiriques altérées. Ce schéma de subordination de la réparation vis-à-vis de la punition connaît également une version politique. On l'illustrera par le propos de Hobbes, en considérant le domaine religieux, car il permet de situer avec la plus grande précision l'asymétrie entre réparation et punition au sein d'une opposition de puissances (la puissance divine et la puissance humaine) et non plus au sein d'une opposition de significations morales (universel et particulier). Le salut des hommes par le Christ révèle le caractère asymétrique du lien des fidèles à Dieu :

Le dommage qu'un homme inflige à un autre, il peut le réparer par une restitution ou compensation, mais le péché ne peut pas être ôté par une compensation, car ce serait faire de la liberté de pécher une chose qui se vend⁷.

Si la signification du rachat appartient à l'étymologie du terme « rédemption », il ne faut pas croire que les hommes soient en droit de fléchir Dieu pour réclamer le pardon, il ne peut s'agir que d'un sacrifice qui n'efface ni n'annule le péché comme le fait la réparation. Les particuliers ne sauraient commercer avec Dieu, comme ils peuvent le faire entre eux, et la justice de Dieu est dispensée de façon unilatérale.

La mention de la position hobbesienne rappelle l'importance de la force et du pouvoir pour penser la différence entre réparation et punition. Plus particulièrement, elle permet de souligner que c'est en tant qu'égaux, égaux devant le souverain, que les hommes peuvent réparer leurs torts, mais que c'est en tant que soumis et inférieurs à celui-ci qu'ils sont punis. Or même dans l'interprétation morale kantienne, la contrainte exercée contre celui qui entrave la liberté des autres par une première contrainte est un élément essentiel au droit. Si Hobbes résout l'articulation du moral et du politique par l'affirmation artificialiste selon laquelle le souverain constitue les définitions du bien et du mal, Kant ne peut pas non plus esquiver le problème et se contenter d'une définition purement morale des rapports juridiques. C'est donc le rôle essentiel de la force détenue par le souverain qu'il faut ajouter à l'analyse des rapports entre réparation et punition. Si la politique implique des rapports de force, ne faut-il pas rappeler que l'individu peut être considéré sous deux points de vue, en tant qu'égal des autres individus, et en tant que soumis au pouvoir politique ? Ne faudrait-il pas alors proposer une autre distinction entre réparation et punition, selon laquelle la réparation concerne des acteurs qui se rapportent les uns aux autres en tant qu'égaux, égalisés ou équivalents (que ce soit par le droit chez Kant, ou par le rapport analogue qu'ils entretiennent au souverain), alors que la punition oppose toujours des êtres inégaux en puissance, le souverain et ses sujets ? Cet argument conduit à critiquer l'autonomie de la morale et à en faire la généalogie plutôt que l'analyse conceptuelle ou la genèse.

Montesquieu et Nietzsche : droit et rapports de force

Selon la justice des Germains décrite par Montesquieu dans *L'Esprit des lois* (XXX, 19-20),

celui qui a commis un tort doit s'acquitter de deux choses : la réparation des victimes ou de leur famille, appelée composition et le *fredum*. En l'absence d'État centralisé, les groupes et clans familiaux se font justice eux-mêmes. Quand un dommage est causé, la violence ne peut cesser entre les familles tant qu'elles ne se sont pas mises d'accord sur une composition, sorte de convention réciproque entre les parties par laquelle la réparation est acceptée par tous comme permettant de passer outre le délit, l'offense, le crime. La composition est l'accord des parties sur ce qui répare la blessure, le vol ; elle a été formalisée plus tard dans ces fameux tarifs si décriés parce qu'ils font équivaloir hommes et bêtes, matériel et moral, et semblent donner un prix à tout. Ici la réparation suppose donc bien un accord, une reconnaissance. Pourquoi payer le *fredum* en plus ? Cette redevance au seigneur rétribue sa protection. Mais Montesquieu précise : la protection du criminel et non de la victime. Le *fredum* salarie le seigneur qui a forcé la famille outragée à accepter la composition, et donc à ne plus recourir à la violence. Ainsi, l'association de la composition et du *fredum* révèle le rôle des réparations dans la paix sociale : réparer, c'est renoncer à se venger, accepter l'équivalence avec le tort de la réparation et enfin clore l'affaire. Ce système protège la vie sociale future et non la victime. S'agit-il encore de justice ?

Nietzsche généralise ce soupçon en ramenant la « justice » humaine à un état extrêmement rare des relations humaines. Si l'on part de l'effectivité et de l'universalité des rapports de puissance, les situations réglées par la justice sont des exceptions. Elles n'adviennent que lorsqu'une forme minimale d'égalité règne entre les individus en présence. Une mouche ne demande pas justice à Alexandre qui la chasse de la main à cause de la disproportion des forces. En revanche, si un souverain émerge et réussit à pacifier telle société, l'ordre qu'il impose aux hommes a pour effet de les rendre quasiment égaux. Or, des individus à peu près égaux ne peuvent régler leurs conflits et rendent ceux-ci infinis : c'est seulement dans un tel cas qu'on envisage de régler leurs conflits par le système des équivalences qui a donné naissance ensuite à ce qu'on a appelé la justice. Le souverain redonne de la fluidité à leurs relations en leur permettant de surmonter leurs différends par des réparations, punitions, compensations.

Dans *Humain trop humain* (I, § 92) Nietzsche affirme ainsi :

Origine de la justice. La justice (l'équité) prend naissance entre hommes jouissant d'une puissance à peu près égale

[...]. C'est quand il n'y a pas de supériorité nettement reconnaissable, et qu'un conflit ne mènerait qu'à des pertes réciproques et sans résultat, que naît l'idée de s'entendre et de négocier sur les prétentions de chaque partie : le caractère de troc est le caractère initial de la justice. Chacun donne satisfaction à l'autre en recevant lui-même ce dont il fait plus grand cas que l'autre. On donne à chacun ce qu'il veut avoir et qui sera désormais sien, et l'on reçoit en retour ce que l'on désire. La justice est donc échange et balance une fois posée l'existence d'un rapport de forces à peu près égales : c'est ainsi qu'à l'origine la vengeance ressortit à la sphère de la justice, elle est un échange⁸.

Les châtiments comme les réparations fonctionnent grâce à des compensations psychologiques et symboliques : une punition n'est rien de plus que cela, de même qu'aucune réparation n'offre jamais un véritable équivalent, mais seulement quelque chose que l'on s'accorde à considérer comme tel, ou que l'on est contraint de considérer comme tel. Ni purement morales, ni réductibles à la force, ces tractations juridiques prendront peu à peu des significations morales qui ne les expliquent certainement pas mais s'y surajoutent.

Aristote distingue le travail de rétablissement opéré par la justice corrective de la morale. Droit et juge se contentent de retrouver l'équilibre ; ils apaisent. Ils ne vont pas plus loin. Le moyen employé, qui est aussi le prix à payer, consiste à détacher les actes et leurs conséquences des agents, et la différence que nous tenons pour évidente entre réparations et punitions disparaît sous la catégorie commune de la compensation et sous la recherche des équivalents.

C'est contre de telles positions que Kant affirme le statut de relation intersubjective *signifiante* de la punition. Elle ne se limite pas au transfert des avoirs ou des manques, mais comporte un rapport à la loi, perturbé puis rétabli, à côté duquel la réparation devient une tâche mineure de la justice. Dans un lexique kantien réparation et punition impliquent deux régimes bien distincts : la valeur d'un côté, pour laquelle on trouve toujours un prix ou un équivalent, et la dignité de l'autre.

Le soupçon pourrait naître cependant que la distinction entre la moindre charge morale de l'acte de réparer d'une part, et la plus grande charge morale de la punition d'autre part ne s'expliquerait pas tant par une *distinction conceptuelle* entre les actes commis, que par une *différence politique* entre la puissance du souverain lésé d'un côté, et la médiocre importance de

l'individu, mon égal, à qui j'ai causé du tort de l'autre côté. Ce que les histoires du droit appellent progrès ou civilisation ne serait qu'un progrès au sens d'augmentation de la force d'organisation sociale et juridique du souverain, capable de traduire le droit de punir dans des catégories morales, mais non un progrès « moral » dans lequel un critère moral distinct du processus historique de développement de l'État existerait et permettrait de le juger.

NOTES

1. L'introduction de T. Dwight à *Ancient Law* de Maine est claire: «*All known collections of ancient law are characterized by a feature which broadly distinguishes them from mature systems of jurisprudence. [...] The early penal law is not a true criminal law. In all mature systems, a sharp distinction is drawn between crimes and wrongs. In the one, the act is regarded with reference to the State; in the other, with reference to the individual injured. In ancient law, the act was only regarded with reference to the individual. He proceeds by civil action, and recovers compensation in the shape of money. In the Twelve Tables, the chief civil wrong is theft. Those offences which are now termed crimes, were treated exclusively as torts or wrongs. The same fact is perceived in the consolidated laws of the German tribes. In the infancy of jurisprudence, the citizen depends for protection against violence or fraud, not on the law of crime, but on the law of tort. [...] The idea of an offence against the State did not at first produce a true criminal jurisprudence. The conception of a wrong done to a state thus was not wanting. The state was thought to suffer a personal injury, and avenged itself on the criminal by a single act.*», University of Arizona Press, 1986, p. XXVII-XXVIII.
2. En réalité, il ne cesse d'être ré-effectué en permanence, puisque le flux des charges et des ressources se renouvelle, mais du moins chaque stock de ressources n'est-il distribué qu'une fois selon le critère distributif retenu.
3. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, trad. J. Tricot, Paris, Éditions Vrin, BTP, 1990, rééd., p. 225-226 ; 231 ; 232-234.
4. «Philosophie pénale contemporaine et réparation civile», in *Archives de philosophie*

du droit, 28, 1983, p. 1-15.

5. *Doctrines du droit*, § 49 E, trad. A. Philonenko, Paris, Éditions Vrin, 1971, p. 213 sq.
6. *Théorie et pratique*, trad. F. Proust, Paris, Éditions GF-Flammarion, 1994, p. 102.
7. *Léviathan*, trad. F. Tricaud, Paris, Éditions Sirey, 1983, ch. XXXVIII, p. 489.
8. Voir Patrick Wotling, «Origine et logique de la justice selon Nietzsche», in *La justice* (éd. P. Wotling), Paris, Éditions Vrin, 2007, p. 113-140, p. 121.

PHILIPPE AUDEGEAN

Droit pénal et douceur des peines au XVIII^e siècle.

Considérations sur quelques études récentes

Lieu majeur de tension entre le pouvoir souverain et la liberté individuelle, le droit pénal concentre une part importante des mutations idéologiques qui, à l'âge des Lumières, ont préparé ou accompagné le crépuscule des théories de la souveraineté. Ce qui prend forme en effet dans les réflexions pénales des réformateurs, ce n'est pas seulement une doctrine des limites du pouvoir, c'est aussi un nouveau paradigme politique. Comment penser les conditions d'un pouvoir *intrinsèquement* limité, lié par le respect des libertés individuelles ?

Tels sont l'objet et l'intérêt des études réunies par Luigi Delia et Gabrielle Radica dans *Penser la peine à l'âge des Lumières*¹, ainsi que du livre de Dario Ippolito, *Diritti e potere. Indagini sull'Illuminismo penale*². Parmi les divers aspects de la pratique et de la théorie pénales du XVIII^e siècle, ces ouvrages ont choisi d'attirer l'attention du lecteur sur une dimension privilégiée de ce moment fondateur de la culture juridique moderne : la naissance du principe de « douceur des peines »³. Le pouvoir d'État, selon les réformateurs des Lumières, ne doit certes punir que les actions interdites par la loi, et la loi ne doit interdire que les actions pourvues de certaines caractéristiques. Mais il faut aussi punir de manière différente : sans cruauté, avec une violence moindre.

Il n'est pourtant pas aisé de comprendre la relation qu'entretient ce principe théorique avec la pratique même de la justice pénale. Pendant longtemps a dominé une interprétation de cette relation qui repose sur un schéma simpliste et simplificateur. Selon cette interprétation, il faudrait opposer en bloc les théoriciens réformateurs aux praticiens de la justice : la théorie de

la douceur s'opposerait à la dureté de la pratique. Ce schéma articule ainsi deux couples d'opposés : d'un côté, la théorie s'oppose à la pratique, les idées aux actes, les livres aux faits, selon un schéma qui a longtemps prévalu dans l'histoire des « origines intellectuelles de la Révolution française ⁴ » ; de l'autre, la raison s'oppose à la cruauté, le progrès à la barbarie, les Lumières à l'obscurantisme. Les réformateurs auraient jeté un cri d'indignation face à la justice de leur temps, dont les atrocités avaient culminé, comme le rappelle Michel Foucault dans les premières pages de *Surveiller et punir*, dans le supplice infligé au régicide Damiens en 1757.

Face à cette « légende noire » de la justice pénale d'Ancien Régime s'est alors développé un autre courant historiographique, non exempt à son tour de simplification et de simplisme. Selon ce courant « révisionniste », l'image d'une justice barbare et arriérée est tout simplement mensongère : les praticiens de la justice n'ont pas attendu les théoriciens pour faire évoluer la justice. On constate en effet, tout au long du XVIII^e siècle, un net adoucissement des peines prononcées par les magistrats, dans le cadre d'une sensible humanisation de la justice pénale. Les vrais réformateurs ne sont donc pas ceux qu'on croit. Or, notre méconnaissance de la justice d'Ancien Régime serait due aux réformateurs eux-mêmes, qui auraient sciemment développé une vision mensongère de la justice de leur temps, créant eux-mêmes cette légende noire qui s'est imposée après eux. Ignorant la réalité et la déformant pour mieux se glorifier de leur humanité, ces prétendus réformateurs sont en réalité des « imposteurs », puisque les véritables héros des évolutions de la justice sont les praticiens du droit d'Ancien Régime, c'est-à-dire ceux-là mêmes qui sont victimes de leurs foudres. Les représentants de cette historiographie en concluent ainsi que les écrits des réformateurs ne contiennent rien de nouveau puisque, dans le meilleur des cas, ils énoncent ce qui se fait déjà en pratique et que, dans le pire des cas, ils bâtissent des châteaux en Espagne sur les fondements fantaisistes de leur ignorance juridique ⁵.

À la suite de certains autres travaux récents ⁶, *Penser la peine* et *Diritti e potere* montrent pourtant qu'une voie est possible entre ces deux extrêmes. Il convient en effet de distinguer l'évolution de la justice pénale de celle des théories pénales. Sur le plan pratique, on assiste à une évolution fondamentale, qui se traduit par une application de plus en plus fréquente du principe de la *modération* des peines. Ce principe relève du principe plus général de l'arbitraire : les magistrats ont la faculté d'interpréter la loi pénale pour l'appliquer aux circonstances. Or, par l'effet d'une sensibilité nouvelle, ils recourent de plus en plus souvent à

ce droit pour modérer les peines, c'est-à-dire pour prononcer des peines plus douces que celles que la loi les autorise à infliger. Mais sur le plan théorique, on assiste à quelque chose de très différent, qui se traduit par l'élaboration du principe de *douceur* des peines. Ce principe ne s'adresse pas aux magistrats, à qui les réformateurs demanderaient une application modérée et humaine de la loi, mais au législateur. L'idée des réformateurs est en effet que la loi pénale, même si elle n'est pas appliquée, conditionne en profondeur la liberté des citoyens. Nul n'est libre s'il existe la simple *possibilité* d'appliquer des lois atroces et cruelles, même si, de fait, ces lois ne sont jamais appliquées. Les réformateurs soutiennent donc que la modération des peines n'est pas une garantie pour la liberté politique : ce qui compte est l'application du principe de légalité ou de certitude du droit. Au contraire, répliquent leurs critiques, « les lois doivent tendre à la rigueur, non à l'indulgence » : c'est au magistrat seul qu'il appartient de les appliquer avec équité⁷.

Penser la peine et *Diritti e potere* contribuent ainsi à faire émerger une nouvelle représentation des Lumières pénales. Cette notion même continue d'avoir un sens : le XVIII^e siècle apparaît bien comme un champ de bataille entre progressistes et conservateurs. Au sein de cette catégorie, il faut cependant distinguer deux aspects, corrélatifs mais indépendants l'un de l'autre.

1. La pratique des Lumières pénales

Le premier est la dimension pratique des Lumières pénales. Dès la fin du XVII^e siècle, on constate en effet dans la jurisprudence une forte tendance à la modération des peines : des sanctions de moins en moins sévères sont infligées aux condamnés. Dans leur belle introduction à *Penser la peine*, Luigi Delia et Gabrielle Radica parlent ainsi d'une « profonde réforme interne de la culture juridique⁸ ».

Les lois pénales demeurent certes extrêmement sévères tout au long du XVIII^e siècle. Il serait cependant anachronique et trompeur de juger le système pénal de l'époque en ne tenant compte que de la seule loi souveraine. La pluralité et l'hétérogénéité des sources du droit est en effet une caractéristique majeure de l'Europe d'Ancien Régime : plusieurs systèmes juridiques étaient en vigueur (droit commun, droit féodal, droits locaux, etc.) et superposaient leurs propres normes à celles de la loi du souverain. La doctrine savante et la jurisprudence des grands tribunaux concouraient en outre à la création du droit positif. Enfin,

comme le rappelle Élisabeth Salvi à propos des républiques francophones de l'Helvétie, le principe de l'arbitraire judiciaire accordait une vaste discrétion herméneutique aux magistrats, qui pouvaient qualifier et punir une infraction en fonction des circonstances ⁹.

Ce qu'on découvre alors, c'est non seulement que la loi n'était presque jamais littéralement appliquée, mais que, au XVIII^e siècle, les juges usaient de leur pouvoir arbitraire non pour durcir, mais pour adoucir les peines. C'est ce que rappelle Constanta Vintila-Ghitulescu à propos d'une situation certes très particulière, mais néanmoins riche d'enseignements, celle des délits contre la morale publique et les bonnes mœurs en Roumanie :

Il convient maintenant de confronter la rigueur des propositions de la loi écrite à sa mise en œuvre effective. Les juges jouissent d'une grande liberté en ce qui concerne l'interprétation de la loi et le choix des sanctions [...]. Or, cette liberté n'est pas utilisée pour durcir les peines, mais au contraire pour les adoucir [...] ¹⁰.

Luigi Delia et Gabrielle Radica nous mettent cependant en garde contre toute interprétation trop hâtive de cette évidente convergence entre les comportements des juges et la théorie pénale de l'époque. Les liens qui les unissent ne doivent pas être conçus comme une simple relation de cause à effet, comme si les magistrats avaient compris et adopté les idées préalablement mises au point par les théoriciens ; comme si, en d'autres termes, la tendance *pratique* à la modération pénale était le reflet ou le résultat d'une tendance *théorique* à la douceur des peines. Il faut au contraire considérer ces deux séries de faits comme les différents aspects d'un seul et même phénomène, dont la cause reste encore à interpréter ¹¹.

2. La théorie des Lumières pénales

Les autres Lumières pénales consistent dans leur dimension théorique. Ce second aspect forme l'objet privilégié des deux volumes.

Mais en quel sens peut-on dire que la théorie pénale des Lumières diffère de ce qu'on observe dans les pratiques judiciaires contemporaines ? Les théoriciens du droit criminel se sont en effet eux aussi exprimés en faveur de la douceur des peines, comme le rappelle Dario Ippolito dans le premier chapitre de *Diritti e potere*, consacré à une description limpide et intense du « paradigme du pouvoir limité » tel qu'il a été développé par les penseurs des Lumières ¹². On a donc bien affaire à un seul et même phénomène. Ainsi, dans les débats purement théoriques,

l'exigence de modération trace une ligne de partage entre conservateurs et progressistes, entre ceux qui, comme Montesquieu, combattent la sévérité législative et ceux qui, au contraire, la soutiennent et la justifient, comme Muyart de Vouglans.

À bien y regarder, toutefois, la théorie pénale des Lumières se distingue nettement des évolutions contemporaines de la pratique judiciaire. Il est important de le souligner : en négligeant pareille distinction, on risquerait de penser que, puisque les magistrats œuvraient déjà en faveur de la modération des peines, les écrits des philosophes n'ont eu aucun effet ni aucune utilité. Or, un tel renversement de l'image traditionnelle serait tout aussi simpliste et erroné que cette image même. Un élément doit en effet immédiatement nous sauter aux yeux : chez les théoriciens, l'appel à la modération était adressé au législateur, non au magistrat. Les penseurs des Lumières n'ont pas adressé des recommandations ou des conseils aux magistrats pour les convaincre d'appliquer ou d'interpréter la loi avec douceur et modération. Ils ont élaboré un véritable *principe de douceur* dans le but de combattre les lois pénales de leur temps.

Le livre de Dario Ippolito et les essais réunis par Luigi Delia et Gabrielle Radica nous aident à comprendre la portée extraordinaire de ce principe. À qui jugerait hâtivement, celui-ci pourrait apparaître comme peu différent de celui qu'adoptaient et qu'appliquaient implicitement les magistrats. Tel n'est pourtant pas le cas, parce que chez les théoriciens – comme nous l'expliquent les auteurs de ces ouvrages –, le principe de douceur était partie intégrante d'une conception radicalement neuve du droit pénal lui-même.

Les penseurs des Lumières se rendent compte en effet que la loi pénale, à supposer même qu'elle ne soit jamais appliquée, produit toujours des effets importants sur la liberté du citoyen¹³. Les deux premiers chapitres du livre de Dario Ippolito soulignent ainsi cet aspect crucial. Le « caractère central de la question pénale » découle du lien, établi avec force par Montesquieu, entre principe de légalité et liberté du citoyen : nul n'est libre s'il existe seulement la possibilité d'appliquer des lois atroces et cruelles et même si, de fait, ces lois ne sont jamais appliquées¹⁴.

L'analyse précise et éclairante de Céline Spector touchant la critique menée par Montesquieu de la catégorie de « crimes de lèse-majesté » s'inscrit dans cette ligne interprétative : ce que Montesquieu – comme plus tard Beccaria qui s'en inspire – conteste dans cette catégorie juridique, c'est son absence de précision, son flou, son indétermination, qui laisse au juge une immense discrétion herméneutique et lui accorde un redoutable pouvoir arbitraire¹⁵.

Le principe central devient alors celui de légalité ou de certitude du droit, c'est-à-dire celui

de la plus grande adéquation possible entre la lettre et l'application de la loi pénale. Or, en raison d'une mutation des sensibilités ou d'un changement de paradigme politique, les penseurs des Lumières adhèrent à l'exigence d'une moindre sévérité pénale, d'une plus grande douceur dans l'application des peines. Ils ne peuvent donc lutter pour l'adéquation entre la lettre et l'application de la loi sans lutter également pour une réforme radicale de la législation pénale.

On pourrait alors se demander si cette exigence de modération n'est qu'un pur fait de sensibilité, ou s'il est vraiment possible de parler d'un *principe* de douceur. Existe-t-il au sein des Lumières une ligne de pensée qui a développé un tel principe ? On pense naturellement et avant tout à une phrase célèbre de Montesquieu :

*Il ne faut point mener les hommes par les voies extrêmes ; on doit être ménager des moyens que la nature nous donne pour les conduire. Qu'on examine la cause de tous les relâchements, on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes, et non pas de la modération des peines*¹⁶.

Cette maxime est ensuite reprise par Beccaria, qui l'applique cependant de manière utilitariste : c'est pour des raisons d'efficacité que la loi doit édicter les peines les plus douces possibles. Dans un article d'une clarté et d'une précision admirables, Dario Ippolito analyse la manière dont Beccaria, sur la base de ce principe, en arrive à contester la peine de mort dans le chapitre le plus célèbre de son livre¹⁷.

Mais comme le rappelle ce même auteur, c'est également pour des raisons morales que Beccaria a défendu le principe de douceur. L'analyse de Montesquieu a en effet mis au jour la vaste influence de la législation pénale, qui affecte aussi la sphère morale : elle influe non seulement sur la liberté du citoyen, mais aussi sur ses représentations morales. Kevin Ladd insiste sur cet aspect dans un article sur Beccaria publié dans *Penser la peine* :

*Il existe au moins un point sur lequel Beccaria ne varie jamais : la peine n'est pas une abstraction, mais un acte entrepris délibérément par une société qui a sans doute le droit de se protéger, mais qui a aussi pour devoir (et pour intérêt) de s'interroger sur ses responsabilités. Le crime ne délivre pas la société de ses responsabilités ; il les rend seulement plus grandes*¹⁸.

Plus généralement, le principe de douceur, ou encore de parcimonie punitive, implique également l'idée qu'une loi pénale n'est légitime que si aucun autre moyen ne s'est révélé capable de réduire ou de minimiser les violences¹⁹. De ce point de vue, l'analyse de Francesco Berti est donc très intéressante, car elle met en lumière à la fois le lien étroit et les tensions conceptuelles entre les réflexions pénales de Filangieri et son projet de construction de citoyens vertueux²⁰. C'est justement sur Filangieri, mais aussi sur Pagano, deux figures centrales des Lumières pénales européennes, que porte également le dernier chapitre de *Diritti e potere*. Dario Ippolito y reconstitue le parcours des réflexions de Beccaria au sein des Lumières napolitaines, de Genovesi à Filangieri et à Pagano, où des résultats de plus en plus importants sont obtenus, surtout en ce qui concerne la théorie des preuves, repensée à la lumière d'une « nouvelle épistémologie judiciaire²¹ ».

3. Le principe de douceur comme ligne de partage

En raison sans doute de la place de premier plan occupée par Beccaria dans la genèse et la définition du principe de douceur, on tend cependant trop souvent à confondre les Lumières pénales et l'utilitarisme pénal. La nouveauté de l'article de Dario Ippolito publié dans *Penser la peine* et complété par le chapitre sur Montesquieu de *Diritti e potere* consiste au contraire à faire émerger la composante rétributiviste des Lumières pénales, étroitement liée à la doctrine du droit naturel²². Ce nouvel éclairage jeté sur un aspect peu connu des Lumières pénales induit alors à déplacer la ligne de partage traditionnelle qui oppose les théories pénales du XVIII^e siècle : cette ligne ne passerait pas entre l'utilitarisme et le rétributivisme, comme on le pensait, mais entre le principe de douceur et le principe de dureté, entre la modération des peines et la sévérité pénale.

Prenons un exemple pour illustrer la manière dont les analyses de Dario Ippolito permettent de mieux comprendre les textes. Comment interpréter le fait que les toutes premières critiques adressées à Beccaria lui attribuent des thèses diamétralement opposées ? Un mois après la « troisième » édition des *Délits et des peines* (1765), Camillo Almici déplore que, pour les « naturalistes » modernes (parmi lesquels il range Beccaria), « ce qui contraint [*strigne*] les sujets à l'obéissance à leur prince est la seule crainte de la peine, non leur conscience²³ ». Il reproche donc à l'auteur anonyme des *Délits* de ne pas avoir compris que ce qui a conduit les

hommes à s'associer n'est pas la crainte, mais « un motif plus lointain, qui suppose nécessairement avant lui la bienveillance ²⁴ », et d'avoir ainsi accordé une trop grande importance à la fonction dissuasive des peines. Or, quelques semaines auparavant, Ferdinando Facchinei avait dénoncé chez ce même auteur un principe opposé. Aussi avait-il rappelé ce que, selon lui, Beccaria n'avait pas compris : « C'est la crainte qui conserve les royaumes. L'aversion pour la douleur est parmi les hommes plus vive et plus générale que l'inclination au plaisir ²⁵ ». Aux yeux de Facchinei, Beccaria n'a pas compris que seule la dissuasion pénale est capable de tenir en bride les appétits corrompus des hommes.

D'un côté, on peut sans doute expliquer pareil phénomène en rappelant que Beccaria déplace les termes du débat : il reprend des arguments déjà connus, mais il les situe dans une nouvelle ligne de raisonnement, dans un nouveau paradigme, ce qui transforme leur signification et rend cohérent ce qui autrefois était considéré comme contradictoire ²⁶. Mais d'un autre côté, à un niveau plus général encore, les travaux de Dario Ippolito permettent de comprendre que, dans la réflexion du XVIII^e siècle sur le droit pénal, l'opposition entre douceur et sévérité est plus structurante, plus décisive que l'alternative entre rétributivisme et utilitarisme. Cette dernière, comme on l'a vu, se révèle peu utile pour comprendre les discussions de cette époque. La véritable ligne de partage entre Beccaria et ses adversaires se situe entre le principe de douceur et l'insistance sur la dureté des peines, revendiquée comme nécessaire et légitime, même si cette insistance est fondée sur des raisons qui ne sont pas toujours les mêmes ²⁷.

Les travaux de Dario Ippolito invitent ainsi à une série de recherches sur la présence ou non du principe de douceur dans les théories pénales des Lumières, sur la façon dont ce principe est affirmé, argumenté et utilisé, et sur les conséquences qui en sont tirées. Une autre manière de s'interroger sur la structure et la portée du principe de douceur est offerte par l'analyse de Luigi Delia qui, dans son article recueilli dans *Penser la peine*, parvient admirablement à réunir la théorie et la pratique pénales. Après l'échec de la lutte abolitionniste en France au commencement de la Révolution, l'effet paradoxal du principe de douceur a été l'invention d'un sinistre instrument de mort : « Issue du principe : *faire mourir sans faire souffrir*, la guillotine représente, en un sens, une solution de compromis entre les revendications des partisans et celles des détracteurs de la peine capitale ²⁸ ».

Dans la perspective que j'ai tenté d'exposer, les deux volumes obtiennent alors, je crois, deux résultats remarquables. En premier lieu, ils redonnent une place au sein des Lumières pénales

au mouvement vaste et complexe des magistrats « modérés » ou « éclairés » qui exploitaient les ressources de l'arbitraire judiciaire pour adoucir ou atténuer la pratique punitive d'Ancien Régime. Ces deux livres, toutefois, ne renoncent pas à identifier le noyau de la théorie pénale des Lumières : ils ne renoncent pas à définir ce qui fait de cette théorie un moment de rupture et de tournant dans l'histoire des doctrines pénales. Comme j'ai tenté de le montrer, ils permettent même de mieux identifier et de mieux comprendre ce noyau.

NOTES

1. *Penser la peine à l'âge des Lumières*, Luigi Delia et Gabrielle Radica (dir.), in *Lumières*, n° 20, Presses Universitaires de Bordeaux, 2012.
2. Dario Ippolito, *Diritti e potere. Indagini sull'Illuminismo penale*, Rome, Aracne, 2012.
3. Cesare Beccaria, *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, texte italien établi par Gianni Francioni, introduction, traduction française et notes de Philippe Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009, § XXVII, p. 225. Ce titre du § XXVII n'est un oxymore qu'en apparence. Il ne faut pas en effet l'interpréter comme la description d'un fait, mais comme l'énoncé d'un principe. En tant que tel, il a pour fonction de s'opposer à une règle implicite de parallélisme psychophysique selon laquelle l'effet dissuasif des peines sur l'âme des innocents serait proportionnel à la violence infligée sur le corps des condamnés. Le principe de douceur des peines comprend ainsi deux aspects. Le premier est une règle de théorie pénale: la peine étant un mal, elle ne peut être justifiée que si elle est nécessaire pour réduire les violences futures. C'est une règle de parcimonie punitive: «On doit donc choisir des peines et une méthode pour les infliger qui, tout en respectant la proportion, feront une impression plus efficace et plus durable sur les âmes des hommes, et la moins tourmentante sur le corps du coupable» (§ XII, p. 179); «D'une manière générale, le poids de la peine et la conséquence d'un délit doivent être les plus efficaces pour les autres et les moins durs qu'il soit possible pour celui qui les subit; parce qu'on ne peut appeler légitime une société qui

ne tiendrait pas pour un principe infaillible que les hommes ont voulu s'assujettir aux moindres maux possibles» (§ XIX, p. 205-207). Le second aspect est un fait déjà observé par Montesquieu: «Un des plus grands freins qui s'opposent aux délits n'est pas la cruauté des peines, mais leur infaillibilité» (§ XXVII, p. 225). L'articulation de cette règle et de ce fait doit porter le législateur à tenter de réduire, *autant que possible*, la violence des peines (notamment en fonction de l'évolution des mœurs). C'est donc sans contradiction, bien qu'en des termes insupportables, que Beccaria décrit ainsi la peine qu'il souhaite substituer à la peine de mort: «le long et pénible exemple d'un homme privé de liberté [...], transformé en bête de somme», «dans les fers et dans les chaînes, sous le bâton, sous le joug, dans une cage en fer» (§ XXVIII, p. 231, 233). Sur le principe de douceur des peines chez Beccaria, je me permets de renvoyer aux notes 117 et 187 de cette édition des *Délits et des peines* (respectivement p. 336-338 et 361-362).

4. Voir Daniel Mornet, *Les Origines intellectuelles de la Révolution française. 1715-1787* [1933], Paris, Éditions Tallandier, 2009, et la critique de Roger Chartier, *Les Origines culturelles de la Révolution française* [1990], Paris, Éditions du Seuil, 2000.

5. Voir Antonio Marongiu, «Muratori, Beccaria, Pietro Verri e la scienza del diritto», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, XVIII, 3, 1975, p. 744-776; Benoît Garnot, *C'est la faute à Voltaire... Une imposture intellectuelle ?*, Paris, Éditions Belin, 2009.

6. Voir Kurt Seelmann, «Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'illuminismo», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, 1, p. 3-25; Italo Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Turin, Giappichelli, 2002; Francesco Berti, «Il garantismo penale di Gaetano Filangieri», in *Archivio storico del Sannio*, 2006, 2, p. 147-201; *Les Sphères du pénal avec Michel Foucault*, Marco Cicchini et Michel Porret (dir.), Lausanne, Antipodes, 2007; Luis Prieto Sanchís, *La filosofía penal de la Ilustración*, Lima, Palestra Editores, 2007; Dario Ippolito, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Turin, Giappichelli, 2008; Benoît Garnot, «On n'est point pendu pour être amoureux», Paris, Éditions Belin, 2008; Pascal Bastien, *Histoire de la peine de mort: bourreaux et supplices. Paris, Londres, 1500-1800*, Paris, Éditions du Seuil, 2011; Ethel Groffier, *Criez et qu'on crie! Voltaire et la justice pénale*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2011; Éric Wenzel, *La Torture judiciaire*

dans *la France de l'Ancien Régime. Lumières sur la Question*, Dijon, EUD, 2011; *La Peine de mort*, Luigi Delia et Fabrice Hoarau (dir.), *Corpus. Revue de philosophie*, n° 62, 2012.

7. Voir Michel Porret, «“Les lois doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence”. Muyart de Vouglans *versus* Montesquieu», in *Revue Montesquieu*, n° 1, 1997, p. 65-76.

8. Luigi Delia et Gabrielle Radica, «Introduction. Le droit de punir entre philosophie politique et histoire de la justice», in *Penser la peine*, p. 15. Voir aussi Benoît Garnot, *Crime et justice aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Éditions Imago, 2000.

9. Voir Élisabeth Salvi, «Les Lumières pénales dans les républiques francophones de l'Helvétie», in *Penser la peine*, p. 35-51. Sur l'arbitraire judiciaire, perçu comme un immense progrès au moment de son introduction dans la jurisprudence criminelle à la fin du Moyen Âge, je me borne à rappeler les ouvrages de Bernard Durand, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi. La doctrine pénale en Europe du XVI^e au XVIII^e siècle*, Montpellier, Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 1993, et de Michel Porret, *Le Crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genève, Éditions Droz, 1995.

10. Constanta Vintila-Ghitulescu, «Punir les corps/Séquestrer les âmes. Sur les peines dans la société roumaine au XVIII^e siècle», in *Penser la peine*, p. 92.

11. Ce processus historique a fait l'objet de deux interprétations opposées. Selon la première, l'exigence de douceur serait le fruit d'une mutation des sensibilités, d'une «invention de la compassion» elle-même liée à de plus vastes processus culturels tels que la diffusion des romans, qui apprennent à se mettre à la place d'autrui: voir Lynn Hunt, *L'Invention des droits de l'homme. Histoire, psychologie et politique*, traduit de l'anglais par Sylvie Kleiman-Lafon, Genève, M. Haller, 2013. Selon Michel Foucault, au contraire, la modération pénale s'inscrit dans un changement de paradigme politique: au paradigme de la *souveraineté*, qui réaffirme sa puissance dans «l'éclat des supplices», se substitue celui de la *biopolitique*, qui alimente l'obsession de «défendre la société» en réprimant le moindre délit, la moindre infraction, la moindre incartade. Foucault développe pour la première fois cette interprétation en 1975, dans *Surveiller et punir*, puis en 1976 dans *La Volonté de savoir*; il l'approfondit ensuite dans ses cours au Collège de France des années 1975-1980: voir *Il faut défendre la société* (1975-1976), *Sécurité, territoire, population* (1977-1978), *Naissance de la biopolitique* (1978-1979), *Du gouvernement des vivants* (1979-1980).

12. Voir *Diritti e potere*, chap. I, p. 21-37.
13. Voir *Diritti e potere*, chap. II («Montesquieu e la centralità della questione penale»), p. 39-74.
14. Quentin Skinner a rappelé l'origine romaine de cette idée : voir *La Liberté avant le libéralisme*, traduit de l'anglais par Muriel Zagha, Paris, Éditions du Seuil, 2000, p. 30-31. Dans la Rome antique, un esclave pouvait bien agir «librement» s'il était placé sous les ordres d'un maître bon, bienveillant ou absent, mais cette situation purement factuelle ne le rendait pas «libre» au sens juridique du terme. Pour les Romains, en effet, la liberté n'était pas un fait, qu'on pourrait définir comme l'absence d'obstacles ou de contraintes, mais une *catégorie juridique*: étaient dites *libres* les personnes *sui juris*, placées sous leur propre juridiction ou leur propre loi. La liberté était donc conçue comme la situation morale, mentale ou psychologique de toujours pouvoir agir sans craindre que ses actions soient légitimement entravées ou contraintes par autrui.
15. Voir Céline Spector, «Souveraineté et raison d'État. Du crime de lèse-majesté dans *L'Esprit des lois*», in *Penser la peine*, p. 55-71.
16. Montesquieu, *L'Esprit des lois*, VI, 12, éd. Robert Derathé, Paris, Éditions Garnier, 1973, vol. I, p. 94.
17. Voir *Diritti e potere*, chap. III («Beccaria, la pena di morte e la tentazione dell'abolizionismo»), p. 77-102.
18. Kevin Ladd, «Penser la peine dans la souveraineté et dans l'époque. Situation de l'argumentation abolitionniste dans *Des délits et des peines*», in *Penser la peine*, p. 111.
19. Voir Beccaria, *Des délits et des peines*, § XXI, p. 255-257: «[...] on ne peut appeler précisément juste (ce qui veut dire nécessaire) une peine encourue pour un délit tant que la loi n'a pas usé du meilleur moyen possible dans les circonstances données d'une nation pour le prévenir.»
20. Voir Francesco Berti, «Droit de punir et construction d'une citoyenneté vertueuse dans la philosophie de la peine de Filangieri», in *Penser la peine*, p. 73-86. On rappellera toutefois que, dans un ouvrage splendide inspiré des travaux de John G. A. Pocock et de Quentin Skinner, Jean-Fabien Spitz a montré que Rousseau offre l'exemple d'une «troisième voie» parfaitement cohérente entre le langage de la vertu et le langage des droits: voir *La Liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, Paris, Éditions des Presses Universitaires de France, 1995.

21. *Diritti e potere*, chap. IV («Diritto e processo nell'Illuminismo meridionale»), p. 143.
22. Voir Dario Ippolito, «La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme», in *Penser la peine*, p. 21-34; *Diritti e potere*, chap. II, *op. cit.*
23. [Camillo Almici], «Osservazioni critiche di Callimaco Limi sul libro intitolato *Dei delitti e delle pene*», in *Nuova raccolta di opuscoli scientifici e filologici*, t. XIII, Venise, S. Occhi, 1765, p. XVIII.
24. *Ibid.*, p. XVI.
25. [Ferdinando Facchinei], *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, s. l. [Venise], s. n. [Zatta], 1765, p. 164.
26. J'ai tenté de développer cette interprétation dans «Passions et liberté. Loi de nature et fondement du droit en Italie à l'époque de Beccaria», in *Studi settecenteschi*, 23, 2003, p. 197-278, puis dans *La Philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Éditions Vrin, 2010, chap. I, p. 38-78.
27. Ces raisons sont rétributivistes dans le cas d'Almici : il faut toujours «égaler la peine au délit, comme l'effet à la cause» («Osservazioni critiche», p. XXVII); elles sont utilitaristes dans le cas de Facchinei, selon lequel une peine est d'autant plus dissuasive qu'elle est plus sévère : «[...] ce n'est pas la certitude, mais la grandeur du mal et du danger qui rend les hommes plus prudents dans leurs actions» (*Note ed osservazioni*, p. 87); «[...] la crainte d'une peine plus dure réfrène davantage les délits que celle d'une peine moins sévère» (p. 89). Mais le même auteur recourt également à des arguments rétributivistes, par exemple en faveur de la peine de mort : «C'est une voix forte, constante et manifeste de la nature même, qui crie incessamment et qui déclare hautement que celui qui tue doit mourir» (p. 119).
28. Luigi Delia, «Justice des Lumières et guillotine : un problème philosophique», in *Penser la peine*, p. 134.

HORIZONS p. 1 [C. BEAL & L. DELIA - Punir a-t-il un sens ? p.1]
• CORPUS p. 8 [J. FERRAND - Brèves intempestives sur le sens de la
peine saisi dans une perspective historique. p. 8 | O. CHASSAING - La
portée normative des interdictions pénales. p. 28 | N. CAMPAGNA -
Que ne pas punir, est aussi, parfois, punir. p. 44 | C. BEAL - Justice
restaurative et justice pénale. p. 58 | R. THERY - Peut-on punir le
terrorisme ? p. 72 | L. DELIA - Lumières sur l'abolition universelle
de la peine de mort : Derrida lecteur de Beccaria et de Kant. p. 84]
• PAROLE p. 102 [Entretien avec M. COQUET p. 102] •
TRAVERSES p. 120 [J. SELLIN - Définir le sens de la peine : un
travail de Sisyphe ? Le point de vue du juriste. p. 120 | L. BARTOLI
- Entre procès et sanction pénale : quel soulagement pour deux
systèmes en crise ?. p. 128 | G. RADICA - Réparer et punir : trois
modèles philosophiques. p. 137] • LECTURES p. 148 [P.
AUDEGEAN - Droit pénal et douceur des peines au XVIII^e siècle.
Considérations sur quelques études récentes. p. 148 |