

Membre de l'université Paris Lumières

Olivier CHASSAING

Réprimer les crimes, reconnaître les torts

La fonction normative de la peine

Thèse présentée et soutenue publiquement le 6 octobre 2017
en vue de l'obtention du doctorat de Philosophie
de l'Université Paris Nanterre

Jury :

Rapporteuse :	Mme Magali BESSONE	Professeure de Philosophie, Université Paris 1
Président :	M. Stéphane HABER	Professeur de Philosophie, Université Paris Nanterre
Rapporteur :	M. Bruno KARSENTI	Directeur d'études, EHESS
Examineur :	M. Jean-François KERVÉGAN	Professeur de Philosophie, Université Paris 1
Directeur :	M. Christian LAZZERI	Professeur de Philosophie, Université Paris Nanterre
Examinatrice :	Mme Raphaële PARIZOT	Professeure de droit privé et de sciences criminelles, Université Paris Nanterre

U.F.R. PHILLIA (Philosophie, Information-Communication, Langage, Littérature, Arts du spectacle)
Laboratoire SOPHIAPOL (E.A. 3932) – « Sociologie, philosophie et anthropologie politiques
École doctorale (E.D. 139) – « Connaissance, Langage, Modélisation »
200, avenue de la République 92001 Nanterre Cedex

Olivier Chassaing

Réprimer les crimes, reconnaître les torts

La fonction normative de la peine

Thèse présentée et soutenue publiquement le 6 octobre 2017
en vue de l'obtention du doctorat de Philosophie
de l'Université Paris Nanterre

sous la direction de M. Christian Lazzeri

Remerciements

Nombreuses sont les personnes et institutions qui ont contribué à la réalisation de ce travail. J'adresse mes plus sincères remerciements,

À Christian Lazzeri, mon directeur de thèse, pour la confiance qu'il m'a témoignée tout au long de ce travail et dont la clarté, la justesse et l'intégrité ont été à la fois une source d'inspiration et un modèle intellectuel.

Aux membres du jury, Magali Bessone, Stéphane Haber, Bruno Karsenti, Jean-François Kervégan et Raphaële Parizot, qui me font l'honneur de lire et de juger ce travail, et dont les travaux m'ont accompagné aux différentes étapes de cette recherche.

À Bruno Karsenti, qui a orienté cette réflexion, à ses débuts, en Master, et dont les conseils et les travaux ont été décisifs dans les goûts et les choix qui m'ont mené jusqu'ici.

Aux membres de l'ED 139, du SOPHIAPOL et du Département de philosophie de l'Université Paris Nanterre, qui m'ont accueilli dans leurs équipes et sans le soutien desquels cette thèse aurait été impossible à accomplir.

Aux enseignant-e-s et chercheurs-ses dont les conseils, remarques et critiques ont grandement enrichi mon travail en philosophie pénale tout au long de ces années : Christophe Béal, Magali Bessone, Laurent Jaffro, Fanny-Elisabeth Rollet, Julie Saada et Raphaëlle Théry.

Au premier cercle des relecteurs et relectrices qui ont bien voulu commenter les versions initiales de ces chapitres, et auquel-le-s j'exprime ma gratitude : Vincent Boyer, Camille Chamois, Daphné Leroux, Frédéric Monferrand et Raphaëlle Théry.

Aux ami-e-s et aux membres de ma famille qui ont constitué le cercle étendu des relecteurs et relectrices : Laurent Bacot, Alice Chassaing, Laurent Chassaing, Thibault Chevaillier, Emmanuel Cohen, Nathalie Conan, Camille Bacot, Charlotte Demonque, Flore Granboulan, Laurianne Mariette, Clara Mayer, Adèle Moméja, Pénélope Patrix, Nils Paubel, Valentine Proust, Thibault Racovski et Piyush Wadhwa, pour leur infinie générosité.

À Emmanuel Levaufre, Olivier Moulin et Jérémy Nabaty, avec lesquels j'ai eu un grand plaisir à enseigner au lycée alors que j'achevais ce travail.

À mes ami-e-s, nombreu-x-ses déjà à avoir été cité-e-s dans ces lignes.

À mes parents Alice Chassaing et Laurent Chassaing, pour leur soutien et leur affection tout au long de ces années.

À Pénélope Patrix, pour sa lucidité et sa force, et pour m'avoir de nombreuses fois redonné confiance.

Sommaire

Introduction générale

Première partie. Les implications morales de la peine

CHAPITRE I. LA PART DE LA SOUFFRANCE

- Section 1. Des peines afflictives
- Section 2. Une souffrance subjective ?
- Section 3. La peine comme vengeance

CHAPITRE II. LA MARQUE DE L'INFAMIE

- Section 1. Sanction et réprobation
- Section 2. Justification et communication morale
- Section 3. Punition et déliquescence sociale

Deuxième partie. Interdire et menacer

CHAPITRE III. LES NORMES PENALES : INTERDICTION ET SANCTION

- Section 1. Les raisons d'obéir
- Section 2. La signification de l'interdit
- Section 3. Les prétentions du droit pénal

CHAPITRE IV. MENACE ET AUTONOMIE

- Section 1. L'autorité de la peine
- Section 2. Les limites de la peine
- Section 3. La raison de la punition : éducation morale et intériorisation des normes

Troisième partie. Les pratiques punitives

CHAPITRE V. LA SPHERE DE RESPONSABILITE PENALE

- Section 1. La responsabilité pénale : entre droit et morale
- Section 2. L'attribution de la responsabilité
- Section 3. Responsabilité et criminalisation

CHAPITRE VI. FORMES JURIDIQUES ET PENALITE

- Section 1. Pénalité et domination sociale
- Section 2. Les limites de l'articulation
- Section 3. L'indépassable rétribution

Conclusion générale

Abréviations

AJ Pénal	Actualité juridique pénal
al.	alinéa
art.	article
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
CA	Cour d'appel
CC	Code civil
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
Crim. / C. Cass. Crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
dir.	Sous la direction de
et suiv.	la référence concerne la page citée et celles qui la suivent
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Référence au même ouvrage qu'à la note précédente
<i>op. cit.</i>	Ouvrage cité (par extension, vaut pour toute référence déjà citée)
Somm.	Sommaire
vol.	numéro de volume d'une revue

Introduction générale

Afin d'assurer la protection de 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 réinsertion¹.

A l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative.

Constitue une mesure de justice restaurative 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 à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission².

Au cours de l'exécution de la peine, la victime a le droit :

- 1° De saisir l'autorité judiciaire de toute atteinte à ses intérêts ;
- 2° D'obtenir la réparation de son préjudice, par l'indemnisation de celui-ci ou par tout autre moyen adapté, y compris, s'il y a lieu, en se voyant proposer une mesure de justice restaurative ;
- 3° D'être informée, si elle le souhaite, de la fin de l'exécution d'une peine privative de liberté, dans les cas et conditions prévus au présent code ;
- 4° À la prise en compte, s'il y a lieu, de la nécessité de garantir sa tranquillité et sa sûreté³.

¹ CP art. 130-1 (loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, art. 1).

² CPP art. 10-1 (*Ibid.*, art. 18).

³ CPP art. 707 (*Ibid.*, art. 24).

Ces articles issus du code pénal et du code de procédure pénale français mettent en valeur la diversité des fonctions assumées par la peine : protéger la société et prévenir les nouvelles infractions, « sanctionner l’auteur de l’infraction », « favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion », réparer les préjudices subis par la victime et, si elle en fait la demande, « garantir sa tranquillité et sa sûreté ». Mise en œuvre par l’État, la justice pénale posséderait donc trois destinataires : l’infracteur, la société, la victime. L’institution pénale se démarque par le fait qu’elle prive délibérément le premier de son bien, de ses droits ou de sa liberté et protège la société de ce qui la menace. Or, le souci pour la victime révèle qu’à travers la répression des crimes, c’est la prétention de l’État à reconnaître les torts qui se joue peut-être. La peine viserait donc à traduire le ressentiment collectif en une indignation légitime, à rappeler les règles et exigences qui lient les membres d’une même société et à restaurer les relations abîmées par les conflits à l’origine des infractions. L’institution pénale ne se limiterait pas à réprimer les crimes et à dénoncer publiquement leurs auteurs, elle participerait aussi à reconnaître publiquement les torts, à affirmer les interdictions et à rétablir les droits et l’estime des individus. C’est sur les différentes facettes de cette fonction – que je propose de nommer la fonction normative de la peine – que porte le présent travail, et plus précisément sur ses implications à l’égard de la définition de la peine et ses répercussions au plan de sa justification. Je voudrais tout d’abord exposer certains aspects du contexte juridique et conceptuel qui a motivé cette recherche, marqué par l’introduction des *mesures* de justice restaurative dans la loi pénale et le développement international de la *théorie* de la justice restaurative ; je reviendrai ensuite sur les présupposés de cette théorie et sur sa prétention à renouveler les fondements de la justice pénale ; je poserai enfin le cadre problématique, la méthode et le plan de cette étude. Cette introduction a davantage vocation à construire le problème auquel le raisonnement tentera de répondre ; étant données leur richesse et leur complexité, l’état des lieux des théories et approches qui constituent le champ de la philosophie pénale sera mené dans les chapitres I et II.

Justice restaurative vs justice répressive

Les articles cités précédemment proviennent de la loi du 15 août 2014 « relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales ». L'article 10-1 du code de procédure pénale formule les traits saillants de la mesure de justice restaurative : elle est *autonome* à l'égard de la procédure pénale, qui se poursuit en parallèle du déroulement de la mesure de justice restaurative ; elle est *correctrice*, parce qu'elle vise à résoudre les « difficultés résultant de l'infraction », et *réparatrice*, parce qu'elle répond au préjudice subi par la victime ; elle est *libre*, parce qu'elle repose sur le consentement mutuel de la victime et de l'infracteur ; elle est *médiatisée* par un « tiers indépendant » et *confidentielle*, sauf si un intérêt supérieur le justifie, comme la réitération d'infractions ou la révélation de faits délictueux.

La circulaire du 15 mars 2017 a pour objectif de préciser la mise en œuvre de la loi. Cette circulaire rappelle que les mesures de justice restaurative peuvent s'incarner à travers différents dispositifs : les rencontres condamnés-victimes ou détenus-victimes, qui constituent des groupes de parole entre condamnés et victimes concernés par un même type d'infraction et font intervenir des représentants de la société civile ; les cercles de soutien et de responsabilité, destinés aux auteurs d'infractions à caractère sexuel dans le but de pallier leur isolement social et d'éviter la récidive ; la médiation auteur/victime, consistant en des échanges et une rencontre entre l'infracteur et la victime afin qu'ils participent conjointement « à la régulation du conflit et à la réparation du préjudice causé par l'infraction⁴ » ; la conférence restaurative ou conférence de groupe familial ; et enfin le cercle restauratif.

De manière remarquable, cette circulaire dispose d'une part que « les propos tenus par les parties, et notamment la reconnaissance des faits par l'auteur, ne peuvent être utilisés comme aveu judiciaire ou extra-judiciaire », mais d'autre part que « l'auteur doit reconnaître les faits, c'est-à-dire à la fois son implication et sa responsabilité [et que] les parties en présence doivent pouvoir s'accorder sur les faits principaux de la cause⁵. » Il est également exposé que la mesure de justice restaurative est entièrement indépendante des poursuites pénales : elle peut être proposée à tous les stades de la procédure pénale mais ne peut pas se substituer à une mesure alternative aux poursuites. Elle ne peut que s'y ajouter. En vertu de

⁴ Circulaire n° SG-17-007/13.03.2017, p. 14, [En ligne] URL : http://www.justice.gouv.fr/_telechargement/Circulaire_justice_restaurative_signee_JJU_15.03.2017.pdf, consulté le 22 juin 2017.

⁵ *Ibid.*, p. 7.

cette autonomie, la mesure de justice restaurative peut être proposée malgré une décision de classement sans suite ou de non-lieu. En droit français, la frontière entre ce type de mesures et la peine reste donc parfaitement étanche.

À côté de l'introduction de dispositifs restauratifs, la réforme pénale d'août 2014 a consacré d'autres changements en matière de procédure pénale, au premier rang desquels on compte la création de la contrainte pénale qui prévoit un suivi et un contrôle des condamnés en milieu ouvert, afin de se substituer à l'incarcération ; et la suppression des « peines planchers », c'est-à-dire d'un *quantum* minimal et incompressible de peine pour les délits et les crimes commis en état de récidive.

Les mesures de justice restaurative se démarquent par leur prétention à incarner une réponse non-répressive aux infractions, bien que, comme on l'a dit, elles ne se substituent en rien à une procédure pénale. Néanmoins, elles soulèvent plusieurs questions : conditionnées par le fait que l'auteur de l'infraction reconnaisse les faits et sa responsabilité à leur égard, imposent-elles certaines attentes aux individus, en incitant les condamnés à exprimer des remords et le désir de s'amender, et en mettant les victimes dans la position d'accorder peut-être leur pardon ? Ces mesures conduisent-elles ainsi à ajouter une autre facette, psychologique et affective, au contrôle social dont les individus condamnés font l'objet ? Selon quels critères les évaluer : selon le bien intrinsèque qu'en retire la victime parce que son tort a été exprimé et reconnu publiquement, ou selon les bonnes conséquences que ces mesures entraînent, notamment en matière de lutte contre la récidive et de prévention des délits et des crimes ? Enfin, quel type de rapports sociaux abîmés par l'infraction ces dispositifs visent-ils à *reconstruire*, dès lors que les circonstances de l'infraction sont marquées par un contexte de fortes inégalités ? En inscrivant la médiation entre victime et infracteur dans l'horizon du consensus et de l'harmonie sociale⁶, ces mesures semblent reposer sur l'idée que le tort aurait déformé un équilibre premier au sein des relations sociales, et que les conditions de sa réparation relèveraient du pouvoir de l'État et de la justice institutionnelle⁷.

⁶ Robert CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJ Pénal*, vol. 9, 2007, p. 372-375, [En ligne] URL : http://www.justicereparatrice.org/news/AJP_JR_sept_2007.pdf, consulté le 5 mai 2017.

⁷ Pour développer ces questions, je renvoie à : John Braithwaite, « Restorative Justice: Theories and Worries », *Annual Report for 2003 and Resource Material Series*, n° 63, 2004, p. 47-56, [En ligne] http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms_all/no63.pdf, consulté le 5 mai 2013.

La crise du modèle pénal

De telles questions travaillent de l'intérieur la théorie de la justice restaurative qui a émergé depuis une trentaine d'années pour constituer aujourd'hui un motif central du renouvellement théorique et institutionnel de la justice pénale⁸. Cette théorie imprègne en effet de nombreuses modifications de la procédure pénale en France, en Belgique, au Canada, aux États-Unis et des directives du Conseil européen⁹. Or, comme le montre l'un des principaux défenseurs français de ce courant, le pénaliste et criminologue Robert Cario, la question est de savoir si la justice restaurative peut prétendre être davantage qu'un additif à la justice pénale et si elle peut à terme s'y substituer.

La défense de cette théorie part en effet du constat d'échec qui caractérise la justice répressive : augmentation des poursuites pénales, inflation des classements sans suite, taux de récidive élevé, surpopulation carcérale, augmentation de la durée moyenne des peines délictuelles, chute des mesures de libération conditionnelle¹⁰, prise en considération insuffisante du préjudice et absence d'accompagnement affectif et psychologique de la victime – dont la réparation demeure quasi-exclusivement indemnitaire¹¹ –, insatisfaction du public comme des professionnels du monde judiciaire et pénitentiaire, coûts des procédures de jugement et du système carcéral.

En réponse, la justice restaurative s'inspire des modes traditionnels de règlement de conflit, hérités de l'action des conciliateurs et arbitres du Haut Moyen Âge, mais aussi des cercles de guérison ou de sentence chez les Inuits du Québec, des conférences de groupe familial et des rituels visant à réunir agresseurs et victimes sous le contrôle des représentants de la communauté, comme chez les Maoris d'Australie et de Nouvelle Zélande. Robert Cario explique ainsi que

la justice restaurative entend principalement opérer une redistribution des rôles : à l'État la responsabilité du maintien de l'ordre public, à la communauté la responsabilité du maintien de

⁸ On consultera le dossier de la revue *Raisons politiques* consacré au tournant institutionnel au sein de la justice restaurative : *Raisons politiques*, vol. 59, n° 3, « Restorative Justice: The Institutional Turn », 2015 ; et notamment l'introduction d'Andrei Paoma : Andrei POAMA, « Restorative Justice: The Institutional Turn », *Raisons politiques*, vol. 59, n° 3, 2015, p. 7-16.

⁹ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, [EN ligne] URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029>, consulté le 6 juin 2017.

¹⁰ Robert CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *op. cit.*, p. 1-2.

¹¹ Robert CARIO, *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris, L'Harmattan, 2006.

la paix sociale. Selon une telle stratégie, il importe de passer du droit comme instrument du contrôle social au droit comme moyen de faciliter l'interaction sociale harmonieuse¹².

Pour résumer, malgré la grande diversité des discussions qui l'animent¹³, la théorie de la justice restaurative se distingue autour de trois thèses principales :

- la nature de la justice restaurative est *extra-juridique* et *non-répressive* : elle se présente comme une réponse à l'abstraction et à la généralité de la loi et de la responsabilité pénale, tournées vers le passé de la faute commise, et indifférentes à l'égard du préjudice subi par la victime. Elle subordonne la résolution du conflit aux décisions communes de l'infracteur et de la victime. L'interprétation et la symbolisation du conflit qui les oppose demeure entre leurs mains. On peut suivre sur ce point R. Cario :

À bien y réfléchir, il semblerait même que la victime pourrait devenir le moteur de la transformation des pratiques classiques de justice pénale. A l'opposé du procès pénal classique qui aliène en se crispant sur le passé de la faute, la Justice restaurative rééquilibre les priorités en réinvestissant, aux côtés de l'infracteur, la victime elle-même¹⁴.

- Les modalités de cette forme de justice sont la *correction* et la *réparation* : elle redonne une place à la victime dans le déroulement du jugement, à travers un ensemble de procédures de médiation et d'accompagnement psychologique. Elle arrache en outre l'infracteur au face-à-face avec l'État et tend à sa requalification comme membre de la société. Elle tient compte des liens qui peuvent préexister entre victimes et infracteurs, qui sont d'autant plus décisifs que les affaires les plus graves, d'atteinte à l'intégrité des personnes, interviennent le plus souvent entre des personnes proches, au sein du cercle familial, amical ou professionnel. R. Cario poursuit ainsi :

En même temps qu'elle institue chacun dans son rôle, qu'elle place tous les acteurs au centre même du conflit, opérations symboliquement essentielles, la Justice restaurative reconstruit l'avenir en associant à la réponse pénale la réparation de tous les torts subis¹⁵.

- Sa finalité est la *réconciliation* : elle vise « la production d'accords consensuels¹⁶ », qui supposent la reconnaissance de chaque intervenant comme une personne à part entière, rétablie dans sa dignité et soucieuse des autres. L'expression de la vérité des torts subis et des motifs du délit ou du crime vaut alors comme une reconquête, menée conjointement par deux sujets en peine de reconnaissance, vers une dignité retrouvée. Il s'agit donc d'un mode de résolution des délits et des crimes attentif à la vulnérabilité de la victime mais aussi à celle qui

¹² Robert CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *op. cit.*, p. 3-4.

¹³ Dennis SULLIVAN et Larry TIFFT, *Handbook of Restorative Justice: a global perspective*, Londres-New York, Routledge, 2006.

¹⁴ Robert CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *op. cit.*, p. 8.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 6.

peut avoir émaillé la biographie de l'infracteur. Elle efface la dette de ce dernier et reconnaît la victime dans son tort en traduisant le délit ou le crime en un conflit intersubjectif à solder. Elle se déploie donc *in fine* dans l'horizon de la réconciliation des parties, par l'aveu des fautes d'un côté et l'octroi du pardon de l'autre. Comme l'écrit encore R. Cario :

Lorsque les torts sont effectivement réparés, la modalité restaurative accomplie a pu offrir la chance à l'infracteur d'exprimer des regrets, de présenter des excuses, de demander pardon à la victime, à ses proches et/ou à la communauté. Et à chaque fois que celui-ci a pu être accordé, le processus restauratif a conduit à la réconciliation intersubjective et, au-delà, à la consolidation des liens sociaux intra-communautaires [...]. Le pardon brise ainsi le cercle de la violence qui a rendu possible un crime, en restituant à chacun son humanité¹⁷.

Crimes et torts

Cette recherche part d'une incompréhension devant deux aspects saillants des présupposés de la justice restaurative : la distinction cardinale entre crime et tort, et la conception de l'ordre social comme consensus moral. À l'égard du premier, le crime est communément identifié à une notion juridique, regroupant matière criminelle et matière délictueuse¹⁸, dont la définition légale présuppose la sanction pénale. L'étymologie latine, *crimen*, associe au terme le sens d'un reproche, d'une accusation, d'une plainte. Selon le grec ancien *κρίμα*, le crime est l'objet d'une contestation, d'une querelle, par dérivation de *κρίνω*, qui signifie trier, trancher ou encore juger. Les théoriciens restaurativistes semblent donc tirer le crime du côté de la règle dont il est la contestation, l'entorse et l'infraction. Ils voient là une raison de souligner le caractère nécessairement formel et abstrait de la répression pénale, davantage préoccupée par la réaffirmation des normes du droit que par le préjudice subi par les personnes réelles¹⁹. À l'inverse, le concept de tort est censé répondre à cette carence. Il désigne ordinairement l'état d'une personne qui a été lésée ou offensée, et dont la situation est contraire à la vérité, à la justice ou à la raison. Le notion de tort inclut donc la valeur de la faute contenue dans la notion de crime, mais, appliqué à un acte, il fait également signe vers le préjudice causé à la victime et par conséquent vers l'injustice que cet acte constitue aux yeux de toutes et tous. Tout se passe donc comme si la référence au « tort » permettait de

¹⁷ *Ibid.*, p. 8-9.

¹⁸ Je prends ici le terme de « crime » en un sens large, regroupant la matière criminelle et délictueuse. 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.

¹⁹ « Le droit positif réduit ainsi “la procédure à une question technique”. La peine prévue par la loi est juste en elle-même, le respect des règles l'emportant sur les résultats. » Robert CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *op. cit.*, p. 4, cité par Antoine GARAPON et Denis SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*, Paris, Seuil, 2007, p. 138.

réinscrire la notion trop formelle et technique de « crime » dans la vie morale, afin d'attirer spontanément le regard vers les raisons qui exigent que l'on réponde aux torts.

Or, il semble que ce déplacement du crime vers le tort conduit à présupposer un accord collectif sur les actes préjudiciables et illégitimes : constitue un tort toute conduite consistant en une commission ou une omission qui détériore volontairement les relations sociales du point de vue des individus concernés. La théorie de la justice restaurative prend soin de ne pas fixer de critères normatifs pour identifier les torts appelant une réaction publique. Autrement dit, elle évite de figer de manière idéale les règles du bon usage de cette notion, affirmant au contraire que les torts doivent être reconnus à l'aune des exigences, des demandes et des attentes formulées par les individus et les groupes eux-mêmes, au sein des conflits qui les opposent de façon toujours singulière. Pour cette raison, on peut faire l'hypothèse que la théorie de la justice restaurative entretient de fortes affinités avec les théories contemporaines de la reconnaissance²⁰, qui fournissent en effet les ressources d'une définition de la justice articulée aux attentes normatives des individus et des groupes sociaux, sans présupposer les critères de légitimité à la définition de l'injustice. Afin de développer cette hypothèse, je vais présenter certaines thèses des théories de la reconnaissance qui me sont utiles afin de considérer leur application au problème particulier de la peine.

Justice pénale et reconnaissance

Les théories de la reconnaissance désignent une constellation de travaux en philosophie, en sociologie, en droit, en psychologie et en psychanalyse qui ont émergé depuis la fin du XX^e siècle, portant sur les formes de reconnaissance affectives, juridiques et sociales inhérentes à l'existence des sujets humains. Elles ont influencé des traditions comme le libéralisme politique et ses critiques communautariennes et républicaines, bien qu'elles

²⁰ Les liens conceptuels entre justice restaurative et théorie de la reconnaissance ont été peu étudiés en eux-mêmes, mais les théories de la reconnaissance sont mobilisées dans plusieurs travaux visant à défendre une théorie de la justice (selon l'expression employée) réparatrice, correctrice, reconstructive ou restaurative : Antoine GARAPON, Thierry PECH et Frédéric GROS, *Et ce sera justice : punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001 ; Erik CLAES, René FOQUE et Tony PETERS (dir.), *Punishment, Restorative Justice and the Morality of Law*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2005, p. 189 et suiv. ; Theo GAVRIELIDES et Vasso ARTINOPOULOU (dir.), *Reconstructing restorative justice philosophy*, New York, Routledge, 2016, p. 119 et suiv. ; Julaine EBERHARD, *Recognizing Justice: A study of the connections between human recognition, realization and restorative justice*, Thèse de doctorat, Graduate Faculty of Political and Social Science, New School University, 2004 ; Janie BUGNION, *La justice en question ? Expérience d'une médiatrice. Une exploration pluridisciplinaire de la médiation dans les contextes pénal, social et sanitaire*, Paris, Buenos Books International, 2015.

puisent surtout dans la tradition de la Théorie critique issue de l'École de Francfort, renouvelée par la philosophie sociale contemporaine. Ces théories partent du constat suivant : dans les sociétés modernes, multiculturelles et à forte division du travail, la valeur morale, le statut juridique et l'autonomie politique des sujets ne dépendent pas uniquement du rang qu'ils occupent dans l'ordre social, ni de leurs capacités physiques ou intellectuelles intrinsèques, mais des relations qu'ils nouent avec les autres et de leur perception réciproque. Il en découle une thèse sur la nature de la conflictualité sociale : certes, les individus et les groupes entrent en conflit parce qu'ils s'opposent dans la satisfaction de leurs intérêts particuliers, dans un contexte d'inégale répartition des richesses, mais les luttes sociales ont également pour enjeu la reconnaissance des identités socio-culturelles, des droits ou de l'estime qu'individus et groupes revendiquent²¹. Cette attention aux expériences de déni de reconnaissance et aux luttes et conflits qui en sont le produit est solidaire de deux grandes thèses. D'abord, la vie des individus et des collectifs humains dépend fondamentalement de la qualité morale de leurs relations, autrement dit leur existence repose en partie au moins sur leur reconnaissance mutuelle²². En conséquence, la justice sociale ne consiste pas seulement à compenser les inégalités et à assurer l'équité des relations sociales, mais aussi à défaire les obstacles à l'expression et au respect des besoins, des droits et de la dignité des individus. Ces théories traitent de la reconnaissance à la fois comme marqueur spécifique du vivant humain mais aussi, indissociablement, comme analyseur des situations d'injustice²³.

²¹ D'après ces théories, les phénomènes de reconnaissance, ainsi que leur envers, le mépris et le déni de reconnaissance, se retrouvent à tous les étages de la vie individuelle et sociale, des demandes affectives formulées dans les relations familiales, amicales ou amoureuses, aux revendications de redistribution équitable de richesses ; du respect des droits à l'exigence d'estime sociale animant les « luttes pour la reconnaissance » ; des rapports de domination et d'exploitation, notamment au travail, aux formes les plus invisibles d'injustice et de désaffiliation ; des déplacements travaillant les frontières de genre et les sexualités à la difficile coexistence des groupes majoritaires et minoritaires dans les sociétés multiculturelles. Voir : Nancy FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, Paris, La Découverte, 2011 ; Axel HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Gallimard, « Folio essais », 2013 ; Judith BUTLER, *Sujets du désir. Réflexions hégéliennes en France au XX^e siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011 ; Charles TAYLOR, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 2009. Voir du côté français : Christian LAZZERI, « Qu'est-ce que la lutte pour la reconnaissance ? », in Robert DAMIEN et Christian LAZZERI (dir.), *Conflit et confiance*, Besançon, Annales de l'Université de Franche-Comté, 2006, p. 343-388.

²² L'une des thèses centrales des théories de la reconnaissance est la conception relationnelle de la réalité humaine, opposée aux thèses de l'atomisme social ou de l'individualisme libéral. Voir : Axel HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, *op. cit.*, p. 24-25. Comme l'écrit Charles Taylor, le « trait essentiel de la vie humaine est son caractère fondamentalement "dialogique". » Charles TAYLOR, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, *op. cit.*, p. 49. Voir également Christian LAZZERI et Alain CAILLE, *La reconnaissance aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 11.

²³ Voir : Franck FISCHBACH, *Manifeste pour une philosophie sociale*, Paris, La Découverte, 2009, p. 133-161 ; Stéphane HABER, « Renouveau de la philosophie sociale ? », *Esprit*, vol. 3, n° 4, 2012, p. 131-149 ; Christian LAZZERI et Soraya NOUR (dir.), *Reconnaissance, identité et intégration sociale*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2009 ; Emmanuel RENAULT, *L'expérience de l'injustice. Reconnaissance et clinique de l'injustice*, Paris, La Découverte, 2004 ; Emmanuel RENAULT, *Souffrances sociales. Philosophie, psychologie et politique*, Paris, La Découverte, 2008.

L'élaboration de la reconnaissance comme objet d'une anthropologie philosophique et d'une critique des « pathologies sociales²⁴ » est au cœur de l'œuvre d'Axel Honneth. Héritier de la Théorie critique de l'École de Francfort, ce dernier a remis la notion de reconnaissance au centre des débats en théorie sociale, en s'inspirant des écrits de jeunesse de Hegel. Élaborant le modèle d'une lutte pour la reconnaissance, il a établi les repères normatifs et la grammaire morale des conflits sociaux au sein des sociétés industrielles et post-industrielles. Il a montré que les attentes de reconnaissance constituaient le vecteur de l'intégration sociale comme de la construction de la subjectivité. Cette dernière thèse implique que la qualité morale des relations à travers lesquelles le sujet humain se constitue est toujours l'objet d'un conflit en devenir. Être un sujet de désirs ou de droits n'est pas donné d'avance mais demeure l'objet d'une conquête menée dans l'épaisseur des relations sociales. Ainsi, en plus d'être la condition de l'autoréalisation individuelle, la reconnaissance constitue le mode d'interaction produisant la solidarité sociale : sans elle, sociétés et communautés resteraient au stade d'agrégats liés de manière mécanique²⁵.

D'un point de vue critique, l'attention aux phénomènes de reconnaissance et de déni de reconnaissance doit alors déboucher, selon Honneth, sur une « phénoménologie des blessures morales²⁶ ». L'évaluation des institutions socio-politiques n'y est pas menée en régime idéal, à partir des normes que tout sujet rationnel isolé admettrait comme valides. Au contraire, cette exigence s'enracine dans les attentes propres aux individus qui font l'expérience du mépris social sous différentes formes (violence physique, négation des droits ou encore déni de dignité). Comment faut-il comprendre cette lecture des conflits sociaux et des situations d'injustice dans le cadre des démocraties libérales contemporaines, marquées par des contradictions internes entre de multiples communautés socio-culturelles différentes et un mode de régulation unique fondé sur l'État de droit ? Dans ce contexte, les particularités culturelles, politiques, ethniques, religieuses ou linguistiques des groupes tendent en effet à entrer en tension avec l'universalisme formel de la loi caractérisé par l'égale reconnaissance des individus comme sujets de droit.

Il me semble que c'est cette même contradiction entre l'abstraction et la généralité des règles et des procédures pénales d'un côté, et l'expérience affective et morale des individus particuliers de l'autre, que cherche à pallier la théorie de la justice restaurative. L'un des arguments en faveur de cette convergence repose sur les affinités que l'on peut trouver entre

²⁴ Axel HONNETH, *La société du mépris*, Paris, La Découverte, 2006, notamment le chapitre « Les pathologies du social. Tradition et actualité de la philosophie sociale », p. 86 et suiv.

²⁵ Christian LAZZERI et Alain CAILLE, *La reconnaissance aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 103.

²⁶ Axel HONNETH, *La société du mépris*, *op. cit.*, p. 54.

la redéfinition du crime comme tort dans la justice restaurative et la centralité que Honneth accorde à la notion de crime chez Hegel pour en faire un acte chargé d'un potentiel critique et d'une signification normative. Relisant la *Realphilosophie*²⁷ du philosophe allemand du XIX^e siècle, Honneth montre que le passage de la reconnaissance formelle par le droit, où chacun est identifié à une personne juridique libre d'agir sans contrainte, à la reconnaissance sociale où chacun est reconnu comme un sujet moral authentique, est opéré par le truchement du crime. Au premier abord, le crime constitue une atteinte à la propriété d'autrui, à son intégrité physique ou morale et enfin à son honneur. Mais derrière cet aspect négatif, il exerce aussi une fonction positive, parce qu'il amène dialectiquement à nier et à reconnaître en autrui un être doué de besoins et de désirs singuliers au même titre que soi. Il conduit ainsi à dépasser le caractère formel de la reconnaissance juridique. Le crime engendre et résout d'un seul mouvement un manque de reconnaissance. Honneth écrit ainsi :

Si Hegel fait jouer aux actes criminels un rôle constructif dans le processus de formation éthique, c'est parce qu'ils sont capables de déclencher ces conflits sociaux sans lesquels les sujets ne prêteraient pas attention aux relations de reconnaissance sous-jacentes²⁸.

Autrement dit, le crime exprime une attente de reconnaissance larvée et déçue. Par le caractère offensant du crime et à travers la réaction d'indignation que le coupable suscite s'ouvre la possibilité de mieux ajuster les cadres de la reconnaissance juridique aux situations particulières vécues par les individus et de réaliser leur singularité dans une communauté éthique. Il me semble que ces thèses résonnent avec la manière dont les théoriciens de la justice restaurative cherchent, comme on l'a dit, à ménager au sein des dispositifs de reconnaissance des torts une place à la réparation de la victime, à la réappropriation par l'infracteur de son acte et, comme le dispose la loi, « à la résolution des difficultés résultant de l'infraction²⁹ ».

Plus concrètement, la reconnaissance du tort peut viser deux résultats : une attitude *morale* consistant à manifester un sentiment d'empathie, de sollicitude et un désir de réparation à l'égard de l'individu ayant subi un préjudice de manière à lui redonner estime et confiance en soi ; une sanction *sociale*, correspondant au fait d'exprimer à l'attention de l'infracteur le caractère injuste et violent de son acte, de montrer l'indignation dont il est l'objet, tout en cherchant à comprendre les besoins et les demandes qui peuvent être les siens. La capacité du condamné à se responsabiliser et à assumer publiquement son acte constitue un

²⁷ Georg W.F. HEGEL, *La philosophie de l'esprit : de la « Realphilosophie »* [1805], trad. de l'allemand par G. Planty-Bonjour, Paris, Presses Universitaires de France, 1982.

²⁸ Axel HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, op. cit., p. 48.

²⁹ CPP art. 10-1 (loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, art. 18).

progrès moral pour la société, qui est alors en mesure d'identifier les défauts de reconnaissance qui peuvent constituer les mobiles de l'infraction. La justice restaurative vise ainsi, si l'on reprend la théorie de Honneth, à réinscrire victime et infracteur dans la série des deux dernières sphères où se déploie la vie sociale, le droit et la solidarité, en assurant la confiance, le respect et l'estime réciproques des sujets³⁰. Le crime possède un effet révélateur et critique à l'égard de la vie morale d'une société ; mais sa portée est également normative, en ce qu'il peut contenir en germe une réévaluation du cadre juridique et formel en fonction des mœurs et des acquis culturels d'une société³¹. La question est cependant de savoir si la fonction normative du crime n'est pas finalement celle de la peine, au sens où la reconnaissance des torts subis par la victime, comme des formes de mépris ou d'injustice qui peuvent générer les conflits à la source des infractions, présuppose une forme institutionnelle, bâtie sur les organes assurant les poursuites, l'accusation et le jugement du crime – autrement dit une procédure *pénale*.

Les principes du droit pénal moderne

La qualification du crime tout comme l'implémentation de mesures de justice restaurative s'appuient en effet sur l'existence du cadre complexe de la justice pénale, comme institution juridique et judiciaire formellement indépendante. Cela nous amène à l'objet plus précis de cette étude : est-il possible qu'au travers de la répression des crimes les torts éprouvés par les individus concernés par les infractions soient reconnus, comme le suppose l'insistance aujourd'hui sur le problème de la réparation des victimes³² ? On cherchera à déterminer si les principes de la justice restaurative sont compatibles avec les contraintes juridiques de la peine telle qu'elle existe dans les démocraties libérales contemporaines, et s'il

³⁰ Axel HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, *op. cit.*, p. 47 et suiv.

³¹ On pourrait ainsi mettre en parallèle les passages de Hegel commentés par Honneth avec ce que Durkheim écrit sur la fonction socialement cohésive mais néanmoins moralement transformatrice du crime : « D'après le droit athénien, Socrate était un criminel et sa condamnation n'avait rien que de juste. Cependant son crime, à savoir l'indépendance de sa pensée, était utile, non seulement à l'humanité, mais à sa patrie. Car il servait à préparer une morale et une foi nouvelles dont les Athéniens avaient alors besoin parce que les traditions dont ils avaient vécu jusqu'alors n'étaient plus en harmonie avec leurs conditions d'existence. Or le cas de Socrate n'est pas isolé ; il se reproduit périodiquement dans l'histoire. La liberté de penser dont nous jouissons actuellement n'aurait jamais pu être proclamée, si les règles qui la prohibaient n'avaient été violées avant d'être solennellement abrogées. Cependant, à ce moment, cette violation était un crime, puisque c'était une offense à des sentiments encore très vifs dans la généralité des consciences. » Émile DURKHEIM, *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1967, p. 71-72.

³² Je m'appuie ici sur l'article de Florence BELLIVIER et Cyrille DUVERT, « Regards pluridisciplinaires sur les victimes. Les victimes : définitions et enjeux », *Archives de politique criminelle*, vol. 28, n° 1, 2006, p. 3-10.

est même souhaitable de les associer à une institution dont la vocation est à première vue répressive. Pour le savoir, il convient de mieux cerner *conceptuellement* la nature et les fonctions de la peine. Je m'en tiendrai ici à une analyse synthétique, les sources historiques et juridiques des principes du droit pénal feront l'objet d'analyses plus approfondies au cours des chapitres de ce travail.

On peut tout d'abord mettre en valeur les principes positifs du droit pénal moderne³³. Dans le contexte français, ce dernier repose sur deux types de règles, de fond et de procédure :

- les premières consacrent tout d'abord le *principe de légalité des délits et des peines*, qui vise à empêcher l'arbitraire des juges dans la définition et la détermination des peines appliquées, selon l'adage juridique « nul crime, nulle peine, sans loi ». Ce principe impose au législateur *clarté et précision* dans la formulation de la loi pénale et aux juges *l'interprétation stricte* des dispositions pénales. Il en découle que l'infraction pénale, outre l'élément *légal* impliqué par ce premier principe, doit reposer sur un élément *matériel* et un élément *moral* pour être constituée : seuls des actes effectivement accomplis, tentés ou dans certains cas commencés dans leur exécution peuvent être effectivement sanctionnés ; de plus, il n'y a pas de délit ni de crime sans un degré minimal d'intentionnalité de la part de l'individu à l'égard de son acte.

- Deux principes protègent la sécurité des individus face à l'application de la loi : le *principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère*, et le *principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce*.

- Cinq principes terminent de structurer le droit pénal de fond : la *personnalité* des peines, qui garantit que seul l'individu reconnu coupable est puni ; la *nécessité* et la *proportionnalité*, qui interdisent les peines cruelles ou démesurées, par exemple les peines purement exemplaires ; *l'individualisation* des peines, qui interdit les peines automatiques et impose notamment au juge de graduer la sentence en fonction des circonstances de l'acte ; et enfin, *l'égalité devant la loi* qui prohibe l'infliction de peines différentes pour une même infraction. Le dernier concerne la *classification tripartite des infractions* en contravention, délit et peines. Cette division est opérée selon le critère du type et de la sévérité de la peine attachée à chaque infraction, ce qui manifeste le statut décisif accordé à la peine dans la formulation du droit pénal.

³³ Comme mon propos ne porte pas pour l'instant sur l'histoire du droit pénal, mais sur la pratique juridique aujourd'hui, je m'appuie ici sur le Guide de légistique, qui rassemble les règles, principes et méthodes devant être observés dans la préparation des textes normatifs, notamment dans la définition des sanctions pénales : [En ligne] URL : https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/V.-Schemas-logiques-et-cas-pratiques/5.2.-Cas-pratiques/5.2.6.-Prevoir-des-sanctions-administratives-ou-penales#ancr1_1_1_2_5, consulté le 22 mars 2016.

- Pour finir, la procédure pénale dispose que seule une autorité judiciaire est habilitée à appliquer une peine, et qu'elle doit respecter deux principes attachés à la sauvegarde de la liberté individuelle : la *présomption d'innocence* et les *droits de la défense*.

La peine se distingue donc du modèle de la punition parentale ou des réprimandes sociales selon deux critères : la nature légale des règles de fond et de procédure qui l'encadrent ; le caractère complexe et institutionnel de sa mise en œuvre. Cependant, s'il convient de toujours garder à l'esprit qu'elle constitue une sanction juridique, cette qualification appelle à être précisée, car la peine n'est pas n'importe quelle espèce de sanction juridique. Elle semble posséder certains traits en propre, qui la démarquent des sanctions civiles et administratives. Dans sa *Théorie des peines et des récompenses*, Jeremy Bentham propose une définition devenue classique : « 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 omis³⁴. » Complétant cette définition, le théoricien du droit Herbert Hart distingue cinq traits permettant de faire émerger le sens standard, selon lui, de la peine : pour qu'un acte constitue une peine, il doit être *afflictif*³⁵ (il y a infliction d'une souffrance), *légal* (la peine réagit à une offense définie par la loi), *individuel* (la punition vise la personne reconnue coupable), *intentionnel* (la peine suppose une procédure de condamnation) et *autorisé* (le punisseur est habilité par le système juridique qui définit et protège la règle transgressée)³⁶.

Ces définitions engagent plusieurs conséquences : la peine semble indissociable de la notion de châtiment, qui caractérise moins sa nature de peine que sa fonction. La peine est afflictive en tant qu'elle est infligée en rétribution d'une faute. En outre, elle est prononcée par un tribunal au nom d'une autorité souveraine, ce qui implique que dans les sociétés démocratiques, elle véhicule le jugement de réprobation de la société toute entière contre le condamné. Dans les États démocratiques, la procédure pénale est en effet publique et le jugement rendu au nom du peuple. Définie par le législateur, prononcée par une juridiction compétente, infligée par le souverain ou en son nom, requise par le ministère public, la peine paraît avoir pour fonction de refléter les sentiments et jugements collectifs à l'endroit du crime et de son auteur. Ces deux aspects traditionnels, les caractères *afflictif* et *infamant* de la peine, fournissent de ce fait deux critères pour distinguer la peine des autres types de

³⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, t. II, *Théorie des peines et des récompenses*, Londres, B. Dulau, 1811, p. 2.

³⁵ Ici, et dans l'ensemble de cette étude, le terme « afflictif » est pris au sens général d'un acte ou d'une mesure destinée à accabler et à faire souffrir l'individu à qui ils sont imposés. Je n'emploie donc pas l'adjectif au sens technique en droit pénal, qui spécifie les peines criminelles, frappant directement le corps du condamné, par opposition aux contraventions ou aux peines délictuelles – l'enjeu étant de montrer que la souffrance infligée délibérément à travers la peine ne concerne pas seulement le corps du condamné, et qu'elle est inhérente à la fonction générale de la peine, et non aux dispositions de certaines peines en particulier.

³⁶ Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, The Clarendon Press, 1968, p. 4-5.

sanctions ou de mesures prévues et distribuées par le droit. C'est la raison pour laquelle il faut séparer la peine proprement dite des dispositifs non-répressifs qui peuvent l'accompagner, comme les éventuelles mesures de sûreté ou de justice restaurative : les premières visent à prévenir la récidive du délinquant, elles ne sont pas motivées par sa culpabilité mais par son caractère dangereux ; les secondes ont pour objectif la réparation du préjudice subi, elles ne sont pas non plus subordonnées à la culpabilité de l'infracteur mais au tort éprouvé par la victime.

Ces distinctions enracinent la peine dans le phénomène social plus large de la rétribution, au plan *matériel* parce que la peine diminue l'infracteur lui-même et *symbolique* parce qu'elle véhicule un blâme à son égard. La peine se définit donc comme une rétorsion. Mais elle constitue également une menace : elle se définit comme une sanction prévue *a priori*, en réponse à la violation de certaines règles juridiques. On verra ainsi que la référence au châtement ne doit pas masquer le fait qu'avant d'être appliquée effectivement, la peine peut aussi avoir pour effet d'intimider celles et ceux qui seraient disposés à violer la loi et peut-être plus largement de conditionner l'obéissance dans un État de droit. Au-delà du châtement lui-même, nous verrons que c'est la fonction rétributive de la peine qui est décisive : la peine est prévue et infligée dans le but de procurer au condamné une souffrance qui, dans la majorité des systèmes pénaux, est justifiée par, et graduée à, l'infraction commise. L'individu sait d'avance qu'il court un risque en violant la loi. Que cette fonction d'intimidation soit une raison de justifier l'institution pénale en général, ou certaines applications particulières, comme les peines à valeur exemplaire, n'est pas décisif ici. On pourra simplement remarquer que l'effet dissuasif de la peine est prévu *a priori* en raison du caractère rétributif du droit pénal, dont les dispositions émettent une norme claire : commettre un acte incriminé entraîne une peine. Il faut cependant souligner la valeur *normative* de cette relation, qui porte sur ce qui *doit* avoir lieu, et non pas *descriptive*, qui dénote ce qui *a* lieu en réalité : autrement dit, si l'infraction est découverte ou dénoncée, la loi garantit que des poursuites seront engagées, et l'assurance que les crimes seront punis constitue l'une des facettes du pouvoir de l'institution pénale. Il convient d'en tenir compte pour aborder le problème de l'obéissance aux interdictions pénales.

Le lien entre l'éventualité de la peine et la fixation des interdictions paraît interne : la peine réagit à la violation d'une norme, qui défend d'agir ou de s'abstenir d'un certain acte, et que l'on définit comme une norme d'interdiction. Paradoxalement, cet aspect se trouve à la fois présumé et oublié par les théories de la justice restaurative : *présupposé* parce que l'une des difficultés de ces théories porte sur la possibilité de penser la justice restaurative

comme un modèle de substitution à la justice pénale, et non pas seulement comme un palliatif à ses manques ; *oublié*, parce que ces théories minimisent le rôle de la peine dans l'affirmation publique, la reconnaissance et l'intériorisation des valeurs et des normes de conduite protégées par les interdictions pénales. C'est à ces lacunes qu'entend répondre le présent travail.

Peut-on s'affranchir de la peine ?

On peut insister sur les présupposés de la théorie de la justice restaurative à partir d'une autre institution mêlant reconnaissance des torts, réparation des victimes et espoirs de réconciliation : la « Commission Vérité et Réconciliation » (CVR) mise en œuvre en Afrique du Sud de 1995 à 1998 à la suite de l'abolition de la politique d'apartheid. La CVR a été mise en place pour faire la lumière sur les violations des droits de l'homme commises sous le régime de l'apartheid pour des motifs politiques entre le 1^{er} mars 1960 et le 10 mai 1994. Elle visait à obtenir le témoignage des auteurs (*perpetrators* selon le terme utilisé alors) de crimes et d'exactions accomplis au nom du gouvernement sud-africain mais aussi des mouvements de libération nationale. Une amnistie pouvait être accordée en échange de confessions publiques de la part des *perpetrators*³⁷. Or, dans le but favoriser l'obtention des témoignages et en cas de refus de participer aux auditions publiques, il était prévu que des poursuites pénales soient engagées. Cette amnistie est donc mémorielle et conditionnelle : elle n'efface par les faits, mais les traduit en mémoire. Elle a pour finalité la constitution d'un récit sur l'histoire des crimes et des exactions, conçu comme indispensable à la réconciliation nationale³⁸ et elle demeure subordonnée à l'éventualité de la peine. Pour ces deux raisons, il faut la distinguer des autres formes d'amnistie. On peut en distinguer trois types :

³⁷ Créée par La loi de *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* de juin 1995, la commission s'est achevée en octobre 1998. Sur toute la durée d'exercice, 21 290 personnes envoyèrent des déclarations écrites et 19 050 furent reconnues comme victimes, statut qui donna droit à réparation. Quant aux *perpetrators*, sur 7116 demandes d'amnistie, 1312 ont été accordées et 5143 rejetées. Les *perpetrators* dont les actes n'ont pas été amnistiés, pour refus de pleine divulgation, ou motif non-politique de l'acte, n'ont pas fait l'objet de poursuites criminelles dans la majorité des cas, comme le soulignent certaines critiques.

³⁸ C'est ce qu'explique Pierre-Joseph Salazar dans sa présentation des travaux et rapports liés à la commission : « Contrairement à l'amnistie traditionnelle, l'amnistie n'efface pas le crime, elle le magnifie par l'archivage et l'accès libre de tous aux récits, aux *accounts*, comptes et récits de la violence fondatrice. Ni le pardon (par les victimes ou leurs proches), ni le repentir ou le remords (par le *perpetrator*) n'entrent dans le cadre de l'amnistie. » Desmond TUTU et Pierre-Joseph SALAZAR (dir.), *Amnistier l'Apartheid : travaux de la Commission Vérité et Réconciliation*, Paris, Seuil, « L'Ordre Philosophique », 2004, p. 62.

- les amnisties *politiques*, qui portent sur des groupes et sont employées dans les situations de transition, à la suite d'une guerre civile, de conflits inter-communautaires de grande ampleur ou de violations des droits de l'homme menées au nom du maintien d'un pouvoir dictatorial – les lois d'amnistie promulguées de la fin des années 1970 jusqu'aux années 1990 dans de nombreux pays sud-américains en fournissent les exemples³⁹ ;

- les amnisties *législatives*, qui portent sur des actes, contraventions, délits ou crimes en particulier, et qui sont prévues dans la loi – ces amnisties annulent les poursuites et la condamnation pénale, mais n'effacent pas les faits matériels ni les demandes de réparation civile qui peuvent émaner des victimes ;

- et les *grâces amnistiantes*, qui possèdent les effets de l'amnistie législative mais concernent un individu particulier et émanent du pouvoir exécutif.

La nature des amnisties accordées dans le cadre de la CVR déroge à cette typologie⁴⁰ et paraît partager certains traits de caractères avec les principes de la justice restaurative. La CVR a pour vocation finale de faire oublier les crimes passés par le retour à des relations sociales harmonieuses. Dans les deux cas, la résolution des torts demeure polarisée par la référence aux principes de la justice pénale, notamment l'imputation de la responsabilité et la fonction rétributive des sanctions. Concernant les mesures de justice restaurative, en droit français l'institution pénale conserve l'apanage de l'attribution de responsabilité à travers une procédure qui demeure autonome. Ces mesures ne se substituent pas à la peine et suppose l'établissement des faits par l'autorité judiciaire. Dans le contexte de la CVR, l'éventualité de la peine joue comme une menace dissuasive pour obtenir les témoignages des *perpetrators*, afin de faire la lumière sur les exactions passées. Les deux modèles demeurent suspendus aux exigences de la justice pénale et l'on ne sort jamais totalement de la référence à la peine : ni la recherche de médiation ou de réconciliation ni l'octroi d'une amnistie ne suffisent à la reconnaissance des torts commis et à l'imputation des responsabilités. La sanction pénale incarne à la fois le modèle d'une justice *normale*, mais aussi d'une contrainte *nécessaire*. Les limites des modèles de la justice restaurative et de la CVR tendent à réaffirmer en creux le caractère indépassable de la peine⁴¹.

³⁹ Voir Sandrine LEFRANC, « Les commissions de vérité : une alternative au droit ? », *Droit et cultures*, vol. 56, n° 2, 2008, [En ligne] URL : <http://droitcultures.revues.org/33>, consulté le 4 décembre 2011. Voir également Julie SAADA, « La justice pénale internationale, entre idéaux et justification », *Revue Tiers Monde*, vol. 205, n° 1, 2011, p. 47-64.

⁴⁰ Voir Barbara CASSIN, « Amnistie et pardon : pour une ligne de partage entre éthique et politique », in Barbara Cassin, Olivier Cayla et Philippe-Joseph Salazar (dir.), *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Seuil, « Le genre humain », 2004.

⁴¹ C'est ce que souligne également Magali Bessone à propos d'un autre cas, le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. Elle insiste sur le modèle du procès pénal comme institution délibérative, et souligne les

Interroger cette idée constitue l'une des tâches de cette enquête. En effet, ces remarques introductives révèlent une chose, qui va constituer l'hypothèse de ce travail : les difficultés rencontrées par les modèles de justice alternatifs d'un côté et la résistance qu'offre l'attachement à la justice pénale de l'autre, reposent au moins en partie sur les fonctions cruciales assurées par la peine. Punir implique semble-t-il : un jugement de responsabilité considéré comme une condition à la reconnaissance des torts ; une prétention à exercer une menace légitime pour contraindre les individus à agir ou à s'abstenir de certains actes ; la capacité d'affirmer aux yeux de tout le monde la valeur fondamentale de certaines interdictions inhérentes à la vie collective et à l'obligation politique. C'est donc le statut central et supposément indépassable de la justice pénale qui sera interrogé, parce que cette idée constitue un préjugé ordinaire et non pas une raison de punir.

La fonction normative de la peine

Cette recherche n'a pas pour but d'évaluer les mérites et les limites des théories de la justice restaurative, mais de cerner les principes qu'elles présupposent et qui confèrent un rôle central au droit de punir. Au sein des démocraties libérales contemporaines, le rôle de l'institution pénale dans la régulation mais aussi dans la mise en ordre et la mise en scène des conflits internes paraît insurmontable. On pourra néanmoins s'interroger sur cette idée : l'institution pénale a-t-elle réellement pour vocation d'affirmer des normes et des valeurs ou bien ne sert-elle qu'à assurer l'obéissance aux règles en rétribuant celles et ceux qui nuisent à autrui ou s'arrogent des avantages indus en s'affranchissant de ces règles ?

Il est indéniable que la peine rétribuée (au moins en un sens minimalement juridique) les auteurs de délits ou de crimes et véhicule certains sentiments collectifs et négatifs à leur rencontre. Mais il ne faut pas oublier qu'elle le fait en réponse à l'accomplissement d'actes interdits. La législation pénale et *a fortiori* les incriminations sur lesquelles s'appuient les tribunaux dans leur activité répressive semblent pleinement mettre en œuvre des segments de la morale commune. Tour à tour et de manière ambivalente, elles paraissent protéger certaines

ambiguïtés du TPIY de ce point de vue : « [...] le public est conduit à reformuler la politique dans le langage réaliste des jeux de pouvoir et de concurrence nationale plutôt que dans celui libéral, de la délibération et du consensus public transnationaux. Cela témoigne de la difficulté à transposer l'exigence de transparence associée à la justice pénale comme bras armé d'une souveraineté dans un cadre qui n'est pas originellement le sien, l'international. » Magali BESSONE, « Apories de la publicité et de la transparence au Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie », in Isabelle DELPLA et Magali BESSONE (dir.), *Peines de guerre. La justice pénale internationale et l'ex-Yougoslavie*, Paris, Editions de l'EHESS, 2010, p. 196.

traditions, encourager l'évolution des mœurs ou conforter certains objectifs politiques en réponse à une opinion publique et à une conjoncture changeantes. On pourrait faire le même constat à l'égard de la manière dont les politiques criminelles sont appliquées, malgré toutes les réserves qu'imposent formellement les principes de légalité, de nécessité et d'égalité devant la loi. Au-delà de la rétribution de l'individu reconnu coupable et de l'expression de sentiments vindicatifs, il se peut en tout cas que la peine contribue à façonner les normes dominantes dans le contexte pluraliste et conflictuel des démocraties libérales contemporaines⁴².

Dès lors, l'hypothèse centrale de ce travail est que l'institution pénale assure une fonction *normative*, à travers sa prétention à exercer une menace légitime et à fixer des valeurs et des standards de conduite malgré les désaccords et les conflits qui peuvent traverser une société⁴³. À travers les normes qu'elle émet et les sanctions qu'elle distribue, la justice pénale tranche-t-elle des conflits axiologiques et répond-elle à des incertitudes normatives⁴⁴ ?

L'un des enjeux de ce travail sera de cerner cette fonction et ses effets au plan descriptif, eu égard à la réalité des règles et des pratiques que l'on désigne par les termes de « peine », « institution pénale » ou encore « droit pénal ». Or, comme l'affirmation de cette fonction ne préjuge en rien en effet du caractère acceptable de la peine, il nous faudra mêler à cette interrogation descriptive une attention particulière au problème de la justification de la peine. L'éventuelle fonction normative de la peine pose en effet plusieurs problèmes au plan normatif⁴⁵ : ainsi, les peines doivent-elles protéger la maximisation de la liberté en assurant la

⁴² Comme le note Marc-Antoine Dilhac, « Que notre époque moderne soit marquée par un conflit axiologique et idéologique irréductible, désigné par l'expression "guerre des dieux" chez Max Weber, "pluralisme de la valeur" chez Isaiah Berlin ou encore "fait du pluralisme" chez John Rawls, c'est un constat devenu trivial en éthique et en philosophie politique. » Marc-Antoine DILHAC, « Une théorie de la justice essentiellement contestée : Rawls à l'épreuve de Gallie », *Philosophie*, vol. 122, n° 3, « Concepts essentiellement contestés », 2014, p. 55.

⁴³ Je suis ici la définition de Thamar Rossi Leidi qui entend « par normativité la qualité ou capacité de quelque chose (on parle généralement d'une "prescription") d'imposer ou de décrire un comportement tel qu'il faut le pratiquer. » Thamar ROSSI LEIDI, « Fondation modale de la normativité », in Jean-François KERVEGAN, Mélanie PLOUVIEZ et Pierre-Yves QUIVIGER (dir.), *Norme et violence : enquête franco-italienne*, Hildesheim-Zürich-New York, Georg Olms Verlag, 2015, p. 103.

⁴⁴ L'un des enjeux sera ainsi de réévaluer la prétention affichée des démocraties libérales à être pluraliste, car, comme le souligne Christian Lazzeri, « on peut observer aujourd'hui que, dans les démocraties de marché, la sphère économique tend à imposer non seulement ses standards d'organisation à l'ensemble du corps social, mais aussi ses standards de performance, ce qui affecte les conditions de distribution de l'estime. Comme le fait observer Michael Walzer dans *Sphères de justice*, le propre de la société libérale, en contradiction ouverte avec sa défense du pluralisme, favorise certaines aptitudes et certains résultats qui apparaissent comme des formes monopolistiques exprimées dans des statuts sociaux spécifiques : ceux des postes de pouvoir liés à la possession des revenus les plus élevés [...]. » Christian LAZZERI, « Institutionnaliser la reconnaissance. Ou comment classer les institutions ? », *Raisons politiques*, vol. 61, n° 1, 2016, p. 91.

⁴⁵ La redondance de l'adjectif « normatif » oblige à distinguer : 1° la *fonction normative* de la peine, qui concerne le rapport de la peine aux valeurs morales et aux normes sociales et qui est l'objet de cette étude ; et les *théories ou le point de vue normatifs* qui visent à évaluer un objet donné, par distinction avec les théories ou le point de vue descriptifs qui concernent l'étude de cet objet sans porter de jugement de valeur à son égard

sécurité des individus, l'autonomie des personnes en sanctionnant les formes de dépendance illégitimes, ou la normalisation des comportements sociaux dans le but de conserver l'ordre dominant ? Un second problème sera de savoir quels sont les effets pernicioeux de la peine dès lors qu'elle est défendue pour son rôle de reconnaissance des torts : si l'institution pénale est investie de cette tâche, comme l'immixtion récente des mesures de justice restaurative dans la loi pénale le fait penser, les pratiques pénales peuvent-elles renforcer les hiérarchies sociales existantes, en favorisant l'expression des torts de celles et ceux qui sont déjà reconnus socialement et en invisibilisant davantage les torts des autres⁴⁶ ? La reconnaissance des torts peut-elle conduire à figer l'identité et à réduire l'autonomie des individus et des groupes lorsqu'elle passe par l'État⁴⁷ ?

Méthode

Aborder la justice pénale à l'aune de son éventuelle fonction normative comprend néanmoins un risque, celui de confondre la peine en particulier et le droit en général⁴⁸ et de dissoudre la spécificité de la punition légale parmi la multitude des formes de coercition et de pouvoir qu'exercent potentiellement les institutions d'une société. Or, on l'a observé en évoquant les différences entre la justice restaurative et la justice pénale, de nombreux arguments penchent en faveur d'une analyse discriminante de la peine comme sanction spécifique, pour ne pas la noyer dans une conception vague de la coercition. La peine serait la conséquence d'une infraction, qui comprend un élément matériel et un élément moral (l'intention criminelle) et pas non un acte d'hostilité arbitraire. Elle découle de l'application d'une norme conditionnelle, qui lie une sanction à une incrimination (« si *x* est commis alors la sanction *y* doit être appliquée ») et non pas d'un énoncé impératif de commandement

(théories ou point de vue axiologiquement neutres). La pertinence et les limites de cette distinction de méthode entre le normatif et le descriptif est étudié dans le présent travail : voir *infra*.

⁴⁶ C'est ce que rappelle Axel Honneth, qui souligne les tensions qui traversent les usages politiques de la reconnaissance, en montrant que des formes « idéologiques », instrumentales et assujettissantes, de reconnaissance peuvent surgir : Axel HONNETH, *La société du mépris*, *op. cit.*, p. 245.

⁴⁷ Patrick Pharo étudie ainsi la manière dont les pratiques institutionnelles de reconnaissance qui, si elles possèdent un potentiel émancipateur, peuvent se retourner contre les sujets minorisés, en renforçant paradoxalement leur mise en concurrence et leur assujettissement : Patrick PHARO, « Les ambiguïtés de la reconnaissance », in Christian LAZZERI et Alain CAILLE, *La reconnaissance aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 387-388.

⁴⁸ Le droit possède une fonction normative dans son ensemble, parce que ses principes sont irréductibles aux situations et contextes particuliers auxquels il s'applique et par conséquent qu'il norme. « La fonction normative du droit [est] la face positive de son abstraction et de son formalisme » comme le souligne Jean-François Kervégan à partir de sa lecture de la philosophie du droit de Hegel : Jean-François KERVEGAN, *L'Effectif et le rationnel. Hegel et l'esprit objectif*, Paris, Vrin, 2007, p. 110.

(« vous devez faire x »). Enfin, elle se distingue de la réparation du préjudice par la fonction rétributive du traitement infligé au condamné. Tout le problème est alors de savoir quelle méthode adopter pour parvenir à maintenir ce point de vue distinctif sur la peine. J'essaierai de rendre compte de cette exigence en m'appuyant sur la théorie du droit qui s'est constituée depuis le XIX^e autour des différentes variantes du positivisme juridique. Il y a à cela plusieurs raisons que je voudrais maintenant exposer succinctement.

La philosophie du droit s'est interrogée sur les concepts de norme, de permission, d'obligation ou d'interdiction, en prenant le droit pénal pour objet privilégié, en tant que noyau dur de tout système juridique. Au sein de ces discussions, le positivisme juridique définit le droit comme le produit d'actes et de conventions humains, faisant surgir de plus vastes questions sur la nature des normes juridiques et sur la manière dont les individus y obéissent. On peut distinguer deux grandes thèses constitutives du positivisme juridique :

- la première concerne l'*être* du droit : pour un positiviste, le droit n'est pas l'incarnation des valeurs inscrites dans la raison, la nature ou la volonté divine ; il est un fait artificiel, posé par des actes et des décisions de nature humaine. Le corollaire de ce constat est que le droit peut avoir n'importe quel contenu et qu'il n'entretient pas de rapports nécessaires avec la morale. Cette thèse offre un appui pour appréhender la peine comme une institution complexe, encadrée par de nombreuses règles et appliquées par des organes divers, ainsi que pour la distinguer au sein du phénomène moral plus large de la punition.

- la seconde thèse inhérente au positivisme juridique porte sur la *connaissance* du droit ; elle affirme qu'un point de vue descriptif et axiologiquement neutre sur les normes juridiques est possible, à condition de tenir compte de la nature spécifique des phénomènes juridiques, qui posent un devoir-être et ne sont pas réductibles à des faits empiriquement observables⁴⁹. Selon cette thèse, il y aurait donc une théorie du droit distincte d'une sociologie ou d'une psychologie du droit, et cette théorie peut être comprise comme intrinsèquement liée au souci de connaissance objective du droit, détachée de tout jugement de valeur. La théorie entend rendre compte de ce que sont les normes juridiques et non ce qu'elles devraient être.

⁴⁹ Le projet d'une théorie du droit comme phénomène normatif est en ce sens tributaire de la conception kantienne de la normativité, à propos de laquelle Jean-François Kervégan explique : « selon les prémisses de la philosophie kantienne, il n'est pas de rationalité normative fondée sur des circonstances empiriques ou dépendantes d'elles, même si cette rationalité a bien des effets empiriques constatables puisqu'elle permet de décréter par exemple que telle action est contraire au droit [...] ». Jean-François KERVEGAN, *La raison des normes. Essai sur Kant*, Paris, Vrin, « Moments philosophiques », 2015, p. 65-66.

Dans les chapitres qui suivent, on s'appuiera à plusieurs reprises sur les auteurs qui endossent à des degrés divers l'une ou l'autre de ces thèses. Le positivisme juridique servira de point d'appui pour interroger la normativité des règles juridiques, et en matière pénale les règles de sanction et d'interdiction, sans présumer leur légitimité morale ni leur fonction idéologique⁵⁰. En ne présupposant pas la nécessité du lien entre droit et morale, la théorie du droit fournit des outils conceptuels pour cerner la manière contingente dont les liens entre les normes juridiques et les valeurs, les conventions sociales ou les principes politiques se tissent et se renouvellent au sein d'une société. Je me suis ainsi penché sur les travaux de John Austin, Oliver Wendell Holmes J^r, Hans Kelsen, Herbert Hart, Alf Ross et Joseph Raz, pour ne citer que les principaux. À travers la discussion de leurs thèses, les rapports entre la loi pénale et les mœurs peuvent être décrits sans résoudre *a priori* la question des sources et des valeurs qui déterminent le droit ; et l'on peut s'interroger sur la diversité des incriminations et des raisons d'obéir à la loi, afin de rendre compte de la myriade des infractions qui peuplent le droit pénal aux côtés des interdits les plus évidents comme la prohibition du meurtre. Enfin, par son intérêt accru à l'égard de la forme et des modalités des énoncés juridiques, ces auteurs offrent des ressources à l'analyse de l'interdiction comme norme mais aussi comme acte de langage adressé à des individus et visant à susciter l'obéissance. Appliquées à la matière pénale, leurs théories permettent peut-être d'expliquer l'efficacité sociale des normes pénales autrement que par référence à la force brute de la contrainte. S'il est indéniable que les peines possèdent un effet d'intimidation, en tant qu'institutions légales elles sont aussi liées à des interdictions qui prétendent être obéies de façon *légitime*⁵¹.

L'un des enjeux de cette étude sera ainsi de rendre compte du fait que la justice pénale ne se réduit pas à l'exercice d'une contrainte à valeur afflictive et infamante, mais qu'elle

⁵⁰ Kelsen, qui constitue l'un des auteurs principaux de cette étude, distingue deux acceptions critiques de l'adjectif « idéologique » : l'une désignant une « antithèse de la réalité des faits positifs », l'autre « une description non-objective d'un objet de connaissance, une description influencée par des jugements de valeur subjectifs, masquant cet objet, le transfigurant ou le défigurant ». C'est en son second sens que l'on prend ici ce terme. « Si l'on confronte le droit positif, en tant qu'ordre normatif, avec la réalité des phénomènes positifs, cette réalité dont le droit voudrait qu'elle corresponde à ses normes (bien qu'il s'en faille de beaucoup que cette conformité existe toujours), alors on peut qualifier le droit d' "idéologique", dans la première acception du terme. Mais si on le confronte avec un ordre "supérieur" qui élève la prétention d'être le droit "idéal" ou "juste" ; et si l'on postule que le droit positif doit être conforme à cet ordre, [...] alors le droit positif, c'est-à-dire le droit posé par des actes humains, le droit valable, généralement appliqué et obéi, se présente comme le droit "réel" ; et alors on doit rejeter comme idéologique, au second sens du terme, une théorie du droit positif qui confond celui-ci avec un droit naturel ou avec une quelconque justice dans l'intention de le justifier ou de le disqualifier. En ce sens, la théorie pure du droit a un caractère anti-idéologique tout à fait prononcé. » HANS KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. fr. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 146 et suiv.

⁵¹ C'est ce que souligne Emmanuel Picavet : « L'essence du droit n'est pas d'ordonner des comportements sous la menace, car la menace relève du *sein* [...] Ce qui "doit être fait" sous la menace, s'il ne doit être fait que parce qu'il y a une menace, ne saurait jamais devenir un devoir-être objectif » PICAUVET, Emmanuel, *Kelsen et Hart, la norme et la conduite*, Paris, PUF, 2000, p. 49.

fournit aussi des raisons d’agir aux individus, intime des injonctions qui sont sous-jacentes à ses énoncés déclaratifs, assigne des statuts – l’illicite devenant vite le déviant – et informe de l’intérieur les représentations de ces figures que sont l’État et le délinquant. En insistant sur la fonction normative de la peine, j’espère parvenir à saisir la manière dont les interdits définis par la loi pénale sont socialement intériorisés par les individus et n’ont pas besoin de la force de la sanction pour être respectés. Dans le traitement de ces questions, la discussion de travaux en sociologie, en histoire et des théories critiques ou marxistes du droit – notamment à travers les œuvres d’Émile Durkheim, de Michel Foucault et d’Evgeny Pasukanis – sera utile pour tenter de comprendre la manière dont les normes juridiques informent et conditionnent la vie morale d’une société et *vice versa*.

Enfin, ce travail aborde à plusieurs reprises les théories morales et politiques qui ont accordé un statut particulier au problème de la peine dans le cadre de l’évaluation du pouvoir légitime de l’État. Les textes de Jeremy Bentham, Joel Feinberg, Philipp Pettit, Herbert Morris et Antony Duff ont constitué les sources principales à partir desquelles j’ai essayé de souligner les répercussions de l’analyse des fonctions de la peine au plan normatif, à l’égard du délicat problème de la justification de l’institution pénale. Au-delà d’une pure herméneutique du rôle que joue aujourd’hui la peine au sein des démocraties libérales, il s’agit donc aussi de s’interroger sur la possibilité de fonder l’idée qu’une institution peut servir à reconnaître des torts en réprimant les actes qualifiés de crimes⁵².

Plan de la recherche

Cette étude porte sur la justice pénale et aborde le problème de la portée et des limites de l’éventuelle fonction normative de la peine, c’est-à-dire de sa capacité à fixer des normes et à affirmer des valeurs.

Dans une PREMIERE PARTIE, il m’a paru nécessaire d’amorcer ce travail non pas à partir des fonctions conférées idéalement au droit de punir, mais plutôt en m’intéressant aux

⁵² Magali Bessone souligne cette forme de reconnaissance en l’enracinant dans le procès pénal : « [...] la justice permet de transformer une victime dominée et impuissante en agent reconnu comme tel, ainsi qu’un criminel réduit à sa faute ou son crime en agent lui aussi reconnu comme tel. Le déplacement de champ s’accompagne d’une reconnaissance des acteurs impliqués comme agents ou sujets, en personnes capables d’exprimer leur jugement sur l’action commise. » Magali BESSONE, « Ressentiment et sentiment d’injustice : quels enjeux pour la justice pénale ? » in Antoine GRANDJEAN et Florent GUENARD (dir.), *Le Ressentiment, passion sociale*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012, p. 191.

raisons pour lesquelles la peine exige une justification. Le fait qu'elle inflige une souffrance à valeur de rétribution et qu'elle véhicule peut-être un fort ressentiment, exprime un blâme et un mépris publics à celles et ceux qui y sont soumis laisse planer un soupçon : est-on sûrs qu'en punissant on fait autre chose que venger la victime ou la société, ou encore exercer une violence hostile ? Je partirai donc des tentatives de justification de la peine qui cherchent à rendre raison du caractère afflictif de la sanction pénale (CHAPITRE I) et de sa dimension infamante (CHAPITRE II). Ces deux chapitres seront l'occasion de nous interroger sur les caractères distinctifs de la peine parmi les autres sanctions du droit. Le problème général de cette première partie sera de savoir si, au nom de la reconnaissance des torts et des injustices dont l'institution pénale est investie, on n'accroît pas délibérément la souffrance et l'exclusion sociale des individus punis. Pour le savoir, on s'appuiera notamment sur les œuvres de Jeremy Bentham, Hans Kelsen et Joel Feinberg.

Dans une DEUXIEME PARTIE, je soulèverai la question de savoir si, comme on peut le croire suite aux attentes de reconnaissance des torts qui portent sur sa mise en œuvre, l'institution pénale fournit directement des repères pratiques et des critères d'évaluation aux individus. L'institution peut-elle normer les conduites par la menace qu'elle exerce, et ce malgré la généralité de ses énoncés et le désaccord qui peut porter sur le contenu des interdictions et l'activité des tribunaux répressifs ? À partir des débats en théorie du droit concentrés autour du positivisme de Hans Kelsen, il s'agira de déterminer si le droit pénal doit être réduit à un rôle auxiliaire de dissuasion et de neutralisation, ou s'il contribue plus fondamentalement à stabiliser les conflits sociaux et à structurer l'évolution d'une société (CHAPITRE III). On insistera alors sur les présupposés des modèles de justification de la peine et sur la possibilité de la justifier alors même que les valeurs et les normes qu'elle protège sont l'objet d'un désaccord (CHAPITRE IV). Cette partie aura ainsi pour objet une contradiction semble-t-il interne à la nature juridique de la peine : d'un côté la peine impose une forte exigence de justification parce qu'elle est une atteinte délibérée aux libertés individuelles ; de l'autre, elle participe d'un mode de régulation – le droit – qui prétend posséder une autorité légitime et qui, pour cette raison, prétend être obéi sans avoir à fournir les raisons de fond qui justifient ses dispositions.

Dans une TROISIEME PARTIE, on cherchera enfin à savoir si ces analyses qui soulignent la fonction normative de la peine, en accordant au crime un rôle moteur dans la transformation de la vie sociale, ne présument pas la capacité de l'institution pénale à en

révéler le potentiel critique et la portée normative. L'idée, par exemple, selon laquelle la responsabilisation du condamné participe à la reconnaissance des torts et donc au progrès moral d'une société doit être confrontée à la question de la légitimité des contraintes qui sont exercées sur les individus au nom de ce progrès moral (CHAPITRE IV). Dans cette partie, je m'appuierai notamment sur les travaux d'Émile Durkheim, de Michel Foucault et des théoriciens marxistes du droit. Cette attention aux pratiques pénales – imputation de la responsabilité pénale, qualification des conduites délictuelles ou criminelles et application individualisée des peines – à travers lesquelles le droit pénal est mis en œuvre me conduira à interroger le rôle de la peine dans la stabilisation des rapports sociaux, des hiérarchies sociales et des rapports de pouvoir. L'enjeu sera de cerner la capacité de l'institution pénale à trancher mais aussi à mettre en forme les conflits sociaux (CHAPITRE VI).

Première partie. Les implications morales de la peine

[Les anciens] aimèrent mieux couvrir de fables la science du droit, que de l'exposer à l'agitation des disputes. Car, avant que ces questions séditieuses commençassent à être agitées, les princes exerçaient leur souveraine puissance sans être obligés à la demander. Leur empire n'était pas appuyé sur la pointe des arguments : mais soutenu par la défense des gens de bien, et par la punition des méchants, comme sur deux pivots inébranlables.

– Thomas Hobbes

Communément perçue comme l'une des conditions de l'ordre social, la peine demeure suspendue à une exigence de justification. Elle suppose en effet qu'une autorité habilitée juridiquement inflige délibérément une souffrance, physique ou morale, à un individu reconnu coupable d'une infraction à la loi. Si depuis la fin du XVIII^e siècle, les réformes pénales ont renouvelé les règles du droit de punir (principe de légalité des délits et des peines, nécessité et proportionnalité des peines), les doutes entourant la justification du devoir de punir ont creusé une fracture entre deux traditions au sein de la théorie morale : le *rétributivisme*, qui reconnaît un lien *a priori* entre le crime et la peine, et le *conséquentialisme*, qui évalue les bénéfices *a posteriori* de la peine. Afin de sortir du conflit des justifications, j'analyserai dans une première partie les implications de la peine, c'est-à-dire les conséquences et les retombées de la mise en œuvre de l'institution pénale, à l'égard de la société comme des individus condamnés. La peine constitue une institution complexe, régie par des règles de fond comme de procédures, appliquées par de nombreux agents, aux fonctions hétérogènes. On distingue

quatre grandes phases au sein de la procédure pénale – la poursuite, l’instruction, le jugement et l’exécution – reliées les unes aux autres à la manière d’une chaîne, selon la métaphore en usage. Je voudrais m’intéresser ici à la possibilité de comprendre ces différentes fonctions comme les rouages d’un *même* instrument, obéissant à une logique continue, et non comme des pratiques disséminées et autonomes.

Le propos paraît d’abord descriptif parce qu’il concerne l’unité et la cohérence des pratiques pénales. Néanmoins sa portée est normative : si la peine possède des traits de caractère spécifiques, qui la distinguent des autres sanctions du droit comme des formes de punition exercées dans la sphère sociale et notamment familiale, alors l’effort de légitimation dont elle est l’objet doit porter en premier lieu sur ces aspects. Or, bien souvent, description et justification des peines ont tendance à être confondues¹. Deux problèmes sont donc solidaires : une description axiologiquement neutre de l’institution pénale, c’est-à-dire pure de l’influence d’une théorie de la justification de la peine, est-elle possible ? Si la mise en œuvre de l’institution pénale possède des répercussions inévitables à l’égard des individus, et notamment des condamnés, l’effort de justification peut-il se concentrer uniquement sur les intentions de celles et ceux qui punissent, ou doit-il prendre en compte tous les effets prévus de la peine ?

Deux traits sont attachés traditionnellement à la peine pour la distinguer des autres sanctions que compte l’arsenal du droit : son caractère *afflictif*, en ce qu’elle inflige une souffrance², et sa dimension *infamante*, parce qu’elle diminue l’honneur et la réputation du condamné. L’affirmation de ces deux traits prétend distinguer la peine de la sanction *lato sensu*, et décrire ce qu’est la peine, par contraste avec ce qu’elle devrait être pour être juste. Dans cette partie, j’essaierai non seulement de savoir s’il faut admettre que la peine inflige une souffrance et exprime un blâme public, quelles que soient les intentions de celles et ceux qui punissent. Mais je tenterai aussi d’interroger les théories morales, d’inspiration rétributiviste ou utilitariste notamment, qui soutiennent que ces traits distinctifs sont des fonctions qui justifient la mise en œuvre de la peine : pour ces théories, il est permis, voire obligatoire, que la peine inflige une souffrance ou véhicule un blâme, soit parce que le coupable l’a mérité, soit parce que la prévention des crimes le requiert. Les traits

¹ Bertrand Guillaume souligne clairement ce problème : « Lorsque les philosophes écrivent que la peine réprime une faute d’une nature particulière (religieuse, morale, ou purement légale), leur intention n’est pas véritablement de nous informer sur l’usage correct du *concept* de peine, mais d’initier une théorie de la *justification* de la peine [...] ». Bertrand GUILLARME, *Penser la peine*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 11.

² Je prends donc le terme « afflictif » au sens général de ce qui accable et fait souffrir, et non au sens technique en matière pénale des peines criminelles, qui frappent directement le corps du condamné, par opposition aux contraventions ou aux peines délictuelles.

caractéristiques de la sanction pénale apparaissent donc comme impliqués par le concept de peine et liés à sa valeur morale.

Pour traiter ainsi des implications morales de la peine, et évaluer la possibilité d'une description de la peine distincte de sa justification, je reprendrai le dualisme traditionnel de la peine comme sanction afflictive et infamante. J'aborderai successivement les aspects saillants de la peine que les conceptions dominantes de la doctrine pénale ont fait surgir. Dans le CHAPITRE I, j'étudierai le caractère *afflictif* de la peine, au sens où elle implique l'infliction d'une souffrance sur le corps du condamné, une privation ou un traitement pénible. L'étude combinera deux points de vue afin de savoir si, au plan descriptif, cette fonction afflictive est irréductible, et de dégager alors au plan normatif les problèmes que pose une telle infliction délibérée et légale de souffrances. Le caractère *infamant* de la peine sera abordé dans le CHAPITRE II. À côté de sa fonction afflictive, la peine paraît en effet être aussi le véhicule de sentiments négatifs à l'encontre du condamné. La condamnation pénale peut viser à exprimer des émotions et attitudes collectives d'indignation, de colère ou de réprobation ; à nouveau, je questionnerai le lien nécessaire qu'entretient cette dimension expressive avec le concept de peine et les difficultés que cette dimension soulève eu égard à la justification de la peine.

CHAPITRE I. LA PART DE LA SOUFFRANCE

En un mot, tout ce que la loi appelle une peine est effectivement une peine.

– Montesquieu

La peine est-elle nécessairement afflictive ? Pour dire qu'une contrainte est punitive, pour distinguer la peine de l'ensemble des sanctions prévues et distribuées par le droit, faut-il un ingrédient de souffrance et de pénibilité ? En somme, le caractère afflictif de la peine est-il l'un des traits de sa définition ? Afin de répondre à ces questions concernant le lien entre souffrance et peine, le problème est double : au plan descriptif, tout d'abord, il faut savoir si l'on doit distinguer la peine des autres formes de sanction par la souffrance qu'elle inflige ; ensuite, au plan normatif, il convient de se demander si une peine sans souffrance, affranchie de toute dimension afflictive, ne serait pas plus souhaitable. Pourtant, cette aspiration est présentée, le plus souvent, comme purement idéale : on pense couramment que le droit pénal doit intégrer des sanctions afflictives pour assurer son rôle d'intimidation collective.

Or, si la peine délivre une souffrance pour dissuader les délinquants potentiels, purger la colère des victimes ou amener le condamné à réfléchir sur son acte, alors il apparaît que la souffrance n'est pas une fin en soi, mais qu'elle est un moyen pour atteindre ces finalités. Dès lors, on peut imaginer que dans d'autres contextes, pétris d'autres conventions, une peine strictement symbolique et réduite à l'expression d'un blâme pourrait assurer ces mêmes fonctions de prévention, de condamnation ou de réformation. Cependant, qu'est-ce qui assure toutefois que la souffrance a été évacuée d'une telle peine symbolique, et qu'elle n'a pas de violents effets psychiques ? J'aborderai ces doutes, en cherchant à savoir si une définition purement théorique de la peine, fondée sur ses conséquences intentionnelles, est capable

d'anticiper et de rendre compte des effets réels de la peine : déclarer que la peine n'est pas faite pour faire souffrir est-il suffisant pour affirmer que tel n'est pas le cas ?

Dans la PREMIERE SECTION, je soutiendrai que décrire le caractère afflictif de la peine ce n'est pas s'en tenir aux conséquences intentionnelles de la peine. C'est s'intéresser à ses conséquences prévues. La peine en tant qu'institution rétributive revient à infliger une souffrance. Dans la DEUXIEME SECTION, j'essaierai de montrer qu'il convient de séparer le sens objectif de cette souffrance, comme contrainte pénible, de son sens subjectif, comme sensation de douleur. De cette manière, j'essaierai de montrer que la peine n'est pas réductible à une vengeance institutionnalisée, et que le droit pénal n'est pas antinomique. On s'imagine en effet couramment que la justice pénale repose sur une insoluble contradiction, autorisant d'un côté ce qu'elle interdit de l'autre. Or, cette antinomie suppose de mettre sur le même plan le préjudice individuel subi par la victime et la réprobation publique dont le condamné fait l'objet. Dès lors, dans la TROISIEME SECTION, pour montrer l'écart qui réside entre le fait de punir et celui de se venger, je montrerai que le droit pénal administre une souffrance plus profonde et plus continue que ne le font les actes qui découlent d'un instinct ou d'un désir de vengeance. Je soutiendrai que punir entretient des affinités irréductibles avec le fait de se venger et que la différence entre les deux est de degré et non pas de nature.

Section 1. Des peines afflictives

La peine se définit couramment comme une réaction à un délit ou à un crime : l'autorité judiciaire assure le respect des règles légales en vigueur dans une société ; la peine désigne alors la sanction que cette autorité inflige à l'individu reconnu coupable d'avoir violé l'une de ces règles. Cependant, le crime, au sens large des actes réprimés par la loi, ne recouvre pas un seul et même type d'action. Comme je voudrais le montrer, il peut tout autant dénoter un *mal*, un *tort* ou une *offense*. De son côté, la peine se distingue à la fois de la punition parentale et de la réparation civile, et vise par définition à réprimer les actes répréhensibles. Devant la variété du crime, on peut donc se poser la question suivante : le droit pénal cherche-t-il avant tout à *empêcher* que des maux ne soient commis, à *redresser* les torts subis par les individus ou à *condamner* les offenses aux règles en vigueur ? Tout en essayant de répondre à cette question, je voudrais montrer que chercher à identifier la nature du crime, c'est déjà présupposer que la peine a une fonction utile et légitime.

Pour interroger ce présupposé sur la justification de la peine, je m'intéresserai, dans une PREMIERE SOUS-SECTION, à ce qui semble caractériser en propre la peine et la distinguer des autres sanctions juridiques : sa dimension afflictive, manifestée par le fait qu'elle constitue, de façon inévitable semble-t-il, un châtement. En effet, l'infliction de souffrances compte couramment parmi les critères nécessaires pour isoler la peine de toutes les sanctions que contient un système juridique. Pour vérifier ce préjugé concernant la nature de la peine, je chercherai alors à savoir si la souffrance qu'elle distribue est intentionnelle ou prévue¹. Dans la DEUXIEME SOUS-SECTION, je voudrais comparer les mérites des études historiques par rapport aux théories normatives eu égard à cette question. Le récit élaboré par l'historiographie traditionnelle décrit le droit pénal comme étant soumis à un processus de civilisation progressif, qui l'éloigne peu à peu des supplices et des châtements corporels. Cet horizon pose néanmoins problème d'un point de vue normatif. L'historiographie traditionnelle interprète en effet les réformes pénales des deux siècles précédents comme un lent mouvement d'adoucissement des peines, et laisse ainsi penser que le rapport entre peine et

¹ J'emploie ici la distinction introduite en 1958 par Elizabeth Anscombe pour caractériser et réfuter le conséquentialisme en philosophie morale : la philosophe crée ce néologisme pour souligner l'erreur consistant à confondre les effets visés ou intentionnels d'une action avec ses conséquences simplement prévues et donc non-intentionnelles. Adopter une posture conséquentialiste équivaut selon elle à ne pas faire cette distinction. Voir : Elizabeth ANSCOMBE, « La philosophie morale moderne », *Klêsis*, n° 9, 2008, [En ligne] URL : <http://www.revue-klesis.org/pdf/Anscombe-Klesis-La-philosophie-morale-moderne.pdf>, consulté le 4 mai 2016.

souffrance serait purement contingent. Or, si l'on admet que la dimension afflictive de la peine est toujours prévue, alors une peine sans souffrance se donne soit comme une contradiction dans les termes, soit comme la devise d'une politique criminelle hypocrite. Savoir si la peine implique nécessairement l'infliction d'une souffrance, qu'elle soit physique ou morale, met donc en jeu la possibilité de décrire fidèlement les pratiques répressives et de rendre compte du type de contraintes qu'elles exercent.

1.1. La symétrie du crime et de la peine

Diversité des crimes, plasticité de la peine

L'histoire du droit pénal français se présente comme étant marquée par une profonde rupture, qui s'ouvre à la fin du XVIII^e siècle et s'achève avec les codifications successives du droit de 1791 à 1810. Deux grands principes, notamment, sont affirmés par ces réformes : la nécessité et l'utilité des peines. La *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 reconnaît ainsi que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société », que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre établi par la loi » ; enfin, que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires² ». La nécessité signifie qu'il convient de limiter l'incrimination aux seuls actes nuisibles qui, au contraire des infractions constituées par les offenses religieuses ou morales, emportent un réel dommage. Une peine est nécessaire lorsqu'elle est le seul moyen, en dernier recours donc, de préserver la sûreté des hommes et des biens. L'utilité renvoie quant à elle à la fonction préventive de la peine, notamment en son sens général de dissuasion des délinquants potentiels. Sous l'égide de ces deux principes, le contenu des incriminations est profondément renouvelé, ce qui permet d'insister sur la perméabilité du droit à l'égard du contexte socio-culturel et sur la variété à travers l'histoire des actes rangés sous la catégorie de crime.

² Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 8, [En ligne] URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>, consulté le 8 janvier 2013.

De manière diachronique, les règles pénales de fond, autrement dit la partie « spéciale » du code pénal, sont marquées par une relative instabilité³. Les catégories générales sous lesquelles les infractions sont regroupées demeurent (violence contre les personnes, attentats contre les biens, protection des enfants et de la famille, atteintes à la religion, à la morale ou à l'ordre social), mais certains actes fluctuent entre les frontières du licite et de l'illicite : sacrifices humains, cannibalisme, adultère, pratiques sexuelles ou encore crimes religieux comme l'hérésie ou le sacrilège. Par exemple, jusqu'à la codification de 1810, le suicide est réprimé à titre d'homicide à l'égard de soi-même, et peut entraîner, sauf cas de démence, la condamnation du cadavre par privation de sépulture. Plus récemment, en France, la pratique de l'avortement est dépénalisée alors qu'elle était passible de travaux forcés à perpétuité, et l'interruption volontaire de grossesse se trouve encadrée par la loi du 17 janvier 1975 dite « loi Veil ». Mais les évolutions qui traversent le droit pénal n'obéissent pas toutes au mouvement de dépénalisation, elles peuvent au contraire ressortir de la création de nouvelles infractions par le législateur. Le code pénal de 1810 isole ainsi les délits de vol, d'escroquerie ou d'abus de confiance, regroupés en droit romain sous le même chef d'accusation : le délit de *furtum*, c'est-à-dire l'appropriation frauduleuse de la chose d'autrui.

Ces différents cas mettent en valeur la variété matérielle du contenu de crime, mais également sa plasticité formelle : sa définition n'est pas unifiée autour d'un seul et unique type de comportements répréhensibles. L'abus de confiance relève ainsi d'une contrainte sans violence physique sur autrui : le préjudice est moral et matériel, on peut parler de *tort*. Outre une perte matérielle, un vol avec violence fait quant à lui subir à la victime un préjudice non seulement psychologique mais aussi physique : pour cette raison, on peut le qualifier de *mal*. Enfin, à l'instar par exemple de pratiques sexuelles entre adultes consentants mais réprochées par la morale commune, certains actes sont réprimés bien qu'ils n'emportent pas de préjudice : il s'agit des vices et des déviances qui sont punis mais dont la seule victime est, pour les contempteurs de telles pratiques, celui ou celle qui s'y adonne. Ces infractions apparaissent donc comme de pures *offenses*.

³ Comme le fait remarquer Montaigne : « Il n'est chose en quoy le monde soit si divers qu'en coustumes et loix. Telle chose est icy abominable, qui apporte recommandation ailleurs, comme en Lacedemone la subtilité de desrober. Les mariages entre les proches sont capitalement defendus entre nous, ils sont ailleurs en honneur,

gentes esse feruntur

In quibus et nato genitrix, et nata parenti

Jungitur, et pietas geminato crescit amore.

Le meurtre des enfans, meurtre des peres, communication de femmes, trafic de voleries, licence à toutes sortes de voluptez, il n'est rien en somme si extreme qui ne se trouve receu par l'usage de quelque nation. » Michel de MONTAIGNE, *Les Essais* [1580-1588], Paris, Presses Universitaires de France, 1965, p. 245-246.

Si l'on récapitule, on se rend compte que, parmi les délits et les crimes, les uns sont des préjudices physiques (*mal*) ou psychologiques (*tort*), alors que les autres sont de simples *offenses*. Par conséquent, tout délit ou tout crime, en tant que violation d'une règle publique, est une offense ; et comme tout dommage possède des répercussions psychiques sur la confiance et l'estime de la personne, tout mal peut être un tort. C'est pourquoi, pour une approche formelle du droit pénal, derrière la variété des comportements incriminés se manifeste l'idée que le crime en soi, le *malum in se*, n'existe pas. Tous les actes punis par la loi se définissent d'abord comme *mala prohibita*, c'est-à-dire comme des violations de règles posées par une autorité humaine. Ce serait une manière d'unifier le divers du crime, à la fois variable et plastique, et de comprendre comment des actes aussi différents peuvent être subsumés sous une même catégorie : celle des infractions juridiques. On peut ainsi justifier une approche positiviste du crime et de la peine : sa particularité est de saisir les situations répréhensibles non pas comme des états de fait, mais toujours à partir des institutions juridiques qui participent à les qualifier comme délit ou comme crime.

Au sein des phénomènes sociaux au sens large, le droit apparaît comme un ensemble de textes et d'actions, de rituels et de décisions, de discours et de pratiques. Pour définir ces phénomènes réels comme appartenant au droit, il faut pouvoir les délimiter et se référer à leur valeur normative. Il ne s'agit pas de dire que tous les actes dits juridiques sont conformes aux normes du droit : ce serait surestimer la probité des fonctionnaires ou le respect de la loi par les individus. Simplement, dire qu'un acte ou qu'une pratique est juridique, c'est affirmer que l'on peut porter dessus un jugement de valeur objectif, c'est-à-dire l'évaluer selon les normes positives qui lui confèrent son caractère juridique. Ainsi, il apparaît difficile d'expliquer la fonction et l'efficacité sociale des tribunaux répressifs si l'on méconnaît le fait qu'ils sont habilités à rendre leurs jugements. De même, c'est en reconnaissant que le crime est une infraction juridique, et la peine une sanction légale, que l'on peut essayer de saisir la nature de l'un et la fonction de l'autre.

Dès lors, si tous les actes punis par la loi ont en commun d'offenser un devoir et d'enfreindre des règles de nature juridique, la question est de savoir quel est le contenu de ces règles. Cette question rejoint celle, plus classique, des sources sur lesquelles s'appuie l'institution pénale pour appliquer une sanction. En premier lieu, ses règles de fond comme de procédure découlent de la loi pénale, c'est-à-dire de la volonté du législateur. Mais on peut y ajouter la jurisprudence des cours nationales ou internationales, qui consacrent les principes généraux du droit comme la présomption d'innocence ou les droits de la défense. Enfin, la référence à la vie sociale peut être invoquée dans les affaires concernant, par exemple, les

bonnes mœurs. Si le contenu des règles pénales dépend en priorité des transformations de la législation pénale elle-même, il convient de reconnaître que le système pénal repose donc sur plusieurs piliers normatifs.

Or, quand bien même la loi se revendiquerait comme son unique source, la volonté qu'elle exprime peut être interprétée de plusieurs manières. La volonté du législateur peut être orientée par un large spectre de motifs : les acquis culturels comme la sensibilité collective d'une société, l'action du gouvernement ou les intérêts des groupes les plus actifs de la société civile. Toutes ces déterminations peuvent peser sur la législation pénale et informer les préférences au nom desquelles le droit incrimine certains comportements et en punit les auteurs. La variété et la plasticité du crime posent donc un double problème, descriptif et normatif : *descriptif*, parce qu'elles rendent délicate la connaissance des facteurs sociaux, culturels ou moraux qui pèsent en fait sur l'incrimination et la pénalisation ; *normatif*, parce que la contingence historique des règles d'incrimination rend décisive la justification du caractère répréhensible des conduites punissables (actes ponctuels, attitudes diffuses, discours et peut-être même intentions) indépendamment de leur qualification juridique.

L'enquête descriptive sur les sources du droit pénal peut déboucher sur plusieurs hypothèses : on peut concevoir l'incrimination comme un instrument au service de principes formels comme la liberté ou l'égalité, comme le relai de la morale traditionnelle, comme la courroie de transmission de l'idéologie des classes dominantes, ou comme étant tout cela à la fois, selon une vision plus conflictuelle des valeurs intégrées dans le droit. La question se redouble d'un point de vue normatif : est-il moralement acceptable que les incriminations dépendent des sentiments de la morale commune, des préférences culturelles majoritaires ou des intérêts des groupes dominants ? On peut alors chercher à résoudre ces problèmes de manière frontale, en examinant le contenu de la loi pénale puis en évaluant sa légitimité selon des critères, de liberté et d'égalité par exemple. Il faudrait alors justifier *a priori* ces critères, selon l'idée que les principes de la justice pénale dérivent de ceux de la justice sociale.

Cependant, on peut aussi tenter de résoudre ces problèmes descriptif et normatif *par la bande*, en analysant la facture formelle du droit pénal, pour tenter de faire la critique des valeurs que les peines expriment intentionnellement ou malgré elles, à travers leur déclaration ou leur application. Comme j'ai voulu le montrer en introduction, cette seconde voie paraît plus praticable. Le fait que la peine soit une institution juridique peut déterminer à l'avance les motifs de l'incrimination. En étudiant la peine comme institution juridique, on voudrait donc saisir les fonctions qu'elle peut remplir et les effets qui peuvent en découler. En l'analysant, on pourrait donc, par hypothèse, identifier le type de lien que le droit pénal

entretient avec les valeurs de la morale commune, les intérêts des classes dominantes ou les critères de justice comme la liberté ou l'égalité. D'un point de vue méthodologique, cette seconde voie requiert néanmoins de se munir des outils d'analyse adaptés à la spécificité du droit, ce qui nous amène au problème de la cécité des théories analytiques du droit à l'égard de la peine et de ses enjeux spécifiques.

Peut-on en effet en rester à l'étude du crime et de la peine comme concepts juridiques ? Si tout délit ou tout crime a pour condition nécessaire d'être une offense envers une règle posée en droit, cette définition ne semble pas suffisante. Certaines infractions constituent un préjudice, elles causent un tort ou un mal réel à l'encontre d'une victime. Cette dimension échappe à un positivisme juridique exclusif, qui définit tout délit ou tout crime comme un *malum prohibitum* et tient pour contingent le critère du préjudice. Pour les tenants d'une approche aussi radicalement juridique, le crime est seulement l'antécédent factuel d'une norme de sanction et la peine sa conséquence normative. La violence impliquée par le crime, qu'elle soit psychologique ou physique, et la dimension afflictive de la peine représentent des phénomènes extérieurs à la normativité du droit, qui dépendent des pratiques répressives concrètes mais pas des conditions formelles du droit pénal. En rester à ce plan strictement logique paraît cependant contre-intuitif.

Certains actes peuvent en effet être spontanément qualifiés de crime, en raison de la violence qu'ils entraînent. On peut penser aux crimes de sang. De façon solidaire, la peine peut apparaître alors comme la seule réaction pour y répondre : elle est la rétribution du coupable pour le mal qu'il a commis, la menace indispensable à l'intimidation des criminels en puissance ou la mesure pour neutraliser les individus dangereux. Si l'on veut aborder le crime et la peine comme des institutions juridiques, il faut donc lever cette difficulté posée par l'analyse du droit pénal. L'interrogation sur le caractère nécessaire ou contingent de la souffrance infligée par la peine peut se comprendre de deux manières : tout d'abord, au plan descriptif, la fonction afflictive de la peine est-elle intentionnelle ou seulement prévue, autrement dit l'institution pénale est-elle explicitement habilitée à faire du mal ? Ensuite, au plan normatif, si la souffrance n'est pas intentionnelle mais prévue, faut-il dire que cette dimension afflictive n'est pas justifiable en soi ? Elle resterait alors une condition malheureusement indispensable mais au fond contingente, qui hante nos systèmes pénaux faute de mieux. Ces deux questions montrent qu'il est difficile non seulement de réaliser mais aussi de penser un droit pénal dépourvu de souffrance.

Un mal pour un bien (Bentham)

On peut résumer ainsi les deux questions auxquelles a abouti l'analyse : la sanction pénale entretient-elle un lien nécessaire avec l'infliction de souffrances, est-elle par définition afflictive⁴ ? Si la peine vise intentionnellement à faire souffrir le condamné, dès lors quelles finalités peuvent justifier le fait que l'on emploie une réponse aussi terrible ? Communément, on répugne en effet à limiter le sens de la peine à un traitement pénible que le coupable subit en raison de sa faute. Le châtement se présente plutôt comme une épreuve morale, chargé d'une valeur expiatoire pour le condamné, ou un mal nécessaire au bien de la société. L'alternative peut donc être formulée ainsi : soit l'infliction de souffrances constitue un trait du concept même de la peine, soit elle en caractérise une forme imparfaite, que les sociétés auraient abandonnée si la peur de la souffrance n'était pas un ressort efficace de l'obéissance⁵. On le voit, le caractère contingent ou nécessaire de la souffrance ne peut être tranché qu'au plan normatif. C'est pourquoi cette question paraît constituer la première tâche des entreprises de justification du droit pénal.

Une troisième question complique néanmoins le débat : quand bien même certaines justifications rendraient la souffrance du condamné légitime, parce qu'il le mérite ou parce que les criminels potentiels doivent être intimidés, comment comprendre que l'association de la peine à un châtement s'accompagne toujours et encore d'un certain malaise moral ? Comme le rappelle J. Rawls, face aux traitements afflictifs que l'État réserve aux individus punis, la punition légale ne cesse en effet d'apparaître comme une pratique « moralement troublante⁶ ». La tâche est donc triple : il faut décrire les manières dont peut s'incarner cette dimension afflictive ; évaluer les tentatives de justification théorique de la souffrance ; et savoir si la répugnance qu'il y a à punir malgré tout relève d'une posture morale factice ou manifeste une difficulté persistante.

Au plan descriptif, le caractère pénible de la sanction pénale peut se traduire par plusieurs types de contraintes. Le droit peut chercher à priver les individus de biens considérés comme fondamentaux – liberté, temps, propriété – ou les soumettre à diverses obligations – suivi socio-judiciaire, travaux d'intérêt général, contrainte pénale, programmes de réhabilitation, placement sous surveillance électronique, formation obligatoire, interdiction

⁴ Pour Bertrand Guillarme, la peine est une « souffrance imposée à ceux qui ont commis une faute ». Bertrand GUILLARME, *Penser la peine, op. cit.*, p. 5.

⁵ Voir Nils CHRISTIE, *Limits to Pain*, Londres, Martin Robertson, 1981, « Introduction ».

⁶ Selon l'expression de Rawls : John RAWLS, « Two Concepts of Rules », *The Philosophical Review*, vol. 64, n° 1, 1955, p. 4. Une traduction récente a été réalisée de cet article : John RAWLS, « Deux concepts de règles », trad. et présenté par Vincent Boyer, *Philosophie*, vol. 133, mars 2017, p. 12-36.

de côtoyer certaines personnes ou certains lieux. Devant la diversité des types de traitement pénible, la question est alors la suivante : le mal qu'implique la peine correspond-il alors à une douleur physique, à une diminution morale ou à une privation de droits ?

Certains auteurs récusent en effet que la peine comporte intrinsèquement une dimension afflictive et qu'elle doive en passer par la souffrance. Pour Antony Duff, la sanction pénale ne comprend pas nécessairement une forme d'affliction, il est suffisant qu'elle impose une charge ou un fardeau⁷. Elle implique bien un traitement pénible et pesant pour le condamné, mais elle n'entretient pas pour autant de relation analytique avec la souffrance physique. A. Duff s'oppose ici aux théories qui défendent que la peine doit être un mal pour rendre au condamné ce qu'il mérite ou dissuader les criminels potentiels. Pour être tranchée, cette alternative conduit néanmoins à situer la discussion à un plan normatif.

L'analyse de la dimension afflictive de la peine se heurte en effet à une difficulté : elle ne peut pas en rester à une description des formes de la souffrance, qui comparerait la manière dont les pratiques pénales articulent châtiments physiques, sanctions symboliques et privations de droits. Or, se demander si la souffrance est impliquée par définition par la peine ressortit d'une justification théorique de la peine, qui vise à identifier les traitements que les systèmes pénaux doivent privilégier, et non ceux qu'ils réservent en fait aux condamnés. En cherchant à savoir si la dimension afflictive de la peine est acceptable ou non, on s'interroge donc sur sa valeur à titre de conséquence intentionnelle de la peine. Un partage peut néanmoins être tracé entre les théories qui accordent à la souffrance une valeur absolue et celles qui la tiennent pour seulement relative :

- dans le cas des théories qui soutiennent que la souffrance du condamné a une valeur absolue, l'enjeu est de montrer que le crime appelle nécessairement la peine. Punir constitue alors un devoir moral, parce que le criminel le mérite ou parce que son acte l'implique logiquement. Ces approches relèvent ainsi du rétributivisme pénal. L'une des principales difficultés qu'elles soulèvent est qu'elles présupposent la nature mauvaise du crime au lieu de la démontrer, et s'en tiennent donc à une définition formelle du crime.

- Les théories qui tiennent au contraire la valeur de la souffrance pour relative essayent de pallier ce défaut. En s'interrogeant sur la finalité de la souffrance administrée par la peine, elles sont obligées de rendre compte du caractère nuisible du crime et de montrer en quoi la

⁷ « certains théoriciens nieraient que la peine doive intentionnellement être “mauvaise en soi” pour la personne punie. Il est plus sûr d'affirmer que la punition soit intentionnellement pénible. » Antony DUFF, s. v. « Legal punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, été 2013, [En ligne] URL : <https://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment/>, consulté le 20 septembre 2014. Les citations provenant d'ouvrages ou d'articles en langue anglaise dont les traductions n'ont pas été publiées en français sont traduites par moi.

peine ne reproduit pas cruellement le mal commis. La souffrance possède une valeur relative parce que si elle constitue, comme le crime, un préjudice pour l'individu, elle ne s'y réduit pas. Ces théories doivent donc fournir une définition matérielle du crime, afin de montrer que malgré l'isomorphie des crimes et des peines, seules ces dernières possèdent des effets bénéfiques. Au sein des théories éthiques, ces approches relèvent du conséquentialisme, car elles justifient la souffrance du condamné à l'aune de ses conséquences intentionnelles.

Pour étudier les justifications de la souffrance infligée par la peine, je commencerai par suivre ces approches conséquentialistes. Elles possèdent en effet le mérite de rendre indissociables la définition de la peine et la délimitation des actes qui doivent être incriminés. Elles permettent ainsi de s'attaquer au paradoxe apparent du droit pénal suivant lequel la peine implique ce qu'elle cherche à empêcher, parce qu'elle prévoit des nuisances pour celui ou celle qui a nui à autrui, à soi-même ou à la société. Pour dénouer ce paradoxe, la stratégie consiste à distinguer le mal relatif entraîné par la peine du mal absolu introduit par le crime⁸. Autrement dit, si la peine consiste bien en l'infliction *prima facie* d'un mal, sa fonction ne s'y réduit pas, et un bien, pour la société en général voire le délinquant en particulier, peut en découler. Dès lors la question est la suivante : pour que la peine assume sa fonction préventive, au sens général de dissuasion ou d'intimidation collectives comme au sens spécial de la réhabilitation du condamné⁹, doit-elle en passer par la douleur ? Doit-elle infliger une dose minimale de souffrance ?

Cette question est celle qui occupe Jeremy Bentham dans la *Théorie des peines et des récompenses* qu'il publie en 1811. La théorie de la justification de la peine adoptée par le philosophe anglais est un conséquentialisme utilitariste¹⁰ : les contraintes imposées par l'État sur les individus sont justifiées à l'aune de leurs conséquences, et ces conséquences sont moralement bonnes si elles permettent de maximiser le bonheur du plus grand nombre. Or, le droit pénal joue un double rôle d'incrimination et de punition : sont incriminés les actes qui lèsent davantage d'individus qu'ils n'en profitent à certains ; doivent être punis celles et ceux dont le châtement immédiat bénéficie au plus grand nombre d'individus, en les préservant de

⁸ Nathan HANNAH, « Facing the Consequences », *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, n° 3, 2014, p. 589-604.

⁹ La prévention spéciale correspond aux programmes de resocialisation et de réinsertion des condamnés. Pour une critique de l'idéal réhabilitatif qui habite ces mesures : Francis A. ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, Yale University Press, 1981.

¹⁰ C'est la thèse de Philippa Foot et de Bernard Williams. Pour la première, « l'utilitarisme, tel qu'on le définit habituellement, est une forme de conséquentialisme qui identifie le meilleur état de choses à l'état de choses dans lequel il y aura le plus de bonheur, de plaisirs, ou de satisfaction de désirs ». Philippa FOOT, *Moral Dilemmas: and Other Topics in Moral Philosophy* [1985], Oxford, Clarendon Press, 2002, p. 60. Voir aussi : Bernard WILLIAMS, « Une critique de l'utilitarisme », in John J.C SMART et Bernard WILLIAMS, *L'utilitarisme, Le pour et le contre* [1993], trad. de l'angl. par H. Poltier, Genève, Labor et Fides, « Le champ éthique », 1997, p. 75. Je remercie vivement V. Boyer pour ses précisions sur ce point.

torts ou de préjudices futurs. Dans ce cas, la nécessité d'associer la peine à l'infliction de souffrances ne fait alors aucun doute. Seule l'annonce du dommage peut dissuader le criminel. Or, pour que la peine en soit l'indice, elle doit s'appuyer sur une souffrance réelle :

Faut-il infliger des peines réelles ? – Oui, mais pourquoi ? Principalement pour l'exemple, parce que la *réalité* de la peine est nécessaire pour en produire l'*apparence*. L'apparence est l'objet essentiel. Tout le mal qui ne paraît pas est en pure perte. Il faut donc que le mal réel soit aussi petit, et le mal apparent aussi grand que possible¹¹.

Les « Définitions et distinctions¹² » du chapitre 1 de la *Théorie des peines et des récompenses* répondent au souci de séparer la peine des contraintes qui ne relèvent pas du droit ou qui ne visent pas à réprimer un mal. Au cours de ces analyses, Bentham isole la peine des actes de « pure malice, de vengeance, de contrainte, d'antipathie, de défense personnelle, etc.¹³ », mais il reconnaît par là-même qu'elle partage avec toutes ces formes de contraintes le fait d'« infliger un mal à un individu¹⁴ ». La punition entretient un rapport nécessaire, mais non suffisant, avec l'infliction d'une souffrance physique. Au terme du raisonnement du philosophe anglais, la dimension afflictive de la peine apparaît donc comme une conséquence intentionnelle, dont la valeur est relative à l'objectif d'intimidation collective.

Je l'ai déjà dit : mais il est bon de le répéter. Ce n'est pas la souffrance du criminel qui est utile au public comme exemple ; c'est la partie manifeste de ces souffrances, celle qui frappe les yeux, celle qui se grave dans la pensée, celle qui laisse une empreinte assez forte pour combattre la tentation d'un crime¹⁵.

De façon néanmoins étrange, cette justification de la souffrance présuppose la définition des nuisances entre individus que la peine est censée réprimer. Le caractère répréhensible des nuisances équivaut à leur caractère punissable, ce qui entraîne deux conséquences : d'une part, l'incrimination est une condition nécessaire et suffisante à la peine, autrement dit tout crime doit être puni et les autres formes de réponse aux actes nuisibles sont écartées *a priori* ; d'autre part, l'institution pénale tend de manière asymptotique à tomber en désuétude à mesure que la violence recule au sein de la société. Comme je voudrais le montrer, dans les deux cas le raisonnement de Bentham présume le caractère exclusif et indépassable du droit pénal.

¹¹ Jeremy Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, dans *Œuvres*, t. II, trad. de l'angl. par É. Dumont, Londres, B. Dulau, 1811, p. 18.

¹² *Ibid.*, p. 1.

¹³ *Ibid.*, p. 5, note 1.

¹⁴ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵ *Ibid.*, p. 182.

La captation de la souffrance par l'État

La peine constitue, pour le philosophe anglais, le seul moyen de traiter le crime car elle permet de le prévenir de la façon la plus efficace. Comment ? Par l'annonce du traitement pénible réservé au criminel, qui, pour être crédible, doit être appliqué au cas où la culpabilité est établie. La souffrance du condamné est non seulement ce qui spécifie la peine dans l'ensemble des sanctions juridiques, mais aussi ce qui permet de mesurer le *quantum* nécessaire de chaque peine particulière. La dimension afflictive de la peine constitue donc un critère pour distinguer et délimiter la peine.

En effet, en tant que sanction, la peine se distingue des actes d'hostilité ou de défense parce qu'elle inflige une souffrance de manière intentionnelle, en réaction à une faute¹⁶. Elle constitue un mal de premier ordre dont découle un bien du second ordre¹⁷, au contraire du crime qui lui constitue un mal du premier et du second ordre : il lèse une personne réelle et inspire la crainte dans toute la communauté. Dans le cas de la sanction pénale, on peut dire que la souffrance d'un individu assignable, le condamné, sert à rassurer tout un ensemble d'individus inassignables. La souffrance infligée par la peine est en effet le moyen de réduire le sentiment d'alarme (l'insécurité ressentie) devant le risque du crime ou le danger (l'insécurité réelle) face aux crimes commis et connus du public. C'est pourquoi elle ne doit être infligée que dans la limite nécessaire à cet effet. Bentham soutient donc que la peine est un mal nécessaire :

La peine, moyen vil en lui-même, qui répugne à tous les sentiments généreux, s'élève au premier rang des bienfaits, quand on l'envisage, non comme un acte de colère ou de vengeance, contre un coupable ou un infortuné qui cède à des penchants funestes, mais *comme un sacrifice indispensable pour le salut commun*¹⁸.

Pour mesurer alors le *quantum* utile de la peine, Bentham substitue à l'échelle allant de la sévérité à la douceur celle qui court du frugal au dispendieux. La peine doit jouer son rôle préventif avec une dépense de souffrance minimale¹⁹, qui peut être obtenue de quatre manières : la souffrance qui affecte le condamné peut l'atteindre dans sa personne (châtiments

¹⁶ Bentham définit ainsi la peine : « 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, *Théorie des peines et des récompenses*, op. cit., p. 2.

¹⁷ « Le Mal résultant d'une mauvaise action peut se diviser en deux lots principaux : 1° celui qui tombe immédiatement sur tel ou tels individus assignables, je l'appelle *Mal du premier ordre* ; 2° celui qui prend sa source dans le premier, et se répand sur la communauté entière, ou sur un nombre indéfini d'individus non-assignables, je l'appelle *Mal du second ordre*. » Jeremy BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. I, Paris, Bossange, Masson et Besson, 1802, p. 80.

¹⁸ Jeremy BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, op. cit., p. 14 (je souligne).

¹⁹ « Nous dirons donc d'une peine qu'elle est *économique*, lorsqu'elle produit l'effet désiré avec le moindre emploi possible de souffrance. » *Ibid.*, p. 16-17.

corporels, peines privatives de liberté), sa propriété (amendes), sa réputation (peines infamantes) ou sa condition (déchéances et pertes de droits)²⁰. La dimension afflictive de la peine ne se réduit donc pas à une seule modalité, qui serait seulement d'ordre physique. Elle peut être également matérielle, symbolique ou morale : bien qu'une amende ou une déchéance de droits n'atteignent pas le condamné dans son corps, on peut présumer qu'elles sont ressenties comme pénibles.

La peine répète intentionnellement le mal introduit par le crime, mais Bentham prend soin de souligner le caractère indirect de ce second mal, qui n'est pas une fin en soi mais un moyen pour la dissuasion générale. L'infliction de souffrances vise à terme un bien : la maximisation du bonheur du plus grand nombre par la prévention des actes mauvais et contingents. La peine se distingue des actes d'hostilité ou de malice, de vengeance ou de haine, non pas matériellement mais du point de vue de son utilité, ce que marque Bentham dans la définition qu'il donne du droit pénal :

D'après le principe de l'utilité, les peines légales sont des maux infligés, selon des formes juridiques, à des individus convaincus de quelque acte nuisible, défendu par la loi, et dans le but de prévenir de semblables actes²¹.

Le philosophe anglais reconnaît la commune nature du crime et de la peine. La peine se présente même comme le symétrique inverse du crime : le crime ne profite qu'au criminel, la peine bénéficie à tous sauf à lui. Tout crime doit-il donc être puni ? Chez Bentham, la réponse est dans la question. L'analyse qu'il fournit du crime présuppose la fonction utile que la peine doit remplir, à l'exclusion d'autres modes de réponse. La justification de la peine est donnée avec l'analyse du crime. Ils ne s'opposent donc que relativement. La dimension afflictive de la peine est impliquée par la nature du crime, selon des dichotomies préétablies : le crime est arbitraire, la peine juridique ; le crime vise à satisfaire un intérêt particulier, la peine répond à un besoin collectif ; le crime entame l'intégrité d'un innocent, la peine est imputée à un individu reconnu coupable d'une faute. À l'issue d'un raisonnement qui peut apparaître circulaire, il est inévitable que la peine émerge comme la seule réponse acceptable vis-à-vis du crime.

Or Bentham ne s'arrête pas là. L'existence du droit pénal est la condition pour que les torts et les préjudices apparaissent comme des délits ou des crimes et soient prévenus. Par conséquent, à moins de réaliser les conditions idéales d'une obéissance pleine et entière, la

²⁰ *Ibid.*, p. 10-11.

²¹ *Ibid.*, p. 6.

technique de la peine est historiquement indépassable. Le philosophe accorde en effet une primauté logique et chronologique au droit pénal sur les autres domaines du droit :

- primauté *logique*, parce que le droit pénal est la sanction de toutes les autres branches juridiques et la condition de leur validité : « On ne saurait même concevoir un seul droit, ni du Gouvernement ni des individus, qui pût exister sans le droit de punir. Il est la sanction de tous les autres²². » Le droit de punir est une condition nécessaire de l'ordre juridique.

- Primauté *chronologique*, parce que les règles définissant les interdictions et les peines ont été les premières à avoir été formalisées juridiquement. Lorsqu'il esquisse les grandes étapes de l'apparition du droit pénal, Bentham critique en effet l'hypothèse selon laquelle il serait fondé sur le consentement des individus, « dangereuse fiction » qui peut servir à justifier les peines les plus excessives²³. Selon cette fiction, la peine figure dans le pacte que chacun passe avec tous à titre de clause d'auto-contrainte et de mesure préventive : elle est une obligation acceptée d'avance par chaque contractant pour que nul ne se défausse de son engagement, et une défense parce qu'elle protège le corps social contre les attaques du criminel. Bentham substitue à ce récit fictif la formation du droit pénal à travers la lente captation de la conflictualité sociale par l'État.

La délimitation du permis et du défendu est la conséquence de l'avènement du droit pénal. La définition légale du pouvoir de sanction implique de tracer la frontière entre deux manières de répondre aux conflits qui peuvent éclater entre les individus : l'une est réglée et artificielle, elle se conclut par la répression du fauteur de troubles ou la réparation de la victime, ordonnées par une juridiction ; l'autre est spontanée et naturelle, elle se traduit par des réactions de vengeance ou de défense arbitraires, dépendantes des forces de chacun.

C'est ce que l'on peut voir au début de ce passage, qui montre à travers plusieurs exemples que le partage entre la peine légale et la violence arbitraire découlent d'un même acte de qualification juridique :

Dans l'état sauvage ou l'état de nature, le pouvoir de punir est exercé par chaque individu, selon son degré de ressentiment ou de force personnelle. *Chaque pas de civilisation a été*

²² *Ibid.*, p. 7.

²³ Dans cette perspective, le droit de punir n'est légitime que s'il est l'objet d'un consentement entre individus, qui implique qu'au moment du pacte social, les contractants aient déclaré être prêts à se soumettre à une peine au cas où ils commettraient un crime, c'est-à-dire dès lors qu'ils nieraient leur engagement initial. On peut faire l'hypothèse que ce sont les théories du contrat social qui sont visées, et notamment les thèses de Rousseau sur le droit de punir : « Le traité social a pour fin la conservation des contractants. Qui veut la fin veut aussi les moyens, et ces moyens sont inséparables de quelques risques, même de quelques pertes. Qui veut conserver sa vie aux dépens des autres doit la donner aussi pour eux quand il faut. Or, le citoyen n'est plus juge du péril auquel la loi veut qu'il s'expose ; et quand le prince lui a dit : "Il est expédient à l'État que tu meures", il doit mourir, puisque ce n'est qu'à cette condition qu'il a vécu en sûreté jusqu'alors, et que sa vie n'est plus seulement un bienfait de la nature, mais un don conditionnel de l'État. » Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social* [1762], Paris, Flammarion, « Garnier-Flammarion », 2001, p. 74.

marqué par quelque restriction mise à l'exercice de ce pouvoir : comme chaque pas rétrograde vers l'anarchie est marqué par quelque effort de la multitude pour s'en ressaisir. Dans une société politique bien instituée, il ne reste plus aux individus que ce que la loi ne peut pas leur ôter, la faculté de refuser leurs services libres à ceux qui les ont offensés. L'autorité domestique, celle des pères, par exemple, qui a été autrefois si étendue, a été bornée par degrés aux simples peines appelées correctionnelles. Dans les contrées où l'esclavage n'est pas détruit, le plus grand mal de cet état consiste dans ce droit de punir possédé par les maîtres ; et qu'il est si difficile, pour ne pas dire impossible, de resserrer dans des limites déterminées²⁴.

Dans ce texte, Bentham oppose à la fiction du contrat social l'histoire de la limitation progressive des rapports de force par la puissance publique. Pour réprimer les torts et les préjudices, le pouvoir coercitif de l'État n'a donc plus besoin d'être fondé sur le consentement des individus à être puni. Il est le produit de la marche de la « civilisation » contre l'« anarchie », qui se traduit par le recul graduel des formes arbitraires de violence face à l'intervention des juridictions répressives, qui captent au profit de l'État l'exercice de la contrainte.

Pour résumer, le droit pénal constitue la condition de validité des autres branches juridiques mais aussi la source du partage entre le permis et le défendu. Bien que cela ne présume pas des modalités concrètes de la peine, il apparaît comme historiquement indépassable, parce qu'il occupe le double rôle de définir le crime et d'y répondre. En effet, la loi pénale est la condition et non la conséquence de la qualification des comportements punissables : la définition des torts et des préjudices ne précède pas l'institution pénale, elle découle du contenu de la loi, c'est-à-dire des préférences et conventions que le droit reconnaît à sa source. La justification utilitariste paraît donc reposer sur une conception positiviste de la peine, qui risque d'entrer en tension avec l'exclusivité et le caractère indépassable du droit pénal.

De manière générale d'abord, un tel positivisme se manifeste dans l'idée que le crime n'est pas un mal en soi mais qu'il est relatif à ce que le plus grand nombre juge nuisible. Le partage de la souffrance, entre ses formes répréhensibles (les violences interpersonnelles) et ses formes légitimes (les peines), ne dépend pas des propriétés intrinsèques des actes en question : la qualité morale d'un acte varie en fonction des conséquences qu'il a dans un contexte déterminé. La séparation entre les formes répréhensibles et légitimes de souffrance est donc opérée par la loi pénale. Sans les règles générales et abstraites du droit, la souffrance se réduirait à un vécu subjectif, perçue comme utile ou inutile, graduée ou disproportionnée, juste ou cruelle, en fonction des critères de chacun. En incriminant certaines conduites et en leur attachant une peine, le droit donne au contraire à la souffrance une valeur objective : il en

²⁴ Jeremy BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, op. cit., p. 7-8 (je souligne).

fait un moyen conventionnel pour prévenir de telles conduites²⁵. La distinction du permis et du défendu recoupe donc celle de l'utile et du nuisible. Il n'y a pas d'actes répréhensibles par nature, qui découleraient du caractère mauvais des individus, ils dépendent en majorité des conditions de vie matérielles des individus et de la valeur sociale qui leur est associée²⁶.

De façon plus particulière maintenant, ce positivisme se mesure aussi à la façon dont la délimitation entre la vengeance et la peine apparaît chez Bentham comme interne, et non pas externe, au droit. Il faut que certaines formes de contrainte soient définies comme publiques et légales, pour que d'autres apparaissent comme privées et arbitraires. L'opposition entre la peine et la vengeance est donc le produit de la loi : la vengeance n'est que l'ombre portée de la peine. Elle s'apparente à une punition immédiate et égoïste, inutile à la collectivité et dépourvue de la médiation d'un tiers incarné par le juge. Les actes vindicatifs constituent en effet des réactions à un mal ou à un tort qui ne visent pas directement un bien du second ordre. Or, en ne cherchant pas à réduire intentionnellement l'inquiétude et le danger qui pèsent sur le plus grand nombre, la vengeance peut au contraire les décupler. Elle est donc le double négatif de la peine, et sa définition lui est entièrement relative : elle est un pouvoir que l'individu revendique alors même qu'il lui a été retiré par l'État. Il n'y a donc de vengeance que dans un État où la contrainte légitime est accaparée par le droit.

L'utilitarisme de Bentham, qui porte sur la justification de la peine, s'adosse donc à une conception positiviste de la nature du droit. Or, bien qu'ils relèvent de deux plans distincts, normatif et descriptif, l'articulation de ces arguments fait problème. D'un côté, Bentham reconnaît que, de manière générale, il n'y a pas de mal en soi et donc que, de manière particulière, les actes de vengeance sont immoraux parce qu'ils sont interdits par le droit. Mais d'un autre côté, il affirme que la peine est inévitable pour prévenir le crime et que le droit pénal, sanction de toutes les branches du droit, est indépassable : pour empêcher des êtres cherchant à maximiser leur propre intérêt au détriment de celui du plus grand nombre, l'institution pénale doit être intimidante. Cette fonction est irréductible. Or, pour y parvenir, elle ne doit pas être concurrencée par d'autres sources de contrainte, comme des groupes d'individus qui exigeraient de se faire justice par eux-mêmes. Le droit pénal se veut donc être une réponse exclusive aux crimes, il ne peut pas être valide sans revendiquer le monopole sur la souffrance intentionnelle autorisée.

²⁵ Comme l'explique Bentham : « [...] le même acte, le même mal, selon la différence d'intention et de motif, de la part de l'agent, reçoit différentes dénominations, et va se ranger dans la classe des actes nuisibles ou des actes utiles. » *Ibid.*, p. 4-5.

²⁶ « Quantité de méfaits n'ont point de racines profondes dans le cœur mais tiennent à des positions, des séductions, des exemples, et surtout à l'indigence, *malesuada fames* ! Des actes d'une vengeance soudaine ou d'un emportement subit ne supposent pas de la perversité. » *Ibid.*, p. 209-210.

Sous ce rapport, le positivisme présumé de Bentham apparaît comme un pur présupposé : en réalité le droit comptera toujours des sanctions pénales qui viseront intentionnellement la souffrance du condamné. Elles peuvent se traduire par des châtiments corporels, qui atteignent l'individu dans son intégrité physique, comme par un fardeau moral, qui l'entame dans son honneur ou ses droits. Mais, dans tous les cas, la peine ne peut pas être affranchie de cet aspect dramatique.

Du point de vue de l'utilitarisme, la nature de la sanction pénale n'est donc pas indéterminée, elle doit être afflictive et l'idée d'une peine dédramatisée, sans souffrance, est une illusion : les actes incriminés ne peuvent être prévenus qu'avec un *minimum* de souffrance réelle. On pourrait néanmoins rétorquer que cette thèse n'est valable que relativement à l'état actuel de la sensibilité humaine et des conventions sociales. Dans l'absolu, la peine désigne n'importe quel type de technique préventive. Mais l'observation de nos réactions habituelles montre que la peur de la souffrance est un aiguillon plus fort de la conduite humaine que la représentation du devoir moral. C'est donc relativement à cet état de faits que la peine doit en passer par l'infliction de souffrances.

Or, ce constat n'a rien d'une fatalité, et l'on peut supposer que la marche vers la civilisation se traduise, au plan du droit pénal, par un recul voire une disparition des peines afflictives. C'est ce qu'affirme la thèse historique de l'adoucissement des peines. Devant la baisse des actes privés de vengeance, la peine aurait été libérée de l'impératif de capter la souffrance physique en l'assumant intégralement. En étudiant cette idée, dans sa genèse et ses implications, on peut alors tenter de savoir si le droit pénal moderne a pour horizon la dédramatisation de la peine, qui n'entreprendrait donc pas de lien nécessaire avec la souffrance.

1.2. L'hypothèse de l'adoucissement des peines

Une histoire de la violence légale

L'analyse de la thèse de l'adoucissement des peines permet d'aborder plusieurs questions : peut-on en déduire que le lien entre la peine et la souffrance n'est pas nécessaire mais contingent ? que le recours à la souffrance dépend du contexte historique et de la force que l'État doit déployer pour être efficace ? que si l'État n'a plus besoin de contrecarrer des

formes ordinaires de violence, la dimension afflictive de la peine s'estompe ? que les pratiques pénales s'édulcorent à mesure que l'individu, comme intégrité physique et morale, est reconnu comme une valeur sociale fondamentale ?

De façon saillante, les études historiques sur le droit pénal définissent en effet le passage de la justice de l'Ancien Régime²⁷ au droit pénal moderne et contemporain comme une profonde rupture²⁸. Cette rupture concerne la mise en œuvre du droit par les tribunaux répressifs, le contenu de la légalisation pénale ainsi que les doctrines et commentaires qui s'en emparent. Comme on l'a déjà dit, elle porte donc sur le droit *stricto sensu*²⁹, comme sur l'organisation judiciaire et les pratiques pénales³⁰. L'historiographie traditionnelle s'attache ainsi à décrire l'écart qui sépare la peine moderne de la justice d'Ancien Régime. À cette dernière sont associés plusieurs caractères négatifs : la vénalité des magistrats, plus soucieux de conserver leur charge plutôt que de rendre un jugement équitable, l'arbitraire des sentences et la dimension spectaculaire des châtiments.

Selon cette comparaison, la peine d'Ancien Régime déborde le cadre réglé de la sanction rétributive. Elle verse dans la démesure du supplice, véritable rituel politique dont l'enjeu est de réaffirmer l'autorité du monarque. Le supplice est impliqué par la nature de l'infraction : le crime est une atteinte à l'ordre social protégé par le souverain, dont la personne physique est indissociable de la personne morale de l'État. Or, par son acte, le criminel offense une règle voulue par le souverain. Il l'atteint directement dans son honneur, et son geste constitue un défi à son autorité. La peine s'apparente alors à une riposte, de nature guerrière, qui vise à réparer l'offense, à réaffirmer l'autorité et à démontrer la puissance du monarque.

Le recours aux supplices, comme à la question, rappelle que le crime constitue une marque d'hostilité envers le pouvoir, et non la conséquence d'un rapport d'adversité entre les individus. Il est exclu que l'État y réponde par une sanction d'amende ou de conciliation. La prise sur le corps du condamné joue en effet un rôle central. Il faut faire voir toute la dissymétrie qui existe entre la majesté du souverain et la vilénie du délinquant, et mettre en

²⁷ Ce sont les députés de l'Assemblée nationale constituante qui auraient utilisé en 1789 pour la première fois l'expression « Ancien Régime ». Dotée d'une connotation négative, elle dénote le régime monarchique en place avant les États généraux de juin 1789. Tocqueville la reprend ainsi que les historiens du XIX^e siècle pour désigner plus largement la période allant du règne d'Henri IV (1589-1610) à l'été 1789. Voir Alexis de TOCQUEVILLE, *L'Ancien régime et la Révolution* [1856], Paris, Gallimard, « Folio histoire », 1985.

²⁸ Pour aborder l'histoire de la justice pénale, je privilégie l'étude du contexte français ou d'autres États européens, en marquant par comparaison ses différences avec les systèmes juridiques de *common Law*.

²⁹ Voir *supra*, section 1, « Diversité des crimes, plasticité de la peine ».

³⁰ Voir la synthèse historique de Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p. 15 et suiv.

scène le supplice : en place publique, entouré d'un corps d'armée qui fait rempart entre l'échafaud et la populace amassée, les châtimens pouvant même se poursuivre après la mort du condamné, dont le corps détruit indique l'anéantissement.

Contre la justice pénale d'Ancien Régime, la réforme pénale de la fin du XVIII^e siècle consacre, au plan du droit pénal de fond, plusieurs principes déjà évoqués³¹ :

- *légalité* des infractions et des peines (« nul crime, nulle peine, sans loi ») contre l'arbitraire et le soupçon de cruauté des juridictions d'Ancien Régime ;

- *nécessité* des incriminations, constituées par un dommage réel, contre l'immixtion de la morale et de la religion dans la définition des comportements répréhensibles ;

- *utilité* des peines qui doivent servir à prévenir des crimes futurs.

À ces principes substantiels s'ajoutent deux règles de procédure :

- *proportionnalité* entre la gravité des actes incriminés et la sévérité des peines ;

- *interprétation stricte* de la loi, afin de prémunir le traitement égal des délinquants contre l'arbitraire des juges, et d'assurer la diffusion des sanctions prévues à l'ensemble des justifiées.

Manifestation par excellence du pouvoir absolu, la peine devient un rouage de l'État de droit. Après l'abolition des privilèges, la reconnaissance de la souveraineté populaire et la déclaration de l'égalité de droits des citoyens, les règles de fond et de procédure du droit pénal sont encadrées par les droits fondamentaux et les principes constitutionnels. La connaissance de la loi pénale repose sur l'évidence des actes incriminés et la prévisibilité de la répression. Tout se passe comme si sous l'Ancien Régime, l'obéissance reposait seulement sur l'intimidation collective, assurée par des châtimens qui tiennent les sujets par la peur, alors qu'après la réforme pénale, elle est suscitée de façon volontaire, grâce au calcul d'utilité que fait l'individu en fonction des sanctions qu'il encourt.

Selon cette opposition convenue entre deux types de pénalité que tout sépare, l'adoucissement des peines serait dû à la transformation des institutions politiques, elle-même entraînée par un changement dans les mœurs et la sensibilité collective. La disparition du corps supplicié et du châtiment hors de la scène pénale, au profit de la déclaration de la loi pénale, serait l'un des effets de la codification du droit de punir. D'après l'historiographie traditionnelle, deux raisons expliquent alors la rupture dans les procédures et le recul de la souffrance perceptible :

³¹ Voir *supra*, section 1, « Diversité des crimes, plasticité de la peine ».

- la première raison est d'ordre conjoncturel. Plusieurs évolutions travaillent le contexte social et économique de la seconde moitié du XVIII^e siècle : la montée en puissance de la classe bourgeoise, la hausse de la division du travail, le regroupement des activités de production dans les manufactures et l'amorce de la concentration urbaine. Ces facteurs tendent à civiliser les mœurs et à faire baisser la fréquence des crimes de sang et des violences contre les personnes. Par contraste, les supplices d'Ancien Régime n'en apparaissent alors que plus insupportables.

- une seconde raison, de nature cette fois stratégique, en découle. Jugés sévères, immérités et disproportionnés, les supplices attisent en effet la méfiance du peuple envers les autorités judiciaires et politiques. Châtiant avec démesure, le souverain prend le risque de se discréditer. Le supplice est un instrument à l'efficacité incertaine, qui tend à fragiliser la légitimité de l'autorité.

Selon ce récit, la diminution des crimes et délits les plus graves, amorcée au XVIII^e siècle et prolongée tout au long du XIX^e siècle, est la cause de l'adoucissement des peines. La réforme pénale se présente donc comme l'aboutissement d'un changement d'abord social avant d'être politique. Autrement dit, si le pouvoir coercitif de l'État s'est desserré, si la répression légale s'est rétractée, c'est que les crimes les plus graves ont diminué en quantité et que la criminalité a changé de forme aux yeux de la sensibilité collective. Dans le contexte moderne, la peine vise davantage les torts interpersonnels que l'atteinte aux valeurs abstraites de la morale ou de la religion, et l'on punit en priorité les atteintes contre les individus et les biens³². C'est l'hypothèse que formule Émile Durkheim, qui lie l'évolution du droit pénal aux mutations de la structure sociale et de ses formes d'intégration.

Peine et modernité (Durkheim)

Dans la *Division du travail social*, le sociologue étudie la structure énonciative du droit pénal positif et en déduit que la sanction répressive, à la différence de la réparation, a pour condition la similarité affective et morale des individus :

Le droit pénal [...] ne dit pas tout d'abord, comme fait le droit civil : Voici le devoir, mais, tout de suite : Voici la peine. Sans doute, si l'action est punie, c'est qu'elle est contraire à une règle

³² La défense d'une « causalité proprement politique » (selon l'expression de M. Plouviez) à l'évolution pénale est étudiée dans le chap. V, où je reviens sur l'article de Durkheim, « Deux lois de l'évolution pénale ». Voir à ce sujet : Mélanie PLOUVIEZ, « Violence et droit pénal », in Jean-François KERVEGAN, Mélanie PLOUVIEZ et Pierre-Yves QUIVIGER (dir.), *Norme et violence : enquête franco-italienne*, Hildesheim-Zürich-New York, Georg Olms Verlag, 2015, p. 88.

obligatoire ; mais cette règle n'est pas expressément formulée. Il ne peut y avoir à cela qu'une raison, c'est que la règle est connue et acceptée de tout le monde³³.

Le droit pénal manifeste la solidarité sociale dans son fonctionnement mécanique. L'extension de la sphère pénale, autrement dit le champ des incriminations, se superpose en effet aux actes les plus fortement réprouvés par la conscience collective. Or, le contexte de la modernité juridique se caractérise par l'emprise progressive du droit civil. L'incrimination se resserre sur les atteintes à la personne et aux biens, laissant de côté les comportements privés qui, en matière religieuse, sexuelle ou morale, ne nuisent pas à autrui et à l'égard desquels la conscience collective devient indifférente³⁴. L'atrophie du droit pénal suit ainsi la concentration de la morale commune autour de la valeur et des droits de l'individu, ce qui conduit à modérer les peines³⁵. L'institution pénale attache davantage de garanties aux droits individuels, et de nombreux conflits sont réglés à travers une procédure civile. C'est ce que décrit Durkheim dans un article de 1901 énonçant les « Deux lois de l'évolution pénale » :

[...] il y a une véritable et irrémédiable contradiction à venger la dignité humaine offensée dans la personne de la victime, en la violant dans la personne du coupable. Le seul moyen, non pas de lever l'antinomie (car elle n'est pas soluble à la rigueur), mais de l'adoucir, est d'adoucir la peine autant que possible. Puisque donc, à mesure qu'on avance, le crime se réduit de plus en plus aux seuls attentats contre les personnes, tandis que les formes religieuses de la criminalité vont en régressant, il est inévitable que la pénalité moyenne aille en s'affaiblissant³⁶.

On peut déduire de ce passage que la thèse de l'adoucissement des peines concerne moins la peine elle-même que sa mise en œuvre. La peine semble avoir perdu en intensité mais elle ne s'est pas pour autant métamorphosée en sanction réparatrice. Simplement, les pratiques pénales se trouvent diluées parmi les sanctions civiles. Or, ces sanctions visent à compenser et à réparer les entorses aux engagements que les individus passent entre eux, elles découlent d'obligations contractuelles et sont dépourvues de la dimension afflictive de la peine.

³³ Émile DURKHEIM, *De la Division du travail social* [1893], Paris, Presses Universitaires de France, 1967, p. 40-41 ; voir le commentaire de Mélanie PLOUVIEZ, « Violence et droit pénal », in Jean-François KERVEGAN, Mélanie PLOUVIEZ et Pierre-Yves QUIVIGER (dir.), *Norme et violence : enquête franco-italienne*, op. cit., p. 73 et suiv.

³⁴ Voir Émile DURKHEIM, *De la Division du travail social*, op. cit., p. 142-148 ; et l'analyse que donne Mélanie PLOUVIEZ, « Violence et droit pénal », in Jean-François KERVEGAN, Mélanie PLOUVIEZ et Pierre-Yves QUIVIGER (dir.), *Norme et violence : enquête franco-italienne*, op. cit., p. 79 et suiv.

³⁵ Durkheim insiste sur l'importance des préceptes religieux à la source du droit pénal. Pour lui, la perte de vigueur des uns a entraîné la rétractation de l'autre : « [...] la perte de beaucoup la plus importante qu'ait faite le droit pénal est celle qui est due à la disparition totale ou presque totale des crimes religieux. Voilà donc tout un monde de sentiments qui a cessé de compter parmi les états forts et définis de la conscience commune. [...] quand on suit de près le développement des faits, on constate que cette élimination a été régulièrement progressive. On la voit devenir de plus en plus complète à mesure qu'on s'élève d'un type social à l'autre, et par conséquent il est impossible qu'elle soit due à un accident provisoire et fortuit. » Émile DURKHEIM, *De la Division du travail social*, op. cit., p. 133.

³⁶ Émile DURKHEIM, « Deux lois de l'évolution pénale », in *Année sociologique*, vol. 4, 1899-1900, p. 65-95, [En ligne] URL : <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.due.deu>, consulté le 21 janvier 2013.

L'adoucissement ne porte donc pas sur la peine mais sur le mode de régulation des torts, ce qui confirme en creux que cette dernière implique toujours un traitement pénible. Le champ des incriminations se réduit, et la peine s'édulcore à mesure que les supplices disparaissent. Mais dans tous les cas, la technique répressive continue d'infliger une souffrance au condamné. On peut ainsi suivre Mélanie Plouviez quand elle affirme que, chez Durkheim, la « persistance du droit pénal dans la modernité ne renverrait qu'à un reste de solidarité mécanique perdurant en régime organique³⁷. » Arrimé à la solidarité mécanique, le droit pénal constitue un reliquat archaïque dans les sociétés modernes, ce qui confirme en retour la dimension nécessairement afflictive de ses sanctions.

Malgré l'évolution et la plasticité des punitions légales, l'infliction de souffrances demeure donc constitutive de la peine. C'est ce que défend plus loin Mélanie Plouviez dans son commentaire : « La peine moderne, même quand elle ne consiste plus qu'en une modulation du temps d'emprisonnement, demeure un acte de violence corporelle³⁸. » L'adoucissement de la peine diagnostiquée par Durkheim est donc moins qualitative que quantitative. Il faut plutôt parler d'un rétrécissement de la sphère pénale : la peine n'a pas changé en intensité, elle ne s'est pas hybridée à des mesures de composition dédiées à compenser le dommage de la victime. Les incriminations se sont seulement resserrées, et la dimension afflictive des peines a perdu de sa visibilité, mais pas de sa réalité.

Cette thèse repose sur une distinction formelle entre deux types de sanction, la sanction répressive et la sanction restitutive, qui est, pour le sociologue, au fondement du partage entre les branches pénale et civile du droit. Il définit en effet la sanction pénale comme une « réaction passionnelle³⁹ » qui exige que le fauteur de troubles souffre⁴⁰. La peine serait donc irréductiblement rétributive : quelle que soit sa finalité générale, l'agent mérite d'être diminué à cause de la valeur particulière de ses actes. C'est la raison pour laquelle, chez

³⁷ Mélanie PLOUVIEZ, « Violence et droit pénal », in Jean-François KERVEGAN, Mélanie PLOUVIEZ et Pierre-Yves QUIVIGER (dir.), *Norme et violence : enquête franco-italienne*, op. cit., p. 83.

³⁸ Cette citation conclut ce passage sur la continuité de la peine en régime mécanique et organique : « La réaction pénale, fût-elle moderne et protège-t-elle la personne humaine, demeure un mécanisme de l'affectivité collective. Elle est encore une colère collective. Surtout, la pénalité organique continue d'exercer une violence à l'encontre du corps criminel. » Mélanie PLOUVIEZ, « Violence et droit pénal », in Jean-François KERVEGAN, Mélanie PLOUVIEZ et Pierre-Yves QUIVIGER (dir.), *Norme et violence : enquête franco-italienne*, op. cit., p. 90.

³⁹ Émile DURKHEIM, *De la Division du travail social*, op. cit., p. 52.

⁴⁰ La définition canonique de Durkheim est la suivante : « [Les sanctions répressives] consistent essentiellement dans une douleur, ou, tout au moins, dans une diminution infligée à l'agent ; elles ont pour objet de l'atteindre dans sa fortune, ou dans son honneur, ou dans sa vie, ou dans sa liberté, de le priver de quelque chose dont il jouit. [...] Quant à l'autre sorte [la sanction restitutive], elle n'implique pas nécessairement une souffrance de l'agent, mais consiste seulement dans la remise des choses en état, dans le rétablissement des rapports troublés sous leur forme normale, soit que l'acte incriminé soit ramené de force au type dont il a dévié, soit qu'il soit annulé, c'est-à-dire privé de toute valeur sociale. » Émile DURKHEIM, *De la Division du travail social*, op. cit., p. 33-34.

Durkheim, le droit pénal n'a pas pour origine historique le système de compensations dont les clans et tribus décidaient entre eux pour régler les torts, et dont la *vendetta* incarne l'archétype⁴¹. Sa forme primitive s'apparente au contraire à une réaction de défense, que la communauté exerce de façon passionnelle contre l'origine du mal qui l'atteint⁴². Les individus d'une société ont un sentiment commun des règles et veulent spontanément que celles et ceux qui offensent ces règles en soient diminués.

La rétribution apparaît ainsi comme un trait définitionnel de la peine. Le droit pénal demeure en son fond, malgré des inflexions historiques allant vers la prévention, un droit rétributif, en ce qu'il vise à diminuer les capacités, les droits ou la propriété du condamné. Il n'est donc pas nécessaire de faire appel, comme chez Bentham, aux conséquences intentionnelles visées par la peine pour saisir sa dimension afflictive. Il suffit d'analyser les énoncés de sanction en matière pénale, d'interpréter le type d'attachement commun aux règles qu'ils supposent et de reconnaître que la peine canalise les réactions affectives de la communauté. Cette description aboutit à présenter la rétribution comme un désir spontané à l'origine de toute peine. Il faut donc distinguer deux sens au terme de rétribution : l'obligation morale de punir l'individu qui l'a mérité ; le désir de faire souffrir celui ou celle qui a offensé autrui à hauteur de son acte⁴³. Or, la thèse de Durkheim est que, quelle que soit sa justification morale, la peine véhicule des émotions rétributives et ne peut donc pas s'affranchir de sa dimension afflictive. S'agit-il alors d'un aspect dont Bentham tient insuffisamment compte lorsqu'il justifie la peine comme technique préventive ?

On peut d'abord rappeler que, chez Bentham, le lien entre la peine et l'infliction de souffrances est ambiguë : en droit, la peine pourrait n'être pas afflictive, du moment qu'elle assure la maximisation du bien-être collectif ; mais en fait, relativement à la force des affects de peur pour motiver la conduite humaine, elle doit l'être. Étant donnée la nature sensible des

⁴¹ Durkheim s'oppose à l'hypothèse selon laquelle la peine découlerait primitivement de la *vendetta* ou de la vengeance privée, et affirme l'origine religieuse de la peine et indissociablement du crime. Sur ce point, voir : Mélanie PLOUVIEZ, « Violence et droit pénal », in Jean-François KERVEGAN, Mélanie PLOUVIEZ et Pierre-Yves QUIVIGER (dir.), *Norme et violence : enquête franco-italienne*, op. cit., p. 81, note 29.

⁴² Durkheim insiste sur la variabilité du patient de la peine selon les contextes historiques : « [...] la peine consiste dans une réaction passionnelle. Ce caractère est d'autant plus apparent que les sociétés sont moins cultivées. En effet, les peuples primitifs punissent pour punir, font souffrir le coupable uniquement pour le faire souffrir et sans attendre pour eux-mêmes aucun avantage de la souffrance qu'ils lui imposent. Ce qui le prouve, c'est qu'ils ne cherchent ni à frapper juste ni à frapper utilement, mais seulement à frapper. C'est ainsi qu'ils châtient les animaux qui ont commis l'acte réprouvé ou même les êtres inanimés qui en ont été l'instrument passif. » Émile DURKHEIM, *De la Division du travail social*, op. cit., p. 52.

⁴³ Sur les problèmes que posent les émotions pour les justifications rétributivistes de la peine, voir : J.L. MACKIE, « Morality and the retributive emotions », *Criminal Justice Ethics*, vol. 1, n° 1, 1982, p. 3-10 ; Robert C. SOLOMON, « Justice v. Vengeance: On Law and the Satisfaction of Emotion », in Susan BANDES (dir.), *The Passions of Law*, New York, New York University Press, 1995, p. 123-148 ; Christopher CIOCCHETTI, « Emotions, Retribution, and Punishment », *Journal of Applied Philosophy*, vol. 26, n° 2, mai 2009, p. 160-173.

individus, la peine doit être un objet de crainte pour prévenir le crime. C'est pourquoi la nécessité de faire souffrir le condamné est conditionnelle. Comme le rappelle le philosophe anglais : « Si pendre un homme en effigie pouvait produire la même impression de terreur, ce serait folie ou cruauté de le pendre en personne⁴⁴. » Dans une société régie par l'estime que se porte les individus les uns à l'égard des autres, on pourrait imaginer qu'un système de peines purement symboliques pourrait suffire à dissuader les auteurs de tort. Dans ce contexte fictif, la violence physique ne serait donc plus une condition de la dissuasion. On pourrait ainsi mesurer les différences entre d'une conception *pathétique* de la peine, qui l'identifie au fait de faire souffrir, à une conception *symbolique* ou *sémantique*, qui l'associe au fait de signifier ou d'exprimer une réprobation.

Néanmoins, peut-on s'en tenir à un raisonnement contrefactuel pour affirmer la nature contingente du lien entre peine et souffrance ? Pour être efficace, la peine requiert de fait un minimum de souffrance réelle. C'est ce que l'histoire confirme : malgré la diversité dans le temps et dans l'espace des systèmes pénaux, les peines afflictives, et notamment corporelles, n'ont jamais entièrement disparu de l'arsenal du droit. Il est donc délicat de détacher la peine de sa dimension afflictive. De manière paradoxale, l'utilitarisme rend donc cette dimension inévitable et indépassable. Or, Bentham ne paraît pas sensible à cet effet, parce que sa théorie reste au plan d'une définition stipulative de la peine : elle est conçue telle qu'elle doit être pour intimider les délinquants réels ou potentiels, et non pas telle qu'elle est. Son concept de peine est taillé pour justifier l'utilité de la souffrance. Ainsi, en écartant l'approche descriptive de la peine, l'utilitarisme sous-estime un effet pernicieux inhérent à la mise en œuvre de l'institution pénale : il reste sourd à la possibilité que, quelle que soit son utilité générale, la peine charrie en fait des émotions rétributives et soit infligée sans autre raison que de faire souffrir le criminel, comme Durkheim le laisse penser.

Violence et justification

L'utilitarisme affronte une difficulté qui concerne plus largement le conséquentialisme pénal, c'est-à-dire les théories qui justifient la peine en montrant que ses conséquences sont bénéfiques. Pour un conséquentialiste, il est normal de ressentir un certain trouble à l'idée que l'institution pénale doit infliger de façon intentionnelle une souffrance au condamné. Mais, cette souffrance doit être minimale, c'est-à-dire réduite à la quantité nécessaire pour que la

⁴⁴ Jeremy BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, op. cit., p. 18.

peine prévue intimide le délinquant réel ou potentiel. Ainsi, le soupçon selon lequel l'institution pénale et ses agents agiraient par cruauté peut d'emblée être écarté.

Or, bien qu'elle soit définie en droit comme une contrainte utile, la souffrance infligée par la peine peut en fait prendre sa source dans des émotions, comme la colère, le ressentiment et le désir de vengeance, contraires à sa finalité préventive. Les intentions de celles et ceux qui punissent peuvent être détournées de leur but de départ lors de la mise en œuvre du système pénal. Hugo A. Bedau et Erin Kelly rappellent ainsi que la conformité de l'institution pénale aux principes qui la régissent est une présomption qui doit être abordée avec méfiance.

Pour les deux philosophes, on peut certes se rassurer sur les intentions de l'institution pénale d'un point de vue normatif, en affirmant qu'elle recourt à la souffrance du condamné comme un moyen pour une fin souhaitable. En vérifiant la légitimité des buts de l'institution, on peut écarter la crainte que celles et ceux qui punissent n'infligent cette souffrance par cruauté, par désir de vengeance ou pour maintenir leur supériorité⁴⁵. Les théories qui abordent le délicat problème des justifications de la peine pour en délimiter la sphère d'intervention et en évaluer la mise en œuvre, se soucient en effet d'abord de la dimension afflictive du système pénal⁴⁶. Mais si on se limite à une approche idéale des fonctions de la peine, l'apaisement ne dure qu'un temps⁴⁷. Rien ne garantit que les pratiques, nommées explicitement comme des peines ou comprises comme des formes « alternatives » de réponse au crime, ne dérogent à ces principes idéaux. C'est pourquoi, comme l'expliquent Bedau et Kelly :

[...] étant donné que l'infliction d'une peine vise normalement à produire, et en général produit effectivement, une forme de privation pour la personne punie, l'infliction d'une peine crée des conditions sans précédent pour les abus de pouvoir. Pour distinguer de tels abus autant des privations légitimes qui sont essentielles à la peine que des excès de punitivité qui s'incarnent

⁴⁵ Je reviens sur ce point au chap. V. Cette crainte, bien que fantasmagorique, demeure incoercible pour Étienne Balibar : « [Les individus] ne peuvent pas ne pas de demander si l'État n'est pas injuste envers eux, si sa bienveillance déclarée ne cache pas une cruauté profonde, ou ne risque pas de se retourner en cruauté. » Étienne BALIBAR, *Citoyen Sujet et autres essais d'anthropologie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 402.

⁴⁶ C'est ce que notent Hugo Adam Bedau et Erin Kelly dans l'introduction de leur article encyclopédique sur la peine : Hugo A. BEDAU et Erin KELLY, s. v. « Punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, printemps 2010, [En ligne] URL : <https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/punishment/>, consulté le 7 août 2014. Cet article est une version révisée de : Hugo A. BEDAU, « Justice and Punishment: Philosophical Basics », in Brian FORST (dir.), *The Socio-Economics of Crime and Justice*, Armonk, New York, M.E. Sharpe, 1993.

⁴⁷ C'est ce que rappelle également l'étude sociologique d'Elliott P. CURRIE, *Confronting Crime: An American Challenge*, New York, Pantheon, 1985.

dans des peines cruelles et inhumaines, il faut maintenir que les premières sont reliées à (et que les seconds sont déconnectés de) tout ce qui constitue et justifie la décision de punir⁴⁸.

L'entreprise de justification, ou de critique des justifications traditionnellement apportées, peut donc apparaître superflue, étrange ou purement idéologique. Quand bien même ces théories soutiendraient que la peine est cohérente avec des principes moraux souhaitables comme la liberté individuelle ou l'égalité, elles n'écarteraient en rien le soupçon que, sous le masque des raisons idéales, la peine perpétue une domination arbitraire ou obéit à un désir de vengeance archaïque. L'impossibilité même d'identifier un ordre social dépourvu de sanctions répressives mine les approches normatives de la peine, en faisant passer l'impératif de justification pour une obsession indifférente à la permanence historique des peines afflictives⁴⁹. La majorité des ordres sociaux impliquent en effet des instruments de coercition qui usent de la violence physique ou morale, ce qui légitime par le fait l'infliction de souffrances au condamné.

Bedau et Kelly soulignent ainsi les limites des définitions stipulatives sur lesquelles reposent les théories normatives de la peine. Mais ils critiquent également l'attitude symétriquement inverse, qui consiste à défendre l'abolition de l'institution pénale après en avoir décrit les défaillances. On pourrait croire en effet que, face au caractère immaîtrisable de la souffrance infligée sur les condamnés et leur entourage, il faut abolir l'institution pénale et la remplacer par un système de réparations et de procédures de médiation entre victimes et agresseurs⁵⁰. Il y a en effet un grand danger à disposer de peines afflictives alors que la justice pénale des sociétés libérales est une institution complexe, segmentée et humaine. Mais, plus encore, certains effets pernicioeux, pourtant prévus et inhérents à l'application des peines, condamnent *a posteriori* l'institution, comme, par exemple, lorsque les décisions du juge d'application des peines et les sanctions de l'administration pénitentiaire se contredisent au détriment du détenu. La critique abolitionniste en conclut alors que les justifications de la souffrance pénale sont des idéologies dont la fonction consiste à faire de nécessité vertu. Selon elle, malgré la forme impersonnelle et l'utilité souhaitée de l'institution pénale, la peine ne fait qu'obéir au désir vindicatif de l'individu qui cherche à diminuer celles et ceux qui l'ont

⁴⁸ Je renvoie à nouveau à Hugo A. BEDAU et Erin KELLY, s. v. « Punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, op. cit.

⁴⁹ Voir : Cyril MCDONNELL, « Why Punish the Guilty? Towards a Philosophical Analysis of the Justification of Punishment », *Maynooth Philosophical Papers*, n° 5, 2008.

⁵⁰ C'est que l'on trouve imaginé dans le roman dystopique de Burrhus F. SKINNER, *Walden Two*, New York, Macmillan, 1948. Voir également : Hugo A. BEDAU, « Punitive Violence and Its Alternatives », in James B. BRADY et Newton GARVER (dir.), *Justice, Law, and Violence*, Philadelphia, Temple University Press, 1991, p. 193-209. On peut se référer enfin aux propositions d'Angela Y. DAVIS, *Are Prisons Obsolete?*, New York, Seven Stories Press, 2003.

offensé. C'est notamment le soupçon que formule Nietzsche à l'égard de la fonction préventive du châtement⁵¹.

Or, pour Hugo A. Bedau et Erin Kelly, cette critique présente le défaut de ne pas suffisamment distinguer les différents plans de l'institution pénale : on peut en effet craindre, d'un point de vue particulier, que certaines pratiques pénales exercent une domination arbitraire et découlent d'émotions rétributives. Mais il y a un pas avant de pouvoir affirmer que l'institution pénale en général, étant données par exemple les garanties accordées à l'accusé⁵² par la procédure, n'est que l'organisation publique de la vengeance :

La peine [...] témoigne de la faiblesse humaine, non des conditions nécessaires pour mettre en œuvre la coopération sociale humaine. Elle ne présente également tout au plus qu'une affinité historique ou biologique avec les actes de représailles et autres types d'agressions que l'on peut trouver chez les animaux non-humains, ou encore – quoi qu'en disent à l'inverse certains penseurs, de l'évêque Joseph Butler (1723) à Sir Peter Strawson (1962) – avec le ressentiment naturel que peut susciter typiquement une agression gratuite⁵³.

Les deux philosophes américains critiquent ainsi la manière dont Joseph Butler⁵⁴ et plus récemment Peter Strawson⁵⁵ mettent en continuité des affects et des actes individuels, comme le ressentiment et les réactions de défense, avec les procédures pénales. Les deux auteurs cités prétendent qu'il n'y a qu'une différence de degré entre ces affects ou ces actes et ces procédures, ce qui implique deux thèses : concernant la source du droit pénal, la loi est le décalque de la sensibilité humaine, elle s'enracine dans les émotions des individus et définit comme infraction ce que ces derniers éprouvent comme une agression ; concernant l'application de la peine, les conditions d'imputation ne sont que la formalisation du sentiment naturel de la rétribution⁵⁶.

⁵¹ « [...] en traitant, après l'institution de la loi, les transgressions et les actes arbitraires d'individus ou de groupes entiers comme des outrages à la loi, des rébellions contre l'autorité suprême, celle-ci détourne le sentiment de ses sujets du dommage immédiat causé par un tel outrage et atteint ainsi à la longue l'inverse de ce que veut toute vengeance, qui n'a en vue que la victime et ne fait valoir que le point de vue de celle-ci – : dès lors, le regard est exercé à une évaluation de plus en plus *impersonnelle* de l'acte, y compris le regard de la victime elle-même (quoique en dernier, comme on l'a remarqué plus haut). » Friedrich NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, dans *Œuvres*, trad. de l'alle. par P. Wotling, Paris, Flammarion, « Mille et une pages », 2000, p. 895-896.

⁵² J'utilise le terme de façon triviale, pour désigner autant le *prévenu*, c'est-à-dire la personne poursuivie pour une contravention ou un délit, que l'*accusé*, la personne poursuivie pour un crime.

⁵³ Hugo Adam BEDAU et Erin KELLY, s. v. « Punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, *op. cit.*

⁵⁴ Joseph BUTLER, « Sermon Upon Resentment » [1723] dans *Works*, t. II, Oxford, Oxford University Press, 1850, p. 87-98.

⁵⁵ Voir à ce sujet : Peter F. STRAWSON, « Freedom and Resentment », *Freedom and Resentment and Other Essays*, London, Methuen, 1974 [1962], p. 1-25.

⁵⁶ On pourrait néanmoins objecter que Strawson insiste au contraire sur l'écart qui sépare justement le ressentiment vindicatif et l'indignation mise en scène au cours d'un procès pénal. C'est ce que rappelle Magali Bessone : « Si nous éprouvons du ressentiment à l'égard d'une personne spécifique, particulière, qui nous a blessé, dit Strawson, ça n'est pas seulement parce que notre relation particulière a été perturbée, mais parce qu'une attente normative a été déçue, et cette attente est valable pour toute personne considérée comme un agent

Si l'on résume la position commune à ces deux auteurs, l'institution pénale vise à limiter les réactions affectives et les actes de défense que tout être produit spontanément contre ce qui peut le détruire. De telles émotions, comme l'animosité ou l'amertume éprouvées après une attaque imprévisible ou imméritée, se retrouvent en effet dans toutes les formes de la vie sociale, y compris chez certains animaux. Or, l'humain se distingue par certaines qualités morales naturelles, comme la pitié ou le sens de la rétribution. C'est pourquoi l'histoire du droit pénal, notamment depuis la fin de l'Ancien Régime, peut être interprétée comme une tentative pour accorder toujours plus finement les réactions de défense spontanées au sentiment naturel de la rétribution.

Hugo A. Bedau et Erin Kelly formulent deux objections à l'encontre de cette théorie évolutionniste de la peine. Il y a tout d'abord une différence de nature et non pas de degré entre les châtiments visés par les réactions de défense ou le désir de vengeance d'un côté et la peine de l'autre : la pluralité des sources qui font le contenu du droit et des procédures qui l'encadrent interdit en effet de les mettre en continuité. La peine est une institution artificielle adossée à différentes sources normatives, et sa mise en œuvre suppose une chaîne complexe d'agents. Imaginer qu'elle dépend d'émotions rétributives ou qu'elle est le produit culturel de l'évolution sociale ou biologique apparaît donc réducteur. Elle constitue un artifice dont la complexité garantit l'autonomie à l'égard des émotions des individus.

Ensuite, en décrivant l'évolution globale des systèmes pénaux, cette théorie évolutionniste s'appuie sur une philosophie de l'histoire qu'elle ne justifie pas. Elle présuppose que le moteur du changement est l'État, sujet imperturbable de la rationalisation de la contrainte. Or, au plan des faits, ce récit linéaire de l'avènement de la justice pénale pose plusieurs problèmes. Comme le montrent les historiens Jean-Marie Carbasse et Benoît Garnot, cette représentation découle de « l'application à l'histoire du droit pénal d'une idéologie évolutionniste de type "téléostatique"⁵⁷ » qui présuppose que

responsable. Cette norme morale n'est pas seulement valable *in foro interno* : son autorité découle précisément de l'exigence de démonstration qu'elle revêt. L'idée que la violation d'une relation entraîne une attente morale repose sur l'idée que cette violation est celle de normes et qu'elle peut se dire, se mettre en mots, se justifier, s'accuser ou se récuser. [...] Le procès offre la scène sur laquelle le ressentiment peut s'exprimer légitimement. Son expression même transforme le ressentiment – colère rentrée qui a du mal à se dire – en indignation. » Magali BESSONE, « Ressentiment et sentiment d'injustice : quels enjeux pour la justice pénale ? », in Antoine GRANDJEAN et Florent GUENARD (dir.), *Le Ressentiment, passion sociale*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012, p. 197-198.

⁵⁷ Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 16.

l'État aurait monopolisé à son profit la violence, assuré la paix à l'intérieur, élargi son domaine d'intervention, faisant reculer sans cesse les limites entre le privé et le public, et mettant en place à son profit des mécanismes d'obéissance⁵⁸.

Les théories qui affirment que les émotions rétributives sont à la source de la peine affrontent donc plusieurs difficultés. Elles conçoivent l'histoire du droit pénal d'une façon univoque, et tendent à légitimer par le fait la dimension afflictive de la peine : pour interdire les formes de justice privées, capter la violence spontanée des individus entre ses mains et pacifier la société civile, l'État a dû se doter de peines intimidantes. Au contraire, Hugo A. Bedau et Erin Kelly mettent l'accent sur le caractère intentionnel et contingent de la peine : d'abord, l'institution pénale est définie par des règles positives et mise en œuvre selon une procédure publique ; ensuite, si elle implique un certain degré d'organisation sociale, la réciprocité n'est pas vraie – la peine n'est pas une condition nécessaire à la vie collective, et même s'il n'existe pas de communauté sociale dépourvue de sanctions répressives, on peut tout à fait imaginer une société sans peine⁵⁹.

On pourrait conclure que la peine n'entretient aucun lien nécessaire avec l'infliction de souffrances, et qu'elle n'est pas non plus le fruit d'un savant mélange de désirs vindicatifs et de sentiments rétributifs. Néanmoins, les objections formulées par Hugo A. Bedau et Erin Kelly s'appuient à nouveau sur une définition stipulative de la peine. Elles présupposent la nature intentionnelle de la peine, qui serait une contrainte définie à l'aune de ses effets visés ; et elles font appel à un contrefactuel pour montrer que la société n'implique pas nécessairement l'institution pénale et pour affirmer que le lien entre peine et souffrance est contingent. Or, en décidant du caractère intentionnel et contingent de la peine, cette définition reste aveugle aux pratiques répressives réelles, à leur variété matérielle mais aussi à leur plasticité formelle. Les analyses d'Hugo A. Bedau et Erin Kelly peuvent ainsi manquer le lien que la peine entretient avec la rétribution, autant comme sentiment naturel que comme devoir moral.

⁵⁸ Benoît GARNOT, *Histoire de la justice, France, XVI-XXI^e siècle*, Paris, Gallimard, « Folio histoire », 2009, p. 14. Le jugement de B. Garnot est clair : d'un point de vue historique, « cette approche, si elle comporte des parts de vérité, est exagérément simplificatrice ; elle est même inexacte [...] ». » *Ibid.*

⁵⁹ Mais que la peine ne soit pas nécessaire à la vie sociale ne signifie pas qu'elle ne soit justifiable que dans des conditions imparfaites, c'est-à-dire de faiblesse de la volonté humaine et d'inégalités sociales. Rien n'empêche *a priori* que la peine existe dans une société parfaite. Ainsi, Rawls préserve-t-il une place à la peine dans un contexte d'obéissance idéale : « en admettant que le bien public profite à chacun et que tous soient d'accord pour qu'il soit produit, l'utilisation de la coercition est parfaitement rationnelle du point de vue de chaque individu. » John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1997, p. 308.

Conclusion de la section 1

Je me suis intéressé dans cette première section à la dimension afflictive de la peine, tenue couramment comme l'un des traits qui la distinguent des autres sanctions juridiques. Habituellement, l'infliction de souffrances au condamné semble s'imposer devant la gravité de l'acte commis, ou bien être requise pour intimider les auteurs de torts. Dans les deux cas, la nature du crime apparaît décisive pour savoir si cette dimension est contingente ou nécessaire à la peine. J'ai alors essayé de montrer que définir la nature du crime aboutissait à délimiter le type d'acte qui justifie la peine et à présumer le rôle de la souffrance dans les pratiques pénales : la peine est afflictive parce qu'elle est taillée pour rétribuer ou prévenir le crime. Or, un tel énoncé relève moins d'une description des pratiques répressives que d'une définition stipulative, autrement dit une définition issue d'une justification de la peine.

Cette première section a ainsi permis de mettre en valeur la solidarité entre trois opérations théoriques : identifier la nature du crime, définir la peine à l'aune de sa fonction, imposer à l'analyse des pratiques répressives une définition stipulative de la peine. L'examen de la nature du crime aboutit en effet à reconnaître la variabilité matérielle des actes incriminés par le droit pénal à travers l'histoire. Le contenu des infractions est donc moins révélateur du phénomène criminel lui-même, que de la fonction assignée à la peine dans un certain contexte social et politique. Autrement dit, le crime n'est pas donné par nature, mais il est le produit de la décision d'incriminer certaines conduites parmi d'autres. Or, la fonction de la peine dépend des conséquences intentionnelles qu'elle doit viser selon le droit en vigueur ou selon la justification de la peine que l'on adopte. L'analyse du crime aboutit donc à retenir une définition stipulative de la peine et de la souffrance qu'elle inflige. Cette définition est relative au rôle que doivent jouer les peines afflictives pour que l'institution pénale soit légitime, et non pas aux pratiques répressives existantes. Il apparaît donc délicat de distinguer définitions et justifications de la peine si l'on en reste au plan normatif.

Le détour par les études historiques du droit pénal a alors visé à clarifier le statut de la souffrance dans les pratiques répressives. L'historiographie traditionnelle voit en effet l'intensité des peines afflictives comme un critère pour étudier l'évolution du droit : l'abolition des châtiments corporels est conçue comme le signe de la modernisation du système pénal. Les réformes pénales des deux précédents siècles ont ainsi été interprétées comme un lent mouvement d'adoucissement des peines. J'ai essayé de montrer néanmoins que ce changement était moins qualitatif que quantitatif, qu'il était dû à la dilution des

sanctions pénales parmi les sanctions réparatrices et qu'il correspondait davantage à un rétrécissement qu'à un adoucissement de la sphère pénale. Ce qui est alors apparu en creux, c'est qu'historiquement la peine n'a pas perdu sa dimension afflictive. En outre, elle ne cesse d'être assimilée, dans les études sociologiques ou historiques classiques, à une pratique rétributive.

La nature rétributive de la peine expliquerait les spécificités des énoncés du droit pénal à l'égard du droit civil. Alors que ce dernier formule explicitement les obligations pesant sur les individus, le premier se restreint à codifier l'échelle des peines : l'individu puni est diminué à hauteur de la faute dont il a été reconnu coupable ; l'infraction se présente d'abord et avant tout comme l'ensemble des actes qu'une communauté qualifie d'offense ou de mal⁶⁰. Le droit pénal de fond serait donc le décalque de la sensibilité collective. Faut-il interpréter la peine comme une manière de réguler et de contenir dans les limites de la rétribution les sentiments vindicatifs de la communauté contre celles et ceux qui lui causent du tort ? La réponse à cette question me semble devoir être négative. Le rapport entre les actes de défense, les représailles ou les affects vindicatifs, doit être conçu sur le modèle de l'analogie, et non pas de l'identité. Les procédures et les conditions d'imputation du droit distinguent la peine d'un pur acte de vengeance.

La limite de cet argument est néanmoins qu'il associe la peine à un acte intentionnel alors que la vengeance serait passionnelle. Cette distinction fait référence aux intentions de celles et ceux qui punissent et s'appuie donc à nouveau sur une définition stipulative de la peine. Or, dans les faits, on ne peut pas présumer que les pratiques pénales obéissent toujours à des choix délibérés de la part de celles et ceux qui les réalisent. Il convient donc d'approfondir la nature de la peine au plan descriptif : sa dimension afflictive est-elle indépassable en raison de sa nature irréductiblement rétributive ? C'est le problème que je voudrais aborder maintenant.

⁶⁰ On touche ici au socle irréductiblement objectif du droit pénal, comme le décrit la juriste Pierrette Poncela : « En devenant subjective, la responsabilité n'a pas changé de nature. Elle a seulement pris des caractères secondaires nouveaux qui sont ceux de la civilisation moderne toute entière. Dans notre droit pénal, le caractère objectiviste de la pénalité reste très accusé, et il ne saurait en être autrement : toute infraction pénale comporte un élément matériel objectivement défini, nécessaire à l'incrimination comme à l'imputation [...]. » Pierrette PONCELA, « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet. Une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 22, 1977, p. 136.

Section 2. Une souffrance subjective ?

Que la peine implique l'infliction d'une souffrance dont l'intensité varie historiquement paraît être un constat trivial. Mais que cette dimension afflictive lui soit consubstantielle demeure troublant tant les réformes pénales affichent un constant souci d'humanisation, en privilégiant des mesures de composition pénale ou des réponses alternatives. Le droit pénal moderne se trouve ainsi traversé par une tension entre la dimension afflictive de ses sanctions et les impératifs apparents de civilisation et de parcimonie auxquels il est soumis.

Cette tension laisse penser que la peine conserve un caractère afflictif parce qu'elle demeure fondamentalement une pratique rétributive. Malgré la variété historique des pratiques pénales et le recul des châtiments corporels, les techniques répressives se présentent comme des réactions à des actes indésirables. Il semble donc difficile de ne pas décrire la peine comme une contrepartie aux torts et aux offenses auxquels elle est assortie à titre de sanction et, de manière au moins minimale, comme une forme de rétribution. Tout porte à croire que, dans sa forme générale et de façon invariable, le droit pénal est une institution rétributive, parce que les normes de sanction qui le composent lient certaines conséquences fâcheuses à des actes déterminés *a priori*.

La peine est-elle forcément une rétribution d'une certaine espèce ? J'essaierai de montrer que la réponse à cette question est affirmative. Pour examiner ce caractère rétributif, et savoir si la rétribution constitue le noyau dur de la peine, je voudrais, dans une PREMIERE SOUS-SECTION, reconstruire la théorie générale de la peine qui émerge des travaux du juriste et philosophe du droit Hans Kelsen. Dans la *Théorie pure du droit*, il décrit en effet les différents systèmes normatifs, et par inclusion le droit pénal, comme des variations sur le thème commun de la rétribution :

La loi sociale fondamentale est la norme selon laquelle le bien doit être récompensé et le mal puni. C'est le principe de rétribution, qui domine entièrement la conscience primitive. La norme juridique est le prototype de ce principe. L'homme primitif interprète la nature en vertu du principe de rétribution. Son interprétation revêt un caractère juridique et normatif. C'est dans la norme de rétribution que la loi de causalité trouve son origine et qu'elle se développe, par un glissement de sens progressif⁶¹.

⁶¹ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État* [1945], trad. de l'angl. par B. Laroche, trad. de l'alle. par V. Faure, Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1997, p. 97.

Comme j'essaierai de le préciser alors dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, décrire cet irréductible rétributivisme permet d'affirmer que la dimension afflictive de la peine ne découle pas des effets intentionnels de la peine, c'est-à-dire aux objectifs que l'on poursuit en punissant. C'est en raison de ses modalités d'application que la peine impose au condamné un traitement qui a vocation à être pénible, quels que soient ses bénéfices réels ou recherchés. L'un des mérites d'une description générale de la sanction est en effet de faire émerger les traits de la peine comme pratique encadrée par des normes juridiques, et de souligner les limites des réformes qui exploitent sa supposée plasticité.

La description me conduira à soutenir que la peine n'est pas un instrument malléable à merci, selon des objectifs divers, et que les politiques criminelles qui prônent une « pénalité immatérielle⁶² » dépourvue de toute pénibilité pour les condamnés apparaissent comme inconséquentes ou de mauvaise foi. En effet, si la peine est inévitablement rétributive, alors l'infliction de souffrances se présente comme un trait de sa définition et donc comme un effet toujours prévu des pratiques pénales. Néanmoins, si une description générale des énoncés juridiques permet de constater que la peine possède une allure rétributive, cela n'implique pas que les infracteurs sont toujours punis parce qu'ils le méritent. Je conclurai donc sur l'idée que la rétribution peut être une condition nécessaire des pratiques pénales, sans être suffisante au plan normatif.

2.1. Les conditions juridiques de la sanction

L'impureté de la souffrance

Faut-il considérer que la peine est une rétribution d'une certaine espèce, contrairement aux approches conséquentialistes qui prétendent que l'infliction de souffrances est contingente et relative aux fonctions de la peine ? Si l'on se range en effet à l'argument de Bentham, cette dimension n'est pas un trait de la définition de la peine, mais de sa justification. Elle s'impose si l'on admet sa fonction préventive et si la peine est conçue comme un instrument de dissuasion. L'infliction de souffrances est alors moralement acceptable parce qu'elle apparaît comme une condition pour assurer l'utilité sociale de la

⁶² Je renvoie à l'ouvrage de Michel VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2005.

peine. D'un tel point de vue utilitariste, la souffrance n'est donc pas constitutive de la peine, mais permet seulement d'en satisfaire la fin faute de mieux. C'est pourquoi un conséquentialiste met en doute la fonction supposément expiatoire ou rédemptrice des peines afflictives : cette fonction fait de la souffrance une valeur absolue, qui possède en soi un effet vertueux. Mais il s'agit, pour lui, d'une présomption, qui risque d'autoriser la délivrance de souffrances inutiles.

Le conséquentialisme pénal, tout entier consacré à la justification de la peine, ne donne cependant aucune certitude sur la place et le statut qu'occupe la souffrance dans les pratiques répressives actuelles. La théorie utilitariste stipule que la peine ne doit faire souffrir le coupable présumé qu'à condition de pouvoir prévenir certains actes : ceux dont les conséquences sont encore plus nuisibles que le mal déjà commis. Mais une justification, utilitariste ou plus largement conséquentialiste, ne permet pas de décider si, d'un point de vue descriptif et non pas normatif, l'infliction de souffrances est indissociable de la peine, ni si elle est le signe d'une forme de rétribution logée au cœur de la sanction pénale.

Il convient donc de savoir si, étant donné les pratiques répressives, il n'est pas absurde ou purement idéal de faire de l'infliction de souffrances un instrument d'intimidation contingent. Le fait que la peine inflige une souffrance donne en effet à l'institution pénale une allure rétributive. Mais ce fait peut tout autant être un révélateur, manifestant l'essence rétributive de la peine, qu'une raison, certes convaincante mais purement contingente, d'identifier la peine à une forme de rétribution. La rétribution constitue-t-elle donc le noyau dur de la répression pénale comme le soutient Pierrette Poncela ?

[...] la rétribution est l'objet d'une telle éclipse depuis environ deux siècles dans la philosophie pénale dominante, laquelle s'est organisée autour d'une conception utilitaire de la peine. Les notions de rétribution et de peine étant indissociables, c'est la peine elle-même qui, dans le discours pénal, a été éclipsée. Disparition apparente, car qui pourrait sérieusement soutenir que la peine – c'est-à-dire un au-delà de la réparation dans le mal, la souffrance infligée à l'infacteur – a disparu en fait ? Disparition apparente aussi, car comment concevoir une peine qui ne soit pas rétributive de quelque façon⁶³ ?

Pour comprendre cette thèse, il convient de distinguer le sens classique, normatif, de la rétribution, du sens descriptif employé ici : dans le premier cas, la rétribution désigne un principe moral qui pose comme obligatoire la punition du criminel, qui est diminué parce qu'il le mérite ; dans le second cas, elle fait signe vers un principe juridique, qui impose que l'institution pénale ne soit mise en œuvre qu'en réaction à la commission d'actes définis par la loi. En ce sens descriptif, même la punition d'un innocent est une technique rétributive. Le

⁶³ Pierrette PONCELA, « Éclipses et réapparitions de la rétribution en droit pénal », in Francis BLONDIEAU *et al.*, *Rétribution et justice pénale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, p. 11-12.

problème est alors de savoir si cette distinction possède un intérêt autre que spéculatif, et si l'on peut tenir un discours sur le système pénal qui soit pur de tout parti-pris envers une manière ou une autre de justifier la peine. En effet, il n'est pas sûr que l'on accède aisément à une définition axiologiquement neutre de la peine.

C'est précisément contre l'immixtion de motifs moraux ou politiques dans la description des normes juridiques que Hans Kelsen tente de poser les conditions d'une théorie pure du droit. En appliquant ses œuvres majeures, la *Théorie pure du droit*, la *théorie générale du droit et de l'État* et la *Théorie générale des normes*⁶⁴, au problème local de la peine, on peut essayer d'élucider le type de normes sur lequel repose le droit pénal. Or, la peine se situe à un point névralgique dans la reconstruction que Kelsen fait du système juridique : elle constitue une sanction – technique qui permet de distinguer l'effet de contrainte du droit d'autres systèmes normatifs comme la religion ou la morale – mais une sanction d'une espèce particulière.

Le droit est un ordre normatif : il est constitué d'un ensemble d'énoncés qui ont pour signification de poser un devoir à l'égard des conduites existantes. Mais, il le fait d'une certaine manière : la majorité de ses normes sont générales et abstraites, et elles sont assorties de sanctions qui, à la différence de celles qui sont infligées pour des motifs strictement moraux ou religieux, sont immanentes et organisées. Tous les ordres normatifs impliquent en effet des sanctions. Or, contrairement à la religion dont les sanctions sont transcendantes et relèvent de l'autorité divine, les sanctions juridiques sont socialement immanentes ; de même, au contraire des sanctions diffuses de la morale, comme l'estime ou le blâme, les sanctions du droit sont « socialement organisées⁶⁵ ».

Le juriste distingue trois grands types d'ordres sociaux : certains n'attachent aucune conséquence particulière à l'obéissance ou à la désobéissance ; d'autres prescrivent des conduites en leur attachant des sanctions morales ou religieuses, c'est-à-dire des avantages ou des désavantages, des récompenses ou des pénalités, plus ou moins certains ; d'autres encore ordonnent expressément certaines conduites en attachant aux conduites contraires des punitions. C'est dans cette dernière catégorie que se rangent les sociétés dont le mode de

⁶⁴ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit* [1934], trad. de l'allemand par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, en particulier les sections 1-6, 27-28. Du même auteur : *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, en particulier les chap. I à V ; *Théorie générale des normes* [1979], trad. de l'allemand par O. Beaud et F. Malkani, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, en particulier la section 35.

⁶⁵ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 46.

régulation est juridique⁶⁶ : l'ordre juridique « se caractérise par le fait qu'il ordonne une certaine conduite en attachant à la conduite contraire un désavantage⁶⁷ ».

Le droit se démarque des autres ordres normatifs en ce qu'il assortit certains actes de sanctions pénibles. Kelsen use ici de la peine au sens large de pénalité, c'est-à-dire d'un « mal qui doit être infligé en conséquence d'une certaine conduite – et qui consiste dans le retrait de certains biens, la vie, la santé, la liberté, l'honneur, des valeurs économiques⁶⁸ ». Il identifie donc la spécificité du droit au fait de prévoir l'infliction délibérée d'un mal à celles et ceux qui se sont rendus coupables d'une infraction. Si l'on suit cette typologie générale, tout système juridique inclut de telles sanctions. Néanmoins, une description aussi générale ne rend pas compte de la distinction, pourtant présente dans la majorité des systèmes positifs, entre les diverses sortes de sanction, notamment civile, pénale et administrative. La théorie de Kelsen pose seulement que la peine est une technique de contrôle social et qu'elle est une condition nécessaire au droit.

La peine est-elle une sanction comme une autre ?

Pour évaluer les mérites et les limites d'une description générale de la peine, il convient de savoir de quelle manière une telle théorie tient compte ou non des différences au plan positif entre sanction civile et sanction pénale. Une même conduite peut en effet constituer à la fois une infraction pénale ou un délit civil. Or, il s'agit de deux qualifications irréductibles l'une à l'autre et qui impliquent des procédures idoines. Un litige civil est une affaire privée : en droit français, c'est à la victime de faire reconnaître le délit, de déclarer le tort et d'établir les motifs de sa plainte. Seule la victime ou ses représentants peuvent porter l'affaire devant une juridiction civile afin d'obtenir réparation. L'action demeure donc à l'initiative du plaignant, elle peut aboutir à des réparations en compensation du tort commis, dont le juge doit déterminer les responsabilités et le montant : la réparation n'est pas proportionnelle à la culpabilité de la partie adverse. Les juridictions civiles visent à trancher les litiges, à fixer les demandes de réparation et elles ne sont pas habilitées à prononcer des peines.

La poursuite et la répression d'une infraction pénale constituent au contraire une obligation pour le ministère public. Elle peut aboutir à une condamnation, à un non-lieu ou à

⁶⁶ Sur ce point précis : Emmanuel PICAVET, *Kelsen et Hart, La norme et la conduite*, Paris, Presses Universitaires de France, « Philosophies », 2000, p. 43-44.

⁶⁷ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 33.

⁶⁸ *Ibid.*

un abandon. En matière pénale, les forces de police et le parquet n'agissent pas au nom de la victime, mais de l'intérêt général. C'est au ministère public et non à la victime de décider de des poursuites à engager et de définir les charges retenues contre le prévenu. L'application d'une peine constitue une action publique : le jugement pénal est rendu au nom du peuple. Ainsi, bien qu'en matière civile le retrait d'une plainte ou l'abandon d'une poursuite soit possible à tout moment, en matière pénale c'est au procureur de la République d'apprécier la suite à donner à l'affaire selon le principe de l'opportunité des poursuites. Il peut ainsi décider d'aller contre la demande des victimes d'abandonner les charges, comme ce peut être le cas par exemple dans les situations de violences conjugales ou domestiques.

Enfin, en matière pénale, le *quantum* de la sanction n'est pas simplement déterminé à hauteur des dégâts matériels ou du préjudice moral, comme c'est le cas en matière civile selon le principe de réparation intégrale qui exclut en droit français les dommages-intérêts punitifs. La sévérité de la peine dépend aussi de l'élément moral de l'infraction, c'est-à-dire de l'intention de l'individu d'agir de façon mauvaise. La liste des différences, de fond ou de procédure, pourrait encore s'allonger, mais l'on peut déjà remarquer qu'à la différence de la réparation, la peine suppose un traitement pénible délibérément infligé au condamné. Elle peut alors, de façon beaucoup plus nette qu'une sanction civile, se faire le véhicule d'un sentiment de réprobation collective et servir à réaffirmer un modèle de comportement.

Contre cette dichotomie, on peut cependant objecter que la pénibilité de la peine n'est qu'une question de perception individuelle : par exemple, en raison de son faible coût ou d'une dépréciation monétaire, les amendes peuvent être si faibles que les délinquants les paient comme de simples taxes ; à l'inverse, le paiement de dommages-intérêts élevés peut être imposé pour jeter l'opprobre sur un individu et décourager les autres de suivre son exemple. L'infliction d'un traitement pénible, l'expression de la réprobation ou encore l'affirmation d'un modèle de comportement sont trois effets qui peuvent être visés à l'aide d'une peine comme d'une sanction civile.

Les descriptions de Kelsen concluent précisément à une telle indétermination en affirmant que les différences du droit positif ne sont pas décisives. Dans la *Théorie générale du droit et de l'État*, le juriste explique ainsi que, du point de vue de la technique juridique employée, le droit civil ne diffère en rien du droit pénal : ces deux branches juridiques ont pour trait commun d'attacher un acte de contrainte à une conduite définie d'avance. Leurs différences sont superficielles : la réparation civile et l'amende constituent toutes deux une dépossession économique et le but qui leur est assigné n'est pas gravé dans la sanction elle-même. Ainsi, que le juge vise à réprimer le délit et à dissuader les délinquants potentiels en

soumettant l'individu à une peine, ou bien à réparer le tort commis en le condamnant au paiement de dommages-intérêts, cette différence peut finir par s'estomper en pratique.

Chacune des sanctions du droit pénal ou civil peut donc jouer, indistinctement, un rôle de répression ou de réparation : « les sanctions civiles visent elles aussi à la prévention au moyen de la dissuasion, même si ce n'est pas leur but principal⁶⁹. » De même, si Kelsen reconnaît que la procédure civile est engagée par un individu ou un groupe privés, alors que la procédure pénale l'est *ex officio*, par l'action du ministère public, il finit par juger que « cette différence de procédure [...] ne revêt qu'une importance mineure. Ainsi en dépit des différences entre sanction pénale et sanction civile, dans les deux cas la technique sociale est fondamentalement identique⁷⁰. »

On pourrait aboutir à la même conclusion en comparant les différentes formes de privation de liberté : l'emprisonnement et la rétention administrative relèvent d'actes juridiques distincts, respectivement une condamnation pénale et une décision administrative, mais ils peuvent assurer des fonctions similaires. Dans la *Théorie pure du droit*, le juriste insiste ainsi sur la distinction entre deux types de sanction, les peines et les exécutions forcées. Les peines impliquent une privation (de la vie, d'une partie de son corps, de la liberté, des biens ou des droits), tandis que les exécutions forcées visent à rétablir un état conforme au droit, par réparation ou exercice d'un contrôle, sans forcément diminuer le fautif lui-même. On retrouve ici l'écart que réserve le droit positif entre les sanctions pénales d'un côté, et civiles ou administratives de l'autre. Mais Kelsen nuance cette différence, en soulignant le caractère contingent des buts assignés à chaque sanction, qui confond au sein d'une même technique coercition, rétribution, prévention ou contrôle :

[...] il est d'ailleurs presque impossible de définir la notion de peine au moyen de son but ; le but de la peine ne ressort pas, du moins pas de façon immédiate, du contenu de l'ordre juridique. Dire que ce but consiste à empêcher par intimidation l'accomplissement de l'action ou de l'abstention assortie d'une peine est une interprétation qui est également possible à l'égard des systèmes de droit pénal qui n'ont pas été inspirés consciemment par l'idée de prévention, mais simplement par le principe du mal pour le mal. La peine de mort ou les peines privatives de liberté restent les mêmes, que l'on vise en les établissant la prévention ou quelque autre fin. D'ailleurs, il n'existe pas à cet égard de différence essentielle entre la peine et l'exécution forcée ; celle-ci est ressentie par celui qu'elle touche comme un mal, et peut donc avoir un effet préventif, de sorte que le but de la réparation peut ici se combiner avec le but de prévention⁷¹.

Du point de vue de la description de ses fonctions, et si l'on ne tient pas compte des garanties de procédure qui entourent la responsabilité pénale, la peine se confond donc avec

⁶⁹ Hans KELSSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 101.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, p. 151.

d'autres types de sanction ou d'actes de contrainte. Dès lors, cette théorie générale de la sanction, applicable aux droits pénal, civil ou administratif, permet-elle encore de décrire la peine sous ses traits distinctifs ?

Une peine sans pathos ?

Kelsen délimite la sanction juridique selon trois aspects : elle exerce une contrainte, elle est socialement immanente et elle réagit à des actes définis d'avance, c'est-à-dire qu'elle est rétributive. C'est ce que rappellent, pour le juriste, les formes coutumières qui hantent toujours l'institution pénale, telles que la *vendetta* ou les promesses de récompense céleste formulées dans la Bible⁷². Si les normes juridiques prévoient, comme les commandements religieux ou les préceptes moraux, des sanctions contre celles et ceux qui ne les respectent pas, elles le font donc de manière coercitive, c'est-à-dire par l'usage de la force :

En tant que les maux qui jouent le rôle de sanctions – les peines, au sens le plus large du mot – doivent être appliqués contre le gré de ceux qu'elles vont atteindre, et en tant qu'en cas de résistance, elles doivent être infligées en employant la force physique, la sanction a le caractère d'un acte de contrainte⁷³.

La contrainte, définie comme une pression externe exercée contre la volonté de l'individu, constitue ainsi un élément constitutif de la sanction juridique⁷⁴. Le juriste ne définit pas seulement la sanction juridique par genre et différence spécifique, il pose aussi qu'elle est un acte coercitif qui réagit « à certaines circonstances considérées comme indésirables parce que socialement nuisibles, en particulier à des faits de comportement humain de cette nature⁷⁵. » Autrement dit, la sanction juridique, qui est coercitive, régulière et rétributive, s'apparente à une peine. Dotée d'une telle extension, la peine semble se superposer au droit lui-même. Elle apparaît même dans certains passages comme la condition d'effectivité du droit :

[...] des deux sanctions correspondant à l'idée de rétribution : la récompense et la peine, la seconde joue dans la réalité sociale un rôle beaucoup plus considérable que la première. Cela se

⁷² Kelsen prend l'exemple du Sermon sur la Montagne de Jésus : « Heureux ceux qui sont persécutés pour la justice, car le royaume des cieux leur appartient ! Heureux serez-vous lorsqu'on vous insultera, qu'on vous persécutera et qu'on dira faussement de vous toute sorte de mal à cause de moi. Réjouissez-vous et soyez dans l'allégresse, parce que votre récompense sera grande au ciel. » Matthieu, 5 : 11-12.

⁷³ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 34.

⁷⁴ « [...] la notion de sanction peut être étendue à tous les actes de contrainte qui sont prévus par l'ordre juridique [...]. Tel est bien effectivement le caractère commun à tous les actes de contrainte statué par l'ordre juridique. » *Ibid.*, p. 57.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 46.

révèle en premier lieu dans ce fait que l'ordre social de beaucoup le plus important, le droit, sert essentiellement de la peine⁷⁶.

En faisant de la contrainte le caractère distinctif de la sanction juridique, on pourrait alors imaginer que, par glissement, le centre de gravité de tout système juridique réside, pour Kelsen, dans le droit pénal. Or, il n'en est rien. Ce qui intéresse le juriste, ce n'est pas la contrainte dans sa réalité sensible, exercée sur les corps, et qui peut en effet s'incarner dans la peine, mais sa valeur normative, c'est-à-dire le fait que la norme juridique formule que telle conséquence doit avoir lieu si tel acte a lieu. La science du droit n'a pas pour prétention d'expliquer les effets réels du droit pénal sur les comportements et les représentations des individus. Elle vise à fournir une connaissance des conditions de validité du droit.

Appliquée à la matière pénale, cette théorie prétend fournir une description des normes qui donnent à des actes de contrainte la valeur d'une peine et qui permettent de montrer objectivement en quoi une amende n'est pas un racket, sans pour autant légitimer moralement ce fait. Kelsen s'arrête donc aux énoncés juridiques qui définissent et encadrent les pratiques pénales et s'en tient à interpréter leur signification normative : parallèlement à sa réalité sensible, et dès lors qu'elle est déduite de normes juridiques supérieures, la peine a en effet valeur d'obligation. Pour éviter l'écueil consistant à définir le droit d'après les habitudes d'obéissance que l'on peut observer, le juriste autrichien se concentre donc sur l'étude de son matériel normatif.

Or, pour le saisir objectivement, il faut se limiter aux normes qui sont adressées à un organe d'application et dont l'exécution est obligatoire. La définition et la prévision de la sanction joue un rôle décisif pour isoler la norme juridique. Autrement dit, ce qui doit avoir lieu en droit, c'est, objectivement, une contrainte. Mais cette obligation de sanction, comme l'acte de contrainte qu'elle désigne sont ici décrits d'un point de vue normatif et non pas psychologique ou sociologique. Kelsen n'explique pas la force du droit pénal en faisant référence à la crainte ou à la peur que les peines suscitent chez les individus, ni à leurs comportements réguliers. Une théorie psychologique du droit devrait par exemple prouver que c'est l'ordre juridique qui motive les comportements sociaux, ce qui n'est pas possible étant donné la diversité des raisons de l'action individuelle : « [...] aucune analyse du contenu des commandements ne saurait établir le fait psychologique de la peur⁷⁷. »

⁷⁶ *Ibid.*, p. 38.

⁷⁷ *Ibid.*, p.123. Ce passage est précédé de la redéfinition objective du rapport d'imputation : « Quant à savoir si la crainte de la sanction est réelle, si l'individu remplit son obligation mû par la crainte, cette question n'est pas pertinente du point de vue de la théorie juridique. [...] "être passible d'une sanction" n'a rien à voir avec la crainte qu'éprouve l'individu devant la sanction [...] » *Ibid.*, p. 122.

La valeur normative de la peine n'est donc pas définie à l'aune des émotions ou des affects suscités par la déclaration des interdits et l'annonce des peines qui les accompagnent. Le droit n'est pas saisi comme une pratique sociale dont le théoricien observerait les effets sur les individus. Il constitue d'abord un ensemble d'énoncés, dont la signification doit être interprétée adéquatement à sa nature, c'est-à-dire de manière normative⁷⁸. Le droit exerce une contrainte en ce que ses règles prévoient des conséquences sans tenir compte de la volonté des individus, bien que celle-ci puisse intervenir en second lieu comme un motif justifiant la requalification de l'infraction ou un non-lieu. Dès lors, si ce n'est plus du point de vue du face-à-face de l'individu et de l'institution pénale qu'il faut décrire la peine, il faut le faire à partir des normes objectives qui rendent l'individu punissable.

Cette théorie de la science juridique a été traditionnellement qualifiée de « normativisme » parce qu'elle épure la connaissance de l'observation des pratiques sociales et redéfinit la contrainte comme une norme coextensive au droit. La référence à la sanction devient ainsi prépondérante dans la description de la normativité juridique, c'est-à-dire de sa capacité à instituer ou à décrire certains comportements comme des obligations. Or, Kelsen s'affranchit pour cela de toute référence à la légitimité morale du droit ou aux sentiments qu'il inspire aux individus. Les considérations axiologiques, psychologiques ou sociologiques sont expurgées de l'étude de la validité et de l'efficacité de la sanction juridique.

C'est pourquoi la qualification de « normativisme » a parfois pris une tournure péjorative⁷⁹, étant donné que le juriste se refuse de traiter le problème des origines, des finalités et des effets des règles juridiques. Il s'en tient à une théorie des conditions nécessaires à la définition et à la transformation du droit, valable dans un contexte, comme celui des démocraties libérales, où le droit est généralement efficace, c'est-à-dire où la majorité des conduites lui sont conformes⁸⁰. Mais, en prétendant défendre un point de vue axiologiquement neutre sur les phénomènes juridiques, cette description aboutit à un concept lâche et général de sanction. Elle englobe en effet toutes les branches du droit qui font

⁷⁸ Kelsen distingue en effet l'interprétation normative, propre à la connaissance des faits comme actes de droit, et l'interprétation causale, propre à la connaissance de ces mêmes faits comme événements soumis aux lois de la nature. Voir, *ibid.*, p. 12.

⁷⁹ Le qualificatif « normativiste » vient selon Emmanuel Pasquier de Carl Schmitt, auquel Kelsen reproche d'être « décisionniste ». Voir Emmanuel PASQUIER, *De Genève à Nuremberg, Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*, Paris, Classiques Garnier, « Passages », Paris, 2012, p. 51 et suiv.

⁸⁰ Ainsi, « l'expression "efficacité du droit" signifie donc uniquement que la conduite humaine effective est conforme aux normes juridiques. [...] quoique validité et efficacité soient deux concepts différents, ils entretiennent une relation décisive. Une norme est tenue pour valide à la seule condition d'appartenir à un système de normes, à un ordre globalement efficace. L'efficacité est donc une condition de la validité : c'est une condition, non le fondement de la validité. Une norme n'est pas valide *parce qu'elle* est efficace ; elle est valide *si* l'ordre auquel elle appartient est globalement efficace. » Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 90 et suiv.

intervenir des sanctions, c'est pourquoi les descriptions de Kelsen peuvent autant valoir pour le droit pénal, que civil ou administratif.

Il semble dès lors difficile, dans ces conditions, de saisir le caractère distinctif de la peine. Une description générale tend en effet à montrer que la peine est une sanction comme une autre, sans pouvoir l'isoler parmi les différentes techniques de contrôle dont dispose le droit. La redéfinition de la peine à partir des normes de sanction que contient le droit pénal a le mérite de ne pas présumer la fonction que la peine exerce en fait, et de ne pas la confondre avec les intentions de celles et ceux qui punissent. Mais, elle paraît en même temps manquer de précision pour savoir si la peine est une pratique rétributive ou non, c'est-à-dire si elle suppose d'imposer un mal à un individu parce qu'il a lui-même commis un mal. On perd donc en compréhension ce qu'on gagne en extension.

2.2. Faut-il discriminer la peine ?

Les normes du punissable (Kelsen)

L'aporie à laquelle conduit une description générale de la peine repose sur l'ambiguïté de la notion de sanction. Chez Kelsen, notamment dans la deuxième édition de la *Théorie pure du droit*, la sanction joue un double rôle, à la fois condition distinctive du droit et, de façon réflexive, de l'épistémologie qui lui convient pour en décrire la nature normative. Or, l'argumentation de Kelsen oscille entre deux acceptions de la sanction : un sens *large*, selon lequel la sanction désigne tout type de conséquence normative attachée à un état de fait qui en est la condition ; et un sens *restreint*, qui dénote la sanction pénale, soit une contrainte juridique par infliction d'un mal.

Selon ce sens restreint, il faut supposer qu'il existe des normes, au sein du système juridique, qui imposent que la peine soit une rétribution, c'est-à-dire une contrepartie négative, imposée à un individu en raison du caractère transgressif de son acte. S'il existe de telles normes, alors elles impliquent que la peine ne peut pas être employée à la manière d'une obligation inconditionnelle, telle une taxe, ou d'une mesure de protection exceptionnelle, telle une quarantaine : ces deux pratiques n'entretiennent en effet pas de lien avec l'idée que l'individu contraint a commis une faute en premier lieu. Pour saisir la peine dans le cadre d'une théorie normativiste du droit, il faut donc la décrire comme une contrepartie négative et

à s'intéresser par conséquent aux conditions de la peine, notamment à la transgression à laquelle elle réagit, et à ses modalités qui incluent, semble-t-il, l'infliction d'un mal.

En premier lieu, la peine répond-elle donc à un acte transgressif ? Dans la *Théorie générale du droit et de l'État*, Kelsen critique la définition traditionnelle du délit et du crime comme des transgressions envers le droit et comme des maux par nature (*mala in se*).

Le concept de délit simplement défini comme une conduite non désirée socialement est un concept moral ou politique, bref, ce n'est pas un concept juridique mais méta-juridique. [...] Le mode d'existence spécifique de la norme juridique, sa validité, n'est absolument pas "mis en péril" par le délit ; pas plus que le délit n'est "contraire au droit" ou "négation du droit" ; pour le juriste, le délit est une condition fixée par le droit au même titre que la conclusion du contrat et le procès. [...] Le délit, le délit pénal en particulier, suscite une désapprobation morale et religieuse, il est considéré comme un "péché", et les termes qui désignent ordinairement le délit portent cette connotation : "mal", "illégal", "illicite", "infraction à la loi". Le concept juridique de délit doit toutefois s'affranchir de ces éléments. Ils ne sont pas pertinents pour une théorie analytique du droit positif⁸¹.

Le juriste insiste ici sur le fait que les catégories de délit ou de crime, bien qu'elles désignent des comportements réels, sont d'abord et avant tout posées par le droit. Avant d'être des actes nuisibles ou immoraux, ces catégories sont des outils juridiques qui permettent de donner forme à l'intention du législateur⁸². C'est pourquoi, pour le juriste, la norme juridique est irréductible à, et précède logiquement, la volonté politique qui s'en empare. En première instance, ces catégories de délit, de crime ou de peine doivent donc être décrites au strict plan de la norme, autrement dit du devoir-être.

Or, au plan normatif, les infractions ne peuvent pas être conçues comme des comportements *contraires* au droit. Elles apparaissent à l'inverse comme des antécédents factuels qui doivent avoir pour conséquence l'imputation d'une peine. L'infraction est donc la condition d'effectivité de la sanction pénale, elle désigne les actes qui déclenchent obligatoirement la répression légale. Délits et crimes constituent la condition du droit pénal et non pas son déni. D'un point de vue normatif, ils ne sont pas autre chose que ce qui doit entraîner la mise en œuvre de l'institution pénale. « C'est seulement par le fait que l'ordre juridique les érige en condition d'actes de contrainte prévus par lui que des comportements, actions ou abstentions, prennent le caractère d'actes illicites ou de délits.⁸³ » Le délit ou le crime ne sont donc pas des transgressions, ni des négations du droit, mais les conditions de

⁸¹ *Ibid.*, p.104-105.

⁸² « D'un point de vue juridique, [la] raison et le but du législateur ne sont pris en compte que dans la mesure où ils sont exprimés dans le contenu de la norme ». *Ibid.*, p. 105.

⁸³ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 119.

son application : en mettant à l'épreuve son effectivité, les infractions constituent l'un des moments de vérité du droit⁸⁴.

Dès lors, si le délit ou le crime est défini comme la condition et non le déni du droit, comment soutenir que la peine est une pratique rétributive, qui consiste à réagir au mal par l'infliction d'un autre mal ? Comment affirmer que la peine sanctionne des comportements transgressifs, des actes visés par des normes générales et abstraites qui imposent de s'en abstenir ? À partir du moment où les antécédents qui déclenchent les sanctions pénales ne peuvent être saisis comme des transgressions, des fautes ou des offenses, cette description manque en effet d'un critère pour spécifier la peine comme sanction rétributive : si délits et crimes sont les conditions de la peine, et non les torts contre lesquels le droit réagit, comment la peine peut-elle être encore conçue comme rétributive ?

La peine s'apparente au contraire à une technique générale de contrôle, encadrée à l'avance par des procédures d'application au même titre qu'une réparation ou une permission. Il s'agit à chaque fois de pratiques qui mettent en œuvre des normes conditionnelles, c'est-à-dire qui attachent des conséquences normatives à des antécédents factuels, par opposition aux actes de contrainte inconditionnels comme l'impôt ou la mise en quarantaine. La peine se confond alors avec n'importe quel type de sanction⁸⁵. Définir ainsi le délit ou le crime comme des conditions à l'application d'une peine empêche, semble-t-il, de la décrire comme une pratique rétributive. Cette théorie conduit à enfermer la description de la peine dans l'auto-référentialité du droit et aboutit à un cercle : la peine est la sanction d'un crime qui est la condition de la peine.

Une description normativiste de la peine implique de redéfinir la « punissabilité » des individus comme une forme *a priori*. L'ensemble des infractions dessine la sphère de la responsabilité pénale et fournit à l'avance les coordonnées des situations dans lesquelles les individus peuvent se voir imputer une peine. Comme l'explique Kelsen, tout sujet de droits et de devoirs constitue indissociablement un individu punissable, parce que des sanctions sont attachées au respect de ces mêmes droits et devoirs : « [...] être juridiquement obligé signifie donc être le sujet potentiel d'un délit, un délinquant potentiel⁸⁶. »

Le juriste défend ainsi un positivisme radical, qui fait des normes produites au sein du système juridique l'unique point de référence de la connaissance du droit. La science

⁸⁴ « Seul l'organe peut, à proprement parler, "obéir" ou "désobéir" à la norme juridique, quand il exécute ou n'exécute pas la sanction prescrite. » *Ibid.*, p. 112.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 149 et suiv.

⁸⁶ « Un individu [...] "viole" son obligation ou, ce qui revient au même, il commet un délit quand il se conduit de telle sorte que sa conduite constitue la condition d'une sanction. » *Ibid.*, p.109-110.

juridique exclut de son objet tout autre type de sources normatives, comme la coutume, la sensibilité collective ou certains principes moraux substantiels comme la liberté ou l'égalité. Comme il le rappelle, il s'agit là de l'application intégrale du principe de légalité, inscrit au fondement des systèmes pénaux des démocraties libérales :

[...] du point de vue d'une théorie du droit positif, il n'existe pas de faits qui soient actes illicites, délits en soi et pour soi, c'est-à-dire abstraction faite de la conséquence qu'y attache l'ordre juridique. Il n'existe pas de *mala in se* ; il existe seulement des *mala prohibita*. D'ailleurs ceci n'est que la conséquence d'un principe généralement reconnu en droit pénal : *nullum crimen sine lege, ni la poena sine lege* ; et ce principe qui ne vaut pas seulement pour le droit pénal, c'est-à-dire pour les délits criminels mais pour tous les délits, – qui ne vaut pas seulement pour la peine, mais pour toute sanction, n'est que la conséquence logique du positivisme juridique⁸⁷.

Dans ce passage, Kelsen réduit toutes formes de sanction à une même norme conditionnelle formulée à l'attention des autorités judiciaires. Il y récuse la dépendance spécifique du droit pénal aux notions de transgression, de faute ou d'offense, c'est-à-dire aux normes de conduite que le droit formule de façon négative à travers les interdictions. Ces notions relèvent d'un point de vue politique ou bien moral sur le droit. Elles ne sont pas décisives pour décrire les normes de sanction que le droit pénal ou le droit civil mettent en œuvre. Cette description a donc pour effet de relativiser la différence entre ces deux branches juridiques, et de récuser l'écart qui résiderait entre la répression et la réparation. Formellement, pour Kelsen, il s'agit de la même technique. Ce positivisme qui a été qualifié d'exclusif implique de dissoudre les particularités de la peine et de gommer son caractère rétributif. Dans ce cadre, la description générale de la peine débouche sur une théorie indistincte de la sanction qui ne permet pas de savoir si elle constitue une pratique irréductiblement rétributive.

L'objectivité de la souffrance pénale

Cependant, si ce premier argument conclut au caractère indistinct et non-rétributif de la peine, il ne concerne que les conditions normatives de la peine. Il laisse de côté la question de savoir s'il est exact d'associer, comme on le fait spontanément, la peine à une infliction de souffrances. La peine ne se réduit pas en effet à mettre en œuvre une norme conditionnelle, au même titre que toute sanction, elle implique également, toujours au plan descriptif, des conséquences prévues d'avance.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 121.

Or, la question du rapport de la peine à la souffrance constitue l'un des points de tension du normativisme, même si elle abordée à plusieurs reprises dans la *Théorie pure du droit*. Il est en effet étonnant de constater le retour de considérations empiriques, et donc impures, au moment où Kelsen entreprend d'analyser la valeur du mal infligé par la peine. Pour rendre compte de la dimension afflictive de la peine, il s'appuie sur les comportements empiriques prévisibles, c'est-à-dire sur l'expérience de l'individu moyen face à la peine. Alors même qu'il entreprend de décrire la sanction d'un point de vue purement normatif, il introduit une référence aux affects que suscite normalement l'imputation de la peine⁸⁸ :

[...] quand on dit que les actes de contrainte qui jouent le rôle de sanctions infligent un mal à ceux qui les subissent, c'est en se référant au sentiment très général qu'ils en éprouvent. Il peut se rencontrer des exceptions à ce sentiment : l'auteur d'un crime souhaitera parfois, par repentir, souffrir de la peine établie par l'ordre juridique, qu'il ressentira donc comme un bien ; ou encore un individu commettra un délit afin de se voir infliger la peine de prison qui y est attachée, parce que celle-ci lui assure un temps gîte et nourriture. Mais ce ne sont là que des cas très exceptionnels. On peut admettre que normalement les actes de contrainte qui jouent le rôle de sanction sont ressentis par leurs sujets passifs comme des maux⁸⁹.

Pour identifier la peine à un traitement pénible, il faudrait se référer à une perception sociale commune, c'est-à-dire à la sensibilité de l'individu moyen. Le problème est que si l'on définit ainsi la dimension afflictive de la peine, alors il faut s'affranchir de la méthode purement normative employée jusque-là. La définition de la souffrance en un sens affectif contredit l'un des principes de l'épistémologie pure du droit que tente de bâtir Kelsen dans cet ouvrage. Elle impose de décrire l'effet de la peine en s'appuyant sur des faits empiriques, et non plus seulement sur des normes posées par le système juridique⁹⁰. L'infliction de souffrances ne serait donc pas intelligible si l'on en reste au plan d'une théorie pure des énoncés juridiques.

Afin de sortir de l'aporie, on peut néanmoins définir la souffrance infligée par la peine comme une norme, c'est-à-dire une attente créée par l'imputation de la peine, indépendante des états subjectifs et du vécu prévisibles des individus. Cette solution consiste à appliquer au concept de souffrance le même effort de redéfinition que Kelsen fait subir à la notion d'efficacité en droit : l'ordre juridique est efficace « lorsque la conduite des individus y est conforme d'une façon générale, quels que soient les motifs qui déterminent cette conduite. La

⁸⁸ C'est le problème que souligne Emmanuel Picavet dans son commentaire : pour comprendre la sanction pénale comme un mal, il faut se référer à une « sorte de normalité psychosociale [qui] constitue en tout état de cause un élément empirique "impur", à une articulation pourtant importante de la "théorie pure". » Emmanuel PICAVET, *Kelsen et Hart, La norme et la conduite*, op. cit., p. 46.

⁸⁹ Hans KELSSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 41.

⁹⁰ On peut préciser que, pour Kelsen, la théorie du droit est « pure » en ce qu'elle voudrait débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers. » *Ibid.*, p. 9.

notion d'efficacité a ici une signification normative, et non plus causale⁹¹ ». De manière symétrique, dire que la peine inflige un mal est un énoncé qui décrit une norme, c'est-à-dire une proposition normative. Du point de vue du système juridique concerné, la conduite particulière à laquelle l'institution contraint le condamné prend la valeur d'un mal, parce qu'elle est l'inverse de celle autorisée généralement par le droit : la peine contraint l'individu à subir ce que le droit défend normalement de faire ; c'est pourquoi elle est réputée pénible.

Toute conduite visée par une norme juridique peut en effet posséder une valeur alternativement négative ou positive, selon qu'elle est interdite ou autorisée. Ainsi, à l'intérieur du droit, « la contrainte exercée par un homme contre un autre homme est soit un délit, soit une sanction⁹² ». C'est relativement aux normes juridiques que le versement pécuniaire prend le sens d'un racket ou d'une amende ; la restriction des capacités de mouvement, celui d'une séquestration ou d'un emprisonnement ; la mise à mort, d'un homicide ou d'une exécution capitale. Ces conduites sont imposées à titre de contrepartie négative et on présume qu'elles sont pénibles parce qu'elles autorisent ce qui normalement est interdit, c'est-à-dire ce qui constitue une faute en premier lieu.

Kelsen décrit la souffrance infligée par la peine comme une valeur objective, parce qu'elle est relative aux normes valides dans un certain système juridique. Il évite donc de définir la pénibilité des peines à partir de l'expérience des individus. Certes, on peut éviter d'être relativiste en la matière et d'affirmer que la pénibilité de la peine dépend de la perception de chacun. Il faudrait alors montrer qu'il existe une sensibilité moyenne à la souffrance qui rend marginal le cas du condamné masochiste et qui justifie le fait que, dans la majorité des cas, l'amende et *a fortiori* l'emprisonnement sont mal vécus. Mais Kelsen n'emprunte pas cette stratégie, qui ne lui est pas nécessaire.

Dire que la peine inflige une souffrance est, selon lui, un jugement qui prend pour valeur de référence les normes du droit positif. Il ne s'agit pas d'un constat concernant une régularité statistique ou une expérience sensible. Punir revient à infliger un mal parce que le condamné est soumis à une contrainte qui est, autrement, interdite par la loi. Le jugement selon lequel la peine inflige une souffrance doit donc être conçu comme un « jugement de valeur objectif⁹³ », parce qu'il ne fait référence à rien d'autre qu'aux normes du système

⁹¹ *Ibid.*, p. 35.

⁹² *Ibid.*, p. 34.

⁹³ Les jugements de valeur objectifs sont des jugements qui énoncent et se rapportent à une valeur objective, c'est-à-dire à une norme, notamment à une norme juridique. De ce point de vue, « qu'une certaine conduite humaine est bonne signifie qu'elle correspond à une norme objectivement valable, [et la conduite des individus] a une valeur positive ou une valeur négative, non parce qu'elle est souhaitée ou voulue – elle ou son contraire –,

juridique lui-même. Le caractère pénible du traitement infligé retrouve donc pour unique point de référence les normes du système juridique concerné et il n'est pas besoin d'en sortir et de décrire le caractère afflictif de la peine à partir de l'état moyen de la sensibilité collective. Le droit contraint un individu particulier à souffrir, parce qu'il a enfreint une règle générale qui prohibe les actes donnant lieu à pareille souffrance.

Cette description de la peine amène alors à en reconnaître le caractère rétributif, tout en restant au plan d'une description normative. On aboutit à la conclusion inverse du raisonnement précédent : la redéfinition de la souffrance en un sens normatif permet de distinguer la peine d'une obligation inconditionnelle comme d'une mesure de protection qui n'ont pas vocation à autoriser ce qui est interdit, puisqu'elles peuvent combler un vide juridique. L'institution pénale apparaît à nouveau comme une technique essentiellement rétributive : la peine est une pratique imposant une souffrance à un individu parce que celui-ci a commis un mal.

Cette description générale de la peine permet de défaire un malentendu courant sur le droit pénal. On pourrait croire, en effet, que la peine contredit certaines prescriptions du droit, et que le droit pénal repose sur une indépassable antinomie : il soumet le condamné à une conduite qu'il interdit autrement, comme restreindre de force la liberté ou les droits d'autrui. De ce point de vue, la justice pourfend les libertés qu'elle est censée protéger. Cette critique possède une portée politique et morale cruciale, mais, d'un point de vue logique, elle n'est pas fondée.

L'antinomie du droit pénal

Certes, la peine suppose de soumettre l'individu à des restrictions, des diminutions ou des maux qui sont autrement des comportements interdits par la loi : quelle que soit sa fonction sociale, sa mise en œuvre obéit donc au principe de rétribution. L'existence de la peine semble ainsi pousser le droit à se contredire lui-même puisqu'il autorise d'un côté ce qu'il interdit de l'autre. C'est ce que rappelle Kelsen, en réactivant la loi du talion issue des codes juridiques de la Mésopotamie antique, et notamment du code de Hammurabi⁹⁴ :

La technique sociale que nous appelons "droit" consiste à mettre en œuvre des moyens spécifiques pour inciter chaque individu à s'abstenir de s'ingérer par la force dans la sphère

mais parce qu'elle est conforme à une norme ou qu'elle est y contraire. L'acte de volonté dont la norme est la signification objective n'entre pas ici en ligne de compte. » *Ibid.*, p. 28 et suiv.

⁹⁴ Je renvoie à Jean BOTTERO, *Mésopotamie, l'écriture, la raison et les dieux*, Paris, Gallimard, « Folio Histoire », 1997 [1987], et notamment la section « Le "Code" d'Hammurabi », p. 191-223.

d'intérêts d'autrui : en cas d'ingérence, la réaction de la communauté juridique consiste à s'ingérer de la même façon dans la sphère d'intérêts de l'individu en cause. Œil pour œil, dent pour dent. Cette technique sociale repose sur l'idée de la rétribution⁹⁵.

Mais ce constat est d'ordre logique et non pas moral. Il n'est pas question de dire que le condamné mérite sa peine, mais seulement que, du point de vue déontique adopté par le juriste, la mise en œuvre de la peine ne contredit pas les normes juridiques. En matière pénale, les normes de sanction sont prévues d'avance et elles autorisent des actes que d'autres normes, les interdits juridiques, prohibent. Mais, ce constat ne met pas le système juridique en échec. La tension entre le contenu des sanctions pénales et le contenu des prohibitions n'est qu'apparente et il n'y a pas de contradiction à ce qu'un même comportement soit rendu obligatoire et en même temps interdit par le droit. Le juriste en conclut « qu'à l'intérieur d'un semblable ordre normatif, une conduite donnée peut être en ce sens à la fois "ordonnée" et "défendue", et que cette situation peut être décrite sans tomber dans une contradiction logique⁹⁶ ». Pour le montrer, on peut prendre pour exemple les cas où le droit interdit un comportement (l'homicide volontaire) en l'imposant à titre de sanction (la peine capitale ou la réclusion à perpétuité). La contradiction se dénoue si l'on décrit, comme le fait Kelsen, les deux normes comme étant hiérarchisées : la prohibition est la condition requise à l'imputation de la sanction. D'un point de vue strictement normatif, c'est l'application de la sanction qui doit avoir lieu, et non la conformité aux injonctions générales et abstraites du droit.

Le droit est donc un ordre qui prescrit des conduites en attachant aux conduites contraires des peines. Autrement dit, la norme primaire n'est pas l'interdiction mais la sanction. Le juriste défend cette thèse radicale dans la *Théorie pure du droit* :

Il faut remarquer à cet égard qu'en disant ici d'une conduite qu'elle est "prescrite" ou qu'elle est "défendue", on ne veut pas poser que cette conduite ou son contraire doive intervenir : c'est la conséquence de cette conduite qui doit intervenir, c'est-à-dire la sanction. Ainsi, ce qui "doit être", ce n'est pas la conduite ordonnée mais bien la sanction⁹⁷.

Cette description possède le mérite de rendre compte de la spécificité du mode d'énonciation des normes pénales. Mais, à la différence de Durkheim⁹⁸, Kelsen n'explique pas le caractère implicite des interdits juridiques en faisant référence au contenu diffus de la conscience collective. Il se limite à décrire la relation des normes entre elles et se concentre sur la norme de sanction qui est décisive pour distinguer le droit des autres ordres normatifs comme la religion ou la morale. La sanction constitue la norme primaire parce qu'elle

⁹⁵ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 72-73.

⁹⁶ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 36.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 35.

⁹⁸ Voir *supra*, section 1, « Peine et modernité ».

conditionne la validité du droit, c'est-à-dire sa force obligatoire. La norme de prohibition, au contraire, est secondaire parce qu'elle est implicite : « Le caractère obligatoire [*gesollt*] de la sanction inclut en soi la prohibition de la conduite qui est la condition spécifique de la sanction, donc la prescription de la conduite contraire⁹⁹. »

Le droit ne s'adresse pas aux individus pour les obliger à s'abstenir de commettre des infractions. De manière explicite, il ne fait que prescrire l'exécution de la sanction en cas d'infraction et il néglige la formulation de normes d'interdiction substantielles¹⁰⁰. C'est pourquoi l'obligation de respecter l'interdit doit s'entendre, pour Kelsen, comme « un épiphénomène du “doit” de la sanction¹⁰¹ », dont la mention est superflue. La sanction constitue donc la norme primaire. De manière contre-intuitive, comme le souligne Emmanuel Picavet¹⁰², cette description des normes pénales aboutit, chez Kelsen, à réduire le droit pénal à une série de sanctions, comme si la loi n'affirmait pas de normes de conduite plus substantielles. Cette thèse se retrouve dans son ultime ouvrage de théorie du droit, publié à titre posthume, la *Théorie générale des normes* :

Le législateur moderne [...] le plus souvent, [se] limite à poser une norme qui attache au vol la sanction de la peine de prison [...] ; la formulation expresse de la norme interdisant le vol et commandant le remboursement du prêt obtenu, qui est la norme qui prescrit le comportement évitant la sanction, est en réalité *superflue* car elle est [...] *implicite* dans la norme statuant la sanction¹⁰³.

L'institution pénale repose donc, *prima facie*, sur des normes conditionnelles. Elle a pour condition la violation d'obligations qui sont implicites et qui n'ont pas besoin de figurer parmi les règles énoncées dans la législation pénale : la norme pénale a en effet pour seule signification de relier des antécédents factuels (le délit ou le crime) à des conséquences juridiques (l'infliction d'un mal). En outre, la peine n'a de valeur négative, elle n'est dite afflictive ou infamante que relativement à d'autres normes du droit, les interdictions contenues dans la législation pénale ou déduites, par exemple, de la protection des droits subjectifs primordiaux ou des principes constitutionnels. C'est pourquoi l'institution pénale

⁹⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁰ « [...] le concept d'obligation juridique diffère de celui d'obligation morale dans la mesure où il ne représente pas la conduite “exigée” par la norme, la conduite qui “devrait” être observée. » Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 111.

¹⁰² Ce point est souligné par E. Picavet dans son analyse de la théorie de la sanction de Kelsen : « Du cas particulièrement clair de la sanction juridiquement ordonnée, on peut dériver une proposition à la fois novatrice et radicalement contraire à l'intuition courante : l'obligation de l'administration de la sanction “fait écran” à l'obligation sous-jacente d'une conduite conforme à la norme. [...] Rien de plus éloigné du sens commun, car les sanctions semblent n'être que l'instrument permettant de donner une forme d'effectivité à une obligation préexistante et indépendante. » Emmanuel PICAVET, *Kelsen et Hart, la norme et la conduite*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰³ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 189 (section 35).

peut soumettre le condamné à une conduite contraire aux interdictions générales et abstraites du droit sans contradiction.

Décrire la technique de la peine amène alors le juriste autrichien à élaborer une théorie des énoncés juridiques. Cette théorie met en relief le caractère auto-référentiel du droit : il n'est pas nécessaire de sortir du système de valeur que constitue le droit pour comprendre en quoi la peine est une technique qui prévoit de répondre à la transgression d'une prohibition par infliction d'un mal. La peine est afflictive parce que l'acte à laquelle elle contraint l'individu sanctionné est, sous un autre rapport, contraire à certaines prescriptions du droit. Il préfigure ainsi l'argument du philosophe et pénologue Andrea von Hirsch. Ce dernier montre en effet que la peine est pénible parce qu'elle constitue d'abord une interférence objective dans la capacité des individus à satisfaire leurs intérêts, avant d'être identifiable à un traitement éprouvé par chacun comme pénible. C'est même parce qu'elle est une interférence qu'elle est ressentie comme pénible :

Ce qui rend les peines plus ou moins onéreuses n'est pas une sensation identifiable en particulier, mais plutôt le degré auquel ces sanctions interfèrent avec les intérêts vitaux de ceux qui sont punis. La sévérité d'une probation sous surveillance renforcée, par exemple, ne dépend pas du sentiment de mal-être [*“feeling bad”*] qu'elle procure dans un sens immédiat, mais de la façon dont elle empiète sur des intérêts tels que la souveraineté sur sa propre vie ou la possibilité de se déplacer comme on l'entend. Il semblerait donc utile d'appliquer une analyse basée sur les intérêts, comparable à celle que nous venons de suggérer pour évaluer la gravité des crimes. Selon cette perspective, plus les intérêts d'une personne seraient contrariés par une sanction, plus la pénalité serait sévère. Les pénalités seraient classées selon le degré auquel elles affectent typiquement des intérêts comme la liberté de mouvement des accusés, leurs capacités de revenus, et ainsi de suite¹⁰⁴.

Certes, le contenu des intérêts défendus par le droit est contingent du point de vue de la théorie générale du droit élaborée par Kelsen. La loi peut avoir n'importe quel contenu mais, pour décrire les normes juridiques, le juriste doit postuler que le droit est, de manière générale, efficace, notamment dans le contexte des démocraties libérales qu'il étudie en particulier. Or, pour que le droit d'une société soit efficace, il faut que les normes juridiques soient congruentes aux valeurs et aux intérêts qui sont dominants, *de facto*, dans cette société. L'institution pénale défend donc les intérêts majoritairement valorisés – par exemple, dans les démocraties libérales, la liberté de mouvement, la vie privée, la liberté d'expression, etc. – et elle le fait en interférant sur la capacité des individus à satisfaire ces mêmes intérêts. On peut en conclure que la peine est afflictive et rétributive et qu'il s'agit là d'un trait de sa définition et non pas de sa justification.

¹⁰⁴ Andreas VON HIRSCH, *Deserved Criminal Sentences. An Overview*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2017, p. 68-69. Voir aussi Andreas VON HIRSCH et Andrew ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 147.

Conclusion de la section 2

Contre une conception subjectiviste de la souffrance, Kelsen offre les arguments pour défendre une théorie objectiviste du caractère afflictif de la peine : la peine est afflictive parce qu'elle contrevient aux intérêts que les normes du droit protègent ; et elle est rétributive parce qu'elle est appliquée à l'individu qui a eu un comportement contraire à ces normes substantielles et donc, par implication, qui a violé ces intérêts¹⁰⁵. La peine est donc non seulement afflictive mais aussi rétributive : autrement dit, la souffrance infligée par la peine a toujours valeur de rétribution, bien qu'en droit elle ne s'y limite pas.

On pourrait néanmoins objecter que cette description est valable pour tout type de sanction qui prévoit une contrepartie négative à la réalisation d'un acte, et donc qu'elle ne parvient pas à rendre compte du caractère distinctif de la peine. J'ai montré en effet que cette description posait un problème d'adéquation avec son objet. Comme l'explique Kelsen, en souhaitant

décrire le droit tel qu'il est, et non pas tel qu'il devrait être, [la théorie pure du droit] entreprend de connaître le droit réel et le droit possible, et non pas le droit "idéal" ou "juste". Elle est en ce sens une théorie du droit radicalement réaliste, c'est-à-dire une théorie du positivisme juridique¹⁰⁶.

Un tel positivisme ramène le droit aux normes qui lui confèrent sa force obligatoire, mais il se trouve limité dans sa capacité à saisir la complexité des phénomènes juridiques. Il ne rend pas entièrement compte, par exemple, de la dichotomie présente dans la majorité des systèmes juridiques entre deux types de sanctions pénale et civile. Une description générale de la peine se focalise en effet sur les normes communes que l'on peut dégager de tous les énoncés de sanction. C'est pourquoi cette approche est couramment qualifiée de positivisme normativiste. J'ai alors cherché à savoir si une telle approche ne présupposait pas une conception réductionniste de la sanction, c'est-à-dire indifférente aux spécificités de la peine.

Pour saisir la sanction pénale sous ses traits distinctifs, il faudrait alors sortir de la description générale du droit et s'élever au plan de sa justification, c'est-à-dire, en termes kelséniens, d'une idéologie juridique. Le juriste insiste en effet sur l'écart entre description et justification du droit dans un passage où il accuse encore davantage la nature irréductiblement rétributive de la peine :

¹⁰⁵ Pour un argument similaire, on peut consulter : David C. GRAY, « Punishment as Suffering », *Vanderbilt Law Review*, vol. 63, 2010, p. 1619-1693 ; Dan MARKEL et Chad FLANDERS, « Bentham on Stilts: The Bare Relevance of Subjectivity to Retributive Justice », *California Law Review*, vol. 98, 2010, p. 907-988.

¹⁰⁶ On voit donc que le « positivisme juridique » est chez Kelsen une thèse portant sur la connaissance et non pas sur la nature du droit. Voir Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 147 et suiv.

Œil pour œil, dent pour dent. Cette technique sociale repose sur l'idée de la rétribution. Ce n'est qu'à un stade avancé de l'évolution que l'idée de la rétribution cède le pas à celle de la prévention. Toutefois il ne s'agit là que d'une nouvelle idéologie justifiant la technique spécifique du droit. La technique elle-même reste inchangée¹⁰⁷.

Insistant sur le principe de rétribution inscrit au cœur de l'institution pénale, la théorie pure de la sanction reste donc étrangère, par souci de neutralité axiologique, à la question de savoir s'il est souhaitable de punir dès lors que l'infliction de souffrances est un effet toujours prévu de la peine. Cette théorie pure ne permet pas de déterminer si la rétribution est un bien en soi, ou si sa valeur morale dépend de ses éventuelles bonnes conséquences. Ce problème impose de distinguer deux manières de définir la notion de rétribution¹⁰⁸ : en un sens *moral*, elle désigne l'obligation de punir le criminel en raison de sa faute ; et en un sens *juridique*, elle pose que la peine est une norme récursive, c'est-à-dire que sa valeur négative et sa dimension afflictive dépendent du contenu des interdictions qu'elle suppose à titre de conditions. Or, en se focalisant sur le sens juridique de la rétribution, la description de la peine que propose Kelsen se montre valable pour tout type de sanction. Souligner le caractère intrinsèquement rétributif de la peine revient donc à reconnaître qu'elle dépend de normes conditionnelles de sanction, mais ce constat finit par diluer la spécificité de la peine : il ne permet pas de savoir si la rétribution est une condition nécessaire mais aussi suffisante de la définition des pratiques pénales, et donc si toute justification de l'institution pénale doit rendre compte du fait que l'individu puni souffre parce qu'il a commis une faute et qu'il le mérite.

¹⁰⁷ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 72-73.

¹⁰⁸ Voir *supra*, section 2, « L'impureté de la souffrance ».

Section 3. La peine comme vengeance

Pour une théorie générale de la sanction, peine et réparation sont interchangeables : une condamnation civile peut avoir une fonction répressive en dissuadant les individus de s'engager dans des conduites dont ils pourraient être tenus pour responsables, alors qu'une peine peut avoir un effet réparateur, notamment pour la victime qui voit son tort être publiquement reconnu et vengé par l'État. Cette dernière idée mérite d'être analysée plus précisément, parce qu'elle revient à affirmer que la différence entre la peine et la vengeance organisée n'est pas inscrite dans les règles de l'institution pénale, mais qu'elle relève de la perception de chacun et donc du sens que l'on confère à telle ou telle condamnation pénale : estimer que la victime a été vengée à travers la condamnation de l'offenseur serait une question de point de vue.

Pourtant, cette forme de relativisme semble au premier abord contre-intuitive. La peine est une sanction rétributive, dont la mise en œuvre doit permettre de contenir, dans certaines limites, le déversement de la colère et de la rancœur collectives. C'est ce que confirment les règles qui structurent le système pénal des démocraties libérales : par exemple, la proportionnalité entre le châtement et le crime, le fait que la charge de la preuve revienne à l'accusation, ou encore l'égalité de traitement des individus devant la loi. Les règles pénales, de fond comme de procédure, ne sont pas laissées aux mains des individus privés, elles sont définies et appliquées par une autorité publique. C'est pourquoi les sentiments vindicatifs de la victime, et au-delà de la communauté qui peut s'y identifier, ne peuvent déterminer ni le patient ni le *quantum* de la peine.

Certes, cette critique de la confusion entre peine et vengeance entend dissiper les doutes quant à l'éventuelle cruauté des peines en rappelant qu'elle est une pratique contrôlée institutionnellement : les juridictions répressives ne condamnent pas les individus pour en faire des exemples et souder la communauté. Néanmoins, elle demeure idéale. Si, en droit, la peine ne s'identifie pas à une vengeance organisée, rien n'empêche qu'elle n'endosse en fait les sentiments vindicatifs des victimes et qu'elle ne canalise leur souhait de voir souffrir le condamné. Ce n'est qu'au plan des intentions de celles et ceux qui punissent et des règles qui les encadrent que l'on peut départager clairement la peine de la vengeance : en identifiant l'une à un acte public et maîtrisé, et l'autre à une réaction privée et passionnelle. Mais, au plan descriptif, si l'on admet que la peine est une sanction inévitablement rétributive et

afflictive, rien n'empêche qu'elle ne serve à rendre le mal pour le mal, en servant à déverser la vindicte publique sur un individu présenté comme coupable.

Je voudrais donc aborder la distinction classique entre peine et vengeance, en montrant que le caractère rétributif de la peine, inscrit dans sa nature juridique, ne préserve pas du tout l'institution pénale de punir des innocents. Autrement dit, la peine est bien une pratique rétributive, et la question de savoir s'il y a une différence de degré ou de nature entre la peine et la vengeance ne peut être posée qu'au plan descriptif. On peut très bien soutenir qu'il est inacceptable que des individus qui ne le méritent pas soient punis, mais cette thèse ne permet pas de saisir la nature des liens qui peuvent exister entre l'institution pénale et les pratiques vindicatives.

Je voudrais insister, dans une PREMIERE SOUS-SECTION, sur la différence entre le sens juridique et le sens moral de la rétribution. Que la peine possède une allure rétributive parce qu'elle est une sanction juridique n'implique pas que le condamné souffre parce qu'il le mérite, autrement dit parce qu'il a commis un acte qu'il avait la capacité et le devoir d'éviter. J'insisterai donc sur l'écart qui existe entre deux conceptions de la « punissabilité » des individus : comme statut juridique et comme condition morale. Être punissable au sens *juridique* signifie que l'acte commis par l'individu a, relativement aux normes valides du droit, la valeur d'une transgression, c'est-à-dire qu'il est la condition d'une peine. Être punissable au sens *moral* veut dire que l'individu a eu un comportement dangereux, injuste ou vicieux. Or, rien ne permet de présumer que, dans les pratiques pénales, les deux états se superposent et se confondent : que la peine soit juridiquement une rétribution n'implique pas que l'individu puni soit moralement coupable.

Cependant, comme je voudrais alors le montrer dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, même si l'on ne peut pas présumer que l'institution pénale ne commette aucune erreur et épargne toujours celles et ceux qui ne méritent pas d'être punis, il y a un pas avant d'affirmer qu'elle catalyse un déferlement d'émotions vindicatives sur des innocents. Je défendrai donc que si l'on admet que la peine est encadrée par des règles générales et abstraites qui précèdent la survenue des conflits et des torts, alors on peut certes la définir comme une institution *vindicatoire*, qui limite la souffrance infligée au condamné par une exigence formelle de rétribution, mais pas comme une pratique *vindicative*. Je tenterai de montrer que cette distinction mène à reconnaître la dimension symbolique et condamnatrice de la peine qui sera étudiée pour elle-même dans le deuxième chapitre.

3.1. Le crime appelle-t-il à être vengé ?

Normativisme et rétribution

L'étude a lié jusque-là la peine au principe de rétribution de manière indissociable, et a défini l'institution pénale, au moins dans sa mise en œuvre, comme éminemment rétributive. Il convient néanmoins de distinguer cette conception strictement juridique et formelle de la rétribution, qui porte sur les normes de sanction *lato sensu*, du sens moral de la notion, qui voit dans la peine en particulier un châtement mérité. Ces deux manières de concevoir la rétribution ne jouent pas au même plan : la première concerne la description du cadre juridique de la peine, la seconde prétend justifier qu'il est moralement permis, voire obligatoire, de punir.

La théorie de la sanction élaborée par Kelsen souligne le caractère rétributif de la peine au sens juridique : la peine consiste à priver l'agent des capacités et des intérêts que le droit protège sous un autre rapport ; ainsi elle est *prima facie* une technique répressive et rétributive, bien qu'elle puisse avoir des effets préventifs et réparateurs, notamment symboliques, pour les victimes qui voient leur tort reconnu publiquement. Cette définition de la rétribution est de part en part juridique parce qu'elle fonde le rapport de l'infracteur à la victime, et par extension à la collectivité offensée ou à l'autorité bafouée, sur une relation d'égalité et de réciprocité formelles : la privation des droits d'autrui est sanctionnée par la privation des droits du malfaiteur.

À l'égard de l'infraction, cette définition de la rétribution pénale s'en tient à la signification normative des délits et des crimes, c'est-à-dire à une définition positiviste, ou relationnelle, par opposition à une définition naturaliste, ou substantielle¹⁰⁹. L'incrimination est en effet conçue comme le produit d'une décision humaine, qui tire sa validité de sa conformité avec les normes supérieures de l'ordre juridique. Elle consiste à établir une relation entre un antécédent factuel et une conséquence normative, autrement dit à attacher une sanction afflictive à une conduite considérée dès lors comme interdite. En droit français, les infractions sont divisées, selon leur degré de gravité, en contraventions, délits et crimes. Dans la majorité des cas, les premières proviennent de sources réglementaires, alors que la

¹⁰⁹ Pour une définition relationnelle du crime, voir l'article de Laurent JAFFRO, « Les éléments du crime. Une conception relationnelle », in Sylviane COYAULT et Jacques MESSAGE (dir.), *Fictions et vérités assassines*, Clermont-Ferrand, Presses universitaires Blaise Pascal, 2013, p. 35-46.

définition des délits et des crimes découle de sources législatives. Or, si l'on en reste à la norme en jeu à ces différents degrés d'infraction, il apparaît que la sévérité des peines est fonction de la gravité des infractions, et que la relation entre l'infraction et la sanction est interne : la gravité de l'acte incriminé se manifeste à même la sévérité de la peine dont il est assortie. En son sens juridique, la rétribution signifie donc que l'infraction et la sanction sont dans un rapport de symétrie.

Le normativisme prétend ainsi faire émerger du droit pénal une structure normative invariable, présupposée quelle que soit l'évolution des règles de fond ou de procédure. Mais cette théorie du droit cherche également à fournir une explication de la normativité de la peine par référence aux normes qu'elle met en œuvre. Le droit de punir n'est donc plus dérivé de principes moraux, d'une volonté politique ou de coutumes historiques. De ce point de vue, les délits et les crimes constituent d'abord des points d'imputation juridique, ils ne désignent pas premièrement un comportement mauvais ou nuisible, une contestation de l'autorité de l'État ou encore une offense aux valeurs fondamentales d'une société. En reformulant les règles pénales en termes de normes conditionnelles adressées à des autorités habilitées, le normativisme se tient donc à l'écart d'une théorie morale ou politique de la peine. C'est ce que souligne Kelsen :

Si l'on ne devait trouver d'autre critère que le fait supposé : le législateur désire une conduite contraire à celle qui est définie comme un "délit", alors il serait impossible de donner une définition juridique au concept de délit. Le concept de délit simplement défini comme une conduite non désirée socialement est un concept moral ou politique, bref, ce n'est pas un concept juridique mais méta-juridique¹¹⁰.

Le juriste instaure ici une dichotomie entre le plan « juridique », ou technique, de la validité de l'infraction, et celui « méta-juridique », ou moral, de la légitimité de l'incrimination¹¹¹. Cependant, en inscrivant la rétribution dans les caractères définitionnels de la peine, on pourrait croire que le normativisme finit par confondre ces deux plans : l'individu est condamné parce qu'il est reconnu coupable, et il est puni à hauteur de sa faute. Ainsi, la culpabilité devient une raison de mériter une peine. Il est symptomatique, à cet égard, que Kelsen introduise une référence à la loi du talion lorsqu'il évoque la forme supposément primitive de la peine¹¹². Néanmoins, cette esquisse de généalogie ne fait pas référence à la rétribution en un sens fort, c'est-à-dire à l'idée que l'institution pénale existe pour satisfaire

¹¹⁰ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 104.

¹¹¹ Les deux plans sont clairement séparés chez Kelsen : « Il est en outre nécessaire de dissocier la question juridique : comment doit-on définir le concept de délit dans le cadre d'une théorie du droit positif?, et la question politico-morale : quelle conduite le législateur doit-il attacher, à dessein ou dans un esprit de justice, à une sanction ? » Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 103.

¹¹² Voir *supra*.

l'obligation morale de punir celles et ceux qui le méritent. Le juriste s'appuie sur la loi du talion à la manière d'une règle de distribution, c'est-à-dire d'une règle que l'on peut qualifier de « régulatrice » parce qu'elle porte sur la détermination du patient et du *quantum* de la peine. Elle n'est pas conçue comme une règle « constitutive », qui porterait sur le principe général et la finalité de l'institution¹¹³.

Selon l'historiographie traditionnelle, la loi du Talion, dont l'une des formulations les plus célèbres provient de la Bible¹¹⁴, imprègne les règles coutumières et les pratiques de vengeance traditionnelle, c'est-à-dire les formes prétendument archaïques du système pénal moderne. Mais, même dans ce cas, elle ne fournit encore qu'un critère pour délimiter la distribution de la peine, et ne prétend pas fonder l'obligation morale de punir. Kelsen peut donc citer cette loi pour enraciner le caractère rétributif de la peine dans une origine immémoriale, sans que sa description de la peine introduise subrepticement des éléments de justification du droit de punir.

La peine se laisse décrire comme une technique sociale, afflictive et rétributive, indépendamment des intentions de celles et ceux qui punissent et, *a fortiori*, de l'évaluation de ces intentions. Une telle description suppose, chez Kelsen, de s'affranchir d'une conception psychologique du droit pénal comme série d'ordres appuyés de menaces. Cette conception ne permet pas, en effet, de distinguer le droit de commandements proférés par n'importe quel individu ou groupe menaçant. Elle ne distingue pas non plus la signification normative du droit¹¹⁵, qui, à la différence de la menace privée, possède une valeur d'obligation publique. C'est ce qui fait du droit un système de normes objectives¹¹⁶, certes mis en œuvre par les appareils de l'État¹¹⁷, mais irréductible aux exigences et aux ordres proférés par un individu ou un groupe en particulier.

¹¹³ La distinction des règles régulatrices et constitutives concernant la justification de l'institution pénale a été esquissée par Rawls dans son article « Deux concepts de règles ». Vincent Boyer revient sur la genèse de la distinction entre règles régulatrice et constitutive dans la philosophie morale anglo-saxonne dans la présentation à sa traduction de l'article : Vincent BOYER, « Présentation. Amender l'utilitarisme ? », *Philosophie*, vol. 133, mars 2017, p. 9-10.

¹¹⁴ En particulier dans le *Lévitique*, XXIV, 19-20 : « Si quelqu'un blesse son prochain, il lui sera fait comme il a fait : fracture pour fracture, œil pour œil, dent pour dent ; il lui sera fait la même blessure qu'il a faite à son prochain. » Cité par Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006 [2000], p. 27.

¹¹⁵ « À l'égard de la contrainte psychologique, le droit ne diffère pas des normes morales ou religieuses. » Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 74.

¹¹⁶ « [...] la loi n'est pas la "volonté" du législateur – si nous entendons par "volonté" une volonté réelle, un phénomène psychologique : une loi n'est donc pas un ordre au sens propre du terme [...]. Une "norme" est une règle aux termes de laquelle un individu doit agir d'une certaine façon, elle n'implique nullement qu'il existe un être qui "veuille" réellement que l'individu agisse de telle façon [...]. Un "ordre" impersonnel et anonyme – telle est la norme. » Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 84 et suiv.

¹¹⁷ « [...] la loi n'est pas la "volonté" du législateur – si nous entendons par "volonté" une volonté réelle, un phénomène psychologique : une loi n'est donc pas un ordre au sens propre du terme [...]. Une "norme" est une

Une fois que l'on a défini la technique de la peine dans sa pureté juridique, rien n'empêche alors de chercher à identifier les critères moraux auxquels doit répondre l'incrimination. La conception normativiste de la peine a seulement la prétention de soutenir que la peine est irréductiblement afflictive et rétributive, et que toute tentative de justification doit en tenir compte. La description des énoncés juridiques possède le mérite de fournir une définition déterminée de la peine, par comparaison avec des théories, morales ou politiques, qui dissolvent la spécificité de la peine en la ramenant à des pratiques comme la punition parentale ou le contrôle social. L'insistance sur la nature juridique de la peine peut donc avoir une incidence sur les théories normatives qui occupent le champ de la philosophie pénale. Pour mesurer cette incidence, il faut alors confronter cette conception juridique de la rétribution aux définitions de la peine défendues par le rétributivisme entendue comme courant de la théorie morale.

Rétributivismes procédural et substantiel

On peut qualifier de « rétributiviste » l'ensemble des théories éthiques qui cherchent à systématiser le sens moral du mérite pour en faire un principe d'équité. D'un point de vue historique, les démocraties libérales ont été marquées, dans les années 1970, par une forte critique des politiques criminelles orientées vers la prévention, c'est-à-dire vers la dissuasion des malfaiteurs et la réformation du délinquant. Plusieurs arguments rétributivistes ont été mobilisés contre les effets pervers de la réformation, qui autorise des mesures coercitives excessives pour le bien du condamné. Contre les présupposés paternalistes de ces programmes, les garanties de procédure, allant des droits de la défense à la présomption d'innocence, ont été renforcées, de même que les failles juridiques du milieu carcéral ont été mises en lumière.

Les mesures de sûreté ont également fait l'objet d'une suspicion accrue : les sentences indéterminées par exemple, dont les modalités et la durée sont modulables durant l'exécution de la peine, offraient une grande latitude à l'individualisation de la sanction ; élément clef des programmes de réhabilitation des condamnés, elles sont apparues alors comme la marque d'un pouvoir discrétionnaire, laissé aux mains des autorités judiciaires et pénitentiaires. Les

règle aux termes de laquelle un individu doit agir d'une certaine façon, elle n'implique nullement qu'il existe un être qui "veille" réellement que l'individu agisse de telle façon [...]. Un "ordre" impersonnel et anonyme – telle est la norme. » Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 84 et suiv.

peines fixes ont été privilégiées en vue de garantir l'équité procédurale¹¹⁸ et la proportionnalité de la sentence¹¹⁹, contre une justice soumise au pouvoir de révision des juges.

La défense de peines fixes ne s'est certes pas imposée au sein des politiques criminelles nord-américaines, mais elle a néanmoins abouti à la promulgation du *Sentencing Reform Act* en 1984, auxquels ont fait suite la création de la *United States Sentencing Commission* et la publication des *Federal Sentencing Guidelines*. Si plusieurs critiques ont été formulées à l'encontre de ces principes et institutions concourant à promouvoir un rétributivisme stricte et finalement cruel, aucune approche systématique n'a supplanté les critères du mérite et du juste dû dans les doctrines pénales du début du XXI^e siècle¹²⁰.

L'éventail et la répartition des peines appliquées a ainsi fortement évolué depuis les quarante dernières années : les peines alternatives, sans recours systématique à la réclusion criminelle, et les sanctions probatoires, ont été progressivement privilégiées au détriment des aménagements de peine et de la libération sur parole, afin de satisfaire les principes rétributifs de proportionnalité des peines et d'égalité de traitement. Les études sur le *sentencing*, qui analysent les motifs de la délibération et du jugement pénal, ont ainsi observé comment s'est imposé le principe du juste dû (« *just desert* »)¹²¹ dans les cours de justice.

Ce mouvement politique s'est accompagné, dans le champ théorique, d'une focalisation des théories normatives depuis quarante ans sur le caractère rétributif de la peine, selon un triple point de vue : pour justifier le besoin de maintenir, au sein des sociétés libérales, l'existence de l'institution pénale ; pour en régler le fonctionnement et établir des critères pour le jugement pénal ; et surtout, plus fondamentalement, pour fournir une définition de la peine. Le « tournant rétributiviste » s'atteste aujourd'hui par le fait que, dans la majorité des travaux en philosophie pénale, la rétribution est reconnue comme un trait de la

¹¹⁸ Voir : Claudia CARD, « Retributive Penal Liability », *American Philosophical Quarterly Monographs*, vol. 7, 1973, p. 17-35 ; Andrew VON HIRSCH, *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1985 ; Robert NOZICK, *Philosophical Explanations*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1981, p. 366-74.

¹¹⁹ Voir : Jean-André ROUX, « La sentence indéterminée et l'idée de justice », *Revue pénitentiaire et de droit pénal. Bulletin de la Société générale des prisons*, vol. 29, n° 3, mars 1905, p. 366-372 ; Jean-Paul BRODEUR, « Réforme pénale et sentences : expériences nord-américaines », *Déviance et société*, vol. 9, n° 3, 1985, p. 165-200 ; Marc MAUER, « The causes and consequences of prison growth in the United States », in David GARLAND, *Mass Imprisonment, Social Causes and Consequences*, Londres, Sage Publication, 2001, p. 4-14 ; Michael TONRY, *Sentencing Matters*, Oxford, Oxford University Press, 1995 ; Michael TONRY (dir.), *The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1998 ; Andrew ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 195-238.

¹²⁰ Voir : Frank E. ZIMRING, « Making the Punishment Fit the Crime: A Consumer's Guide to Sentencing Reform », *Occasional Papers*, vol. 12, Chicago, University of Chicago Law School, 1977.

¹²¹ Voir : (COLLEC.) Twentieth Century Fund Task Force on Criminal Sentencing, *Fair and Certain Punishment*, New York, McGraw-Hill, 1976 ; Andreas VON HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, New York, Hill & Wang, 1976 ; Richard G. SINGER, *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge MA, Ballinger, 1979.

définition même de la peine. Il faut néanmoins distinguer deux manières d'entendre cette notion :

- en un sens *fort*, le rétributivisme prétend que l'institution pénale doit exister afin que justice soit faite et que le malfaiteur ait, comme tout le monde, ce qu'il mérite : il doit souffrir parce qu'il a fait injustement souffrir autrui, ou bien il faut lui retrancher un avantage qu'il s'est indûment arrogé. Ici, le respect de l'équité est une fin absolue, et justifie en soi l'existence de l'institution pénale, c'est pourquoi on parlera d'un rétributivisme substantiel.

- en un sens *faible*, le rétributivisme correspond à une exigence d'équité procédurale, afin que les peines ne soient appliquées qu'à des individus reconnus coupables d'une faute. Là, le respect de l'équité est un moyen, qui peut conférer de la légitimité au système pénal et lui permettre d'assurer un autre rôle, d'intimidation collective par exemple. Il s'agit d'un rétributivisme procédural.

Néanmoins, en ce dernier sens, il paraît difficile de ne pas être rétributiviste. C'est ce que l'on peut retenir de cette distinction telle que Joel Feinberg la formule :

[...] dans son sens le plus faible, le terme "rétributif" peut ne renvoyer qu'aux conditions de l'équité procédurale que tous les théoriciens de la peine doivent reconnaître, selon lesquelles il n'y a pas de peine sans culpabilité légale, l'intensité de la peine doit être proportionnelle au degré d'imputabilité et réduite proportionnellement au degré de non-responsabilité, et ainsi de suite. Dans ce sens du terme "rétributif", nous sommes (presque) tous rétributivistes. Quelle que soit la fonction du droit pénal, il doit être appliqué équitablement. Pourtant, la plupart des théories labellisées "rétributivistes" affirment que rendre aux malfaiteurs ce qu'ils méritent est *précisément* la fonction du système du droit pénal (ainsi que réduire le niveau de délinquance par l'exemple et son effet d'intimidation). En somme, le rétributivisme fait de la rétribution un élément de justification du droit pénal et non une simple condition dérivée de l'équité procédurale¹²².

Selon le philosophe américain, le rétributivisme procédural rend explicite une évidence morale largement répandue : pour que la procédure soit équitable, il faut que la culpabilité de l'accusé soit prouvée et que la condamnation soit proportionnée à la gravité des faits et à son degré de responsabilité. Au-delà d'être une intuition morale, l'équité procédurale imprègne les principes du droit positif : culpabilité et imputabilité forment les deux piliers de la responsabilité pénale ; le principe de proportionnalité accorde la peine prononcée à la gravité de l'infraction. L'équité procédurale vise ainsi à compenser les limites de l'égalité des individus devant la loi, qui garantit à tous le même traitement et les mêmes droits mais ne tient pas suffisamment compte de leur situation individuelle.

Néanmoins, si cette exigence d'équité montre qu'il est moralement permis de punir, elle ne justifie pas le fait que cette pratique soit moralement obligatoire. Dans son application,

¹²² Joel FEINBERG, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. IV, New York-Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 355-356, note 53.

la défense d'un rétributivisme faible revient ainsi, le plus souvent, à implémenter des règles déontologiques, qui interdisent *in fine* la punition de l'innocent, au cœur d'une institution pénale défendue pour son utilité préventive. C'est pourquoi il faut distinguer ce rétributivisme procédural de sa version substantielle qui pose, au contraire, que le criminel doit être puni parce qu'il a choisi d'agir de façon mauvaise. Ce rétributivisme au sens fort affirme la validité d'un lien analytique et *a priori* entre l'infraction et la sanction : autrement dit, pour un rétributiviste achevé, le crime appelle la peine. Pour Antony Duff, le rétributivisme substantiel implique de rechercher le critère de l'incrimination dans la nature immorale du crime :

Car le droit pénal définit le crime non seulement comme un comportement interdit, mais aussi comme un genre de tort : que notre enquête soit analytique (portant sur le concept de crime) ou normative (relative aux types de comportements qui, si tant est qu'ils aient lieu, devraient être incriminés), nous devons par conséquent nous concentrer sur cette notion de tort¹²³.

Pour considérer la peine comme étant liée *a priori* au crime, il faut détailler les conditions dans lesquelles l'incrimination correspond à un comportement moralement répréhensible. Si le rétributivisme moral parvient à démontrer qu'une certaine classe d'actes mérite d'être punie, alors il fournit en même temps un critère normatif pour établir la frontière entre deux scandales moraux : l'impunité et la surpénalisation. Le rétributivisme substantiel veut ainsi rendre raison de l'indignation spontanément ressentie à l'égard du traitement différentiel réservée à la « criminalité en col blanc », ou face à la criminalisation de pratiques sexuelles au nom de la tradition. Mais il doit, en premier lieu, démontrer l'immoralité intrinsèque du crime.

La nature du crime dans le rétributivisme substantiel

L'idée que le crime, au sens large regroupant les délits et les crimes du droit positif¹²⁴, est une conduite moralement mauvaise n'implique pas que la réciproque soit vraie. Rien ne permet de présumer en effet que toute conduite mauvaise soit incriminable. Le crime constitue donc un type spécifique de tort ou de mal. C'est l'une des difficultés que rencontre le rétributivisme substantiel : il ne peut pas prendre appui sur les critères positifs de l'incrimination, car il rejoindrait alors la conception juridique de la rétribution qui ne distingue pas entre *mala in se* et *mala prohibita*.

¹²³ Antony DUFF, s. v. « Legal punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, op. cit.

¹²⁴ Je mets ici de côté le régime des contraventions pour leur moindre gravité et l'indifférence générale de la communauté à leur égard. Sauf mention spéciale, elles sont tenues à l'écart des discussions en philosophie pénale, ainsi que du présent travail.

Une littérature très abondante s'est penchée sur ce problème. Ce courant n'offre pas de consensus sur les conditions nécessaires à l'analyse du crime comme à la définition de la peine, mais pour résumer, chaque version fonde la peine sur une forme de rétribution. Il en découle plusieurs types de rétributivisme substantiel. En suivant la typologie de David Boonin, il est possible d'en distinguer cinq, qui varient selon que la peine est définie comme : ce que *mérite* le coupable ; une *pénalité* consentie par les partenaires ; un *devoir* de souffrance devant le mal commis ; une *dette* contractée par le criminel ; et enfin, un *gage* de confiance mutuelle entre les individus¹²⁵.

À l'égard de la nature du crime, Antony Duff propose de retenir trois traits saillants, communs aux différents types de rétributivisme, pour isoler le crime dans l'ensemble des conduites mauvaises¹²⁶ :

- il faut que la conduite en question soit *publiquement reconnaissable*, c'est-à-dire que chaque membre de la communauté soit capable d'identifier le tort subi et de se mettre à la place des victimes – l'infraction pénale renvoie ainsi à la notion de trouble à l'ordre public¹²⁷ ;

- il faut qu'elle constitue une action *inéquitable*, au sens où, par son acte, le criminel s'arrogue un avantage indu par rapport aux autres et entame ainsi les conditions de la coopération sociale : le crime réduit donc la confiance que les individus se portent entre eux ;

- enfin, il faut que la conduite soit *nuisible*, au sens où l'acte prive un individu de sa vie, de son corps, de ses biens ou de ses droits, contre son gré.

Pour résumer, le crime est donc un mal ou un tort qui réunit trois éléments : une *offense* envers la communauté, un *passe-droit* à l'égard d'autrui et une *violence* sur la victime. Ces trois traits fournissent autant de critères pour distinguer moralement les conduites punissables, par contraste, notamment, avec les délits civils. En effet, si cette catégorie de délits désigne des conduites préjudiciables, qui lèsent, de manière imméritée, les individus, seules les infractions pénales entament les conditions de l'équité sociale et ont un caractère public. Les conduites définies comme des délits civils opposent en effet les individus privés entre eux, selon leurs intérêts particuliers, non un individu à la communauté et à l'intérêt général. C'est pourquoi, dans les affaires civiles, la plainte et l'action en justice restent à l'initiative de la victime, au contraire de la procédure pénale engagée par le ministère public est chargé de défendre l'intérêt général et d'assurer l'effectivité du droit, comme le montrent

¹²⁵ Voir sur ce point David BOONIN, *The Problem of Punishment*, New York, Cambridge University Press, 2008, chapitre III « The retributivist solution ».

¹²⁶ Antony DUFF, s. v. « Legal punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, op. cit.

¹²⁷ Lawrence C. BECKER, « Criminal Attempts and the Theory of the Law of Crimes », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 3, 1974, p. 262-294.

les références au « peuple », à la « communauté » ou à « l'État » dans les débats et dans l'énoncé de la condamnation¹²⁸.

Les perceptions sociales attachées aux individus condamnés pénalement manifestent également la spécificité morale de l'acte criminel. Dans sa dimension d'acte inéquitable, le crime fait apparaître le délinquant sous la figure du passager clandestin (ou *freerider*) et de l'usurpateur¹²⁹ : il satisfait en effet ses intérêts de façon avantageuse, sans se soumettre aux mêmes obligations que les autres, tout en profitant malgré tout de leur obéissance à la loi. C'est pourquoi, il est triplement préjudiciable : il constitue un mal ou un tort pour une personne privée, mais, à la différence du délit civil, il ébranle également la confiance réciproque et fragilise enfin la légitimité publique de la loi¹³⁰.

Si au plan du droit positif la notion de victime est employée indistinctement dans les affaires civiles et pénales, son sens doit être distingué. À la différence du délit civil tout crime constitue une offense ; cette dimension publique joue donc sur la délimitation du statut de victime. On l'associe certes à l'individu qui subit le dommage, mais également, de manière virtuelle, à la communauté toute entière. Le crime entame l'intégrité physique ou morale d'un particulier, mais il constitue aussi une injure envers la communauté. Ainsi, pour Duff, le sujet qui en est victime possède une dimension inclusive, il s'identifie à un « nous »¹³¹. En matière pénale, être une victime constitue donc une condition morale, à laquelle chaque membre de la communauté peut s'identifier.

Cette définition insiste sur trois conditions pour incriminer une conduite moralement mauvaise : le crime est une offense (une injure collective), un passe-droit (un privilège indu) et une violence (un dommage non-consenti). Le rétributivisme moral soutient donc une conception substantielle du crime, dont on peut alors déduire trois règles : pour établir le spectre de l'incrimination, la définition du rôle de l'institution pénale et les modalités de la distribution des peines.

Cette théorie morale pose d'abord une règle claire à l'incrimination, en discriminant, parmi les comportements moralement mauvais, ceux qui doivent constituer des infractions pénales. En fondant le devoir de punir, elle a pour effet de le délimiter idéalement et de fixer

¹²⁸ Voir Jeffrie G. MURPHY et Jules L. COLEMAN (dir.), *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Boulder, Westview Press, 1990, chapitre 3, « Crime and Punishment » ; Grant LAMOND, « What is a crime? », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, 2007, p. 609-632.

¹²⁹ Voir Jeffrie G. MURPHY, « Marxism and Retribution », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, 1973, p. 217-243.

¹³⁰ Voir Susan DIMOCK, « Retributivism and Trust », *Law and Philosophy*, vol. 16, n° 1, 1997, p. 37-62.

¹³¹ Voir Sandra E. MARSHALL et Antony DUFF, « Criminalization and Sharing Wrongs », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 11, n° 1, 1998, p. 7-22 ; Antony DUFF, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

le seuil entre impunité et excès de punition. Mais elle permet également de délimiter les conditions du droit de punir. Deux autres règles peuvent en effet être déduites de l'analyse de la nature du crime.

La première concerne la définition de la peine, qui, pour contrebalancer chaque aspect du crime, doit être publique, rétributive et afflictive. La relation entre le crime et la peine relève en effet d'un lien analytique, d'implication conceptuelle : chaque élément de la nature du crime se retrouve de manière symétriquement inverse dans la définition de la peine. Pour le rétributivisme moral, la peine constitue une rétribution à trois égards :

- elle est une réaction *publique*, pour répondre à l'offense, c'est pourquoi elle relève du pouvoir de l'État, par contraste avec l'institution domestique et privée de la punition ;
- une sentence *répressive*, afin de priver le condamné des capacités ou des avantages qu'il s'est indûment arrogés ;
- et, enfin, elle implique une *souffrance*, en raison de la violence que l'individu reconnu coupable a fait subir à la victime.

Une seconde règle, portant sur la distribution des peines, peut être déduite de ce dernier aspect : seuls les individus qui ont commis une conduite suffisamment mauvaise pour être incriminée doivent être punis. Le rétributivisme substantiel circonscrit donc à l'avance le patient de la peine, et limite l'imputation à celles et ceux qui le méritent. Ces trois règles – d'incrimination, de sanction et de distribution – sont toute trois déduites de la gravité morale de l'acte criminel.

Cette théorie morale offre ainsi de bons services pour faire rempart à l'inflation des motifs d'incrimination et de pénalisation dans le contexte de la Défense sociale des années 1950-1960, mais également des politiques sécuritaires contemporaines¹³². Que le crime implique l'obligation de punir permet de définir l'impunité comme étant immorale, mais en même temps d'éviter la surpénalisation et les effets pervers des programmes de réformation du condamné. Cependant, le rétributivisme paraît moins convaincant à deux égards : d'une part, dans sa prétention à fournir un critère positif à l'incrimination, de façon à fonder l'obligation morale de punir une certaine classe d'actes ; et d'autre part, pour justifier les

¹³² Raphaële Parizot souligne les effets perniciose sur l'extension de la responsabilité pénale d'un droit pénal à visée sécuritaire : « Il ne fait pas de doute qu'on assiste à la mutation d'un droit pénal classique caractérisé par une vocation conservatrice, réactive, vers un droit pénal interventionniste, actif, propulsif. Imposée par le *diktat* de la sécurité, une telle réorientation du droit ne dispense pas de tout contrôle. Tout n'est pas acceptable et l'on peut douter de la nécessité d'une responsabilité pénale si élargie. » Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ, 2010, p. 30.

raisons pour lesquelles la peine doit reproduire de manière symétrique le mal ou le tort commis, et reproduire le crime dans ses modalités et son *quantum*.

3.2. Le spectre de la vengeance

Incrimination et distribution

Au plan descriptif, il est parfois difficile d'identifier les motifs et les intentions qui président à l'incrimination. Si l'on revient aux thèses de Kelsen, la seule condition pour y parvenir serait que la règle pénale énonce explicitement les raisons de fond qui la justifient¹³³. Or, dans la majorité des systèmes pénaux, elle ne le fait pas. Le mode d'énonciation de la peine fait même écran au devoir que la norme pénale prescrit et, au-delà, aux intérêts qu'elle sauvegarde. On ne trouve pas, parmi les énoncés explicites du droit, la formulation claire des raisons du devoir de punir si l'on s'en tient à la définition de l'infraction. L'énoncé de la loi pénale ne permet pas d'identifier directement les principes et les valeurs qui sont à la source de l'incrimination. Le contenu de la sanction, malgré sa référence implicite à une norme sociale de conduite, ne fournit pas les critères qui ont motivé l'incrimination de tel acte, ni ceux qui justifient la modalité de la sanction retenue et la délimitation de la responsabilité pénale en prévoyant les cas de non-imputabilité, d'excuse ou les faits justificatifs¹³⁴. La nature du rapport entre les normes pénales de sanction (norme conditionnelle) et les normes de

¹³³ « Si nous entendons définir le concept de délit conformément aux principes d'une théorie pure du droit, alors les "buts de l'ordre juridique" ou "l'objectif du législateur" ne seront inclus dans la définition que dans la mesure où ils sont exprimés dans les textes issus de la procédure de création du droit, s'ils entrent dans le contenu juridique. Faute de quoi, le concept de délit ne serait pas un concept juridique. » Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 102.

¹³⁴ Une importante littérature aborde les questions de l'intention criminelle, des excuses et de la négligence, du point de vue des problèmes de justification morale et d'agentivité pratique sous-jacents à ces notions juridiques. Voir entre autres : Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1968, en particulier le chapitre 5, « Intention and Punishment » ; Donald DAVIDSON, *Essays on Action and Events*, Oxford-New York, Clarendon Press/Oxford University Press, 1980 ; Gideon YAFFE, « Recent Work on Addiction and Responsible Agency », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 30, n° 2, 2001, p. 178-221 ; Gideon YAFFE, « Indoctrination, Coercion and Freedom of Will », *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 67, n° 2, 2003, p. 335-356 ; Antony DUFF, « Virtue, Vice and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law ? », *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 6, n° 1, 2002, p. 147-184 ; Michael S. MOORE, « Intention as a Marker of Moral Culpability and Legal Punishability », in Anthony DUFF et Stuart P. GREEN (dir.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011, p. 179 et suiv.

conduite (norme substantielle), auxquelles elles font implicitement référence, ne peut donc pas être réglée *a priori*.

Le doute s'impose d'autant plus si l'on admet que le droit attache des peines à des actes qui ne constituent pas toujours, du moins pas de manière évidente, des conduites manifestement immorales, c'est-à-dire des *mala in se*¹³⁵. Dans la majorité des systèmes pénaux, le caractère mauvais des infractions n'est en effet ni évident, ni transparent. Dans certains cas, l'imputation de la peine est la conséquence de transgressions claires envers des principes comme la sécurité, la liberté ou l'égalité. Ces violations contredisent des valeurs faisant consensus, et lèsent des individus privés autant que la communauté publique : par exemple, la corruption ou les crimes de sang. Mais lorsque le caractère répréhensible d'une conduite n'est pas manifeste, lorsque le dommage est consenti ou que seule la morale traditionnelle est atteinte, la législation pénale peut faire l'objet d'un profond désaccord.

Pour un rétributiviste, il serait donc moralement interdit de punir l'auteur d'un crime dit « sans victime », engagé à dessein dans une conduite dangereuse ou néfaste, comme les pratiques sadomasochistes ou la consommation de stupéfiants¹³⁶. De telles incriminations reposent, semble-t-il, sur l'affirmation de standards qui sont autant de devoirs envers soi-même, déduits de la valeur de l'existence humaine et de sa dignité. Mais, pour affirmer au contraire que ces crimes méritent rétribution, il faudrait rendre compte de la supériorité morale de ces valeurs, contre les tenants, par exemple, de la liberté négative, autrement dit d'une absence maximale de restrictions. Le fait que certaines incriminations soient éminemment contestées montre *de facto* la difficulté à appliquer le rétributivisme substantiel. Il requiert en effet de réviser les définitions ordinaires et positives de l'infraction pénale. C'est pourquoi il apparaît que le rétributivisme substantiel fournit un critère d'incrimination idéal : selon ce critère, le droit pénal se restreint à une unique source – le sentiment moral du mérite ou le principe de l'équité – qui impose de réformer le droit réel.

Cet aspect idéal du rétributivisme est souligné dans la défense critique qu'en formule Jeffrie G. Murphy dans un article de 1973 intitulé « Marxism and Retribution ». Dans un environnement qui est au départ marqué par de fortes inégalités socio-économiques, il apparaît délicat en effet de soutenir que le délinquant mérite d'être puni. Mais l'insistance sur

¹³⁵ Voir Neil MACCORMICK, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 207-222.

¹³⁶ Les « crimes sans victime » ont été thématiques et décrits à l'origine par le sociologue américain Edwin M. Schur. Voir Edwin M. SCHUR, *Crimes Without Victims: Deviant Behavior and Public Policy. Abortion, Homosexuality, Drug Addiction*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1965 ; Edwin M. SCHUR et Hugo A. BEDAU, *Victimless Crimes: Two Sides of a Controversy*, New York, The New York Times Company, 1973. Voir également Joel FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. III, New York-Oxford, Oxford University Press, 1986 ; et Joel FEINBERG, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. IV, *op. cit.*

la dimension irréductiblement rétributive de la peine peut servir de levier pour défendre une position critique à l'égard des législations pénales existantes : la peine étant une pratique rétributive, elle vise à infliger une souffrance ; or si l'on démontre que le délinquant est lui-même dans une position sociale qui est au départ défavorable, qu'il n'a pas réellement obtenu ce à quoi il avait droit à titre de sujet juridique ou de partenaire social, alors certaines condamnations apparaissent elles-mêmes injustes. Sans défendre une position abolitionniste, Jeffrie G. Murphy défend donc qu'étant donné les disparités socio-économiques qui caractérisent les sociétés libérales, les pratiques pénales sont largement inéquitables. Son argument prend donc appui sur le rétributivisme substantiel comme théorie idéale¹³⁷.

À côté de la règle d'incrimination, le rétributivisme prétend aussi justifier la distribution des peines. Le rétributivisme substantiel ne vise en effet pas seulement à systématiser l'intuition morale selon laquelle seule une punition méritée est autorisée, comme le défend le rétributivisme procédural. La version forte du rétributivisme soutient que le sentiment du mérite fonde une obligation de punir, au nom de l'équité sociale : qui a offensé doit être blâmé, qui s'est arrogé un avantage doit en être privé, qui a exercé une violence doit être châtié. La peine est ainsi méritée parce qu'elle découle, de manière rétrospective, de l'offense ou du mal commis par le coupable, et elle ne doit pas être justifiée en raison des bonnes conséquences qui pourraient en découler. L'exigence du mérite exclut que la punition puisse servir à autre chose qu'à la rétribution du criminel, et donc que ses modalités ne reproduisent pas symétriquement la nature de l'acte condamné.

Le rétributivisme substantiel manifeste ici une double prétention cognitive¹³⁸ : il serait apte à déterminer avec assurance quelle forme et quelle intensité la sentence doit avoir¹³⁹ ; et il considère comme évident que, si le coupable mérite d'être puni, l'organe judiciaire (dans le cas de la peine légale) est par conséquent autorisé à le faire¹⁴⁰. Or, le passage du plan de la

¹³⁷ Jeffrie G. MURPHY, « Marxism and Retribution », *op. cit.* Pour des approches abolitionnistes qui s'appuient sur le déficit d'égalité des individus au départ pour montrer que l'institution pénale, de la criminalisation à l'application des sanctions, ne peut pas être équitable, voir : Nils CHRISTIE, « Conflicts as Property », *British Journal of Criminology*, vol. 17, 1977, p. 1-15 ; Nils CHRISTIE, *Limits to Pain*, *op. cit.* ; Louk HULSMAN, « Critical Criminology and the Concept of Crime », *Contemporary Crises*, 10, 1986, p. 63-80 ; Herman BIANCHI, *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control*, Bloomington, Indiana University Press, 1994, p. 71-97.

¹³⁸ On peut se référer à Michael S. MOORE, « The Moral Worth of Retribution », in Ferdinand D. SCHOEMAN (dir.), *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987 ; Igor PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, Atlantic Highlands, Humanities Press, 1989.

¹³⁹ Hugo A. BEDAU, « Retribution and the Theory of Punishment », *Journal of Philosophy*, vol. 75, n° 11, 1978, p. 601-620.

¹⁴⁰ Jeffrie G. MURPHY, « Marxism and Retribution », *op. cit.* ; Jeffrie G. MURPHY, « Retributivism, moral education and the liberal state », *Criminal Justice Ethics*, vol. 4, n° 1, 1985, p. 3-11.

distribution à celui de la définition et du *quantum* de la peine constitue l'un des points de fragilité de cette théorie.

Il faudrait, d'une part, montrer que la peine est une conséquence déduite de la protection légale de la sécurité, des biens et des capacités dont jouit l'individu ; et, d'autre part, que la nature et l'intensité de la rétribution peuvent être précisément déterminés. Le rétributivisme substantiel s'appuie traditionnellement sur une traduction juridique de la loi du talion¹⁴¹. L'implémentation de ce principe dans le droit affronte néanmoins plusieurs objections : on peut certes déduire de ce principe coutumier une règle de proportionnalité et de réciprocité ; mais la norme qui en découle peut autant être satisfaite par une peine que par une sanction qui ne diminue pas le criminel, à l'instar d'une réparation¹⁴².

En outre, l'exigence de sévérité égale au mal commis ne fournit qu'un repère flou, parce que seulement intuitif, à la fixation du *quantum* de la peine. C'est pourquoi Hugo A. Bedau et Erin Kelly reprochent au rétributivisme substantiel de ne jamais vraiment trancher entre une conception légaliste de la rétribution, qui soutient que le criminel mérite simplement de recevoir la sanction qui est prévue par la loi, et une conception moralisante, qui soutient que le criminel mérite de souffrir en raison et à hauteur du mal qu'il a commis¹⁴³.

Ils ajoutent à leur critique qu'une fois qu'il a été établi que le prévenu méritait d'être puni, le rétributivisme moral ne permet de déterminer avec assurance la peine particulière à appliquer : « Il n'y a pas de manière qui ne soit pas arbitraire de fixer les limites de la sévérité minimale ou maximale de l'échelle des peines ni les intervalles entre les peines voisines au sein de cette échelle¹⁴⁴. » La règle de proportionnalité n'offre pas de critère sûr pour parvenir à une représentation claire de l'échelle des peines¹⁴⁵ : pour un même délit ou un même crime, plusieurs peines sont envisageables. Aucune sentence précise ne s'impose par définition. C'est d'ailleurs pour répondre à cette insuffisance que les philosophes américains défendent le

¹⁴¹ Michael DAVIS, *To Make the Punishment Fit the Crime: Essays in the Theory of Criminal Justice*, Boulder, Westview Press, 1992, p. 42-68.

¹⁴² Alors que la formule « vie pour vie » qui se trouve dans l'*Exode* (XXI, 22-24) a été interprétée traditionnellement comme impliquant le talion, c'est-à-dire la mise à mort du meurtrier, certains travaux proposent d'y voir plutôt une idée de substitution ou de remplacement, ce que suggère un autre passage du *Lévitique* : « Celui qui frappera un animal mortellement le remplacera vie pour vie », qui fonde l'obligation de remplacer l'animal mort par un animal vivant. Voir M.-H. PREVOST, « À propos du talion » [1977], cité dans Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴³ Hugo A. BEDAU et Erin KELLY, s. v. « Punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, *op. cit.*

¹⁴⁴ « Par conséquent, toute échelle des peines qui prétend incorporer des principes rétributifs échoue nécessairement dans la mesure où aucune peine donnée ne peut être justifiée par ces seuls principes. » *Ibid.*

¹⁴⁵ Edmund PINCOFFS, « Are Questions of Desert Decidable? », in Jerry B. CEDERBLUM et William L. BLIZEK (dir.), *Justice and Punishment*, Cambridge MA, Ballinger, 1977, p. 75-88.

recours à des critères conséquentialistes afin de remplir les silences du rétributivisme substantiel. Cette hypothèse peut donner lieu à deux cas de figure :

- selon le premier, la peine est redéfinie comme un instrument de coercition bénéfique à la sécurité collective. Le rétributivisme est ici restreint à sa version procédurale. Il concerne uniquement la distribution des peines : des règles rétributives sont implémentées, à titre de contraintes secondaires, pour assurer que la mise en œuvre de l'institution pénale respecte les droits individuels afin que seuls celles et ceux qui le méritent soient punis. À l'instar de l'utilitarisme pénal de Bentham, cette hypothèse minore toutefois le caractère inexorablement rétributif et afflictif de la peine.

- La seconde hypothèse de Bedau et Kelly est inverse à la première : elle consiste à compléter localement le rétributivisme, en insérant des considérations conséquentialistes au cours du jugement pénal. L'institution pénale demeure alors, en son principe général, une institution rétributive : elle existe parce que certains actes méritent d'être blâmés et que certains individus doivent être diminués et châtiés. Mais la distribution des peines prend en compte certains effets intentionnels, comme le caractère exemplaire de la condamnation ou les chances de réhabilitation de l'individu.

Le vindicatif et le vindicatoire (Verdier)

L'indétermination des règles d'incrimination et de distribution des peines pose problème au sein du rétributivisme substantiel : comment justifier que tout crime doit être uni ? et comment être certain que le *quantum* et les modalités de la peine reproduisent à l'identique le mal commis, afin de rendre au criminel « la monnaie de sa pièce » ? En posant les conditions du devoir moral de rétribuer le crime, il se peut donc qu'un droit pénal rétributiviste ne fasse pas autre chose que de permettre à la communauté d'assouvir son désir de vengeance contre le criminel.

Le rétributivisme substantiel ne prétend pas, en effet, garantir qu'en réalité les actes incriminés sont toujours des fautes morales, ni que les individus punis le méritent effectivement. Mais, il soutient que la réprobation, la diminution et la souffrance de l'individu coupable sont des biens en soi. Or, insister ainsi sur la valeur intrinsèque de la peine, c'est la définir comme une expiation : elle est infligée en signe de réponse à la faute commise, pour apaiser la colère publique. La question se pose alors de savoir si, sous ce visage, la peine ne constitue pas en fait une forme de vengeance socialement organisée.

Pour un conséquentialiste comme le philosophe du droit Herbert L. A. Hart, la dimension expiatoire de la peine apparaît en effet entourée d'une aura de magie : cette forme de purification par le mal renvoie la peine à un rituel religieux, et contredit les principes de tolérance et de pluralisme moral affichés par les démocraties libérales. Défendue au nom d'une exigence de rétribution, l'institution pénale se trouve associée à « une mystérieuse opération d'alchimie morale par laquelle la combinaison de deux maux, la méchanceté morale et la souffrance, est transformée en un bien¹⁴⁶ ». Le philosophe anglais met ainsi en doute la fonction rédemptrice de la peine afflictive.

On peut non seulement soupçonner que l'exigence de rétribution masque en fait un désir de vengeance, mais aussi et surtout que l'application du rétributivisme substantiel au droit positif donne prise à la satisfaction des sentiments vindicatifs. Il n'est pas question de dire qu'un droit pénal rétributiviste laisserait libre cours aux émotions et aux désirs vindicatifs, mais qu'il leur donne une place et, étant donné la symétrie des crimes et des peines et l'identification de la peine à un juste dû, qu'il les purge. Ce soupçon exige ainsi de savoir s'il faut vraiment s'inquiéter de ce que la peine demeure hantée par la vengeance¹⁴⁷.

La vengeance se présente comme une action à travers laquelle une personne offensée inflige un mal à son offenseur. Elle se distingue de la peine parce qu'elle est accomplie uniquement en réaction au mal commis et par ressentiment ; et elle se démarque de l'acte d'hostilité parce qu'elle suppose une offense, un dommage ou un outrage premiers. On peut la présenter schématiquement sous cinq traits¹⁴⁸ :

- la vengeance est *démesurée*, parce qu'elle outrepassé l'exigence de réparation et qu'elle découle de la colère et de l'emportement de l'individu offensé ;
- elle est *interminable*, parce qu'elle reproduit de façon mimétique l'offense initiale, en ouvrant un cycle de contre-violence qui se répète de génération en génération.

¹⁴⁶ Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, *op. cit.*, p. 234-235.

¹⁴⁷ L'identification de la peine à la vengeance demeure source d'un malaise profond et immédiat, sans que l'on sache vraiment pourquoi. C'est ce que souligne Magali Bessone : « [La justice pénale] relève du même concept et du même processus psychologique que la vengeance. Mais si c'est bien la conscience pénale de la modernité dont Nietzsche analyse les ressorts, alors ce diagnostic porté sur nos croyances morales ne nous permet pas de comprendre ce qui, dans nos conceptions intuitives de la justice pénale, la distingue fondamentalement de la vengeance, ce qui provoque en nous un sentiment de scandale lorsqu'elle se met à ressembler à la vengeance. » Magali BESSONE, « Ressentiment et sentiment d'injustice : quels enjeux pour la justice pénale ? » in Antoine GRANDJEAN et Florent GUENARD (dir.), *Le Ressentiment, passion sociale*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012, p. 183-198, p. 185.

¹⁴⁸ Nous suivons ici l'article encyclopédique de Gérard COURTOIS, *s. v.* « Vengeance », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 1507-1510.

- elle est *archaïque*, parce qu'elle a été progressivement refoulée à la suite de l'étatisation de la contrainte et de la captation de la violence individuelle par l'autorité publique ;

- elle est *illusoire*, parce qu'elle voudrait défaire ce qui irréversible, annuler le mal passé et effacer ses mauvaises conséquences ;

- elle est *passionnelle*, parce qu'elle se veut être une réaction directe à la souffrance en contournant les médiations du langage et du droit.

Toutefois, dans son caractère anhistorique, cette description ne représente pas l'ensemble d'actes et de phénomènes que peut désigner le terme de vengeance. Ces cinq traits apparaissent plutôt comme des raisons de disqualifier les actes vindicatifs par comparaison avec le droit pénal. Comme le précise Gérard Courtois dans son article, ils portent davantage sur les perceptions sociales attachées à la vengeance. On peut donc comprendre qu'il s'agit d'un ensemble de préjugés communs, qui concernent les dispositions mentales de l'individu qui se venge et les effets prévus des actes vindicatifs. Mais l'acte n'est pas cerné en lui-même, ce qui incite à croire que la vengeance n'a de valeur, morale ou symbolique, que relative à une certaine conception du droit de punir.

Dans l'imaginaire véhiculé par la vengeance, qui peut autant exprimer la fascination que la répulsion, la vengeance apparaît en effet comme le double inversé de la punition, sa figure repoussoir, son spectre. Tenue d'emblée pour déraisonnable, elle est discréditée par avance dans sa comparaison avec la peine comme institution juridique. L'affirmation d'un écart infranchissable entre la vengeance et la peine peut ainsi avoir pour fonction de présumer la légitimité de la peine.

Cependant, cette critique n'explique pas pourquoi la crainte que le droit ne soit que le masque officiel à la perpétuation de la vengeance n'est jamais éliminée. De fait, les actes vindicatifs parviennent à se rappeler aux mémoires et engendrent des cycles de représailles dans des contextes sociaux divers, avec ou sans autorité étatique centralisée. Or, ce constat n'est pas intelligible si l'on réduit la vengeance à une explosion passionnelle qui vise à répondre au mal d'un individu particulier. Il faut, au contraire, faire l'hypothèse qu'il existe des règles et des coutumes qui permettent l'expression des émotions et des sentiments vindicatifs et dont la validité perdure après épuisement de ces états affectifs. De nombreuses sociétés tribales connaissent ainsi des systèmes normatifs qui entretiennent les sentiments et les actes vindicatifs à travers des exigences rétributives, visant la reconnaissance du tort et la

diminution de l'offenseur ou de son groupe d'appartenance¹⁴⁹ : c'est ce que les anthropologues Gérard Courtois et Raymond Verdier nomment le « vindicatoire ».

Leurs travaux en anthropologie politique permettent de distinguer trois grandes formes de conflit au sein des rapports sociaux : l'identité, l'adversité et l'hostilité¹⁵⁰. La peine affirme un rapport d'identité alors que la vengeance, par comparaison, suppose une relation d'adversité. Verdier écrit ainsi :

Il y a d'abord une distance sociale propre aux partenaires de la vengeance, qui permutent leurs rôles actif et passif ; nous l'avons appelée relation d'adversité et distinguée d'une part de la relation d'identité, d'autre part de celle d'hostilité¹⁵¹.

L'étude des systèmes vindicatoires, principalement menée dans les sociétés sans appareil coercitif centralisé, amène néanmoins à souligner la proximité de la vengeance et de la sanction pénale en soulignant les points communs entre ces deux pratiques :

- le recours à une forme de responsabilité *personnelle*, imputée à l'offenseur ou à son groupe ;

- la nature *intentionnelle* du châtement, qui vise non seulement à réparer et à réaffirmer la puissance du groupe mais aussi, en répétant l'offense à l'identique, à en contester l'irréversibilité et à l'annuler symboliquement ;

- l'intervention de *médiateurs*, qualifiés par exemple par les autorités religieuses : cette intervention a notamment lieu dans les pratiques vindicatoires lorsque la rétribution par équivalent est préférée à la vengeance de sang, ce qui arrive notamment dans les cas de dommage accidentel. L'individu qui se venge exige alors le prix du sang ou une compensation, comme dans le mécanisme de la *restitutio in integrum* en matière civile.

- la valeur *publique* des actes de vengeance : les règles vindicatoires ne concernent ni les individus proches au niveau domestique ou familial – dans ce cas l'agresseur est tenu pour fou ou déviant – ni entre étrangers – dans ce cas il y a conflit guerrier – mais entre groupes qui entretiennent déjà des liens d'échanges économiques ou symboliques¹⁵².

Il en découle que la vengeance est une institution sociale, qui obéit à des règles d'imputation et de distribution et possède un intérêt pour la communauté dans son ensemble.

¹⁴⁹ Raymond VERDIER (dir.), *Vengeance et pouvoir dans quelques sociétés extra-occidentales. La Vengeance*, t. I, Paris, Cujas, 1981.

¹⁵⁰ Cette typologie est empruntée à : Raymond VERDIER, « Le système vindicatoire, Esquisse théorique », in *ibid.*, p. 13-42.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 34.

¹⁵² Dans la typologie des relations sociales que bâtit Raymond Verdier, la violence attachée à la peine correspond à l'identité, alors que la vengeance ou la guerre sont respectivement comprises dans les types de l'adversité et de l'hostilité : Raymond VERDIER, « Le système vindicatoire, Esquisse théorique », in Raymond VERDIER (dir.), *Vengeance et pouvoir dans quelques sociétés extra-occidentales, op. cit.*, p. 34.

Il serait donc abusif de la réduire à un acte passionnel, qui s'abat sur un individu pris au hasard, de façon immédiate et seulement au profit particulier de celui qui se venge ou de sa famille. Les phénomènes de vengeance désignent un ordre symbolique qui prévoit les causes possibles, les modalités acceptables, les délais et la nature des actes vindicatifs. C'est pourquoi Gérard Courtois conclut, dans son article, que les caractères traditionnels de la vengeance fournissent un portrait des sentiments vindicatifs, et des perceptions sociales qui y sont attachées, mais pas des institutions vindicatoires. On peut en déduire, par conséquent, qu'il existe une forte continuité entre système vindicatoire et institution pénale¹⁵³.

Désir de vengeance et raisons de punir

L'institution pénale entretient dans son fond et dans sa forme de nombreuses affinités avec les systèmes vindicatoires : la sanction est individualisée, l'infacteur se trouve toujours confronté au groupe qu'il a offensé, sauf que celui-ci s'étend désormais à toute la société civile. En un sens, la solitude du criminel s'étend. L'institution pénale prolonge également les deux opérations permettant d'assouvir la vengeance : la réitération de la violence ou la compensation par équivalent. Les deux régimes de la responsabilité, civil et pénal, approfondissent seulement cette distinction. La procédure pénale témoigne également de la persistance de la vengeance : en offrant la possibilité de se constituer en partie civile, elle accorde une place aux victimes et à l'expression de leur ressentiment ou de leur colère¹⁵⁴. Les témoignages et les débats, qui incluent la narration des douleurs et des traumatismes subis, occupent une part importante de la dramaturgie du procès pénal, qui peut alors exercer un effet cathartique et thérapeutique sur les victimes¹⁵⁵. En donnant une expression publique aux raisons de leur ressentiment, le procès peut restaurer la capacité de signifier et d'agir des sujets offensés. La procédure pénale peut être interprétée dans le droit fil du vindicatoire.

C'est pourquoi la peine ne peut être définie comme une pratique étrangère, et encore moins antagonique, aux relations vindicatoires et aux passions vindicatives qui y prennent forme. Interdite en tant que phénomène privé dans les sociétés libérales contemporaines, la vengeance entretient de nombreuses affinités avec l'institution pénale. Du point de vue

¹⁵³ Voir à ce sujet : Véronique STRIMELLE et Françoise VANHAMME, « Modèles vindicatoire et pénal en concurrence ? Réflexions à partir de l'expérience autochtone », *Criminologie*, vol. 42, n° 2, 2009, p. 83-100.

¹⁵⁴ Roger MERLE, « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction (consolidation, mise au point, ou fluctuations) », in (COLLEC.), *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 397-404.

¹⁵⁵ Voir Antoine GARAPON, *L'Âne portant des reliques, essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Le Centurion, 1985.

descriptif, il n'y a qu'une différence de degré et non de nature entre le vindicatoire et le pénal, et cette différence tient seulement à la plus grande complexité des médiations qui caractérisent le droit. La division entre d'un côté des peines légitimes, et de l'autre une vengeance illégitime, apparaît donc empiriquement infondée, mais aussi purement stipulative.

Certains théoriciens, à l'instar de Robert Nozick, tentent en effet de dégager la peine de tout lien avec la vengeance, en s'appuyant sur une définition tronquée de la vengeance et des sentiments qui la motivent. Le philosophe américain insiste, par exemple, sur le caractère passionnel, égocentré et vain de la vengeance, afin de faire apparaître la peine sous le visage de la mesure et de la proportionnalité, de la nécessité et de l'impartialité. Il définit cinq critères de distinction pour séparer la justice rétributive et la vengeance, et affirme que la vengeance est strictement personnelle, au contraire de la rétribution pénale : « la vengeance possède une certaine tonalité affective, liée au plaisir de voir l'autre souffrir, au contraire de la rétribution qui n'engage pas d'émotions particulières, ou alors d'un autre ordre, comme le plaisir de voir que justice a été rendue¹⁵⁶. » L'État prohibe alors la vengeance, c'est-à-dire les actes de défense et de justice privés, en se réservant le droit d'exercer le pouvoir de punir les individus à hauteur d'actes qui sont définis comme des infractions.

Mais la portée normative d'un tel argument ressort affaiblie du fait qu'il ne prend pas toute la mesure du malaise qui entoure la peine : l'institution pénale répond à l'offense en présupposant que le coupable mérite de souffrir. L'argument de Nozick vise davantage à dissoudre le problème, en rejetant par principe le risque de cruauté du côté d'une violence archaïque, entièrement liée à la vengeance. Or, la peine est une sanction afflictive et rétributive. Elle peut ainsi avoir pour effet prévisible d'exprimer et d'assouvir les désirs de vengeance de celles et ceux qui ont été offensés ou qui s'identifient au sort des victimes. Si l'on admet la continuité entre vengeance et peine, justifier la peine doit alors viser à rendre raison des phénomènes vindicatoires, et non à les refouler.

Cette thèse rencontre cependant une objection de taille, formulée par Michael S. Moore¹⁵⁷. Le philosophe et juriste américain ne nie pas que l'attachement à la vengeance, aux penchants et aux exigences qu'elle implique, joue un rôle motivationnel dans la défense de la peine comme institution rétributive. Il n'oublie pas non plus que la peine soit en réalité, pour les individus, une manière sublimée et généralisée d'assouvir leur soif de vengeance. La peine cristallise effectivement de nombreuses émotions, dont des passions vindicatives, et elles reposent sur des règles de procédure dont certaines calquent les systèmes vindicatoires.

¹⁵⁶ Robert NOZICK, *Philosophical Explanations*, op. cit., p. 367.

¹⁵⁷ Michael S. MOORE, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 89.

Cependant, selon un argument que développe également George P. Fletcher¹⁵⁸, rétribution et vengeance ne peuvent pas être identifiées, et il faut continuer à les distinguer.

Selon Moore, la peine n'est acceptable que si elle est conforme à un impératif moral de rétribution, et non parce qu'elle permet d'assouvir la soif de vengeance des victimes ni parce qu'elle reproduit une institution vindicatoire qui est historiquement et géographiquement répandue. Quand bien même aucun système vindicatoire n'aurait existé sur terre, ni aucun sentiment vindicatif dans le cœur des hommes, l'obligation morale de rétribuer le crime est valide. Le désir ou le devoir de vengeance n'est pas une condition nécessaire à la mise en œuvre de l'institution pénale. On ne peut donc pas déduire de l'isomorphie entre la procédure pénale et le système vindicatoire, ni des émotions vindicatives inévitablement libérées par la peine, que la vengeance constitue l'une des raisons poursuivies par la rétribution pénale.

Cette objection signifie que la rétribution constitue une raison mais aussi une obligation de punir quand bien même nul ne souhaiterait se venger du coupable. La vengeance n'est donc ni nécessaire ni suffisante à la peine comme institution rétributive. La peine entretient certes des affinités de fond et de forme avec la vengeance, mais elle n'obéit pas en son principe au respect d'une règle vindicatoire, encore moins au besoin d'assouvir la colère ou le ressentiment d'un individu ou d'un groupe particulier¹⁵⁹. Le lien entre peine et vengeance est purement contingent pour Moore. Il est autorisé par les analogies entre les deux types de procédure, comme par la charge affective que la condamnation pénale peut libérer. Mais certains actes exigent d'être punis, même s'il n'y a personne dont il faut venger le tort.

Moore affirme que, d'un point de vue logique, la peine peut obéir au principe de la rétribution tout en étant indépendante du désir ou de l'obligation de venger la victime. Son objection signifie que même si la société toute entière ressent les mêmes émotions vindicatives que la victime à l'égard du criminel, cet état de fait n'est pas encore une raison de punir. Que la société civile s'identifie, ou non, au besoin ou à la demande de vengeance de la

¹⁵⁸ « Il ne convient pas plus d'identifier [le rétributivisme] à la vengeance ou aux représailles que l'amour à la luxure [...]. » George P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 417.

¹⁵⁹ On pourrait ajouter que le cadre délibératif du procès vise précisément à répondre au ressentiment des victimes pour le convertir en indignation. C'est la thèse de Magali Bessone : « [...] le ressentiment est une émotion morale s'exprimant en première personne et visant la deuxième personne, et cette émotion est essentielle pour saisir notre conception commune de la justice pénale. Ce que nous appelons justice pénale consiste en une réponse institutionnelle au ressentiment légitime éprouvé par les victimes de crimes, réponse qui vise une atténuation et une transformation (différence d'intensité et différence de nature grâce à l'intervention d'un tiers, en troisième personne) de cette émotion morale afin de préserver la paix sociale que menace l'emballement du ressentiment. » Magali BESSONE, « Ressentiment et sentiment d'injustice : quels enjeux pour la justice pénale ? » in Antoine GRANDJEAN et Florent GUENARD (dir.), *Le Ressentiment, passion sociale*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012, p. 192.

victime n'est donc pas décisif. Cette objection s'appuie ainsi sur une conception substantielle du crime : il existe des actes qui sont des maux publics, source d'iniquité et d'injustice, et qui, pour ces raisons, méritent d'être punis, quelles que soient les dispositions affectives et mentales des individus à leur égard.

L'objection de Moore rencontre cependant les limites inhérentes au rétributivisme substantiel :

- d'une part, elle sous-estime le caractère conventionnel du crime : bien que son caractère répréhensible puisse apparaître comme absolument indéniable, rien ne dit que cette évidence morale ne découle de nos réactions de réprobation spontanées. Or, comment être sûr que ces réactions ne sont pas le fruit des conventions sociales que nous avons intériorisées ? Peut-on vraiment, comme le fait Moore, isoler d'emblée la définition du crime des attitudes des victimes et de la communauté à son égard, et nier que la peine ait pour fonction d'exprimer publiquement une réprobation et un ressentiment ?

- D'autre part, Moore restreint à nouveau la définition de la peine à ses conséquences intentionnelles, sans tenir compte du contexte social dans lequel l'institution est mise en œuvre, et des fonctions qu'elle peut y avoir malgré les bonnes intentions de celles et ceux qui punissent. Dans quelle mesure une théorie de la justification de la peine peut-elle tenir compte des fonctions sociales des pratiques pénales, c'est-à-dire de leurs effets prévisibles sur les condamnés et les victimes, mais aussi sur la communauté toute entière ?

Conclusion du chapitre I

Ce chapitre a été consacré à l'analyse de la souffrance infligée par la peine : la question était de savoir si la peine est nécessairement afflictive, quelles que soient les intentions de celles et ceux qui punissent. Au plan normatif, cette dimension pénible peut être évaluée à l'aune des conséquences intentionnelles de la peine : si ces conséquences sont moralement bonnes, si les peines afflictives possèdent des effets bénéfiques parce qu'elles réduisent la part de souffrance physique ou psychique du plus grand nombre, alors il est justifiée, pour ces théories, que la peine fasse souffrir le condamné. Le châtement est alors un mal pour un bien, comme on peut le voir dans les cas où la peine parvient à dissuader, à répondre au sentiment d'insécurité, ou à amender le condamné.

Cependant, j'ai essayé de montrer qu'un tel raisonnement prend appui sur une définition stipulative du crime et de la peine : la peine est afflictive parce qu'elle est taillée pour prévenir le crime. Il est apparu, à partir de l'analyse liminaire de l'utilitarisme pénal de Bentham, que l'on ne pouvait pas se restreindre aux conséquences intentionnelles de la peine pour tenter d'en apprécier la nécessaire pénibilité. Autrement, on aboutit là à présumer le caractère instrumental de la souffrance dans les pratiques pénales, sans tenir compte de la possibilité que la souffrance du condamné possède une valeur en soi, ou au contraire qu'elle soit absurde. Il s'agit donc moins d'une description des pratiques répressives que d'une justification de la peine. Le contenu des infractions est donc moins révélateur du phénomène criminel lui-même, que de la fonction assignée à la peine dans un certain contexte social et politique. Autrement dit, le crime n'est pas donné par nature, mais il est le produit de la décision d'incriminer certaines conduites parmi d'autres. Le droit ne vient pas seulement répondre à une situation de fait qui s'appellerait « crime », mais participe au contraire pleinement à la construction des situations criminelles.

L'étude des traits définitionnels de la peine vise à la distinguer des autres sanctions du droit et à révéler les charges qui pèsent sur les théories normatives qui entendent justifier l'existence d'une telle institution. L'examen de l'infliction de la souffrance, dans sa dimension intentionnelle mais aussi seulement prévue, a conduit à interroger la nature rétributive de la peine. Affirmer que la peine est indissociable d'une certaine part de souffrance amène à en reconnaître le caractère irréductiblement rétributif : la peine n'est pas une technique de prévention qui recourt à la souffrance faute de mieux. La souffrance du condamné est toujours un effet prévu des pratiques pénales.

Or, la peine est afflictive parce qu'elle est rétributive. Le problème a été alors de savoir quel statut accorder à cette dimension de rétribution, qui est à la racine de la valeur de diminution et de privation de la peine. Si la référence à la rétribution permet de décrire la manière dont la peine impose par définition une conduite contraire aux obligations du droit, c'est-à-dire d'exercer une contrainte qui sous un autre rapport est interdite, alors la référence à la rétribution se réduit à mettre en lumière le caractère rétrospectif et itératif de la répression, qui reproduit le mal qu'elle sanctionne. On ne fait ici que souligner les spécificités de la sanction pénale dans la majorité des systèmes juridiques, et insister sur la symétrie du mal causé par le crime et du mal infligé par la peine.

C'est ce qui conduit à affirmer que la définition du mal et de la souffrance est relative aux normes du système juridique concerné. La théorie du droit de Kelsen permet en effet d'attester des caractères afflictif et rétributif de la peine, mais en un sens formel. La peine y

apparaît comme une contrepartie négative, c'est-à-dire une contrainte attachée *a priori* à la commission du délit ou du crime. La rétribution est donc inscrite au principe de la peine, mais le mal qu'elle inflige est relatif aux prescriptions que la loi vise à faire respecter, et non à une forme naturelle de violence. Cette approche, assimilable à une théorie des énoncés juridiques, évite de définir de manière subjective le tort visé par l'infraction comme la souffrance infligée par la peine. Toutefois, si la description met en valeur le caractère auto-référentiel et récursif des normes juridiques, elle ne rend pas compte des modalités pratiques d'infliction de souffrances au sein de l'institution pénale.

De nombreuses incertitudes entourent néanmoins la distribution et la détermination des peines : dans les théories rétributivistes, la modalité et le *quantum* de la peine restent moralement indéterminés et leur justification incertaine, la loi du talion demeurant un guide incertain pour estimer la proportionnalité entre peines et délits¹⁶⁰. Le soupçon, classique, selon lequel la peine ne ferait pas autre chose que d'assouvir des penchants vindicatifs latents doit cependant être récusé. Certes l'institution pénale s'apparente, d'un point de vue procédural, à un système vindicatoire, et ménage une place à la décharge symbolique de la colère et de la rancœur de la victime. Mais cette généalogie vindicatoire du pénal, qui peut être défendue du point de vue de l'anthropologie du droit, n'invalide pas pour autant les arguments normatifs avancés par le rétributivisme :

- d'une part, pour les tenants du rétributivisme, loin de rendre la rétribution suspecte et d'en annuler la valeur normative, les généalogies de la peine laissent intacte le plan des *raisons* invoquées pour punir : il est possible d'imaginer que certains crimes soient raisonnablement punis alors même que nul n'exige d'en être vengé.

- D'autre part, si la peine donne prise à des émotions vindicatives et satisfait des normes vindicatoires, elle le fait malgré elle : ni ces émotions ni ces normes ne figurent parmi les raisons intentionnelles de punir. L'antagonisme ne passe donc pas entre la vengeance (supposément illégitime) et la peine (légitime), mais entre la théorie descriptive et la théorie normative. Pour la première, le couple vengeance/peine n'entretient qu'une différence de degré ; pour la seconde, il faut montrer qu'il existe une différence de nature entre les deux.

¹⁶⁰ C'est le problème que pose Kant après sa défense de la loi du talion, mais qu'il minore : « Certes, il semble que la différence des conditions (sociales) ne permette pas l'application du principe du talion : d'égal à égal ; mais s'il ne peut être possible à la lettre, il demeure toujours valable selon l'effet, relativement à la manière de sentir de ceux qui sont les plus privilégiés. » Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs*, I^e partie, *Doctrine du droit* [1795], trad. de l'allemand par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993, p. 218.

CHAPITRE II. LA MARQUE DE L'INFAMIE

*Si les bons doivent leur vie à la société comme service,
les méchants la lui doivent comme exemple.*

– Louis de Bonald

Est-il impossible et illégitime de chercher à se défaire de l'idée que seul un individu coupable mérite d'être puni ? Il peut en effet paraître absurde de vouloir récuser un sentiment aussi ancré et spontané que le sens de la rétribution. Seulement, il faut rappeler que ce sentiment vise une exigence morale, et non pas un état de fait observable. Le rétributivisme désigne l'ensemble des théories qui entendent systématiser cette exigence morale, en la fondant sur le sentiment du mérite ou un principe d'équité. Il ne prétend donc pas garantir qu'en réalité les actes incriminés sont toujours des fautes morales, ni que les individus punis le méritent effectivement. Or, en-deçà de cette justification, il faut aussi tenir compte des effets que les pratiques pénales entraînent malgré elles, c'est-à-dire du fait qu'elles interviennent dans un tissu de normes et de conventions sociales qui attachent une valeur symbolique aux actes interdits comme à la peine. Cette valeur, c'est l'infamie que véhicule la peine contre la personne du condamné.

Dans une PREMIERE SECTION je tenterai d'exposer la fonction expressive de la peine, en montrant que, si on l'admet, elle impose de réviser notre définition de l'institution pénale : en effet, la peine peut-elle être encore définie comme un pur outil de contrôle social, respectueux des droits individuels, si elle cristallise le désarroi et le désir de vengeance des victimes, tout comme la colère et l'indignation de la communauté toute entière contre le malfaiteur ? Le problème est ici de savoir s'il faut compter le caractère infâmant ou expressif de la peine au rang de ses effets prévus, c'est-à-dire de sa définition. Je soutiendrai dans une

DEUXIEME SECTION que l'on doit en effet tenir pour inévitable la dimension infâmante de la peine au point d'en faire une condition supplémentaire de son concept à côté de l'infliction de souffrances. La question qui en découle est alors la suivante : cette fonction expressive fragilise-t-elle encore davantage la justification de l'institution pénale, en montrant notamment que la peine fait toujours davantage que punir l'individu à hauteur de ce qu'il mérite ? J'aborderai alors les théories normatives, d'inspiration rétributiviste ou conséquentialiste, qui font au contraire de cette fonction expressive de la peine une raison de punir : la peine est alors privilégiée pour sa faculté à communiquer la reconnaissance du tort et de l'outrage au condamné et aux potentiels délinquants. Dès lors j'insisterai dans une TROISIEME SECTION sur les débats au sujet de la fonction sociale de la peine, qui préserve pour certains la société du délitement moral et de la désagrégation en réprimant les déviances. Cette section abordera le cas crucial de la contradiction entre extension de la liberté individuelle et conservation de la morale dominante à travers l'exemple de la dépénalisation des pratiques homosexuelles dans l'Angleterre des années 1950-60.

Section 1. Sanction et réprobation

Il n'est pas sûr que la victime soit la seule à éprouver un fort désir de rétribution. La possibilité pour la société civile de s'identifier à elle paraît être, pour certains¹, ce qui distingue la peine dans l'ensemble des sanctions du droit. La dimension réprobatrice de la peine constituerait ainsi l'un de ses traits définitionnels, et sa fonction expressive un critère distinctif. Cependant, alors que l'infliction de souffrances, tenue pour l'un des caractères constitutifs de la peine, est pleinement reconnue dans la majorité des tentatives pour définir théoriquement la peine, il n'en va pas de même pour sa valeur de condamnation et de réprobation sociales. C'est pourquoi, dans une PREMIERE SOUS-SECTION, je voudrais prolonger l'examen des attributs moraux de la peine, en me penchant sur sa fonction expressive. Dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, je tenterai alors d'en souligner les répercussions eu égard à la justification de la peine, pour montrer les problèmes que soulève la peine d'un point de vue normatif, dès lors que l'on admet qu'elle exprime indistinctement un ressentiment instinctif et une indignation réfléchie.

1.1. L'expressivité de la peine

Une fonction discriminante (Feinberg)

La peine se définit comme l'infliction d'un traitement pénible, par une autorité désignée, sur un individu. La faute préalable de cet individu est définie juridiquement comme une infraction, c'est-à-dire la violation d'une règle déclarée valide avant la commission de l'acte, selon le principe de non-rétroactivité de la loi pénale. La peine se démarque donc de la punition domestique et parentale d'un côté, en raison de son caractère juridique et

¹ Sur la dimension expressive de la peine, voir : Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment » [1965], dans *Doing and Deserving, Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970, p. 95-118 ; également inclus dans : David Garland et Antony Duff (dir.), *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 71-92 ; et Igor PRIMORATZ, « Punishment as Language », *Philosophy*, vol. 64, n° 248, 1989, p. 187-205. Pour une discussion critique de ces approches, voir : Herbert L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963, p. 60-69 ; Anthony J. SKILLEN, « How to Say Things with Walls », *Philosophy*, vol. 55, n° 214, 1980, p. 509-523 ; Michael DAVIS, *Justice in the Shadow of Death: Rethinking Capital and Lesser Punishments*, Lanham, Rowman & Littlefield, p. 169-81.

institutionnel, et des sanctions administratives ou civiles de l'autre côté, en raison de la valeur rétributive de la souffrance qu'elle implique. Peut-elle être néanmoins tenue pour une taxe ou un permis rétroactif ? La souffrance, la privation ou la diminution qu'elle inflige seraient, dans ce cas, subies en vue d'une autorisation que l'individu cherche à obtenir ou d'une obligation dont il lui faut s'acquitter : on retrouve les cas de la licence ou de l'impôt. De tels cas de figure sont envisageables, mais ils relèvent néanmoins de sanctions qui n'ont de pénal que le nom, et dont l'efficacité s'est perdue. Une amende peut être certes tenue pour négligeable et payée comme une taxe par des individus dotés d'importantes ressources, mais alors elle cesse d'être objectivement une peine. La sanction pénale n'intervient pas uniquement en réaction à un dommage commis peut-être accidentellement, ni parce qu'un individu a dérogé à une obligation contractuelle envers une personne privée. La punition du tort fait appel à d'autres critères, comme la gravité, la publicité et le caractère intentionnellement mauvais de l'acte en question. Neil MacCormick écrit ainsi que

[...] Pour le corps des citoyens, le droit pénal peut dans une certaine mesure être constitutif de la morale commune, parce qu'en raison de la dramaturgie publique et des effets symboliques des procès et des peines, il possède une force symbolique au titre de pilier de la moralité publique d'un État².

Mais plus précisément, la peine a un effet symbolique inévitable. C'est ce que montre le philosophe américain Joel Feinberg dans un article séminal de 1965 intitulé « The Expressive Function of Punishment » : la peine exprime un blâme public et véhicule le ressentiment collectif à l'encontre de l'individu puni. La fonction sociale du droit pénal, à la fois source de cohésion morale et d'assignation de statuts sociaux a été mise en valeur par plusieurs théoriciens³. Mais, de façon originale, Feinberg exploite cette dimension pour répondre au besoin de discriminer la peine parmi les différentes sanctions juridiques. Il insiste, en creux, sur le caractère pénible et rétributif de la peine et rappelle la dimension socialement prescriptive de la loi pénale, qui, au travers de l'interdiction, a pour effet d'affirmer des standards de conduite.

Sous ces deux aspects, la peine se présente donc comme une réaction intense et collective contre l'individu reconnu coupable, et non pas seulement comme une conséquence juridique indéterminée, attachée à un antécédent factuel. C'est pourquoi la portée répressive

² Neil MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 34.

³ Comme le notent D. Garland et A. Duff en commentaire de l'article de Feinberg de 1965 à propos des travaux de Durkheim, Mead ou Garfinkel, mais aussi Foucault : « Ces textes ont accentué les enjeux symboliques et communicatifs des cérémonies pénales, et les répercussions sociales et psychologiques qu'elles entraînent. » David GARLAND et Anthony DUFF, « Thinking about Punishment », in David GARLAND et Anthony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 71. Voir également : David GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.

de la peine ne semble pas se limiter à la coercition, c'est-à-dire à l'exercice de restriction et de privation des biens, des droits ou du corps des condamnés. Elle véhicule également une forme de réprobation collective. La dénonciation du coupable constitue donc, selon Feinberg, un trait de la définition de la peine, et non une exigence pour que chaque peine communique au criminel la gravité de son acte et l'amène à se réformer. L'institution pénale se définit comme un

dispositif conventionnel servant à exprimer des attitudes de ressentiment et d'indignation ainsi que des jugements de désapprobation et de réprobation, soit de la part de l'autorité qui punit elle-même, soit de la part de ceux "au nom desquels" la peine est infligée⁴.

Deux questions se posent alors : qui sont précisément les émetteurs et les destinataires du message véhiculé par la peine, et quel en est le contenu ? Autrement dit, qui réproouve le crime⁵, qui subit le ressentiment et que signifie la condamnation ? La difficulté repose sur la définition des actes qui attirent les foudres de la communauté sur celles et ceux qui en sont reconnus coupables. Incriminées au nom de l'intérêt général et publiquement condamnées, les infractions porteraient en elles-mêmes la marque de l'infamie. Deux aspects descriptifs de l'institution légale permettent en effet d'en rendre compte : le fait que l'organe qui juge et qui punit a été juridiquement habilité pour assurer ces fonctions ; et le caractère public de la procédure pénale et de l'action du tribunal. À la différence des affaires civiles, la sentence est en effet rendue au nom du « peuple » et en application de sa volonté, ce qui laisse penser que le pouvoir de réprobation de l'institution pénale a objectivement une portée publique. C'est ce qui mène Antony Duff à affirmer que

même si l'une des fonctions primaires de la peine est la dissuasion [...], son imposition (le jugement et la sentence officielle que l'accusé reçoit au tribunal, puis l'exécution de la peine elle-même) exprime aussi la censure ou la condamnation [*condemnation*] que le crime de l'accusé est censée mériter⁶.

Dès lors, si la peine implique un traitement pénible infligé délibérément, il faut la distinguer des contraintes dont la pénibilité est seulement prévue, comme la quarantaine, où dont la dimension afflictive n'est admise qu'à contrecœur, comme le voudrait un utilitariste qui réduit la peine à un instrument de dissuasion. Au contraire, la peine inflige une souffrance qui est non seulement prévue, mais qui est aussi intentionnelle parce qu'elle a valeur de

⁴ Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment » [1965] dans *Doing and Deserving, Essays in the Theory of Responsibility*, op. cit., 1970, p. 96.

⁵ Cette incertitude sur le contenu du message exprimé par la peine en limite alors la justification. Voir sur ce point : Thomas MATHIESEN, « General Prevention as Communication », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, op. cit., p. 218-237.

⁶ Antony DUFF, s. v. « Legal punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, op. cit.

rétribution. Par conséquent, la réprobation dont le criminel est l'objet ne peut pas être purement symbolique. Identifiée à un traitement pénible qui prive l'individu de certaines capacités ou de certains biens, elle dépasse la forme d'une simple déclaration publique de culpabilité, aussi dégradante soit-elle.

Selon Feinberg, la fonction expressive de la peine est toujours liée à l'infliction de souffrances⁷. Il n'est donc pas nécessaire d'identifier le contenu des émotions et des jugements qui seraient véhiculés par la sanction pénale : l'infamie se lit à même le traitement infligé par la peine. La réprobation se présente comme un ingrédient de l'infliction de la souffrance, et non comme une fonction supplémentaire. La part de condamnation morale qu'elle exprime est lisible à même la souffrance qu'elle inflige⁸ :

le traitement désagréable [*unpleasant treatment*] exprime en soi la condamnation [...]. Dire que le traitement physique en lui-même exprime la condamnation revient à dire que certaines formes de traitements pénibles [*hard treatment*] sont devenues les symboles conventionnels de la réprobation publique⁹.

La condamnation exprimée par la peine n'est pas une *fin* que poursuivrait l'institution pénale. Elle en représente la signification. C'est pourquoi la peine demeure « théoriquement déconcertante et moralement embarrassante¹⁰ ». À la différence d'autres types de sanction qui s'apparentent à de simples pénalités, la peine sanctionne de façon « emphatique¹¹ ». Sa réduction à une technique coercitive ou de contrôle disciplinaire aboutit au contraire à une définition tronquée, amputée de la force symbolique de la souffrance.

Le raisonnement de Feinberg se construit ici *a contrario* : si la peine n'exprimait pas une condamnation publique et symbolique, elle ne pourrait pas assumer certaines des fonctions qui lui sont couramment décernées : désavouer ou blâmer officiellement un individu, réprouver symboliquement une conduite, légitimer l'ordre légal, ou encore, à l'inverse, absoudre et réhabiliter les suspects disculpés¹². C'est pourquoi la condamnation morale et la dénonciation publique de l'infracteur sont inscrites au cœur de la souffrance infligée par la peine. Le risque que soulève alors cette fonction expressive de la peine est que

⁷ Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in David GARLAND et Anthony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, op. cit., p. 77-79.

⁸ De blâme ou de « censure ».

⁹ Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in David GARLAND et Anthony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, op. cit., p. 76.

¹⁰ *Ibid.*, p. 73.

¹¹ Feinberg définit la majorité des contraventions comme des pénalités afin de mieux saisir, par contraste, la peine dans son sens strict et étroit, ce qui justifie que le moraliste s'y intéresse selon lui. *Ibid.*

¹² Feinberg rappelle au sceptique qui questionne le besoin d'ajouter la condamnation à la pénalisation des infracteurs, que « l'aspect condamnatore de la peine sert bien une fin socialement utile : c'est précisément l'élément de la peine qui rend possible la réalisation de fonctions symboliques telles que le désaveu, la dénonciation, la réhabilitation et l'absolution. » *Ibid.*, p. 87.

le droit pénal soit inévitablement une institution moralisatrice et conservatrice, plus prompte à être mise en œuvre dès lors que la morale commune est attaquée. Pour fonder une telle inquiétude, il faut néanmoins montrer qu'il existe une connexion nécessaire entre les règles juridiques et les normes et préférences d'une société.

Morale traditionnelle et intérêt général

Au plan descriptif précise Duff, la peine est donc indissociablement pénible et réprobatrice :

La punition légale implique l'imposition de quelque chose qui est censé être à la fois pénible et réprobateur, à un certain accusé pour un certain crime, par une personne ou un corps qui revendique l'autorité de le faire¹³.

Or, la force symbolique de la peine ne peut être contenue dans les limites d'un *jugement* de désapprobation. Elle implique des émotions négatives et une hostilité envers le coupable. Il faut donc tenter de déterminer le type d'émotions et de jugements que la peine véhicule. Si cette dimension expressive est un trait nécessaire de la peine, alors elle est présente dans tous les systèmes pénaux. Un premier problème amène à s'interroger sur la nature des états mentaux pris en charge par la condamnation pénale : une fois cette fonction expressive décrite, est-il néanmoins possible d'analyser le contenu du message véhiculé par la peine ? On peut distinguer deux manières d'interpréter la dimension expressive de l'institution pénale :

- il est certes possible d'identifier le contenu exprimé par la sanction pénale, au-delà du prononcé de la sentence, au pouvoir idéologique du droit pénal, qui contribue à individualiser les sujets et assigne des statuts sociaux. Il est indéniable que les peines possèdent, d'un point de vue sociologique, des effets pratiques et symboliques : les pratiques pénales participent à départager la normalité de la déviance ; elle produisent des effets d'exclusion et de stigmatisation sociales¹⁴, en dépolitisant les comportements criminalisés et en raffermissant la cohésion sociale. Mais cette hypothèse passe trop vite sur la signification et les modalités d'énonciation de la condamnation pénale, et porte davantage sur les effets sociaux et politiques de sa dimension expressive.

¹³ Antony DUFF, s. v. « Legal punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, op. cit.

¹⁴ Comme le note ainsi Feinberg à l'égard des peines de détention : « La sanction criminelle type est l'emprisonnement (la détention), qui n'est pas seulement une sévère privation de liberté, mais une marque de censure et de condamnation qui, de fait, laisse en état permanent de disgrâce. » Joel FEINBERG, *Harm to Others, The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 23

- C'est pourquoi, il convient d'analyser l'expressivité de la peine d'un point de vue sémantique, en se concentrant sur la signification des émotions et des jugements en jeu, qui mobilisent des affects comme le ressentiment, l'indignation, la colère ou la haine. Il apparaît néanmoins difficile d'attribuer un contenu clair à ces affects. L'accusation d'infamie, identifiée comme l'un des pouvoirs symboliques de la peine, dénote moins un énoncé ou un message particuliers qu'une manière de retirer de l'honneur, de dévaluer la réputation ou la dignité d'un individu, c'est-à-dire un jugement moral.

Il convient alors d'aller plus loin dans l'analyse de son contenu. Pour Feinberg, la fonction expressive de la peine ne se limite pas à formuler un jugement de désapprobation, elle purge aussi les sentiments des victimes ou de celles et ceux qui s'identifient à elles, et possède donc un caractère vindicatif : la condamnation exprime le ressentiment et le mépris éprouvé à l'égard du condamné, et permet de se venger, au moins symboliquement, de lui. Elle incarne donc une forte hostilité, sûre de son droit. Le philosophe américain distingue ainsi les deux aspects de la condamnation véhiculée la peine :

Si l'on réserve le terme moins dramatique de "ressentiment" pour les différents comportements vindicatifs, et le terme de "réprobation" pour le strict jugement de désapprobation, alors on peut peut-être définir la *condamnation* (ou la dénonciation) comme une sorte de fusion entre ressentiment et réprobation¹⁵.

C'est donc moins un contenu propositionnel que toute une série d'attitudes morales qu'il convient d'identifier à ce qui est exprimé par la peine : la morale collective n'est pas un corps de croyances et de représentations mais un ensemble de dispositions incorporées, d'habitudes et de manières d'agir :

Il est bien plus aisé de montrer que la peine a une signification symbolique que d'énoncer précisément ce que la peine exprime. Au mieux, dans les pays civilisés et démocratiques, la peine exprime assurément la forte *désapprobation* par la communauté de ce que le criminel a fait. En effet, on peut dire que la peine exprime le jugement (distinct de toute émotion) de la communauté selon lequel ce que le criminel a fait est mal [*wrong*]¹⁶.

Feinberg n'approfondit pas la question de savoir quelle est la source de ces attitudes et jugements négatifs. Plusieurs hypothèses sont possibles quant aux groupes sociaux affirmés par le droit et les jugements de condamnation : il peut s'agir de la communauté culturelle majoritaire, des classes dominantes ou des élites au sommet du pouvoir d'État. Mais identifier les groupes qui sont reconnus dans leur bon droit et légitimés par la condamnation des criminels possède un enjeu normatif. Si l'on admet que le droit pénal réprime les

¹⁵ Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in David GARLAND et Anthony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, op. cit., p. 76-77.

¹⁶ *Ibid.*, p. 76.

comportements entamant le consensus moral¹⁷, faut-il alors conclure que la peine est une institution socialement conservatrice ? Comment savoir alors si, dans les sociétés libérales contemporaines, la morale commune que défend le droit pénal est en réalité le produit rationnel de l'accord des volontés particulières, soit l'intérêt bien compris de la communauté ?

La description de cette dimension expressive souligne donc la fonction sociale du droit, qui alterne entre conservation des traditions ou défense de l'intérêt général. Elle met en lumière le problème des sources de l'incrimination, dont la difficulté tient à ce que l'on présuppose, en général, la nature nuisible, immorale ou injuste du crime, alors qu'il convient précisément d'en rendre compte. C'est ce qui rappelle qu'une véritable description de la peine, dans ses dimensions afflictive et expressive, ne doit pas présupposer le contenu de l'incrimination. Elle verserait sinon dans la justification de la peine, en présumant la définition du crime par référence à une certaine classe d'actes : les actes nuisibles à autrui, les conduites source d'inégalité, ou encore les atteintes aux valeurs morales fondamentales de la communauté.

Ce problème exige de déterminer plus précisément le statut de la dimension expressive de la peine : constitue-t-elle vraiment un trait de la définition de la peine, toute peine apposant donc sur l'individu le sceau de l'infamie, malgré les transformations historiques du droit dans un contexte libéral et individualiste ? ou est-ce que cette dimension est stipulée comme une fonction possible de la peine, qui pourrait être invoquée comme une bonne raison de punir¹⁸ ? Pour le savoir, il faut distinguer la description de la fonction expressive de la peine d'un côté, et la justification du pouvoir de communication de l'institution pénale de l'autre¹⁹, car décrire la fonction expressive de la peine ne revient pas à en louer les vertus communicatives.

¹⁷ C'est en supposant ce consensus moral, à travers la notion de conscience collective, que Durkheim rend compte du mode d'énonciation spécifique du droit pénal : « On ne saurait donc dresser une liste des sentiments dont la violation constitue l'acte criminel ; ils ne se distinguent des autres que par ce trait, c'est qu'ils sont communs à la grande moyenne des individus de la même société. Aussi les règles qui prohibent ces actes et que sanctionne le droit pénal sont-elles les seules auxquelles le fameux axiome juridique *nul n'est censé ignorer la loi* s'applique sans fiction. Comme elles sont gravées dans toutes les consciences, tout le monde les connaît et sent qu'elles sont fondées. » Émile DURKHEIM, *De la Division du travail social*, op. cit., p. 77.

¹⁸ C'est le problème que soulève Léo ZAIBERT, *Punishment and Retribution*, Aldershot-Burlington, Ashgate, 2006, p. 46 et suiv.

¹⁹ Par souci de clarté, j'emploie l'adjectif « expressif » pour caractériser la thèse selon laquelle la peine possède par définition une valeur condamnatoire, et l'adjectif « communicatif » pour désigner les théories qui tentent de justifier la peine à l'aune de ce pouvoir symbolique.

L'inévitable moralisme de la peine

Si la peine se distingue de l'ensemble des sanctions juridiques par le blâme qu'elle exprime, une grande attention et une forte prudence sont requises pour toute entreprise de justification²⁰. C'est l'avertissement que formule Joel Feinberg :

[...] l'aspect de "traitement pénible" [*hard treatment*] de la peine ainsi que sa fonction réprobatrice doivent faire partie de la définition de la peine légale, et [...] chacun de ces aspects soulève ses propres questions concernant sa justification en tant que pratique générale²¹.

Le problème consiste à savoir quoi faire de l'infamie dans la justification du droit de punir²². Les théories communicatives de la peine proposent des raisons de tirer parti du pouvoir expressif de la peine, voire d'en justifier l'existence à l'aune de ce pouvoir. L'expressivité de la peine peut ainsi être valorisée de façon intrinsèque en adoptant une forme de rétributivisme symbolique ou extrinsèque si l'on insiste d'un point de vue conséquentialiste sur le rôle éducatif et cohésif de la peine²³.

Je voudrais d'abord revenir sur les difficultés que rencontre la justification de la peine, dès lors que l'on reconnaît qu'elle exprime le ressentiment, la rancœur et la haine de la communauté à l'égard de celui qui s'est opposé à ses valeurs ou à ses intérêts. Le fait d'ancrer la peine dans les émotions vindicatives et les jugements à la fois des victimes mais aussi de la communauté, semble en effet rendre sa mise en œuvre peu souhaitable. Mais un tel désaveu repose sur un présupposé normatif : le droit doit participer à réaliser l'égalité des individus. Dans un contexte où c'est le désir de vengeance du plus grand nombre qui prime sur la distribution des peines, on peut craindre en effet que l'égalité de traitement des individus ne soient plus garantie, et donc que la peine soit défailante au regard de principes de justice comme l'équité ou le mérite. La dimension expressive de la peine met en péril l'égalité accusatoire de l'accusé face aux victimes au sein de la procédure. Mireille Delmas-Marty rappelle ainsi que certaines limites à l'égalité des armes sont inscrites dans le procès, dont la distribution des rôles profite au parquet :

La procédure d'audience n'est d'ailleurs pas parfaitement accusatoire car elle s'organise autour d'un président intervenant activement par ses questions tout au long du débat et de parties entre

²⁰ Voir : Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in David GARLAND et Anthony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, op. cit. ; Hugo A. BEDAU, « Feinberg's Liberal Theory of Punishment », *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, n° 1, 2001, p. 103-144.

²¹ Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in David GARLAND et Anthony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, op. cit., p. 75.

²² Don E. SCHEID, « Note on Defining "Punishment" », *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 10, n° 3, 1980, p. 453-462.

²³ Igor PRIMORATZ, « Punishment as Language », op. cit.

lesquelles l'«égalité des armes» n'est qu'imparfaitement assurée, comme l'illustre symboliquement la position des magistrats dits «du parquet» sur l'estrade, au même niveau que les juges²⁴.

Le soupçon selon lequel la peine ne fait pas autre chose que de dissimuler un désir de vengeance réapparaît, et inquiète de l'intérieur les prétentions à la légitimité de l'institution pénale. Cette interprétation me semble néanmoins abusive : le jugement de réprobation, et les émotions qui le motivent, se distinguent des penchants vindicatifs, en ce qu'ils ne visent pas à défendre une victime physique, un individu ou un groupe identifiables, mais des valeurs et des principes. La peine, dans sa dimension expressive, n'assouvit pas forcément le désir de vengeance des individus eux-mêmes, mais peut aussi servir à rétablir et à confirmer l'attachement de chacun aux droits et aux normes voulus par le plus grand nombre²⁵. On ne peut pas présumer que la peine intervient pour solder une relation d'adversité entre deux individus ou deux groupes, parce qu'elle peut aussi contribuer à réaffirmer les conditions de leur appartenance sociale et les moyens de leur reconnaissance mutuelle.

On postule souvent la différence entre peine et vengeance en affirmant que l'une obéit à l'intérêt général, alors que l'autre est le fruit d'une passion circonstancielle. La vengeance suppose une volonté de rétablir et de réparer un capital vital ou symbolique, que ce soit la force des individus ou l'honneur du groupe. Au contraire, le ressentiment et la réprobation qu'exprime la condamnation pénale réagissent d'abord aux atteintes contre toute la communauté, c'est-à-dire aux valeurs, aux normes et aux droits qui apparaissent aux individus comme le ciment de la vie sociale. La connexion de l'institution pénale à la morale collective et à la conception du bien défendue dans une société donnée paraît donc plus évidente dans le cas de la peine que dans celui des actes vindicatifs, qui trahissent les émotions et les réactions d'individus ou de groupes déterminés. Cependant, l'insistance sur la dimension expressive de la peine mène à soupçonner qu'il ne s'agit là que d'un postulat. Si le désir de vengeance n'est pas au principe de l'incrimination, l'expression d'émotions et de sentiments vindicatifs, la formulation d'une réprobation publique, peut alourdir le *quantum* de la peine. Au plan normatif, cette dimension met donc en jeu la possibilité de maîtriser la charge rétributive de la peine, et donc d'en régler la distribution avec parcimonie.

Les arguments de Feinberg aboutissent à décrire la peine comme une entreprise inexorablement moralisatrice. Toute peine libère un surplus de haine et de mépris contre l'individu condamné. Cette thèse remet en cause la distinction classique établie par John

²⁴ Mireille DELMAS-MARTY, « Réformer : anciens et nouveaux débats », *Pouvoirs*, n° 55, « Droit pénal », 1990, p. 5-21, [En ligne] URL : <http://www.revue-pouvoirs.fr/Reformer-anciens-et-nouveaux.html>, consulté le 4 mars 2014.

²⁵ Voir *supra*, chap. I, section 3.

Stuart Mill dans l'introduction de son traité *Sur la Liberté*. Alors qu'il définit le principe moral permettant de délimiter la pouvoir coercitif de l'État sur les individus, nommé traditionnellement *harm principle*²⁶ (ou principe de non-nuisance²⁷), Mill distingue les sanctions pénales, qui exercent une force physique sur les individus, et la réprobation de l'opinion publique, qui influence et oriente moralement l'individu :

L'objet de cet essai est de poser un principe très simple, fondé à régler absolument les rapports de la société et de l'individu dans *tout ce qui est contrainte ou contrôle, que les moyens utilisés soient la force physique par le biais de sanctions pénales ou la contrainte morale exercée par l'opinion publique*. Ce principe veut que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque que pour assurer leur propre protection²⁸.

Or, selon cette dichotomie, la sanction pénale se limite à l'application d'une violence physique sur l'individu. C'est pourquoi Mill estime qu'il n'est pas souhaitable d'en étendre l'usage aux situations où l'individu ne nuit à nul autre qu'à lui-même :

La seule raison légitime que puisse avoir une communauté civilisée d'user de la force contre un de ses membres, contre sa propre volonté, est d'empêcher que du mal ne soit fait à autrui. Le contraindre pour son propre bien, physique ou moral, ne fournit pas une justification suffisante. On ne peut pas l'obliger ni à agir ni à s'abstenir d'agir, sous prétexte que cela serait meilleur pour lui ou le rendrait plus heureux ; parce que dans l'opinion des autres il serait sage ou même juste d'agir ainsi. Ce sont là de bonnes raisons pour lui faire des remontrances ou le raisonner, ou le persuader, ou le supplier, mais ni pour le contraindre ni pour le punir au cas où il agirait autrement²⁹.

Cependant, les arguments de Feinberg ont pour conséquence de brouiller les coordonnées de cette distinction : non seulement la peine s'accompagne d'une contrainte morale forte, en ce qu'elle a valeur de condamnation publique, ce que Mill ne conteste pas dans le passage cité ; mais surtout, il s'ouvre la possibilité que la peine soit mise en œuvre uniquement pour formuler une condamnation morale, et exprimer la réprobation de la communauté à l'égard de certaines conduites, qui peuvent être déviantes sans être forcément nuisibles. L'institution pénale pose donc deux exigences justificatoires : elle invite, d'une part, à se demander s'il est acceptable que l'individu puni se retrouve également méprisé et blâmé par la communauté ; et, d'autre part, s'il est souhaitable que l'institution pénale défende la morale commune en réprimant les comportements déviants. À côté des effets de la fonction expressive sur le traitement équitable des accusés, il faut donc aussi chercher à savoir

²⁶ Voir sur ce point : Joel FEINBERG, *Social Philosophy*, Englewood Cliff, Prentice-Hall, 1973, p. 25-26.

²⁷ Le *harm principle* est habituellement traduit par « principe de non-nuisance » : voir Ruwen OGIEN, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 2007, p. 20 (note 6). J'ai choisi de conserver l'expression originale, car le terme de « nuisance » ne recouvre pas, il me semble, tous les sens du *harm*, qui peut aussi désigner un tort, un mal, un préjudice ou un dommage.

²⁸ John Stuart MILL, *De la liberté* [1859], trad. de l'angl. par L. Lenglet à partir de la trad. de Dupond White, Paris, Gallimard, « Folio-Essais », 1990, p. 74 (je souligne).

²⁹ *Ibid.*

dans quelles mesure l'incrimination est elle-même la gardienne de la morale collective, et si un critère d'incrimination impartiale est une vue de l'esprit.

Feinberg s'inquiète ainsi des prétentions de la loi pénale à être juste, c'est-à-dire à ne pas défendre une conception particulière du bien et à respecter la pluralité des préférences morales, du moment que nul ne nuit à autrui. Il relève certes les entorses possibles au traitement équitable de l'accusé au cours de la procédure pénale : dans le face-à-face qui lui fait affronter la communauté toute entière, la voix de ce dernier compte pour peu. Mais, le philosophe américain montre aussi qu'étant donné les traits descriptifs de la peine, le *harm principle* ne peut être appliqué à la lettre, dès lors que toute sanction pénale est chargée d'une forte hostilité morale à l'égard de l'individu puni. Il n'est pas possible que la peine se restreigne seulement à empêcher les comportements nuisibles à autrui ; elle les qualifie aussi moralement, comme tort ou comme vice, et déverse la colère de la communauté contre leurs auteurs. C'est pourquoi la distinction entre indépendance physique et autonomie morale sur laquelle s'adosse Mill semble fragile. Ce dernier écrit en effet que

Le seul aspect de la conduite d'un individu qui soit du ressort de la société est celui qui concerne autrui. Quant à l'aspect qui le concerne simplement lui-même son indépendance est, en droit, absolue. L'individu est souverain sur lui-même, son propre corps et son propre esprit³⁰.

Or, la sanction pénale ne constitue pas seulement une interférence dans l'exercice des libertés individuelles, elle exerce aussi une sanction sociale, en véhiculant un désaveu public et en entamant l'estime et l'honneur de l'individu. Quelles que soient les intentions de celles et ceux qui punissent, la peine ne peut se limiter à empêcher des actions, elle exprime aussi la déchéance morale du condamné aux yeux de la communauté. J'ai esquissé ici les problèmes soulevés par la peine dès lors que l'on repère sa dimension expressive. Je voudrais désormais rendre compte des tensions que cette description fait émerger dans la défense du libéralisme pénal.

³⁰ *Ibid.*

1.2. Le *harm principle* à l'épreuve de la fonction expressive de la peine

Les échelles de justification

La référence au *harm principle* est destinée, dans les théories normatives de la peine, à contrer le moralisme juridique, c'est-à-dire l'idée qu'il est légitime de criminaliser les actes intrinsèquement immoraux alors même qu'ils ne causent aucun dommage ni aucun préjudice aux individus³¹. Le *harm principle* élaboré par Mill, qui inspire concrètement les politiques criminelles libérales, constitue un impératif moral. Il vise à fournir une règle pour délimiter le champ de la législation et de la coercition étatique. Selon ce principe, la criminalisation d'une conduite ne peut avoir pour seule condition l'immoralité de cette conduite, c'est-à-dire le fait qu'elle soit réprouvée du point de vue d'une certaine conception de la vie bonne.

Le *harm principle* fournit donc un critère discriminant pour isoler les conduites punissables tout en préservant l'indépendance et la capacité d'autodétermination des individus. Il aboutit à la défense d'un libéralisme pénal. Cette approche ne nie pas que délits et crimes sont des actes immoraux, mais simplement que leur immoralité ne constitue pas une condition suffisante à leur incrimination. En outre, dans sa formulation originale, chez Mill, ce principe possède une valeur négative – il discrimine les conduites qui, au sein des actions immorales, sont susceptibles d'être incriminées – et non pas positive : il ne délimite pas les conduites qui doivent être punies dans tous les cas. Sa fonction est donc restrictive : parmi les conduites moralement mauvaises, il circonscrit le domaine des conduites qui peuvent être réprimées sans que la liberté morale des individus, c'est-à-dire leur capacité d'autodétermination, ne soit entamée.

Cette revendication de neutralité axiologique est l'un des principes majeurs du libéralisme politique en matière pénale, que la description de la fonction expressive de la peine tend à mettre en échec, ou à rendre purement idéal. Pour de nombreux théoriciens³², si

³¹ Je souscris ici à la définition de Feinberg : « Moralisme légal (en son sens étroit habituel) : il peut être moralement légitime d'interdire un comportement au motif qu'il est intrinsèquement immoral, alors même qu'il n'engendre ni nuisance ni offense à l'encontre de celui qui le commet ou d'autrui. » Joel FEINBERG, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. I, *op. cit.*, p. 27.

³² John KLEINIG, « Crime and the Concept of Harm », *American Philosophical Quarterly*, vol. 15, n° 1, 1978, p. 27-36 ; Joel FEINBERG, *Harm to Others, The Moral Limits of the Criminal Law*, t. I, *op. cit.* ; Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, en particulier le chapitre XV, ainsi que son article « Autonomy, Toleration, and the Harm Principle », in Ruth GAVISON (dir.), *Issues in Contemporary Legal*

l'on admet que cette dimension est irréductible, alors la question n'est même plus de savoir si l'État doit être neutre et impartial dans la définition des actes punissables. Il faut reconnaître qu'il ne l'est pas et, surtout, qu'il ne peut pas l'être. C'est ce que rappelle Feinberg : un droit pénal fondé sur le *harm principle* ne se limite pas à prévenir les torts et les nuisances entre individus privés ; il renforce et fait valoir une morale qui prône une conception négative de la liberté, comme absence de restrictions et capacité d'auto-détermination³³.

Souligner la fonction expressive de la peine amène donc à attester, à côté de la force contraignante du droit, de l'autorité dont il dispose. Celle-ci se distingue de la force de contrainte du droit, parce qu'elle ne renvoie pas à la pression que peut exercer matériellement le droit à travers ses organes d'application, des forces de police aux administrations chargées de l'exécution des peines, en passant par les tribunaux. L'autorité de l'institution pénale se mesure au fait qu'elle jouit d'une grande considération, qu'elle promeut et impose des valeurs en qualifiant certains actes de délits ou de crimes et en condamnant les individus qui s'en rendent coupables. En liant une sanction à une interdiction, la norme pénale s'impose comme référence aux pratiques sociales : elle peut servir de guide à la conduite des individus et de critères à leurs évaluations.

La criminalisation d'une conduite possède donc une forte charge symbolique. Certes, l'infraction correspond à un acte matériellement préjudiciable : il cause un dommage ou un tort, qui peut être matériel s'il nuit aux biens de la personne, physique s'il entame son intégrité corporelle, moral s'il contredit ses droits, ou psychique s'il atteint son intégrité mentale. Mais, même dans un contexte libéral, l'infraction constitue aussi une offense : si l'on parvient à établir la preuve que l'individu avait l'intention de commettre le tort, alors l'infraction est qualifiée moralement. Par son comportement, l'individu a été nuisible à un individu particulier, il a commis un tort, mais par son intention, il a voulu désobéir à une règle commune et a donc offensé celles et ceux qui y sont attachés. Cette violation peut donc être

Philosophy, The Influence of H.L.A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 313-333 ; Andrew P. SIMESTER et Andreas VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalization*, Oxford, Hart Publishing, 2011, en particulier le chapitre III. Pour une discussion critique des thèses de Joseph Raz sur ce point, voir : Wojciech SADURSKI, « Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, n° 1, 1990, p. 122-133.

³³ Comme le rappelle Christian Lazzeri, l'expression de « liberté négative » a été pour la première fois employée par Jeremy Bentham dans une lettre, où il en revendique la paternité : « Je t'ai communiqué cette espèce de découverte que j'ai faite : que l'idée de liberté ne possède en soi rien de positif ; qu'elle est quelque chose de purement négatif et, en conséquence, je l'ai définie comme "absence de restrictions". » Comme le rappelle Ch. Lazzeri, si Bentham est bien l'inventeur de l'expression, il n'en découvre pas le concept, qui a été construit bien avant lui par Hobbes (*Léviathan*, chapitre XIV). Voir : Christian LAZZERI, « Liberté et domination : une confrontation du libéralisme et du républicanisme », Cours Comète (enseignement à distance), 2010-2011, non publié, p. 16. Pour une critique du concept de liberté négative, voir : Christian LAZZERI, « Repenser le concept républicain de domination », *Diacritica*, vol. 24, n° 2, 2010, p. 129-164. Voir également : Axel HONNETH, *Le Droit de la liberté. Esquisse d'une éthicité démocratique*, Paris, Gallimard, 2015, p. 42.

interprétée à plusieurs degrés : l'acte produit un tort mais constitue aussi une désobéissance à une règle. Si cette règle est l'objet d'un attachement collectif et possède une valeur publique, la communauté peut donc se sentir offensée par le criminel. Enfin, la violation peut aussi signifier que l'individu refuse de poursuivre ses intérêts selon les cadres légitimes de la vie sociale, elle constitue donc une hostilité manifeste à l'État.

Plusieurs niveaux sont emmêlés dans l'infraction. Le criminel peut autant être perçu comme une personne dangereuse, un individu déviant ou encore un ennemi de la société. L'intrication entre ces différentes figures d'offenseur montre que le droit pénal ne fait pas que défendre les intérêts privés des individus en posant des interdictions à ceux qui vont y nuire. Il exprime aussi les valeurs communément partagées et réaffirme les normes qui touchent aux conditions de la vie sociale. Même dans les démocraties libérales, caractérisées par leur pluralisme et leur individualisme, l'agresseur d'un unique individu devient vite l'ennemi de tous. Le crime a une valeur publique et sa répression une charge symbolique³⁴.

Dès lors, il paraît difficile de définir la peine comme une simple technique coercitive, un instrument neutre, pur de toute connotation morale. D'un point de vue normatif, on peut imaginer que le droit pénal est neutre si l'incrimination et la distribution des peines ne promeuvent pas une conception du bien sur une autre. Mais cette neutralité n'est qu'un instrument pour assurer l'égalité de chacun et une absence de restrictions maximale. Même si, pour le libéralisme pénal, il ne faut punir que les actes qui restreignent l'indépendance individuelle de façon non-consentie, la peine ne vise pas seulement à empêcher de tels actes. Elle a aussi pour fonction de réprover publiquement ces actes, et de disqualifier moralement celles et ceux qui s'en rendent coupables. Elle exerce donc une contrainte qui est indissociablement physique et morale. C'est pourquoi, selon Feinberg, « [...] *tout* principe limitant la liberté est un principe destiné à renforcer un certain segment d'une certaine moralité³⁵. »

Faut-il alors admettre qu'étant donnée son autorité morale, et le fait qu'elle véhicule une condamnation publique, l'institution pénale est en partie soudée à la morale commune³⁶ ? c'est-à-dire que sa mise en œuvre répond nécessairement à l'état de la sensibilité collective et des conventions sociales? La prétention des théories normatives à fonder la peine sur ses

³⁴ John Wolfenden, *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, The Wolfenden Report, Cmnd 247, Londres, HMSO, 1957, para. 61.

³⁵ Joel FEINBERG, *Harmless Wrodoing, The Moral Limits of the Criminal Law*, t. IV, *op. cit.*, p. 12-13.

³⁶ Sur la distinction entre morale positive et morale critique, voir : Herbert L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, *op. cit.*, p. 17-24. Sur l'analyse du rapport entre la morale positive et les normes juridiques : 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, section VIII.2.

bonnes conséquences intentionnelles est fragilisée par cette dimension expressive. Du fait que la peine charrie des émotions et des sentiments qui découlent d'un attachement à la morale commune, il ne serait pas possible de maîtriser les effets prévus de l'institution pénale³⁷. À moins, cependant, de tenir compte au plan normatif du surcroît de souffrance morale que suppose cette condamnation publique. L'enjeu est donc de savoir comment la description de la peine peut rejaillir sur sa justification.

La thèse de Feinberg conduit à penser que les effets prévus des peines lorsqu'elles sont appliquées aux individus doivent être pris en compte par la justification générale de cette institution. Il ne serait donc pas possible de détacher la justification de la peine comme institution générale de sa justification comme sanction particulière. Cette thèse requiert donc de revenir sur une distinction fondatrice en philosophie pénale. Depuis les travaux de Hart³⁸ et de Rawls³⁹, la distinction entre la justification de la pratique générale de la peine et la justification de l'application particulière d'une peine constitue en effet un *terminus a quo* des théories normatives en philosophie pénale.

Or, reconnaître que la peine possède une inévitable dimension infamante impose de renverser la méthode classique de justification de la peine. Au lieu de croire que l'on peut justifier la peine comme institution générale, puis chercher à savoir à quelles conditions elle ne débouche pas sur des condamnations injustes et si le système pénal n'est pas mis en œuvre de manière arbitraire ou injuste, Feinberg inverse le raisonnement. Il faut tenir compte des spécificités de l'« équipement⁴⁰ » des peines, c'est-à-dire des effets qui les accompagnent de manière prévue, et remonter alors aux conditions de la justification générale de l'institution. La justification ne commence plus par l'institution générale pour descendre ensuite vers sa mise en œuvre particulière ; elle tient compte au contraire des spécificités de la condamnation pénale pour reconsidérer la fonction générale de l'institution.

³⁷ S'il ne nie pas les prétentions de la morale critique, l'argument de Feinberg vise à reconnaître que les impératifs moraux sont en partie socialisés, c'est-à-dire qu'ils sont valides parce qu'ils concourent, pour une part, à sauvegarder la morale sociale. Il rejoint ici la conception socialisante de l'impératif moral défendue par Durkheim : « Donc, les fins morales sont celles qui ont pour objet une société. Agir moralement, c'est agir en vue d'un intérêt collectif. » Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 394.

³⁸ Voir le chapitre I du recueil d'articles de philosophie pénale de Hart : Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, *op. cit.*, chapitre I [1959], « Prologomena to the Principles of Punishment ».

³⁹ John RAWLS, « Deux concepts de règles », *op. cit.*

⁴⁰ Joel FEINBERG, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. IV, *op. cit.*, p. 13.

Deux modèles d'incrimination : le libéralisme et le néo-républicanisme

Ce renversement de méthode s'impose en raison des inflexions que Feinberg fait subir à la définition de la peine. Dans leur article de 1993, Hugo A. Bedau et Erin Kelly résument les différents traits de la définition classique de la peine, sur laquelle s'appuient Hart et Rawls pour différencier l'institution pénale comme pratique générale et comme acte particulier, c'est-à-dire appliqué à un individu :

La punition légale (la punition des enfants dans le cadre domestique, des étudiants à l'école, etc., étant marginale plutôt que paradigmatique), est l'imposition autorisée de privations – privations de liberté, de vie privée ou autres biens sur lesquels l'individu dispose normalement d'un droit, ou l'imposition de certaines contraintes – pour avoir été reconnu coupable d'une infraction, qui généralement (mais pas systématiquement) nuit à un innocent⁴¹.

Formellement, l'acte de punir dépendrait ainsi de quatre conditions : la sanction doit être *légale*, la contrainte *autorisée* (le punisseur est habilité par l'ordre juridique), la privation *délibérée* et le patient de la peine reconnu *coupable* d'une infraction. Cette définition se veut moralement neutre, parce qu'elle ne suppose rien quant au mérite ou à l'utilité de la sanction.

Or, on le voit, cette définition ne prend pas en compte la fonction expressive de la peine. Si l'on admet, avec Feinberg, que la peine véhicule une réprobation collective et symbolise un blâme public, et qu'elle le fait de manière inévitable, le caractère délibéré de la privation infligée est mis à mal. La force condamnatoire de la peine est une conséquence toujours prévue, autrement dit la peine exprime objectivement un ressentiment partagé, qu'on le veuille ou non. Du point de vue de la société, plusieurs chefs d'accusation pèsent sur l'individu : il est non seulement coupable d'avoir commis un acte matériellement nuisible, mais également une offense parce qu'il s'oppose aux valeurs communes. Enfin, on peut lui reprocher le caractère hostile de son acte, qui entame l'attachement collectif au droit et viole les conditions de la vie sociale. La délimitation des charges qui pèsent sur le coupable s'étend à mesure que l'on déploie les effets symboliques de son acte. La qualification du crime et la condamnation pénale, qui relèvent d'une procédure publique, portée au nom de la communauté, font peser un très lourd fardeau sur les épaules de l'accusé.

En mettant ainsi l'accent sur le caractère infamant de la condamnation pénale, Feinberg soulève deux problèmes au plan normatif :

⁴¹ Hugo A. BEDAU et Erin KELLY, s. v. « Punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, op. cit.

- tout d'abord, la charge morale et symbolique de la condamnation met en tension l'application du *harm principle* en matière pénale. Ce principe peut rendre de bons services comme règle d'incrimination, mais il sous-estime la fonction sociale de la peine, qui ne peut pas se restreindre à être une contrainte sur la liberté d'action de l'individu. En interférant sur ses biens, son corps ou ses droits, elle touche à son statut moral et exprime du mépris à son encontre. L'institution pénale formule un jugement de réprobation, à l'encontre des individus nuisibles. Elle possède un caractère inévitablement moralisant, ce qui impose de justifier en elles-mêmes les valeurs qui sont à la source de l'incrimination : il faut, par exemple, montrer pourquoi il est souhaitable que l'État accorde un statut de priorité au principe de la liberté individuelle sur l'égalité sociale⁴².

- Ensuite, la dimension expressive de la peine met en doute la possibilité de respecter la règle de proportionnalité des crimes et des peines. Le souci de tenir compte des situations particulières qui président à chaque infraction et en conséquence d'individualiser la peine n'entre pas en contradiction avec la recherche d'équivalence entre la gravité des crimes et la sévérité de la peine : en effet, les circonstances de l'acte et l'intention de l'individu allègent ou exagèrent le caractère mauvais de l'acte. La tension entre une application arithmétique des peines, prévues comme le tarif équivalent de chaque infraction, et leur modulation pour s'adapter aux circonstances et aux biographies, n'est donc qu'apparente. Néanmoins, dès lors que l'on s'aperçoit que la peine exprime un blâme public, il faut montrer que tout crime possède objectivement une dimension publique, bien que le délinquant n'a peut-être pas eu l'intention de bafouer une règle commune, comme dans un cas d'infraction par négligence par exemple ; ou bien, il faut prendre en compte le risque d'abus et d'excès de punition, dès lors que le condamné est, quelle que soit son intention, soumis à la vindicte populaire. La reconnaissance de la fonction expressive de la peine accroît donc le niveau de précaution à prendre pour punir une conduite, en vérifiant notamment que cette conduite s'oppose bien à l'intérêt général, et non pas seulement à un intérêt particulier. Autrement, on prend le risque que l'individu puni ne mérite pas toute sa peine, parce que l'institution pénale fait de lui un exemple ou une victime sacrificielle, ce qui serait inquiétant.

Face à ces deux problèmes, la référence au *harm principle* paraît pouvoir répondre au besoin de n'incriminer que ce qui heurte l'intérêt général. Si tout crime est une offense

⁴² C'est ce que rappelle Antony Duff : « Puisque criminaliser une conduite c'est déclarer qu'elle ne doit pas être accomplie, cette déclaration pose aussi qu'il existe de bonnes raisons pour lesquelles les citoyens ne doivent pas s'engager dans cette conduite – des conduites qui reflètent les valeurs de la communauté. » Antony DUFF, *s. v.* « Theories of Criminal Law », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, été 2013, [En ligne] URL : <https://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/criminal-law/>, consulté le 30 juillet 2014.

publique, alors il semble justifié que toute peine exprime un blâme collectif. Antony Duff défend ainsi que l'un des critères permettant d'isoler, au sein des conduites pernicieuses, celles qui sont incriminables, repose sur la dimension publique des torts en jeu. Or, si les délits et les crimes constituent des maux publics, comme l'affirment certains rétributivistes⁴³, il est mérité que la peine qui leur est attachée possède une portée collective. Non seulement ces maux s'opposent à l'intérêt général, mais ils enfreignent aussi les conditions de la vie sociale. Ils constituent une transgression des préférences substantielles de la communauté, et violent aussi les règles qui délimitent l'expression légitime de la conflictualité sociale. L'incrimination vise donc des actes nuisibles dont il est mérité que les auteurs rendent compte publiquement.

Pour Duff, il est donc impératif d'identifier le type d'actes pour lesquels il est moralement permis que l'institution pénale exerce une double contrainte : en cas de poursuites, l'institution force en effet l'individu à répondre publiquement de ses actes et, s'il est déclaré coupable, à subir l'opprobre de la communauté. Un premier pas dans la justification d'une telle institution est donc de fournir de bonnes raisons à l'incrimination, sachant que les individus qui seront accusés et condamnés seront l'objet d'une forte hostilité et d'un blâme collectif :

C'est pourquoi nous devons nous demander si le comportement en question implique une forme de tort digne de justifier l'obligation publique de rendre compte de ses actes et la condamnation qu'exprime la peine pour ceux qui adoptent ce comportement : si tel est le cas, nous avons alors au moins une bonne raison de criminaliser ce comportement ; dans le cas contraire, nous n'en avons pas. [...] C'est une première étape essentielle⁴⁴.

Pour un libéral, au sens politique du terme, la défense du *harm principle* équivaut à limiter l'incrimination aux actes qui privent l'individu de sa liberté négative. Le crime par excellence est donc l'acte qui restreint l'indépendance individuelle et entrave sa capacité à s'auto-déterminer. Pour un néo-républicain, au contraire, un droit pénal conforme au *harm principle* visera les conduites qui sont source de domination, et qui mettent l'individu dans un rapport de dépendance à l'égard d'autrui ou des institutions politiques. C'est à la fois l'extension et le contenu du tort incriminé qui varient entre les deux conceptions, comme le rappellent John Braithwaite et Philip Pettit, lorsqu'ils appliquent les principes néo-républicains à l'institution pénale :

Pour les libéraux, se faire sermonner a généralement des connotations négatives ; pour les républicains, se faire sermonner au sujet de menaces criminelles a des connotations

⁴³ Grant LAMOND, « What is a Crime ? », *op. cit.*

⁴⁴ Antony DUFF, *s. v.* « Theories of Criminal Law », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, *op. cit.*

particulièrement positives. [...] Après tout, la réprobation est exactement ce que l'on devrait souhaiter si l'on cherche à faire pénétrer au sein des foyers le caractère honteux des crimes⁴⁵.

Braithwaite et Pettit défendent la fonction expressive de la peine en un sens politique : l'institution permet de protéger la maîtrise des individus sur leur propre vie, en incriminant les formes de domination qu'ils peuvent exercer, à titre individuel ou comme agent d'une institution⁴⁶. C'est pourquoi, l'effet moralisateur de la peine est à rechercher, parce qu'il amène l'individu à reconnaître le tort qu'il a commis, c'est-à-dire le type d'asymétrie ou d'inégalité qu'il a renforcé ou créé. La version libérale du *harm principle* repose, au contraire, sur une conception insulaire de l'individu, dont le droit vise à protéger la souveraineté et la sphère d'intérêt. L'État ne peut exercer une contrainte sur un individu que pour l'empêcher d'entamer la sphère d'intérêt d'autrui. L'acte qui est réprimé ne tire pas son caractère nuisible des intérêts matériels de l'individu lésé, mais du fait que chaque individu est souverain dans sa manière de vivre tant qu'il ne réduit pas la capacité des autres à faire de même. Le crime possède donc une portée directement publique dans les deux cas : il met en péril un membre du groupe, mais aussi, dans la version libérale, la réduction des entraves à la liberté individuelle, ou bien, dans la version néo-républicaine, la maximisation de la liberté collective, c'est-à-dire de la non-domination. C'est en ce sens que le mal commis, ou celui qui risque de l'être, concerne toute la société, et qu'il doit être incriminé parce qu'il constitue une nuisance pour autrui. Mais ces deux versions de la défense du *harm principle* n'appliquent pas ce principe de la même façon, et ne confèrent pas la même extension à la sphère de l'incrimination.

Versions restrictive et extensive du harm principle

Le clivage entre les défenses libérale et néo-républicaine du *harm principle* apparaît nettement au sujet de la pénalisation des actes latents ou symboliques, comme les intentions dans les commencements d'action, l'expression des opinions et les discours. On pourrait croire que des fantasmes sadiques échappent au seuil des actes punissables parce qu'ils

⁴⁵ John BRAITHWAITE et Philip PETTIT, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 88-89.

⁴⁶ Je reprends la définition conceptuelle de la domination donnée par Christian Lazzeri : « On peut donc définir la domination de la façon suivante : il existe un rapport de domination entre deux ou plusieurs agents si et seulement si le pouvoir est possédé par un agent (personne, groupe, agence) ou par un système capables d'interférer effectivement où potentiellement de façon intentionnelle ou quasi intentionnelle (s'il s'agit simplement de négligence dont l'effet est une forme de domination) dans les actions et sur les choix des dominés. » Christian LAZZERI, « Repenser le concept républicain de domination », *Diacritica*, vol. 24, n° 2, 2010, p. 129-164

demeurent à l'état de ruminations latentes. La sanction ne pourrait même pas être administrée étant donné la difficulté à les prouver. Ce partage entre les actes et les intentions doit néanmoins être révisé.

Le droit pénal punit de fait des intentions, et il n'est pas sûr que le *harm principle* ne puisse pas s'appliquer aux désirs et aux intentions, dès lors qu'ils sont exprimés et qu'ils possèdent des répercussions sur les autres⁴⁷. Certains discours, par exemple, sont socialement nuisibles et exercent une influence pernicieuse sur l'estime de soi. C'est ce que révèlent, en droit français, les restrictions à la liberté d'expression ou encore les cas du sexisme ou du harcèlement moral. Ces discours exercent une influence et un conditionnement sur les individus, parce qu'ils vont modifier la représentation qu'ils ont de leurs besoins, désirs et attentes légitimes. Ils ont donc bien des conséquences nuisibles qui peuvent être attestées.

De la même manière, alors qu'ils ne constituent pas des actes à proprement parler, les cas de négligence, d'imprudence, ou d'omission, comme les conduites addictives mais consenties, engagent la responsabilité pénale des individus, au nom, à nouveau, de leurs intentions. Ces états mentaux sont punissables, soit parce qu'ils constituent des décisions et des commencements d'actes nuisibles, soit parce qu'ils relèvent d'un manque d'appréciation qui aurait pu et dû être évité, soit, enfin, parce qu'ils entretiennent l'individu dans un état de dépendance envers lui-même ou les autres. On peut ainsi justifier la criminalisation d'attitudes morales comme des biais racistes inconscients, qualifiées comme négligence dès lors que les moyens ont été mis en œuvre pour prévenir les individus de leurs effets pernicieux, sur eux-mêmes comme sur les autres. Dans ces cas, le *harm principle* contribue non seulement à protéger chaque individu, mais aussi à responsabiliser la communauté sur les rapports de domination qu'elle entretient structurellement.

Les néo-républicains soutiennent que le droit pénal doit sanctionner des actes tangibles, des menaces claires, mais aussi des torts symboliques et certaines formes de domination pourtant consenties par les individus. Il faut en déduire que l'extension donnée au *harm principle* est plus large que dans le cas d'une incrimination strictement limitée aux actions manifestes. Pour savoir s'il est justifié d'incriminer des dispositions mentales, des intentions et des discours, tout en se revendiquant du *harm principle*, il faut donc distinguer deux versions dans l'application de ce principe : une version extensive et une version restrictive.

⁴⁷ Voir Michael S. MOORE, *Act and Crime*, Oxford, Oxford University Press, 1993, chapitres 2 et 3 ; Douglas HUSAK, « Does Criminal Liability Require an Act? », in Antony DUFF (dir.), *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 60-100 ; Antony DUFF, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, op. cit., chapitre 5.

Sous sa première version, *restrictive* et défendue traditionnellement par les libéraux, l'application du *harm principle* entend limiter l'exercice de la coercition étatique et l'incrimination aux seuls actes manifestement nuisibles, afin de minimiser le plus possible les restrictions à la liberté individuelle⁴⁸. Sous sa seconde version, *extensive* et soutenue par les néo-républicains, le *harm principle* vise à justifier l'incrimination de tout acte, discours ou commencement d'action qui créerait ou renforcerait les inégalités au sein d'une société et atteindrait la dignité et l'autonomie morales des individus. Certaines situations de domination consentie peuvent ainsi être offensantes pour d'autres personnes, et alimenter les inégalités de statut ou de reconnaissance dont elles sont victimes à titre collectif. Dans ce cas, il devient moralement permis d'interdire des actes qui relèvent certes de la liberté individuelle, mais qui renforcent en réalité les stéréotypes associés à des groupes sociaux déjà infériorisés au sein d'une société.

Pour résumer, le préjudice visé par le *harm principle* peut donc recevoir une extension variable, selon que l'on admet que nuire à quelqu'un signifie contraindre directement son indépendance, c'est-à-dire, sa capacité à agir comme il l'entend (version *restrictive* du principe) ; ou bien que le préjudice consiste à réduire indirectement l'autonomie morale de l'individu, c'est-à-dire sa capacité à limiter sa volonté par lui-même et en connaissance de cause, et à ne pas subir d'interférence arbitraire (version *extensive* du principe)⁴⁹. Sur de nombreux cas, les deux versions du principe se recoupent : l'incrimination de certaines conduites permet d'éviter un mal qui peut tout autant entamer la liberté négative que l'autonomie morale. Mais ces deux conceptions diffèrent à l'égard de toute la série des *mala prohibita* qui sont juridiquement construits pour lutter contre l'asservissement et la domination des individus malgré eux, comme certaines offenses par omission ou par négligence. Sous sa version extensive, le *harm principle* investit donc le droit pénal de prétentions beaucoup plus fortes : l'institution pénale est non seulement employée pour éviter les entraves à l'action individuelle consentie, mais aussi pour créer un consensus moral et renforcer l'ordre symbolique de la société⁵⁰.

⁴⁸ Voir aussi Joel FEINBERG, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. I, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁹ Comme le montre Ch. Béal, on peut même accorder la pensée de Mill, défenseur, semble-t-il, de la version restrictive du *harm principle*, avec cette version extensive, dès lors que l'on reconnaît que sa théorie de la liberté individuelle est compatible avec certaines formes de paternalisme de la part de l'État : une telle « interprétation permet de mettre en évidence une conception de l'autonomie qui constitue un des fondements du principe de non-nuisance tout en justifiant certaines interférences paternalistes envers des personnes non autonomes ou dont le comportement nuit à leur propre autonomie. Selon cette hypothèse, la pensée de Mill peut ainsi être considérée comme la source d'un paternalisme libéral perfectionniste qui admet la légitimité de certaines interférences de la puissance publique afin de préserver ou de promouvoir l'autonomie des individus. » Christophe BEAL, « John Stuart Mill et le paternalisme libéral », *Archives de Philosophie*, vol. 75, n° 2, 2012, p. 279-290.

⁵⁰ Joel FEINBERG, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. IV, *op. cit.*, p. 13.

La variabilité du *harm principle* se mesure aussi à l'aune des différents rôles qu'il peut jouer en tant que critère normatif. Selon un usage *défensif*, son application peut aboutir à critiquer une législation pénale qui outrepassse les limites légitimes de l'action de l'État, en indiquant que certains actes ne devraient pas être incriminés. Mais selon un usage *offensif*, il peut affirmer que certains actes ou discours, dont le caractère oppressif était masqué par l'uniformité des mœurs, doivent être nouvellement incriminés. Le *harm principle* fournit donc un critère pour réviser *a posteriori* la légitimité d'une législation pénale existante, afin de discriminer, parmi les infractions recensées, celles qui ont raison de l'être et celles qui relèvent d'un abus de l'État ; mais il permet également de fonder de nouvelles incriminations. C'est ce que fait le législateur lorsqu'il incrimine des conduites que la morale dominante ne réproouve pas de façon manifeste, voire tolère largement, mais qui sont en contradiction avec des principes comme la sécurité ou l'égalité des individus, comme, par exemple, dans les domaines de l'hygiène, de la sécurité routière, des normes de bioéthique ou du droit du travail.

Il en résulte que l'adoption du *harm principle* comme règle d'incrimination, *a fortiori* si l'on en défend une conception néo-républicaine, n'exclut pas du tout la défense du paternalisme pénal : c'est-à-dire la thèse selon laquelle si une conduite fait un tort – moral, physique ou économique – à celui qui s'y engage, alors on dispose d'une bonne raison d'incriminer cette conduite et de l'empêcher⁵¹. L'évolution de la législation pénale se traduit par deux types de phénomènes : la criminalisation de comportements perçus nouvellement comme dangereux ou injustes, qui nuisent à un individu, à certains groupes ou à la société toute entière ; et la dépénalisation des conduites qui sont devenues inoffensives ou qui ont été progressivement acceptées et intégrées à la morale commune. Or, dans le premier cas, c'est-à-dire lorsqu'il y a création de *mala prohibita* au nom de la défense de valeurs, le *harm principle* peut justifier que l'État interfère dans la manière dont les individus mènent leur vie en contestant leurs préférences morales. Le *harm principle* est donc fondamentalement un principe qui met en œuvre une part de la morale commune, et son application peut avoir un effet moralisant. L'adoption de ce principe ne minimise donc pas du tout la dimension expressive de la peine, au contraire ce principe est cohérent avec la reconnaissance de cette dimension.

⁵¹ J'adopte ici la définition que donne Feinberg du paternalisme légal : « *Paternalisme Légal* (attitude que la position libérale exclut) : la prévention d'un comportement nuisible (d'un point de vue physique, psychologique ou économique) pour l'individu qui le commet est toujours une bonne raison d'incriminer ce comportement. » *Ibid.*, p. xix. Dans toutes les définitions du paternalisme légal, c'est l'insistance sur la prévention d'un dommage sur l'agent lui-même qui fait sa spécificité. Voir aussi : John BRAITHWAITE et Philip PETTIT, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 93.

On peut le mesurer en détaillant les effets sociaux de la création d'une infraction. Dans le cas d'une nouvelle incrimination, l'application du *harm principle*, qui vise formellement un certain type d'actes, a pour effet de responsabiliser l'individu au-delà de ce qui était déjà prescrit par les normes sociales en vigueur. Suite à la création d'une nouvelle catégorie d'infractions, le droit concourt à faire adopter de nouveaux comportements aux individus, ou à les faire quitter d'anciennes habitudes. L'incrimination d'une conduite équivaut en effet à définir la responsabilité d'un acte dont le caractère nuisible était auparavant ignoré, contesté ou négligé. À travers l'incrimination, le droit institue donc de nouvelles normes sociales. Or, le processus de création de l'infraction est sélectif. Il implique une manière déterminée de départager le permis du défendu et d'assigner des statuts, de la déviance à la normalité, en fonction de la conduite des individus.

C'est ce que montrent les travaux du sociologue américain Joseph R. Gusfield sur la criminalisation de la conduite en état d'ébriété, auxquels se réfère Feinberg⁵². Alors largement tolérée et même ignorée comme condition spécifique, la conduite sous l'influence de l'alcool devient un acte publiquement condamné dans les années 1960-70 aux États-Unis. Elle est alors constituée en infraction pénale. Or, en incriminant l'acte, la loi a pour effet de faire émerger progressivement une nouvelle norme de comportement, qui identifie la condition du conducteur alcoolisé à une déviance. La conduite sous alcool revêt alors la valeur négative d'un comportement contraire à l'ordre public et moralement dérangeant. Le recours au *harm principle*, souvent présenté comme un principe de justice qui coiffe et permet de rendre compatibles des conceptions antagonistes du bien, ne retire donc pas au droit pénal sa fonction d'édification morale.

Il peut néanmoins apparaître justifié de préférer l'institution pénale à d'autres modes de prévention publique, parce qu'elle dispose d'une autorité plus grande. En matière de sécurité routière, il est permis de criminaliser et de punir la conduite sous alcool (ou les excès de vitesse) parce que tout conducteur alcoolisé (ou roulant au-dessus de la limite fixée par le code de la route) représente un danger pour autrui et fait augmenter le risque d'accidents. Néanmoins, on ne peut pas prouver empiriquement que cela est toujours le cas. L'incrimination de la conduite sous alcool ou de l'excès de vitesse repose donc sur l'hypothèse qu'il est plus souhaitable de sanctionner de façon générale ces comportements, plutôt que de s'adresser en particulier aux conducteurs imprudents ou aux propriétaires de

⁵² Joseph R. GUSFIELD, « On Legislating Morals: The Symbolic Process of Designating Deviance », *California Law Review*, vol. 56, n° 1, 1968, p. 69 ; Joel FEINBERG, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. IV, *op. cit.*, p. 46-47. Voir également l'article de Claire DE GALEMBERT, « Une autre manière de penser la force du droit... », *Droit et société*, vol. 76, n° 3, 2010, p. 723-729.

véhicules anciens : une norme générale produit de meilleurs effets dans la réduction des risques d'accidents qu'une norme particulière, qui viserait uniquement les individus ou les véhicules réellement dangereux. Par comparaison avec des modes d'action publique ciblés, une norme générale et abstraite fournit plus de gages pour faire adopter de nouveaux modèles de comportement par les individus. L'autorité publique et la validité générale de la norme pénale peuvent donc se justifier d'un point de vue conséquentialiste, parce qu'elles permettent de dissuader les individus d'adopter des conduites dangereuses pour autrui.

La recherche de sécurité, cohérente avec la défense du *harm principle*, peut donc tirer profit de la fonction expressive de la peine : pour être efficace, l'institution pénale doit s'adresser à toute la communauté, ou à l'ensemble des individus qui s'engagent dans une certaine pratique (comme conduire), et non pas seulement à certains d'entre eux. Mais, en utilisant l'incrimination pour prévenir certaines conduites, les politiques criminelles contribuent aussi à assigner des statuts et à qualifier ou disqualifier moralement les individus. C'est l'un des effets pernicioeux de la loi pénale qui soulignent encore la dimension expressive de la peine. Le droit pénal n'a pas seulement pour effet de délimiter une sphère de responsabilité, il participe aussi à distribuer le mépris social. Le conducteur en état d'ébriété constitue non seulement un risque pour autrui, mais apparaît aussi comme un individu déviant, soupçonné de mener une mauvaise vie. L'imaginaire social passe vite du danger au vice. C'est ce que rappelle Gusfield : « L'impact de la loi comme dramatisation morale d'idéaux culturels et publics réside dans la condensation et l'amplification des contrastes entre ordre et désordre⁵³. »

Conclusion de la section 1

J'ai insisté dans cette première section sur un second aspect de la définition de la peine : non plus sa dimension afflictive, c'est-à-dire le fait qu'elle implique l'infliction d'une souffrance, mais sa dimension expressive. À la différence d'une demande de réparation ou d'une régulation administrative, la peine véhicule une forte réprobation publique contre

⁵³ Joseph R. GUSFIELD, *La culture des problèmes publics. L'alcool au volant : la production d'un ordre symbolique* [1980], trad. de l'angl. par D. Cefaï, Paris, Economica, « Etudes Sociologiques », 2009, p. 179. Bourdieu insiste sur le caractère performatif des catégories infractionnelles, en affirmant que de manière générale, « le sens du livre de Gusfield est qu'il y a une efficacité réelle du symbolique, et même si toutes ces manifestations symboliques ne sont que des vœux, il serait naïf – et on retrouve la naïveté au premier degré de petit malin qui démystifie – de ne pas prendre au sérieux ces actes de théâtralisation de l'officiel dont l'efficacité est réelle. » Pierre BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France, 1989-1992*, Paris, Seuil, 2012, p. 55.

l'individu qui lui est soumis. Elle cristallise le ressentiment collectif et la colère populaire. Ce trait de définition est étayé par le caractère public des infractions sanctionnées par le droit pénal : la majorité d'entre elles saisissent des valeurs et des normes sociales de conduite auxquelles les membres d'une communauté sont fortement attachés. La peine réagit au scandale que constitue la transgression de la morale commune ou de l'ordre public, c'est pourquoi elle se distingue des autres sanctions et contraintes exercées par le droit selon sa charge symbolique.

Cette analyse a permis de souligner l'inévitable moralisme du droit pénal. J'ai en effet voulu savoir si cette description mettait en tension la possibilité de ne sanctionner que les actes effectivement nuisibles, et non pas toutes les offenses à la morale commune. L'idée que la défense d'un critère d'incrimination comme le *harm principle* serait fragilisée par les effets prévus de l'institution pénale présuppose qu'il constitue un principe d'incrimination neutre, c'est-à-dire amoral. Or, j'ai essayé de montrer qu'il n'en était rien, et que la défense du *harm principle* était tout à fait compatible avec la reconnaissance de la fonction expressive de la peine. Que ce soit sous sa version libérale ou néo-républicaine, le *harm principle* met en œuvre des principes politiques, comme la liberté négative ou l'autonomie des individus. Il implique donc que l'institution pénale joue un rôle moral, et non pas moralisateur, à travers la défense de ces principes. Le *harm principle* a pour effet prévu l'affirmation de standards moraux et de normes de conduite. Il est donc naïf de le présenter comme un principe amoral. Son application entraîne toujours des effets symboliques sur la moralité collective, ce qui justifie, en retour, de mettre l'accent sur la dimension expressive de la peine.

L'analyse de la dimension expressive de la peine et de sa dimension infamante rend néanmoins peu crédible le souci affiché par les libéraux de limiter la coercition étatique à une interférence sur les capacités et les droits de l'individu. En punissant, l'État fait toujours davantage que contraindre physiquement l'individu : il assigne des statuts, établit des formes de déviations, cartographie l'empire du vice. Doit-on alors déduire de cette analyse une attitude de méfiance à l'égard de l'institution pénale, dans son principe comme dans son application, parce qu'elle serait toujours prompte à punir plus, ou à faire autre chose que punir, pour raffermir la morale commune ? La reconnaissance de la fonction expressive de la peine constitue une difficulté de taille au plan normatif. Le risque est en effet de ne jamais parvenir à limiter le *quantum* de la peine au dommage et au tort effectivement subis par la victime, mais de faire de la condamnation l'occasion de souder la société autour de ses valeurs dominantes. Quels arguments de théorie morale pourraient justifier cette fonction ?

Section 2. Justification et communication morale

Dans cette deuxième section, je souhaite évaluer les répercussions de la description précédente, en insistant sur la dimension expressive de la peine au plan normatif. Plusieurs théories en philosophie morale entendent en effet justifier la peine à l'aune de sa fonction expressive, c'est-à-dire en défendant ses vertus éducatives et communicatives. Je distinguerai, dans une PREMIERE SOUS-SECTION, les deux types de théories qui prétendent justifier la force condamnatoire de la peine :

- le premier modèle soutient que la peine est le véhicule d'une réprobation et d'un ressentiment légitimes, et qu'il faut concevoir cette fonction expressive comme un bien en soi : l'institution pénale permet de communiquer aux criminels la valeur négative de leur acte et de les forcer à reconnaître le tort qu'ils ont fait subir à autrui. Il s'agit alors d'un rétributivisme symbolique.

- Le second modèle préconise, au contraire, de tenir compte de la dimension expressive de la peine comme d'un bien relatif aux bonnes conséquences que l'institution pénale permet de réaliser, comme la dissuasion ou la réinsertion du condamné. Cette stratégie suppose *in fine* que la justification de la peine est conséquentialiste, même si elle introduit des règles déontologiques de manière à éviter tout abus dans la distribution des peines.

Dans la DEUXIEME SOUS-SECTION, j'aborderai les limites de chacune de ces justifications. La fonction expressive de la peine fragilise-t-elle le rétributivisme en matière de justification ? Faut-il reconnaître que les punisseurs font toujours autre chose et davantage que punir lorsqu'ils condamnent un individu, et que la contrainte qui s'abat sur celui-ci dépassera toujours, dans les faits, la sanction qu'il méritait ? On pourrait le croire, tant les arguments mettant en valeur les vertus communicatives de la peine reposent en majorité sur une conception conséquentialiste du droit et des limites imposables à l'indépendance individuelle⁵⁴. Si la peine constitue indissociablement une réprobation, alors il convient, de manière inévitable, d'abandonner les théories intégralement rétributivistes et de redéfinir les fonctions de l'institution pénale conformément à sa valeur publique et symbolique. Une telle justification conséquentialiste ne s'associe-t-elle pas cependant à une conception moralisante

⁵⁴ Je me restreins dans un premier temps aux justifications de la peine fondées sur son utilité dissuasive, avant d'en venir à d'autres formes de conséquentialisme pénal. La dissuasion n'est en effet pas la seule conséquence potentiellement bonne que peut avoir la peine, on peut y ajouter l'incapacitation (ou neutralisation de l'individu dangereux) et la réhabilitation du délinquant (ou de l'individu déviant). Toutes ces fonctions peuvent servir un objectif de conservation de la morale commune et de cohésion sociale.

de la peine, qui affirme la punition comme défense du consensus moral d'une société, et minimise le problème que pose l'épreuve imposée au déviant ? Quels problèmes d'équité pose alors la peine si elle doit être redéfinie comme un instrument de conservation de la morale commune ? À quel titre faut-il s'en inquiéter ?

2.1. Les vertus communicatives de la peine

Les conditions de la justification

Une législation pénale, en incriminant certaines conduites, établit une responsabilité inédite. Ces conduites avaient beau, peut-être, être objet de réprimandes et de mépris dans la vie morale, le fait que la loi s'en saisisse publiquement instaure de manière beaucoup plus nette des normes de comportement. D'un point de vue formel, la législation ne fait que prévoir une peine, applicable à des individus particuliers, en cas de violation d'une règle générale. Mais elle contribue en réalité à modifier ainsi les règles de comportement et à réorienter la morale commune. Souligner l'expressivité de la peine aboutit donc à établir une connexion nécessaire entre les normes du système pénal et celles de l'ordre social⁵⁵.

Ce constat soulève d'emblée un problème au plan normatif : si la défense d'un critère d'incrimination comme le *harm principle* peut se justifier à l'aune des valeurs et des principes que l'État protège, cette justification générale ne doit pas minimiser le fardeau imposé à l'individu puni en particulier. En raison de sa charge symbolique et de son aspect condamatoire, la peine s'abat sur le délinquant comme s'il avait offensé la communauté toute entière, ce qui constitue une forte violence psychique et peut entraîner des souffrances morales durables. C'est le problème que souligne Feinberg en conclusion de son article de 1965, lorsqu'il rappelle que la difficulté, si l'on veut justifier la peine, est de réussir à montrer que c'est l'expression de la réprobation, et non pas le traitement pénible, qui est proportionnelle à l'offense commise :

Ce que requiert la justice est que l'aspect condamatoire de la peine corresponde au crime, et que le crime soit un genre d'acte véritablement digne de réprobation. [...] Étant données nos conventions, la condamnation est bien entendu exprimée par le traitement pénible, et la dureté

⁵⁵ « La peine, en somme, a une signification symbolique largement absente des autres formes de sanctions. », Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, op. cit., p. 74.

de celui-ci exprime l'intensité de la réprobation de celle-là. Néanmoins, cela ne doit pas nous aveugler sur le fait que c'est la désapprobation sociale et son expression adéquate qui doivent correspondre au crime, et non pas le traitement pénible (la douleur) en tant que tel. La douleur doit égaler la culpabilité seulement dans la mesure où son infliction est le véhicule symbolique de la condamnation publique⁵⁶.

Si l'on exige que la peine soit équivalente au crime, ce n'est pas l'infliction de souffrances physiques qui doit être mesurée, mais la propension de l'institution pénale à véhiculer un ressentiment collectif et à énoncer un blâme public. L'exigence de justification doit donc porter sur la dimension infamante de la peine. Or, comme le remarque Feinberg en conclusion de son article de 1965, le rétributivisme prétend fournir de solides arguments pour rendre compte de cette dimension expressive et justifier la nature publique du crime⁵⁷. À travers le qualificatif « rétributif », le philosophe américain vise ici la tentative de penser les deux éléments symboliques de la peine, le ressentiment vindicatif et le jugement de réprobation, comme une juste rétribution du criminel pour l'acte qu'il a commis. Il rappelle que pour un rétributiviste qui chercherait à rendre compte de l'infamie attachée à la condamnation pénale, la peine est juste parce qu'elle manifeste à la conscience du criminel la valeur négative de son acte. La peine incarne la valeur du dommage, de l'offense et de la faute qu'il a commises. Elle s'apparente donc à une sentence morale, qui communique au condamné le tort commis et fait rejaillir sur lui la gravité de son acte. Dans ce cadre, le fait que la peine véhicule une réprobation collective ou des sentiments vindicatifs a une valeur intrinsèque : elle conduit le criminel à traverser l'épreuve morale qu'il mérite de subir, par l'expérience du remords et de la honte.

Cette théorie communicative est rétributive : la peine peut être perçue pour ce qu'elle est par le condamné, une réaction méritée infligée au nom de la communauté. Mais en communiquant à l'individu l'immoralité de son acte, ce rétributivisme se distingue par son aspect symbolique⁵⁸. Il défend l'application locale, en matière pénale, de la prétention du droit à contribuer à l'édification morale des individus, ce qui confère une valeur absolue à l'édifice juridique. L'institution pénale se présente donc comme intrinsèquement morale, à l'opposé des théories qui lui accordent une valeur extrinsèque, c'est-à-dire relative à sa capacité de maximisation du bonheur collectif, par l'inculcation des valeurs communes aux délinquants récalcitrants. Ici, au contraire, le blâme ne cherche pas à réhabiliter le criminel en lui réaffirmant ses devoirs de citoyen. Il incarne ces devoirs. La peine n'exhorte pas l'individu à

⁵⁶ *Ibid.*, p. 89.

⁵⁷ Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in GARLAND, David, DUFF, Anthony (dir.), *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 75.

⁵⁸ Les défenses rétributivistes de la fonction communicative ont donné lieu à plusieurs variantes que distingue Boonin : David BOONIN, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, p. 171-80.

s'amender, elle l'édifie par le fait même qu'il la subit. La condamnation exprime en effet les valeurs morales de la communauté à même la dénonciation publique du crime. Le devoir auquel le criminel a dérogé est réaffirmé par le blâme qu'il doit supporter.

Il faut alors souligner que le criminel est laissé libre de comprendre le sens de sa punition. Il n'y est pas soumis ou forcé par des techniques qui s'apparenteraient, par exemple, à un dressage ou à un endoctrinement. Au contraire, la peine vise à lui rendre sa qualité de sujet moral, capable de se représenter le caractère erroné ou immoral de ses intentions à l'aune de la condamnation dont il est l'objet. Ainsi définie, la peine fournit donc l'assurance, à l'inverse de certaines théories utilitaristes, de ne pas contraindre ni manipuler les individus pour gagner leur obéissance en dépit de leur consentement. C'est précisément parce que la peine allie un traitement pénible à une condamnation publique qu'elle respecte la personnalité morale et la liberté du délinquant. Seule l'association de souffrance et de réprobation manifeste fidèlement la double valeur de l'infraction, à la fois préjudice matériel ou moral d'un individu particulier et offense contre toute la communauté. De cette façon, l'institution pénale s'adresse à tous les individus comme à des citoyens égaux, qui entretiennent des rapports de réciprocité sans asymétries, afin de rétablir le criminel de plein pied dans la communauté morale.

La validité de cette théorie rétributiviste repose sur trois conditions :

- il faut, tout d'abord, que le crime constitue un acte offensant et public, c'est-à-dire qu'il transgresse des normes ou des valeurs sociales et qu'il heurte l'intérêt de tous à travers le tort subi par un seul. Si ces conditions sont remplies, il est alors moralement permis que le coupable subisse une peine qui associe réprobation morale et dénonciation publique. Cette équivalence peut donc être garantie si l'on assure que l'infraction possède un caractère publiquement offensant. Intuitivement, la dimension expressive de la peine est en effet moins troublante si le crime est fortement réprouvé par la communauté. À la publicité du crime répond l'expressivité de la peine : cette reformulation rend évidente la défense de la peine dans sa dimension expressive, car ce trait de caractère semble être déduit de la nature du tort lui-même. La réprobation se présente donc comme méritée.

- La deuxième condition porte sur la signification symbolique de la peine, qui doit véhiculer un blâme public pour incarner le fardeau que le condamné mérite. Une peine strictement afflictive n'y parvient pas car elle demeure trop incertaine. Elle est soumise à la variété des sensibilités et des interprétations et ne peut suffire à garantir que la rétribution soit suffisante pour compenser le tort. Cette condition implique que le blâme exprimé par la peine ne constitue pas un message véhiculé à même la pénibilité de la peine. Pour fournir une

contrepartie à l'offense et rétablir le rapport de réciprocité entre crime et peine, le blâme doit faire l'objet d'une déclaration particulière et explicite de la part de l'autorité judiciaire. La peine doit donc être infamante pour ne pas apparaître comme un pur acte d'hostilité ou de vengeance particulière aux yeux du condamné. Sa valeur intrinsèque dépend de sa dimension publique.

- La troisième condition concerne enfin la procédure d'application de la peine. L'infracteur mérite non seulement d'être châtié mais aussi blâmé par la communauté. Pour y parvenir, la peine doit être une institution légale mise en œuvre par l'État. La répression doit donc être menée par une autorité publique, et la peine définie en amont par la loi, pour reproduire de façon symétrique la valeur de préjudice et d'offense que partagent tous les actes incriminés. La peine doit être imposée de façon médiate et délibérée, ce qui suppose qu'elle résulte d'une procédure de jugement, à travers laquelle l'accusé peut se défendre face à celles ou ceux qui portent leurs accusations contre lui. C'est à cette seule condition que, s'il est condamné, il pourra comprendre, en raison de la peine qui lui est imposée, la nature préjudiciable, offensante et injuste de son acte. Ce rétributivisme symbolique s'oppose, sur ce dernier point, aux théories de la justice restaurative, qui souhaitent réinscrire le conflit d'intérêts qui a présidé à l'infraction dans les relations sociales qui l'ont fait émerger, en favorisant des procédures de médiation et de réparation entre les individus concernés, empruntées au droit civil. À l'encontre de cet argument, le rétributivisme symbolique maintient, au contraire, la primauté de l'État dans la définition et l'exécution des peines et affirme qu'il ne serait pas souhaitable que le conflit soit rendu aux parties qu'il oppose. L'infraction est d'abord une faute et un manquement à des prescriptions *légales*.

Une défense rétributiviste de la réprobation

Le rétributivisme symbolique fait de la nature offensante du crime, de la dimension expressive de la peine et enfin du caractère public et égalitaire de la procédure pénale, les trois conditions pour que le criminel mérite l'hostilité de la communauté et le blâme qu'elle lui adresse. Cependant, pour Feinberg, cette théorie se trouve limitée par son incapacité à apprécier les problèmes spécifiques que pose la fonction réprobatrice de la peine. Parmi les doutes qu'il émet à l'égard de la validité du rétributivisme, il souligne tout d'abord que cette théorie ne justifie pas pourquoi le recours à un traitement pénible, pourtant inclus dans les modalités de la peine, demeure décisif : dès lors que la condamnation publique est inscrite

dans la procédure, et que la peine répond à l'offense, pourquoi conserver des mesures physiquement afflictives dans l'arsenal pénal ? Rien, en effet, n'oblige à ce que la peine inflige une souffrance ou réduise les capacités physiques de l'individu, si des sanctions comme la déchéance civique ou la dégradation des droits suffisent à manifester le ressentiment et la réprobation publics⁵⁹. Le blâme peut être exprimé à travers une condamnation purement symbolique, qui pourrait se traduire par une formule spécifique dans l'énoncé de la sanction par le juge, la dénonciation verbale du coupable par un représentant de la société ou encore un système de marques qui distingueraient publiquement le condamné des autres citoyens. Dans tous les cas, l'indignation et la colère publiques seraient exprimées.

Cette incertitude révèle, selon Feinberg, un problème plus profond logé au cœur du rétributivisme symbolique. Cette théorie s'appuie une séparation entre dimension afflictive et fonction infamante de la peine qui demeure abstraite. En réalité, étant données nos conventions sociales, cette distinction ne tient pas, car le caractère afflictif et la signification symbolique de la peine sont toujours entremêlés. Ce n'est que d'un point de vue abstrait que l'on peut « concevoir des condamnations rituelles qui ne soient accompagnées d'aucun traitement pénible *supplémentaire*, et des inflexions et privations qui, du fait de conventions symboliques différentes, n'aient aucune force réprobatrice⁶⁰ ». Si l'on observe les pratiques pénales, au contraire, et c'est ce que la description de la dimension expressive permettait de montrer⁶¹, l'inflexion de souffrances a valeur de réprobation : le traitement pénible est devenu le symbole de la réprobation⁶². En outre, les effets psychiques d'une sanction non-afflictive et purement infamante peuvent être destructeurs, et générer une souffrance tout à fait sensible, au même titre que l'absence de condamnation. Si la division des sanctions afflictive et infamante est donc possible en droit, elle ne peut déboucher sur un partage dans les peines délivrées en fait. Les traitements pénibles suffisent à exprimer un blâme : les peines de détention, les travaux d'intérêts généraux, les amendes, privent l'individu de capacités, de biens ou de droits, et le diminuent moralement et symboliquement, sans qu'il soit nécessaire de formaliser leur valeur infamante.

⁵⁹ C'est l'argument que Bertrand Guillarme adresse à la théorie de la peine comme éducation morale élaborée par Jean Hampton. Voir : Bertrand GUILLARME, *Penser la peine*, *op. cit.*, p. 56 ; Jean HAMPTON, « The Retributive Idea », in Jeffrie G. MURPHY et Jean HAMPTON (dir.), *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 111-161.

⁶⁰ Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, *op. cit.*, p. 74-75.

⁶¹ Voir *supra*, section 1, « L'expressivité de la peine ».

⁶² Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, *op. cit.*, p. 76.

Le rétributivisme affronte un second obstacle dans sa tentative à rendre raison de l'expressivité de la peine : pourquoi la rétribution du coupable exige-t-elle la dénonciation publique du condamné alors qu'il est déjà contraint à un traitement pénible, physiquement ou psychiquement⁶³ ? Pour un rétributiviste, l'infamie est une rétribution requise par la nature publique du tort lui-même, qui englobe certes le préjudice subi par la victime, mais aussi l'offense ressentie par la communauté et l'injustice commise à l'égard de celles et ceux qui respectent la loi et s'interdisent des pratiques égoïstement avantageuses⁶⁴. Or, en l'estant le tort d'une signification sociale et politique qui dépasse les intentions visées par le criminel, cet argument fait verser le rétributivisme dans un excès de sévérité. Il réifie d'un côté le crime comme un phénomène collectif, mais en enracine en même temps les raisons dans la responsabilité individuelle. Le rétributivisme se présente couramment comme une stratégie pour restreindre la répression à la peine que l'individu mérite de subir, c'est-à-dire à la peine qu'il a voulue sans toujours en avoir conscience⁶⁵. Mais en intégrant les dimensions sociales et politiques de certains crimes à la notion du tort en général, il autorise finalement une sévérité maximale à l'encontre du criminel.

En défendant la valeur intrinsèque de l'infamie marquée par la peine, le rétributivisme présuppose en effet une définition lourde et monolithique du tort, qui ne tient pas compte de l'intention criminelle et ne permet plus de distinguer les torts privés des torts publics. Une politique criminelle qui s'en réclamerait se présenterait alors comme indéniablement injuste. Elle ne communiquerait pas la valeur du tort commis par le criminel, mais celle du fardeau que la communauté aurait décidé de lui faire porter. Elle ne parviendrait pas à s'adresser à la personne morale du criminel, en lui faisant subir la souffrance qu'il a lui-même engendrée. Au contraire, en ajoutant l'infamie à la souffrance, la peine masquerait la valeur rétributive de la condamnation⁶⁶. Elle apparaîtrait comme une vengeance collective, et la dénonciation publique serait l'objet d'une crainte qui ferait écran à l'expression raisonnable du blâme⁶⁷.

⁶³ Nils CHRISTIE, *Limits to Pain*, *op. cit.*, p. 98-105.

⁶⁴ Voir : Margaret M. FALLS, « Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons », *Law and Philosophy*, vol. 6, n° 1, 1987, p. 25-51 ; Igor PRIMORATZ, « Punishment as Language », *op. cit.* ; John KLEINIG, « Punishment and Moral Seriousness », *Israel Law Review*, vol. 25, n° 3, 1991, p. 401-421.

⁶⁵ Par l'infraction, l'individu se reconnaîtrait un « droit d'être puni » comme le formule Morris. Voir Herbert MORRIS, « Persons and Punishment », *The Monist*, vol. 52, n° 4, 1968, p. 475-501.

⁶⁶ Thomas MATHIESEN, *Prison on Trial*, Londres, Sage, 1990, p. 58-73.

⁶⁷ C'est alors dans sa dimension emphatique, réprobatrice et vindicative, que la peine peut pousser l'individu à commettre le crime, selon la figure nietzschéenne du « pâle criminel », à laquelle Freud fait référence dans « Quelques types de caractère dégagés par le travail psychanalytique ». À la fin de son analyse du type de l'agent criminel par conscience de culpabilité, Freud écrit : « Un ami m'a fait ultérieurement remarquer que le "criminel par sentiment de culpabilité" était également connu de Nietzsche. La préexistence du sentiment de culpabilité et sa rationalisation par le recours à l'acte transparaisent dans les discours de Zarathoustra "Du pâle criminel". Remettons-nous-en à la recherche future du soin de décider combien de criminels sont à compter parmi ces

Définir la réprobation et le blâme comme des éléments constitutifs de la peine pose donc un problème normatif lancinant. Après avoir souligné les limites du rétributivisme, faut-il conclure qu'il est impossible de proposer une justification absolue des émotions vindicatives et des jugements de réprobation que véhicule la peine ? Cette question exige de savoir si l'on peut identifier les mérites de l'infamie en évaluant, au contraire, ses potentiels bienfaits sur la société, c'est-à-dire en la justifiant relativement à ses conséquences.

Comme le rappelle Feinberg, la peine peut, dans sa dimension expressive, avoir pour effet de désavouer officiellement un individu, de désapprouver publiquement sa conduite, de réaffirmer et de légitimer la loi ou de réhabiliter les individus disculpés au terme de la procédure de jugement⁶⁸. Elle apparaît même comme une condition d'effectivité de l'obligation politique⁶⁹, en participant au respect collectif des normes édictées par l'État. Ainsi, la force condamnatoire de la peine constitue un avantage, qui explique que certaines procédures juridiques y fassent référence. C'est ce que montre, par exemple, le recours, pour certaines affaires civiles de *common law*, à des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs (« *punitive damages* »). L'immixtion de catégories issues du droit pénal dans la procédure civile possède une fonction symbolique : le plaignant qui exige réparation est élevé au rang de symbole des intérêts de la communauté. Des domaines juridiques extérieurs au droit pénal peuvent donc mettre à profit l'effet de dénonciation publique de la condamnation pénale.

Pour souligner les bénéfiques symboliques de la peine, Feinberg se réfère également à la notion para-juridique du crime passionnel. Dans de nombreux systèmes pénaux, les auteurs de ce type de crimes font l'objet d'une certaine indulgence de la part des tribunaux, grâce à l'usage des excuses légales. Selon lui, l'injustice ressentie face à ce traitement différentiel manifeste *a contrario* la force condamnatoire et symbolique de la peine. Cette catégorie de crimes n'est pas une infraction spécifique en droit, mais elle a émergé à travers la définition des circonstances atténuantes et des excuses dont leurs auteurs bénéficient. Même si cette notion est para-juridique, le *Code criminel* canadien prévoit, par exemple, une excuse de « provocation » pour atténuer la peine d'un crime survenu après la découverte d'une relation

« pâles criminels ». » Sigmund FREUD, « Quelques types de caractère dégagés par le travail psychanalytique » [1916], dans *Essais de psychanalyse appliquée*, Paris, Gallimard, 1971. Il se réfère à Friedrich NIETZSCHE, « Du pâle criminel », dans *Ainsi parlait Zarathoustra. Œuvres complètes de Friedrich Nietzsche*, t. XIX, trad. de l'allemand par H. Albert, Paris, Société du Mercure de France, 1903, p. 50-53.

⁶⁸ Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, *op. cit.*, p. 77-79.

⁶⁹ « Une loi qui n'est guère respectée commence à perdre son caractère de loi, à moins que, comme nous l'avons dit, elle soit légitimée (réaffirmée avec emphase) ; et de toute évidence le moyen (en fait, le seul moyen) pour ce faire est de punir ceux qui la violent. » *Ibid.*, p. 79.

adultère⁷⁰. En droit français, jusqu'à la réforme de juillet 1975⁷¹, le crime passionnel était considéré comme une cause légale d'atténuation ou d'exemption de responsabilité⁷². Il pouvait à ce titre être excusé, mais exclusivement lorsqu'il concernait l'époux⁷³ : le crime passionnel serait donc une réaction émotive court-circuitant la volonté de l'individu spécifiquement masculin, un acte commis sous l'empire d'une passion éminemment virile⁷⁴. L'impunité dont bénéficient, ou bénéficiaient, ces crimes apparaît indéniablement injuste, *a fortiori* si elle sélectionne le genre des individus reconnus coupables.

Ce sentiment d'injustice ne doit pas être ramené, toutefois, à une forme de dépit, dû au fait que le meurtre n'a pas été vengé ou que le criminel n'a pas été châtié. De telles émotions renvoient au plaisir pris au malheur d'autrui⁷⁵, qui n'explique pas le scandale de l'impunité. Feinberg défend, en effet, que l'injustice ressentie devant l'excuse des crimes passionnels tient aux attentes normatives dont la peine est l'objet. Il y a scandale moral face à l'impunité parce qu'une double exigence pèse sur l'institution pénale : les actes réprouvés par la morale commune doivent être condamnés publiquement, et l'application des peines doit être équitable. L'institution pénale doit reconnaître publiquement les torts commis, et, dans sa mise en œuvre, elle ne doit pas renforcer les différentes formes de domination qui émaillent la société⁷⁶. Ces deux exigences vont de pair, car si l'institution pénale n'applique pas à tous les individus reconnus coupables de meurtre les peines prévues, l'interdiction du meurtre perd de son autorité publique. La fonction expressive de la peine répond à cette demande. Elle assure

⁷⁰ L.R.C. (1985), ch. C-46, Code criminel (Canada) – art. 232 (1) : « Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine. » [En ligne] URL : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/section-232-20150717.html?wbdisable=true>, consulté le 14 février 2017.

⁷¹ Loi du 11 juillet 1975 n° 75-617 portant réforme du divorce (dont l'article 17 abroge partiellement l'article 324 de l'ancien code pénal).

⁷² CP art. 122-1 à 122-8.

⁷³ « Le meurtre commis par l'époux sur l'épouse, ou par celle-ci sur son époux, n'est pas excusable, si la vie de l'époux ou de l'épouse qui a commis le meurtre n'a pas été mise en péril dans le moment même où le meurtre a eu lieu. Néanmoins, dans le cas d'adultère prévu par l'article 336, le meurtre commis par l'époux sur l'épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable. » CP art. 324.

⁷⁴ Voir : Benoît GARNOT, *Une histoire du crime passionnel. Mythe et archives*, Paris, Belin, 2014 ; Habiba TOURE, *Le crime passionnel. Etude du processus de passage à l'acte et de sa répression*, thèse de doctorat dirigée par Franck Arpin-Gonnet, Université Paris VIII, 2007, [En ligne] URL : http://1.static.e-corpus.org/download/notice_file/849457/ToureThese.pdf.

⁷⁵ Il s'agit du sentiment de joie malsaine, ou *Schadenfreude*, éprouvée face à la souffrance d'autrui et ici du condamné. Voir Annalise ACORN, « Fear of Crime and Punishment », *Journal of Theoretical & Philosophical Criminology*, vol. 1, n° 1, 2009, p. 79-89. Pour un examen général de la notion : Wilco W. VAN DIJK et Jaap W. OUWERKERK (dir.), *Schadenfreude: understanding pleasure at the misfortune of others*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁷⁶ Certaines approches critiques, marxistes ou post-marxistes, nient toutefois la portée d'une critique morale de la peine, qui vise à rappeler l'institution pénale aux principes censés l'inspirer (comme pouvoir indépendant, impartial dans son jugement et équitable dans sa procédure). Tenant cette critique morale pour mystificatrice, elles analysent l'institution pénale comme une fonction, voire une condition de la perpétuation des rapports de domination de classe, de race ou de genre. J'aborde ces questions dans le chapitre VI.

que les actes réprouvés par la morale commune sont non seulement punis, mais aussi dénoncés par l'État.

L'expression de la réprobation aurait ainsi une fonction de réaffirmation de la morale commune et de conservation des valeurs, ce qui incite à penser que la dimension infamante de la peine trouve peut-être sa justification dans ses éventuelles bonnes conséquences : elle contribue à l'éducation morale des individus, en réaffirmant les normes et valeurs communes, et consolide la confiance accordée à l'État. Selon cette justification, même dans un contexte où le meurtre de l'amant ou de l'amante serait excusé par les uns, parce qu'il permet à l'individu trompé de retrouver son honneur, et condamné par les autres, parce qu'il est un acte de violence absolue, il est important de croire que le droit tranche le conflit de façon impartiale. Son autorité est salutaire à la concorde.

Les théories communicatives de la peine

La théorie rétributiviste affirme que le blâme et la réprobation exprimés par la peine constituent de bonnes raisons de punir : par leur acte, certains individus méritent de subir le courroux de la société et la vindicte populaire. L'institution pénale permet de satisfaire cette exigence morale. Mais cette théorie éthique rencontre plusieurs limites dans sa prétention à justifier la valeur de condamnation sociale que véhicule la peine. Les exemples précédents incitent alors à poser la question suivante : le mérite de la peine, comme pratique publique et expressive, peut-il se manifester *a posteriori*, relativement à ses bonnes conséquences sur la vie sociale ? Le conséquentialisme tente, en effet, de justifier cette dimension expressive d'après ses bénéfices sur le plus grand nombre. Les théories communicatives, qui mettent à profit les vertus expressives de la peine, sont, en majorité mais pas toutes, issues de ce courant⁷⁷. Il faut néanmoins distinguer ces théories, parmi les différentes versions du conséquentialisme pénal, par le fait qu'elles proposent une justification catégorique de la fonction expressive de la peine.

Ces théories soutiennent qu'il est acceptable de punir, précisément parce que la peine exprime un blâme public ; dans ce cas, l'expressivité de la peine possède une valeur à part entière. Elle n'est pas seulement une condition à l'efficacité préventive de l'institution pénale, et, au-delà, à l'utilité de la peine pour la société. Elle confère également de l'autorité à la loi

⁷⁷ On renvoie sur ce point aux ouvrages de Nicolas LACEY, *State punishment: political principles and community values*, Londres, Routledge, 1988 ; John BRAITHWAITE et Philip PETTIT, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, *op. cit.*

pénale, en montrant que sa mise en œuvre est soutenue par la morale commune. Elle contribue à persuader les individus des mérites de la peine, et à transmettre aux condamnés les raisons de transformer leurs désirs pour ne plus enfreindre la loi. Les théories communicatives proposent une justification conséquentialiste et catégorique : il faut que la loi pénale soit annoncée publiquement, et que l'infliction de souffrances s'accompagne d'une condamnation qui symbolise le blâme et la réprobation ; sinon, l'institution pénale ne peut pas réaliser ses fonctions de dissuasion, de persuasion morale et de réhabilitation des condamnés.

Cette seconde position considère que la fonction expressive de la peine est, en soi, injustifiable. C'est pourquoi je m'en tiendrai à l'examen de la première position. Les théories communicatives insistent, en effet, sur la valeur de réprobation de la peine pour montrer qu'elle décuple la force d'intimidation de l'institution pénale, et contribue ainsi à améliorer son efficacité sociale. Pour montrer que la fonction expressive de la peine est acceptable, l'accent est mis sur le surcroît d'autorité que la condamnation publique apporte à la peine, par comparaison avec des peines qui resteraient purement afflictives. La dimension infamante de la peine complète et prolonge l'infliction de souffrances : cette dernière ancre le blâme dans une réalité sensible, et la condamnation fait retentir la menace de la peine dans tout le corps social. Il y a donc complémentarité entre les dimensions afflictives et infamantes de la peine. Sans la fonction expressive de la peine, l'image de la souffrance vécue par le condamné ne serait pas transmise à l'ensemble des individus, et l'institution ne parviendrait pas aussi sûrement à conditionner les sensibilités pour influencer les conduites dans le sens de l'obéissance.

Cette fonction dénote deux procédés précis : la déclaration publique des peines prévues par la loi, et l'introduction dans la procédure pénale de références à l'offense commise contre la communauté et l'intérêt général. À la menace d'une souffrance délibérée, la fonction expressive de la peine ajoute donc la dénonciation du crime. Étant donné que la prévention des actes nuisibles est l'effet recherché, il apparaît acceptable que l'institution pénale influence les motivations des individus, en usant de stratégies qui vont de la menace brute à la persuasion morale. Ces théories communicatives proposent donc deux stratégies rhétoriques : la persuasion morale, communiquée aux individus par l'indignation et le ressentiment qu'exprime la condamnation, et qui vise à convaincre les individus de respecter les interdictions ; la menace de la contrainte, exprimée par l'annonce des peines, qui s'adresse aux individus non plus en tant qu'agent moral, mais comme animal dont on peut déterminer la volonté à travers le contrôle de ses émotions. Le droit prévoit ainsi la faillibilité de l'individu, qui est autant persuadé que menacé par le système pénal.

La fonction expressive de la peine est autant motivée par le besoin d'intimider les individus que par celui de fournir des raisons prudentielles aux individus, citoyens ordinaires ou condamnés, de ne pas s'engager dans une conduite nuisible. Pour un conséquentialiste, l'institution pénale peut autant jouer sur la capacité de l'individu à être impressionné, de façon sensible, qu'à agir avec prudence, de manière rationnelle. Le droit pénal anticipe les raisons d'agir de l'individu, en associant une sanction qui atteint autant ses droits que son honneur à une règle. Il faut donc souligner que la fonction expressive de la peine s'observe en amont comme en aval à son application : en amont, parce que la déclaration de la loi devance les raisons d'agir de l'individu en attachant une peine, qui joue le rôle d'un signe répulsif, à des actes qui pourraient être égoïstement avantageux mais qui sont nuisibles pour autrui ; en aval, parce que le traitement infligé au condamné incarne la condamnation sociale dont il est l'objet.

La signification du droit ne s'épuise donc pas dans le travail effectif des tribunaux, et la pression symbolique sur les conduites est indissociablement coercitive et préemptive : le droit soustrait certaines conduites du domaine des actions permises et légitimes, non pas uniquement par la menace, mais en jouant sur la capacité des individus à interpréter la loi et à retrouver, par eux-mêmes, les raisons qui motivent l'incrimination. La peine n'est une sanction coercitive que pour celles et ceux qui demeurent sourds, ou qui sont insuffisamment attentifs, à l'appel de la loi. Cette thèse défend donc la dimension expressive de la peine pour sa capacité à persuader moralement les individus : la fonction expressive du système pénal est utile à la prévention, parce que la loi convainc les individus de s'abstenir des conduites illicites. L'institution pénale dénonce publiquement le crime et réaffirme l'attachement collectif à la règle. Elle détermine ainsi la conduite individuelle non pas seulement par la menace, mais en donnant des raisons d'obéir à la personne. La communication d'émotions et de jugements de réprobation est donc indirectement utile à la maximisation du bien-être collectif, et, sous sa forme déclarative, elle respecte l'autonomie des individus.

Cependant, ces théories impliquent une forte présomption à l'égard de l'autorité de la loi pénale : elle pourrait, semble-t-il, déterminer les raisons d'agir des individus, par la seule force rhétorique de ses énoncés ; la peine persuade les individus de s'abstenir de commettre des crimes parce qu'elle véhicule l'indignation publique ; grâce à ses vertus expressives, la condamnation légitime l'autorité de l'État et contribue à responsabiliser les condamnés. L'objection majeure qu'affrontent ces arguments porte sur leur prétention à expliquer l'efficacité de la loi pénale : en effet, peut-on présumer aussi sûrement que c'est la loi qui persuade les individus, et justifier ainsi la fonction expressive de la peine, alors que le droit

peut être ignoré ou prêcher des convertis ? Au-delà de la capacité du droit à anticiper les raisons d’agir des individus, l’obéissance des individus envers la loi peut en effet avoir pour motifs le respect de la tradition, la soumission spontanée à l’État ou l’instinct grégaire⁷⁸. Il est donc difficile de certifier que l’annonce publique des peines prévues et la valeur symbolique de la condamnation possèdent en propre un effet de persuasion morale. Un tel doute à l’égard des raisons de l’obéissance mène Thomas d’Aquin à affirmer que le droit s’identifie à un pouvoir de coercition, et qu’il n’y a pas lieu de persuader, mais seulement de châtier, celles et ceux qui transgressent la loi :

[...] les hommes vertueux et justes ne sont pas soumis à la loi, mais seulement les mauvais. En effet, ce qui est imposé par la contrainte et la violence est contraire à la volonté. Or la volonté des bons s’accorde avec la loi ; c’est la volonté des mauvais qui s’y oppose. En ce sens, ce ne sont pas les bons qui sont sous la loi, mais uniquement les mauvais⁷⁹.

Les théories communicatives achoppent donc à rendre raison du fait que cette fonction expressive se rapporte à la peine en elle-même. Elles ne justifient pas pourquoi il faudrait non seulement châtier l’individu condamné mais aussi le blâmer publiquement. On peut admettre que la peine possède des vertus communicatives : sa fonction expressive améliore la force dissuasive du droit pénal, manifeste l’enracinement du système pénal dans la morale commune et donne des raisons morales aux individus de s’abstenir d’enfreindre la loi. Mais ces impératifs de dissuasion, de légitimation et de persuasion morale n’impliquent pas nécessairement le recours à des sanctions afflictives et rétributives. On peut ainsi imaginer que l’application de pénalités, de taxes ou d’amendes, ainsi que des campagnes de prévention publique, y parviennent. La faille des théories communicatives repose sur leur incapacité à justifier pourquoi les fonctions de dissuasion, de légitimation de l’ordre social et de persuasion morale des individus devraient être assurées par la peine, c’est-à-dire une institution rétributive et afflictive.

Ces théories s’en tiennent à un point de vue abstrait, car c’est seulement en droit que la réprobation peut être détachée de l’infliction de souffrances et de traitements pénibles. En fait, l’expression de la réprobation dépend du traitement pénible impliqué par la peine, ce que sous-estiment ces théories. Elles présupposent la dimension afflictive de la peine mais elles n’en rendent pas raison. L’exigence de justification doit porter sur le fait que,

⁷⁸ Je reviens en détail sur ce point dans le chapitre IV, mais on peut d’emblée faire référence à la critique du théoricien H. L.A. Hart. Selon lui, les individus, du point de vue interne qui est le leur, peuvent très bien suivre les règles de la morale *commune* mêmes s’ils jugent ces règles moralement mauvaises, ce qui implique qu’ils s’appuient sur une morale *critique*. Voir sur ce point son « Postscript » au *Concept de droit* : Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, *op. cit.*, p. 272-274.

⁷⁹ THOMAS D’AQUIN, *Somme théologique*, t. II, trad. par A. Raulin *et al.*, Paris, Cerf, 1984, q. 96, art. 5 (je souligne).

conventionnellement, c'est l'infliction de souffrances qui a valeur de condamnation publique. C'est ce que rappelle Feinberg :

Dire que le traitement physique en lui-même exprime la condamnation revient à dire que certaines formes de traitements pénibles sont devenues les symboles conventionnels de la réprobation publique [...]. Le problème de la justification de la peine, quand elle revêt cette forme, pourrait bien être celui de la justification de nos symboles d'infamie⁸⁰.

C'est, par exemple, la prévision de la souffrance qui rend intimidantes les interdictions et le blâme formulés par la loi. L'enjeu n'est donc pas de montrer en quoi l'expression publique du blâme est souhaitable, mais pourquoi elle doit passer par un traitement pénible. La difficulté porte ainsi sur la possibilité de justifier la fonction expressive de la peine sans oublier qu'elle est indissociable de sa dimension afflictive, ce qui pose un défi à la théorie normative : est-il acceptable que les individus punis souffrent de manière durable et profonde, au prétexte que l'institution pénale prétend les rééduquer et réaffirmer l'autorité de la loi ?

2.2. Ordre moral et défense de la société

Le conservatisme moral de la peine

Quel risque fait peser la peine sur les individus punis, dès lors qu'elle est investie d'une autorité morale ? J'ai voulu insister sur le fait que les théories communicatives de la peine ne prenaient pas suffisamment la mesure des traits irréductibles de la pratique pénale, c'est-à-dire de ses caractères rétributifs et afflictifs. La communication mise en œuvre par l'institution pénale se déploie de deux façons : du point de vue général des individus, comme dissuasion, et donc exhortation, à obéir à la loi et à s'abstenir de commettre des infractions ; du point de vue particulier du condamné, comme rééducation et réhabilitation. L'expression du blâme public enracine la punition dans l'exercice religieux de la repentance : l'institution intime objectivement au condamné de faire amende honorable ; sa conduite est certes dénoncée, mais elle est aussi saisie comme un ensemble de dispositions subjectives à transformer ; enfin, l'exécution de la peine est indexée à la quête d'un possible pardon de la part de la communauté offensée. Dans sa dimension réhabilitatrice, la peine s'apparente donc

⁸⁰ Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, op. cit., p. 76, 87.

à une forme sécularisée de pénitence. Or, la valeur de cette transformation morale ne peut pas être abstraite de l'épreuve pénible et afflictive imposée au condamné.

Ainsi, si l'on fait peser sur l'institution pénale la charge de moraliser et de resocialiser les individus condamnés, le risque est d'étendre et d'intensifier en réalité la portée de la répression. La légitimité publique de l'institution pénale ne peut pas être dissociée de la pénibilité de ses techniques. Étant donné que la peine exprime une dénonciation publique parce qu'elle inflige un traitement pénible, le nombre de comportements incriminés ou la sévérité des peines augmente à mesure que l'institution pénale est investie d'une autorité morale et d'une fonction sociale. Puisque l'autorité de la peine est inséparable de son efficacité dissuasive et de la sévérité des peines infligées, les espoirs que fondent en elle les pouvoirs publics ou la société civile entraînent des peines plus longues et plus sévères. La quantité de souffrance distribuée par le droit évolue en fonction de la valeur accordée à la fonction de communication, de rééducation et de réhabilitation décernée à la peine.

Cet argument rappelle donc les théories communicatives à l'impossibilité d'éclipser le caractère afflictif de la peine. Comme le maintient Michel Foucault au début de *Surveiller et punir*, il demeure

[...] un fond "suppliciant" dans les mécanismes modernes de la justice criminelle – un fond qui n'est pas tout à fait maîtrisé, mais qui est enveloppé, de plus en plus largement, par une pénalité de l'incorporel⁸¹.

Ce fond se perpétue malgré les réformes pénales, *a fortiori* si la peine vise à l'éducation morale et à la réhabilitation du condamné. Or, les théories communicatives, qu'elles soient d'inspiration rétributiviste ou conséquentialiste, mésestiment la dépendance réelle des pratiques pénales à l'infliction de souffrances. Elles se concentrent sur les conséquences intentionnelles de la condamnation véhiculée par la peine, en occultant le fait qu'elle est la contrepartie symbolique de la soumission du condamné à un traitement pénible. Or, ces théories ne justifient pas qu'il faille en passer par la peine pour amender les individus récalcitrants, ni que la violence soit une condition nécessaire de l'autorité morale du droit pénal. Ainsi les tentatives pour imaginer des alternatives non-afflictives à la peine se heurtent-elles aux conditions de validité des normes juridiques, qui incluent la menace de sanctions coercitives, c'est-à-dire l'exercice de la force contre la volonté des individus⁸². L'ambition de transformer moralement le condamné, et d'adresser aux individus des raisons, et non pas seulement des ordres, d'obéir à la loi s'inscrit *in fine* dans l'horizon de peines afflictives et

⁸¹ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des Histoires », 1975, p. 21.

⁸² Hugo Adam BEDAU, « Punitive Violence and Its Alternatives », in James B. BRADY et Newton GARVER (dir.), *Justice, Law, and Violence*, *op. cit.*

rétributives. La valeur de condamnation morale et de blâme public renvoie donc toujours au fait que la peine viole les intérêts les moins controversés d'une communauté. C'est ce qu'une justification de la fonction expressive de la peine doit prendre en compte.

Les théories communicatives affrontent donc plusieurs objections, qui les renvoient à leur caractère idéal. Elles ne parviennent pas à justifier en quoi la mise en œuvre de la morale implique nécessairement une violence punitive, ni en quoi il est moralement permis de recourir à des traitements afflictifs pour réaffirmer les valeurs communes. Elles présupposent également une conception substantielle de la morale commune, identifiée à un corps de valeurs fondamentales qui font consensus. Le droit en serait le gardien, c'est pourquoi ces théories tendent à amalgamer les conflits et les violences privées à des désaccords moraux dans lesquels l'État doit prendre parti. Tout se passe comme si le délinquant devait être sermonné et réhabilité par l'institution pénale parce que son acte prouve qu'il ne peut pas demeurer libre d'être sceptique ou réticent à l'égard des normes sociales. Ces théories impliquent donc un moralisme excessif : elles soutiennent un objectif de rééducation morale, qui vise non seulement à conformer la conduite extérieure de l'individu à la loi, mais aussi à transformer ses dispositions intérieures pour atténuer son hostilité et l'élever à la vertu⁸³. Or, en minorant la violence constitutive de la peine, les théories conséquentialistes de l'éducation morale masquent le fait que le condamné reste *contraint* à réformer ses sentiments et ses jugements. En étant punitives, les modalités de la réforme morale entrent alors en contradiction avec la finalité de la reconnaissance du statut moral de l'individu⁸⁴.

Les justifications de la dimension condamnatrice de la peine rencontrent donc deux grands types de limites :

- dans leur formulation *rétributiviste*, elles légitiment le ressentiment collectif contre l'individu mais reposent sur une conception idéale du crime. Ce dernier est conçu comme un désaccord moral, qui témoigne du mépris du malfaiteur pour la morale commune et de son incapacité à reconnaître le statut moral d'autrui. Le rétributivisme dramatise donc à outrance la notion de crime, et ne tient pas compte de la multiplicité des motifs réels des criminels. De façon plus grave, il tend à brouiller la frontière entre la rétribution méritée et l'acharnement collectif contre l'individu tenu coupable.

⁸³ Voir sur ce point les rapports entre les théories éducatives de la peine et les doctrines de la « vertu jurisprudence » : Lawrence B. SOLUM, « Virtue Jurisprudence, a Virtue-Centered Theory of Judging », *Metaphilosophy*, vol. 34, n° 1/2, 2003, p. 178-213.

⁸⁴ Duff estime ainsi « qu'un État libéral ne devrait pas se préoccuper d'une façon aussi intrusive du caractère moral de ses citoyens ». Antony DUFF, *s. v.* « Legal punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, *op. cit.* Voir également : Antony DUFF, « The Intrusion of Mercy », *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 4, n° 2, 2007, p. 361-387.

- Dans leur version *conséquentialiste*, ces justifications aboutissent à vider la peine de sa dimension afflictive pour en faire une institution symbolique, qui exhorte les individus de s'abstenir du crime et rééduque ceux qui restent sourds à son appel. Ainsi, ces théories ne tiennent pas compte de l'excès de souffrance objective que la peine déverse au nom de la dissuasion et de la réhabilitation. En confondant définition et justification de la peine, le conséquentialisme minore le drame moral de la violence imposée par la peine, et ne prend pas suffisamment la mesure des effets d'exclusion et de disqualification qu'elle provoque réellement⁸⁵.

Morale positive et morale critique

Les approches normatives présentées précédemment ne parviennent pas à rendre compte de manière satisfaisante du caractère indissociable, au plan de la définition de la peine, de ses dimensions afflictives et infamantes. Or, si le blâme dont la condamnation est le véhicule continue en effet de faire problème au plan normatif, il reste qu'en exprimant le ressentiment collectif et en dénonçant l'infracteur, le droit contribue peut-être à légitimer *de facto* l'autorité de l'État et la morale sociale. C'est ce qui expliquerait la force sociale et l'autorité morale des énoncés juridiques en matière pénale. Comme le rappelle Feinberg, « [...] lorsque [l'État] s'exprime en punissant, son verbe est tonitruant et il est sûr d'être entendu⁸⁶ ». Au plan normatif, ce constat aboutit à une alternative entre deux attitudes :

- la première défend la nécessité d'une vigilance critique à l'égard de l'institution pénale, qui doit être encadrée par de solides règles de procédure et offrir de fortes garanties au respect des libertés individuelles. Étant donné le pouvoir qui lui est conféré et le risque d'abus qui est inhérent à son fonctionnement, l'institution pénale doit faire l'objet d'une méfiance continue. En outre, la sphère de l'incrimination doit être réduite au minimum socialement nécessaire. C'est la défense du libéralisme pénal contemporain⁸⁷.

- La seconde attitude maintient, au contraire, la pertinence d'une justification générale de la peine, tout en concédant qu'elle ne peut être que moralement relative. Cette approche

⁸⁵ Hugo A. BEDAU et Erin KELLY, s. v. « Punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, *op. cit.*

⁸⁶ Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, *op. cit.*, p. 80.

⁸⁷ Pour une discussion critique de cette position, voir : Paul ROBERTS, « Criminal Law Theory and the Limits of Liberalism », in Andrew P. SIMESTER, Ulrich NEUMANN et Antje DU BOIS PEDAIN (dir.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas Von Hirsch*, *op. cit.*, p. 327-360. Je renvoie également au travail de Raphaëlle THERY, *Libéralisme pénal, principes, contradictions, et enjeux d'une institution non idéale*, Thèse de doctorat, Philosophie, EHESS, décembre 2015.

réduit la morale aux règles et aux intérêts dominants d'une communauté, et estime que la peine est acceptable si elle contribue à conserver les structures sociales de cette communauté. L'institution pénale permet ainsi de maintenir les cadres moraux et de sauvegarder les préférences d'une société, et, par là, d'en reproduire les structures sociales dominantes, quand bien même cette fonction ne recevrait pas de justification absolue. Une telle attitude délaisse donc les tentatives de justification catégoriques de la peine, qui n'offrent pas de critères sûrs pour limiter la sévérité des peines, quand elles ne l'occulent pas subrepticement.

Ces deux attitudes ont en commun d'adopter la thèse selon laquelle le système pénal ne diffère qu'en degré d'un système de règles vindicatoires, qui régule et perpétue les relations sociales d'une communauté particulière. Cependant, alors que la première voit dans cette continuité entre peine et vengeance une raison de se méfier de l'institution pénale, l'autre l'interprète, au contraire, comme une manière de défendre son utilité sociale.

Face à l'aporie laissée ouverte par les failles des justifications rétributivistes et conséquentialistes de la peine, la seconde attitude propose donc une défense tempérée de l'institution pénale. Dire que la fonction expressive du droit pénal n'est pas en soi justifiable n'implique pas, en effet, qu'elle ne puisse être admise comme un mal nécessaire, vu les conséquences bénéfiques globales que peut produire la peine pour conserver l'ordre social. On peut ainsi estimer que la légitimité de la condamnation publique n'est acceptable que d'un point de vue holiste : la peine peut être, certes, source d'une contrainte excessive pour l'individu puni, mais ses effets pervers ne constituent pas une raison suffisante de l'exclure des techniques de régulation sociale. Cette justification s'inquiète du fait qu'étant donnée sa force expressive, l'institution pénale exerce un pouvoir abusif sur les individus. Il est indéniable qu'en véhiculant le ressentiment vindicatif et l'indignation publique, la peine renvoie à l'irréductible noyau de vengeance et de rétribution qui lui reste attaché. Toutefois, malgré les effets d'exclusion et de stigmatisation des individus punis qui en découlent, elle continue d'être un mal nécessaire. Ainsi, face à la déliquescence sociale que contient en germe le crime, cette théorie soutient que ces risques sont acceptables. Il s'agit donc d'une justification utilitariste qui défend un point de vue holiste : l'institution pénale peut être source d'oppression pour les individus particuliers qui lui sont soumis, mais elle doit être maintenue pour sa fonction cohésive et de raffermissement des valeurs communes.

Cette justification définit la peine comme une condition de l'ordre social, en soutenant qu'à travers la fonction expressive de la peine, c'est la conservation des valeurs et des normes communes qui se joue et, au-delà, l'intégrité morale de la société. Pour étayer cette thèse, il faut néanmoins approfondir la nature du rapport entre le droit pénal et la morale commune (ou

positive). La mise en œuvre de la morale par le droit pénal soulève, en effet, des questions lancinantes qui prennent en étau la théorie normative :

- d'une part, le droit pénal implique une réprobation collective. C'est pourquoi il paraît directement enraciné dans la morale positive : la condamnation d'un individu particulier tend à réaffirmer, et ainsi à affermir, les valeurs et les préférences socialement partagées, ainsi que les normes de comportements majoritairement observées dans une société.

- Mais, d'autre part, comme l'incrimination et la punition sont des pratiques téléologiques, orientées vers des finalités déterminées d'avance – comme la prévention des conduites nuisibles ou la rétribution des actes injustes –, leur mise en œuvre doit obéir, au moins au plan normatif, à des critères de justification. Cette exigence est d'autant plus impérieuse que la peine est fortement attentatoire aux libertés, qu'elle implique l'infliction de souffrances et l'expression d'un blâme virulent, ce qui impose d'en contrôler l'application. Or, si l'on observe que ces critères de justification épousent les demandes émergeant de la sensibilité collective et sont fidèles aux conventions sociales, ce constat est-il néanmoins suffisant pour justifier l'incrimination et la pénalisation des actes concernés ? Cette question ne peut être abordée que si l'on estime qu'une réflexion sur les valeurs et les préférences culturelles d'une société est possible, ce qui implique de s'appuyer sur une morale critique, valable au plan normatif.

La distinction entre morale *positive* et morale *critique* a été explicitement thématisée par le juriste et philosophe du droit britannique Herbert Hart⁸⁸. Elle présuppose que, même si l'on peut analyser séparément le droit et la morale, en réalité les mœurs et les normes juridiques sont en perpétuelle interaction. Affirmer l'existence de liens d'influence et de causalité réciproques entre les deux domaines implique alors d'exclure deux autres manières de concevoir les rapports entre le droit et la morale : un positivisme exclusif, qui postule leur stricte indépendance ; et un jusnaturalisme, qui défend leur parfaite coïncidence parce que le droit se réduirait à une systématisation de la morale. Or, pour Hart, le droit n'est ni un système formel clos sur lui-même, dont les décisions particulières se déduiraient de règles générales supérieures, sans aucune influence de la part du contexte social, moral et politique dans lequel il est mis en œuvre⁸⁹ ; ni la traduction, à travers ses dispositions positives, des

⁸⁸ Herbert L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, *op. cit.*, p. 17-24 ; Herbert L.A. HART, « Le positivisme et la séparation du droit et de la morale », in Ch. BEAL (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Paris, Vrin, 2015.

⁸⁹ Herbert L.A. HART, « Le positivisme et la séparation du droit et de la morale », in Christophe BEAL, *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Paris, Vrin, « Textes clés », 2015, p. 195 (note 1). Hart y distingue cinq manières différentes de définir le « positivisme juridique ». On retrouve cette classification dans : Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 318 (note 185).

commandements divins, des lois de la nature ou des principes de la raison humaine. Son approche peut néanmoins être qualifiée de positiviste « modérée » comme le précise Jean-François Kervégan⁹⁰, parce qu'elle souscrit à l'axiome de la séparation du droit et de la morale, qui, chez lui, prend plus précisément la forme d'une absence de connexion nécessaire entre les deux⁹¹. Le philosophe britannique renvoie ainsi dos-à-dos les deux postures extrêmes que sont le positivisme exclusif confinant à un « formalisme » – selon la dénomination péjorative⁹² qu'en donnent ses détracteurs –, et le jusnaturalisme⁹³. Le droit n'est ni un système autonome, employé comme une pure technique régulatrice, indifférente à la morale et aux fins visées par son application, ni un ordre entièrement dépendant de la raison pratique, dont il serait l'institution positive⁹⁴.

Sans souscrire à aucune de ces deux thèses, le juriste anglais Lord Devlin s'est opposé à Hart sur l'idée d'une connexion contingente entre le droit pénal et la morale positive, et sur la possibilité même d'adopter un point de vue transcendant sur le droit. Il affirme, contre Hart, que le droit met nécessairement en œuvre la morale, et que l'adoption d'une morale critique, déracinée de la morale positive, est vide de sens. C'est sur cette controverse qu'il nous faut revenir, parce qu'elle met en jeu la validité d'une justification immanente de la peine et de sa fonction de conservation sociale. L'insistance sur la dimension expressive de la peine exige en effet de savoir s'il est exact que la peine empêche le délitement social par la réaffirmation des valeurs dominantes ; et s'il est acceptable que le droit pénal mette en œuvre la morale dominante d'une époque et d'une société particulières, au prétexte qu'il contribue ainsi à conserver l'ordre social.

⁹⁰ Jean-François KERVEGAN, « Hart, le positivisme juridique, l'utilitarisme et la question des droits moraux », *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 105-112, [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>, consulté le 24 mars 2015.

⁹¹ Voir : Mathieu CARPENTIER, « Positivisme analytique et positivisme normatif dans *Law, Liberty and Morality* de Hart », *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 35-77, [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>, consulté le 24 mars 2015 ; Themistoklis RAPTOPOULOS, « Le positivisme analytique », *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 199-252, [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>, consulté le 24 mars 2015.

⁹² Pierre BRUNET, « Quand le droit compte comme texte », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, vol. 70, n° 1, 2013, p. 54-59.

⁹³ Pour une présentation néo-thomiste du jusnaturalisme, voir John M. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

⁹⁴ C'est pourquoi chez Villey, l'interdit est une notion entièrement morale, dont le contenu est hors d'atteinte des règles de sanctions qui ne font que mettre en œuvre la morale : « Le droit pénal n'a pas pour fonction d'*interdire*, quoi que certains le prétendent, l'homicide, le vol ou l'avortement ; ces défenses relèvent de la morale ; un jury ou le Code pénal *répartissent* les peines, à chacun la peine qui lui revient. » Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, t. I, *Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 1975. Comme le signale Paul Amselek, Philippe Jestaz juge « ringarde [...] l'idée que la norme serait une règle de conduite. » Philippe JESTAZ, *Archives de philosophie du droit* (1998), cité dans Paul Amselek, « Les fonctions normatives ou catégories modales », *Philosophiques*, vol. 33, n° 2, 2006, p. 408 (note 28).

La thèse de la désintégration sociale (Devlin)

À première vue, les fonctions communicative, expressive et même rééducative de la peine contribuent à conserver les mœurs et les traditions d'une société. Mais ce constat n'implique pas qu'elle soit une institution moralement acceptable. La justification en droit de la peine ne peut être déduite de l'observation de son efficacité en fait. Or, c'est précisément cette thèse que récuse le juge et Lord Patrick Devlin dans le débat qui l'a opposé à Hart dans l'Angleterre des années 1950-1960. La discussion entre les deux juristes s'est nouée dès 1957, après le rendu du « rapport du Comité chargé des délits d'homosexualité et de prostitution » – titre abrégé en « rapport Wolfenden », du nom de son principal auteur, le Baron John Wolfenden. Le rapport recommandait que les relations homosexuelles en privé entre adultes consentants ne soient plus considérées comme des délits criminels, et établissait que l'homosexualité ne pouvait être légitimement considérée comme une maladie. Le *Sexual Offences Bill* a été discuté en 1967 et a abouti à l'adoption du *Sexual Offences Act* qui a dépénalisé les actes homosexuels dès lors que trois conditions étaient remplies : l'acte devait être consenti, avoir eu lieu en privé et n'impliquer que des personnes majeures de plus de 21 ans. Devlin et Hart se sont affrontés pour, respectivement, critiquer le rapport Wolfenden et la dépénalisation des pratiques homosexuelles ou au contraire les défendre.

Je m'arrêterai sur deux articles marquants de cette controverse : l'article de Devlin, intitulé « La morale et le droit pénal » publié en 1959, et celui de Hart, « La solidarité sociale et la mise en œuvre de la morale par le droit » publié en 1967. Une vue superficielle de ces échanges pourrait les ramener à l'affrontement du conservatisme social et du libéralisme politique. Le premier prônerait un droit pénal de défense sociale, et l'autre une politique criminelle fondée sur le respect des libertés individuelles. Cependant, la discussion ne s'est pas réduite à une dispute autour de la dépénalisation d'actes qui étaient alors moralement répréhensibles mais sans victime assignable. Ce n'est pas parce qu'il a rejoué l'antagonisme entre les gardiens de la morale traditionnelle et les défenseurs de l'indépendance individuelle que j'aborde ce débat, mais parce qu'il a porté sur le caractère permis, voire obligatoire, de la mise en œuvre de la morale par le droit pénal. La dépénalisation des pratiques homosexuelles a ainsi opposé Devlin et Hart sur leurs conceptions respectives du statut moral et de la fonction sociale de la peine.

Devlin conteste le caractère contingent de la connexion entre droit et morale, et, de façon solidaire, le fait que les liens entre règles juridiques et règles morales puissent être évaluées et jugées d'un point de vue critique. Mais il n'adopte pas pour autant une approche

jusnaturaliste classique, selon laquelle le droit serait fondé sur les commandements divins, les lois de la nature ou les principes de la raison humaine. Il soutient au contraire que le droit doit coïncider avec la morale, qui ne peut être définie que comme morale sociale, ou positive, c'est-à-dire relativement au contexte d'une société particulière. C'est pourquoi, selon lui, le droit pénal assume la mise en œuvre « par la force⁹⁵ » de la morale commune, dans le but de protéger la société de la désintégration. L'existence et la conservation d'une morale commune jouent donc comme condition de possibilité de l'ordre social : la peine exprime et rappelle les règles de conduite socialement partagées, et se trouve justifiée pour autant qu'elle traduit la culture et les mœurs qui font le contenu de la vie morale d'un groupe.

Cette justification est relative à la conception instrumentale de la morale que défend Devlin. La peine sert à défendre la société parce qu'elle raffermirait le fond culturel dont dépend la cohésion sociale. Le juge écrit dans son article de 1959 :

Ceux qui sont insatisfaits par l'état actuel du droit sur l'homosexualité disent souvent que les opposants à la réforme se laissent simplement influencer par leur dégoût. Si c'était le cas, ce serait regrettable, mais je ne pense pas que l'on puisse ignorer le dégoût si celui-ci est profondément ressenti et s'il n'est pas contrefait. La présence de ce dégoût est une bonne indication de ce que les limites du tolérable ont été atteintes. Tout ne peut être toléré. Aucune société ne peut fonctionner sans intolérance, sans indignation, sans dégoût ; voici les forces derrière la loi morale, et de fait, on peut affirmer que si elles ne sont pas présentes sous cette forme ou sous une autre, les sentiments qu'éprouve la société ne pourront pas avoir assez de poids pour priver l'individu de sa liberté de choix⁹⁶.

La dimension expressive et condamnatrice de la peine ne peut donc pas être justifiée à l'aune de critères strictement rationnels, non pas parce que ces critères seraient invalides, mais parce que la morale ne se définit pas rationnellement. Une règle n'est morale que parce qu'elle épouse l'état de fait des mœurs et de la sensibilité collective. Devlin défend ainsi une conception non seulement instrumentale mais aussi fonctionnelle de la morale : elle est une condition de l'intégration sociale, et son contenu dépend des traditions prégnantes à une époque donnée de l'évolution de la société. Cette justification sociale de la peine conçoit le droit comme le dépôt de la morale commune et, spécifiquement, le droit pénal comme un instrument de défense sociale. La catégorie du crime se trouve ainsi identifiée à celle de déviance, regroupant l'ensemble des comportements qui, par leur occurrence même, entraînent un risque de dislocation des liens sociaux, d'atomisation des individus, et *in fine* de destruction sociale.

⁹⁵ Patrick DEVLIN, « La morale et le droit pénal » [1959/1970], trad. de l'angl. par M. Carpentier, in *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 133-156, [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>, consulté le 24 mars 2017.

⁹⁶ Patrick DEVLIN, « La morale et le droit pénal », *op. cit.*, p. 151.

Il y a désintégration lorsque plus aucune morale commune n'est observée, et l'histoire montre que le relâchement des liens moraux est souvent le premier stade de la désintégration ; la société est donc justifiée à prendre les mêmes dispositions pour préserver son code moral que celles qu'elle prend pour préserver son gouvernement et ses autres institutions essentielles.⁹⁷

Devlin restreint la définition de la morale à un ensemble de valeurs et de règles de conduite dont le contenu est relatif à l'histoire et aux acquis culturels d'une société. De ce point de vue, il apparaît justifié que le droit pénal incrimine et sanctionne des actes immoraux, c'est-à-dire réprouvés par la morale commune, car ceux-ci contiennent en germe la désintégration sociale. Cette justification conservatrice récuse donc la pertinence des critères normatifs et transcendants pour fonder la nécessité et l'utilité des peines. L'évaluation du droit pénal se restreint à une interprétation des actes qui sont reconnus comme des torts par la majorité des individus à une époque et dans une société données.

Cependant, si l'on suit la critique de Hart, cette thèse n'est soutenable qu'à condition de rester aveugle à deux types de phénomènes : l'irréductibilité de toute la morale aux valeurs et aux règles de conduites conventionnelles dans une société, c'est-à-dire à la morale positive ; l'inclusion dans la vie sociale d'un certain degré de conflictualité, et de pluralisme moral que le droit participe à mettre en forme. Devlin fournit, en effet, des arguments pour affirmer que le droit constitue un instrument nécessaire à la conservation morale. Néanmoins, il ne récuse pas la thèse adverse, qui n'est pas incompatible avec la fonction expressive de la peine : le droit pénal peut également constituer un opérateur de transformation sociale. Si l'institution pénale tire son efficacité sociale de la sensibilité collective qu'elle fortifie en retour, ce constat n'implique pas que le droit pénal soit forcément extérieur au renouvellement et aux transformations historiques des mœurs, des traditions et de la sensibilité collective. Hart prétend ainsi récuser le moralisme juridique de Devlin, ainsi que sa défense implicite d'un certain paternalisme pénal. C'est à la clarification de ces objections que je vais consacrer la dernière section de ce chapitre.

Conclusion de la section 2

L'analyse menée dans la première section de ce chapitre a mené à reconnaître la dimension expressive de la peine comme l'un des traits définitionnels, avec l'infliction d'une souffrance, de son concept. Ainsi, toute intention de punir ne peut s'en abstraire et doit

⁹⁷ *Ibid.*, p. 144.

assumer la part inévitable de condamnation morale et de blâme public que véhicule la mise en œuvre de la peine. J'ai ensuite abordé l'embarras dans lequel cette fonction expressive mettait la théorie normative. Plusieurs théories éthiques, d'inspiration rétributiviste ou conséquentialiste, tentent d'en rendre compte, voire de souligner précisément les vertus expressives de la peine. Ces théories communicatives affrontent néanmoins plusieurs limites dans leur prétention à prendre en charge l'autorité morale et la fonction sociale de la peine. La reconnaissance de cette dimension inhérente à l'institution pénale pose un problème lancinant aux théories de la justification de la peine : les théories *rétributivistes* de l'éducation morale, qui défendent la nature symbolique et publique de la rétribution méritée par le condamné, tendent à alourdir la sévérité des peines, tout en négligeant les intentions réelles du délinquant ; elles politisent et moralisent à outrance l'acte qui lui est reproché. Les théories *conséquentialistes*, qui soulignent les avantages expressifs de la peine pour améliorer l'efficacité dissuasive, la persuasion morale des individus et la réformation des condamnés, oublient en même temps de rendre compte du caractère afflictif de la peine, et étendent le spectre des comportements incriminés.

Comme j'ai voulu alors le montrer, il n'en reste pas moins que cette fonction de condamnation et d'expression du ressentiment collectif joue *de facto* un rôle d'affermissement et de légitimation de la morale positive d'une société. C'est ce qui peut justifier que l'on maintienne l'institution pénale, malgré les formes d'injustice, de sévérité extrême, d'inégalité devant la loi et d'iniquité dans la procédure qu'elle fait peser sur les individus qui lui sont soumis. Cette justification conservatrice, moralement relative, n'est valable que d'un point de vue holiste : elle promeut le besoin d'incriminer les actes immoraux et déviants afin de prévenir la désintégration d'une société, et ne se soucie pas du sort des condamnés. Il s'agit donc d'une justification pratique et non-idéale, autrement dit immanente à l'état de fait de la société. Or, en soulignant le caractère opératoire et fonctionnel de la peine à l'égard de la morale positive, elle présuppose une certaine conception du social. Pour savoir si la force condamnatoire de la peine est justifiée dans le but de conserver l'ordre social contre l'anomie, il faut démontrer que le conflit moral met réellement en danger la société.

Section 3. Punition et délinquance sociale

La description de la fonction expressive de la peine possède une première répercussion normative : au plan de la distribution des peines, elle incite à limiter la sévérité des sanctions, étant donné les effets de stigmatisation et de disqualification qu'ajoute la condamnation au *quantum* de peine mérité ou utile. Cependant, cette description met en valeur la portée sociale de l'incrimination : la peine peut avoir une fonction de cohésion sociale et de raffermissement des valeurs communes. C'est pourquoi le législateur peut être amené à étendre le spectre de la loi pénale en vertu de la fonction expressive de la peine, qui a non seulement pour effet de contraindre un individu, mais aussi de disqualifier son comportement.

Je voudrais aborder dans cette TROISIEME SECTION les justifications non-idéales de la peine, qui mettent précisément l'accent sur sa fonction expressive. Le moralisme juridique défend la répression des actes qui, par leur immoralité, entament supposément les liens sociaux. C'est cette justification de fait, non-idéale, insistant sur le caractère opératoire de la peine pour conserver la morale commune et maintenir l'ordre social que la controverse entre Devlin et Hart met en jeu. Mais en développant la critique hartienne du moralisme juridique, je voudrais insister sur la diversité des manières dont le droit pénal met en œuvre la morale, afin de conclure sur l'incohérence de la position conservatrice de Devlin.

Je distinguerai, dans une PREMIERE SOUS-SECTION, les conceptions des deux juristes. Devlin soutient une conception utilitariste de la règle juridique, selon laquelle le droit pénal se doit d'être conforme à des règles morales données. Pour Devlin, ces règles ne sont pas morales au sens où elles seraient déduites de la nature des choses, de la raison, ou de dieu, mais parce qu'elles reflètent les conventions sociales. J'aborderai, dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, la conception libérale de Hart : le droit pénal peut respecter certains principes de justice, qui délimitent le contenu de l'incrimination et les conditions de l'application des peines, afin de protéger les libertés individuelles. Je défendrai donc que si le droit pénal peut prétendre être juste sans être conforme à une conception donnée du bien, rien n'autorise de justifier la peine à l'aune de sa capacité à maintenir la morale commune.

3.1. La force de la peine face à la conflictualité sociale

La mise en œuvre de la morale par le droit : le débat Hart-Devlin

Le dernier type de justification que je souhaite aborder est lié à l'opposition de Lord Devlin à la dépénalisation des pratiques homosexuelles dans l'Angleterre des années 1950 et 1960. Cette justification part du constat que la vie morale d'une société est une condition au maintien de la cohésion sociale. C'est pourquoi elle est utilitariste, moralement relative, et non-idéale : elle n'est valable que du point de vue global de la société, suppose que la réflexion morale sur le contenu légitime du droit est une interprétation de la morale commune, et assume qu'elle ne concerne que les sociétés où l'éducation morale équivaut à l'intériorisation des traditions dominantes, que l'État doit garantir de manière coercitive s'il le faut. Lord Devlin écrit ainsi que :

Quiconque concède que la morale est nécessaire à la société doit approuver l'usage des instruments sans lesquels la morale ne peut être maintenue. Il y a deux instruments : l'enseignement, qui est l'affaire de la doctrine, et la mise en œuvre par la force, qui est l'affaire du droit. [...] Aucune société n'a encore résolu le problème de savoir comment enseigner la moralité sans la religion. Il faut donc que le droit se fonde sur la morale chrétienne et, pour autant qu'il en est capable, qu'il mette en œuvre cette dernière, [...] pour la raison impérieuse que sans l'aide des enseignements du christianisme, le droit est voué à l'échec⁹⁸.

Cette justification s'appuie sur trois présupposés :

- elle repose, tout d'abord, sur un holisme sociologique qui conçoit les transformations sociales sous le prisme de l'intégration. Autrement dit, les structures sociales se conservent en se reproduisant, et la conflictualité est synonyme de délitement du corps social et de désintégration des liens entre individus.

- Elle suppose une définition lâche et indiscriminée de la peine, comme entreprise générale de contrôle social, qui vise à contenir les déviances, soit en corrigeant les individus désocialisés, soit en neutralisant les délinquants incorrigibles. La peine y joue donc le rôle d'un outil de correction et de défense sociale qui peut être appliqué, selon les métaphores biologiques en vogue dans la criminologie correctionnaliste⁹⁹, pour soigner les éléments pathogènes ou amputer le corps social des individus incurables.

- Enfin, en justifiant la peine à partir de sa fonction de préservation de l'ordre social, cette théorie définit la peine par ses fonctions de dissuasion, de réprobation exprimée par la

⁹⁸ Patrick DEVLIN, « La morale et le droit pénal », *op. cit.*, p. 155-156.

⁹⁹ David GARLAND, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, Gower, 1985, p. 90.

sentence et de correction du condamné : elle accrédite donc une version moraliste et paternaliste de l'institution pénale.

Cette théorie s'oppose frontalement à la version classique du *harm principle*¹⁰⁰, selon laquelle l'État ne peut soumettre l'individu à une peine, et entamer sa « souveraineté sur lui-même¹⁰¹ », qu'à condition qu'il ait lui-même contrevenu aux droits, à l'intégrité physique ou à la volonté d'autrui. Ce principe excluait du champ possible de l'incrimination les actes à travers lesquels l'individu ne nuit qu'à lui-même, bien qu'ils soient réprouvés collectivement et perçus comme des vices. Juger une conduite immorale, déraisonnable ou imprudente n'est pas une raison suffisante à son incrimination, tant qu'il n'est pas reconnu qu'elle interfère sur l'indépendance d'autrui¹⁰². C'est ce que souligne Hart, dans son article contre Devlin :

La thèse de la désintégration est un élément central de la défense élaborée par Lord Devlin pour justifier la mise en œuvre juridique de la morale dans des cas que les successeurs de John Stuart Mill, et d'autres libéraux contemporains, considéreraient comme une extension injustifiable de la portée du droit pénal¹⁰³.

Pour poser les termes du débats, on peut rappeler les trois manières dont, pour Hart, le droit peut mettre en œuvre la morale :

- la « thèse classique », identifiée à un moralisme juridique, soutient que le droit assure, de son autorité positive, le châtement des actes objectivement mauvais, des *mala in se*, dont le caractère vicieux et répréhensible se comprend à la lumière de la destination morale de l'homme. La déduction, ou la révélation, du souverain bien permet ainsi d'identifier les conduites mauvaises, dont les institutions politiques ont pour vocation d'écarter les individus. Le droit pénal met en œuvre une morale objective et transcendante aux mœurs des différentes cultures¹⁰⁴.

¹⁰⁰ « [...] la seule raison légitime que puisse avoir une communauté civilisée d'user de la force contre un de ses membres, contre sa propre volonté, est d'empêcher que du mal ne soit fait à autrui. » John Stuart MILL, *De la liberté* [1859], trad. de l'angl. par F. Pataut, Paris, Pocket, 1990, p. 39-40. Pour approfondir les usages contemporains de ce principe, voir : Ruwen OGIEN, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Paris, Gallimard, 2007.

¹⁰¹ John Stuart MILL, *De la liberté, op. cit.*, p. 133 (et p. 40).

¹⁰² Il est possible d'invoquer un argument paternaliste pour interférer sur les décisions d'une personne en vue de protéger son intégrité physique, sa santé, son bien-être, mais aussi sa dignité, ou encore afin de la contraindre à faire ce que l'on juge conforme à une certaine conception de la vie bonne. C'est ce qui ressort par exemple de la décision du Conseil d'État à propos de l'interdiction du lancer de nain, activité qui, même si elle est consentie et rémunérée, « porte atteinte à la dignité de la personne humaine ». Voir : Hélène THOMAS, « Du lancer de nain comme canon de l'indignité. Le fondement éthique de l'État social », *Raisons politiques*, vol. 2, n° 6, 2002, p. 37-52.

¹⁰³ Herbert L.A. HART, « La solidarité sociale et la mise en œuvre de la morale par le droit » [1967/1983], trad. de l'angl. par G. Bligh et M. Plouviez, *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 183, [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>, consulté le 24 mars 2017.

¹⁰⁴ « Il est possible de trouver, dans *La République* et *Les lois* de Platon, ainsi que, peut-être, dans les *Éthiques* et *Les politiques* d'Aristote, cette thèse [selon laquelle] on peut non seulement utiliser le droit pour punir les actes moralement mauvais, mais on le doit. En effet, l'une des fins ou des raisons d'être d'une société suffisamment

- La « thèse de la désintégration » pense la société et le droit non plus comme des instruments pour accomplir la destination morale de l'homme et développer ses vertus. Elle considère, de manière inverse, la morale comme un ensemble de règles relatives à la vie sociale. La société n'est plus la condition de réalisation du bien, mais c'est la morale et le droit qui sont les conditions de la vie sociale. En tant que dépôt de la morale commune, le droit maintient l'intégration sociale en mettant en œuvre les règles et les valeurs qui assurent la cohésion de la communauté à travers l'attachement collectif des individus¹⁰⁵.

- Enfin, la « thèse conservatrice » porte sur les implications normatives de la thèse précédente : elle défend le droit de la société à agir conformément à ses propres convictions, c'est-à-dire à mettre en œuvre ses valeurs et ses préférences particulières à partir du moment où la majorité des individus y est attachée. En assurant la conservation de la morale positive, le droit est alors conçu comme un instrument de conservation de la morale traditionnelle¹⁰⁶.

Selon Hart, Devlin affirme que le droit assure l'éducation morale des individus requise pour maintenir la cohésion sociale. C'est pourquoi il nie, en même temps, que le droit puisse être opérateur de transformation sociale¹⁰⁷. Les rapports d'obligation juridiques sont vides dès lors qu'ils ne sont plus adéquats aux impératifs moraux consacrés par la morale traditionnelle. Pour le juge anglais, il n'y a donc pas d'effets de retour du droit pour déterminer le contenu de la morale positive. Le droit ne fait que conférer une légitimité publique et une efficacité sociale à la morale dominante¹⁰⁸. Il tire donc sa substance de la tradition dont il se limite à enregistrer les mutations internes sans les déterminer¹⁰⁹.

Les discussions entre législateurs, professionnels comme profanes, sont trop souvent limitées à la question de savoir ce qui est bon ou mauvais – ce qui est bien ou mal – pour la société. Elles échouent à tenir séparées [...] la question du droit de la société à exprimer un jugement moral et la question de savoir si le bras armé du droit devrait être utilisé pour mettre en œuvre ce jugement. Le droit pénal ne dit pas comment les gens devraient se comporter ; il dit ce qui

complexe pour avoir développé un système juridique est de promouvoir la vertu par ce moyen, comme par d'autres. » *Ibid.*, p. 181.

¹⁰⁵ « [...] la thèse de la désintégration ne considère pas la société comme un instrument de la vie morale, mais plutôt la morale comme ciment de la société, comme le lien – ou l'un des liens – sans lequel les hommes ne pourraient pas former une société cohérente. Cette thèse est étroitement associée à une conception relativiste selon laquelle la morale varie d'une société à l'autre [...]. Ce ne sont pas les caractéristiques de cette morale, mais son pouvoir cohésif qui compte. » *Ibid.*

¹⁰⁶ « Selon [la "thèse conservatrice"], la société a le droit de mettre en œuvre juridiquement sa morale parce que la majorité a elle-même le droit d'agir conformément à ses propres convictions morales d'après lesquelles l'environnement moral est une valeur en soi à défendre contre le changement. » *Ibid.*, p. 182.

¹⁰⁷ « Je suppose que les normes morales ne varient pas ; pour autant qu'elles proviennent de la révélation divine elles ne sauraient varier, et je suis prêt à supposer que les jugements moraux effectués par une société demeurent toujours bons pour cette société. » Patrick DEVLIN, « La morale et le droit pénal », *op. cit.*, p. 149.

¹⁰⁸ « La proposition que j'avance dans le texte est que si la société n'existe pas sans la morale (ce avec quoi, si je comprends bien, le professeur Hart est d'accord, ne serait-ce qu'*arguendo*), alors on peut faire usage de la force du droit pour mettre en œuvre la morale dès lors que celle-ci est essentielle à la société. Si la morale change, alors le droit peut changer également. » *Ibid.*, p. 145.

¹⁰⁹ Voir : Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, p. 5.

arrivera s'ils se comportent mal ; on ne saurait attendre de lui qu'il concerne les bons citoyens ou influe sur leurs décisions. Toute loi devrait tenir compte de cela¹¹⁰.

Selon, Devlin, le droit pénal exerce une fonction expressive, qui préserve le consensus moral d'une communauté et sauve l'ordre public de l'effritement. Peut-on néanmoins passer aussi aisément de la force symbolique de la peine et du caractère public du crime à la défense d'une conception moraliste du droit, qui identifie les mœurs à la source du droit, et défend la peine pour ses vertus communicatives et cohésives ?

Réprimer la permissivité morale

Le moralisme juridique de Devlin débouche sur des positions conservatrices en matière de législation pénale. Il justifie ainsi la punition d'un acte sur la seule base de son immoralité, c'est-à-dire de son caractère intolérable, du dégoût, et de l'indignation qu'inspire cet acte, au-delà du jugement de l'opinion publique : « Le droit ne devrait rien punir qui ne se trouve au delà des limites du tolérable. Le fait que la majorité n'aime pas une certaine pratique est loin d'être suffisant ; il doit y avoir un véritable sentiment de réprobation¹¹¹ ». Cependant, comme le rappelle Grégory Bligh dans son commentaire¹¹², la position du juge anglais ne revient pas à défendre, de façon nostalgique, les traditions culturelles dominantes contre le principe de la liberté individuelle. Devlin s'inquiète davantage de la préservation du cadre traditionnel et culturel en dehors duquel les droits subjectifs et les libertés sont vidés de leur substance et demeurent à l'état de déclarations formelles. Loin de constituer, comme le pense Hart dans son article de 1967, une position purement conservatrice qui s'opposerait au libéralisme politique, les thèses de Devlin peuvent être interprétées comme la défense d'une conception substantielle de la liberté, forgée au creuset des traditions, des acquis sociaux et culturels et des luttes. La liberté réelle est le fruit d'un héritage historique, et non d'une volonté institutionnalisée dans le droit. C'est cet héritage que le droit a pour mission de conserver :

Dans une société libre, il y a certains hommes, des combattants de la liberté, qui luttent contre les liens que leur impose la société au nom de la vision qu'ils ont de leur propre existence telle qu'ils estiment qu'elle devrait être. Ils vivent glorieusement, nombre d'entre eux meurent glorieusement, et, dans leur vie comme dans leur mort, ils magnifient la liberté. Ce qu'ils

¹¹⁰ Patrick DEVLIN, « La morale et le droit pénal », *op. cit.*, p. 151.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Gregory BLIGH, « Rôle et importance de *Law, Liberty, and Morality* dans l'œuvre de H.L.A. Hart », *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 11-33, [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>, consulté le 25 mars 2017.

gagnent, alors qu'ils y accèdent, devient la propriété *de leur société*, et cela doit être gardé. *Le droit en est le gardien*¹¹³.

La liberté dont le *harm principle*, sous sa version libérale, se fait le défenseur désigne au contraire une liberté formelle : c'est l'absence de restrictions et la capacité d'autodétermination de l'individu. Ce principe vise à restreindre le spectre de l'incrimination aux maux ou aux torts commis directement sur autrui, et, de façon solidaire, à exclure de sa portée les actes immoraux qui heurtent la morale traditionnelle sans entamer l'intégrité de victimes identifiables. Or, Devlin ne s'inquiète pas du risque abstrait de désintégration sociale que fait planer l'adoption de principe, parce qu'il ne contiendrait pas les comportements déviants aux yeux de la morale traditionnelle. Il pointe plutôt l'ineffectivité de ce principe et du type de liberté qu'il promeut. Étant donnée la culture juridique britannique des années 1960, une conception formelle de la liberté apparaît vide et déracinée de son contexte historique. C'est à un tel déracinement que s'oppose Devlin, en défendant que les droits formels doivent refléter les spécificités de la culture juridique de *common law*¹¹⁴. Or, et tel est l'argument qui insiste sur la fonction cohésive de la peine, la liberté civile ne peut être effective si la tradition dont elle est issue se délite en raison d'une trop grande permissivité morale.

Pour Grégory Bligh, l'opposition entre Devlin et Hart ne doit donc pas être ramenée à celle du conservatisme et du libéralisme, mais comme l'affrontement entre deux modèles de liberté, l'une traditionaliste et substantielle, l'autre rationaliste et formelle¹¹⁵. Appliquée à la matière pénale, la conception de Devlin prône ainsi l'incrimination des préjudices physiques et moraux, mais aussi des actes immoraux et des déviances. La possibilité que les sanctions pénales ne coïncident pas avec la morale positive et, concrètement, qu'elles ne visent plus les péchés, fait courir le risque de fragiliser directement les croyances communes. La

¹¹³ Patrick DEVLIN, « Democracy and Morality » dans *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 100.

¹¹⁴ C'est ce que précise Grégory Bligh : Gregory BLIGH, « Rôle et importance de *Law, Liberty, and Morality* dans l'œuvre de H.L.A. Hart », *op. cit.*, p. 14-15. Sur la conjonction, dans la culture juridique britannique, de l'esprit coutumier et de la défense des libertés du citoyen, il renvoie à Denis BARANGER, *Écrire la constitution non-écrite*, Paris, Presses Universitaires de France, « Léviathan », 2008, p. 16-21 ; Céline ROYNIER, « La liberté dans la tradition anglaise de la *common law* », *Droit & Philosophie*, vol. 5, 2013, p. 187 [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/articles/article/120>, consulté le 25 mars 2017 : « la liberté anglaise est "immémoriale" parce que les juristes ont eu besoin, à un moment de l'histoire constitutionnelle anglaise, que la *common law* fût immémoriale : la liberté suit la tradition de la *common law* et n'en est pas détachable ».

¹¹⁵ « C'est la raison pour laquelle Devlin objecte à Hart que les discussions rationnelles auxquelles il s'adonne avec ses collègues universitaires ne sont pas la source de ses libertés, et que le jour où il aura véritablement achevé d'anéantir la croyance des citoyens en la morale commune, alors, bien loin d'avoir gagné en liberté, il aura simplement livré la société à des forces qui n'attendaient que l'impunité morale pour se déchaîner, et face auxquelles ses raisonnements seront impuissants. » Grégory BLIGH, « Introduction » [au dossier Hart/Devlin], *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 131 (note 18), [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>, consulté le 25 mars 2017 ; Patrick DEVLIN, « Democracy and Morality » dans *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 114.

dépénalisation d'actes réprouvés par les autorités ecclésiastiques met indirectement en péril l'attachement des individus aux règles juridiques et aux valeurs à travers lesquelles ils s'affirment comme communauté civile. Or, en s'opposant à la morale traditionnelle, le libéralisme politique vide le droit de sa substance. Le mouvement de dépénalisation des actes immoraux creuse donc l'écart entre la morale positive et le droit : il affaiblit la confiance des individus et des groupes envers un État qui devient de plus en plus impersonnel et extérieur à la vie sociale réelle à mesure qu'il adopte les principes du libéralisme. Comme le conclut Devlin, ces phénomènes ouvrent alors la voie à la désuétude du droit d'un côté, et au délitement social par accroissement du vice et du crime de l'autre.

[...] la marge de déviance morale qu'une société peut tolérer – je dis bien tolérer, et non approuver – varie d'une génération à l'autre. Il est possible que, globalement, la tolérance s'accroisse. L'esprit humain, toujours avide d'une plus grande liberté de pensée, exerce une pression de l'extérieur sur les liens sociaux et les force graduellement à se distendre. On pourrait dire que l'histoire est une suite de contractions et d'expansions et que toutes les sociétés développées ont pris le chemin de leur propre dissolution¹¹⁶.

Il faut remarquer ici que l'ordre social dont le droit pénal assure la conservation s'entend chez Devlin de manière matérielle et non pas formelle : il est constitué du fond des valeurs et des principes traditionnels, hérités par l'histoire, et ne découle pas de l'accord rationnel des individus autour des règles qui composent l'intérêt général. C'est pourquoi Devlin n'est pas opposé aux pratiques homosexuelles en tant que telles : il critique leur dépénalisation dans la mesure où celle-ci contribue à l'abstraction du droit hors de la société qu'il a pour vocation de faire tenir.

En opposition, la stratégie de Hart consiste à critiquer les présupposés sociologiques des thèses normatives de Devlin. En situant le débat sur le terrain épistémologique, le juriste parvient à éviter l'opposition frontale entre conservatisme et libéralisme. Et en détruisant les fondements sur lesquels reposent les thèses de Devlin, il peut soutenir que la dépénalisation des pratiques homosexuelles représente, au contraire, un accroissement des libertés individuelles : les actes concernés ont, en effet, pour seule conséquence de scandaliser les franges sociales restées fidèles à la morale chrétienne, et ils ne sont pas nuisibles à l'indépendance des individus.

¹¹⁶ Patrick DEVLIN, « La morale et le droit pénal », *op. cit.*, p. 149.

Droit pénal et pluralisme moral

Hart soutient que l'identification de la vie sociale à un pur processus d'intégration par imitation est, en tant qu'observation empirique, infondée. Comme il le montre dans son article de 1967, la « thèse de la désintégration », selon laquelle le droit est l'une des conditions de la cohésion sociale et de la perpétuation de la société, n'est pas incompatible avec la défense du libéralisme pénal. Il faudrait sinon avoir démontré que la conflictualité sociale est antinomique avec la vie sociale, ce que Devlin ne fait pas¹¹⁷. Hart pointe ainsi les limites de la conception du juge anglais à partir de ses fondements sociologiques. Devlin défend une conception réductrice de la cohésion sociale, identifiée à l'intégration et excluant toute forme de conflictualité. Or, la thèse conservatrice qu'il adopte est sociologiquement erronée. Il n'est donc pas possible de réduire la fonction sociale du droit pénal à un instrument de conservation morale. Hart récuse donc le passage, opéré de façon indue selon lui par Devlin, de la « thèse de la désintégration » à la « thèse conservatrice », c'est-à-dire à l'idée qu'il est acceptable d'incriminer et de punir les déviances et les comportements anormaux, même s'ils ne sont pas nuisibles.

Pour le juriste, tout d'abord, le fait que la morale exerce une fonction cohésive et régulatrice dans la société n'implique pas qu'elle constitue un ensemble de valeurs et de normes traditionnelles, à l'instar de la « morale chrétienne » décrite par Devlin. Le désaccord moral, exprimé publiquement, peut également posséder une fonction cohésive, en ce qu'il suppose un accord sur les règles d'expression du *dissensus*. Cet argument révèle en creux que, pour Devlin, l'unique source du droit pénal apparaît être la coutume. Or, cette position est intenable du point de vue de la sociologie juridique sur laquelle s'appuie Hart : les discours critiques envers les traditions, tout comme les transformations sociales qui à l'instar de la dépénalisation des pratiques homosexuelles divergent des mêmes traditions, ne précipitent pas nécessairement la société vers la déliquescence. Affirmer cette conséquence comme étant inévitable revient à présupposer une conception mécanique de la solidarité sociale et à faire de l'identification mimétique des individus la condition de l'intégration sociale.

¹¹⁷ Sur ce point, voir le livre de l'auteur jusnaturaliste Robert P. GEORGE, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1993. Selon Robert P. George, la critique de Hart repose sur une mauvaise compréhension de ce que Devlin entend par « désintégration ». La désintégration, au sens de Hart, correspond au chaos, au retour à l'état de nature et donc à l'absence d'ordre social. La désintégration, au sens de George, désigne le manque d'intégration des individus dans une communauté, l'absence de cohésion sociale. Pour Devlin, selon R.P. George, il peut subsister un ordre social sans cohésion sociale : l'immoralité ne met donc en danger que la cohésion sociale. Ainsi, Hart et Devlin ont en réalité deux conceptions différentes de la société, ce qui peut mener à interpréter leurs échanges comme un dialogue de sourds. Je suis les analyses de Vincent Boyer à ce sujet, que je remercie vivement pour ses éclaircissements.

Or, cette conception repose sur une définition stipulative, ou hypothétique, du social. Cette « vérité définitionnelle », par opposition à une vérité empirique, identifie par avance la conflictualité sociale à une cause de désintégration et écarte l'hypothèse d'une solidarité sociale dynamique¹¹⁸. Hart s'appuie explicitement sur les travaux de Durkheim, afin de rappeler la diversité des modes d'intégration sociale, de démonter les fondements sociologiques de la thèse défendue par Devlin et de conclure que le droit pénal peut tout à fait posséder une fonction de cohésion sociale tout en adoptant une législation libérale, respectueuse des droits individuels. On pourrait donc interpréter cette controverse comme recouvrant en réalité un débat ternaire, dans lequel la sociologie de Durkheim joue le rôle d'un troisième interlocuteur implicite : comme Hart, Durkheim conclut à la libéralisation du droit pénal dans le contexte moderne, mais, comme Devlin, il reconnaît le rôle cohésif de la peine à l'égard de la morale commune et de la société¹¹⁹.

Ainsi, par contraste avec Durkheim, Hart souligne que rien ne permet d'affirmer que l'étiement ou la fragmentation de la morale commune abaisse la pression collective sur les conduites individuelles de façon funeste. La libéralisation des mœurs n'entraîne pas l'élévation du taux de criminalité et ne fait pas implorer la société parce qu'elle serait incapable de se maintenir dans un contexte de pluralisme moral. L'avènement de ce pluralisme n'enveloppe donc pas la dissolution imminente de la société. Loin de détruire toute discipline et toute maîtrise de soi,

la permissivité dans certains domaines de vie (même si elle résulte du non-respect d'une morale sexuelle jusqu'alors fermement établie) pourrait aider à ce que les hommes acceptent les restrictions de la violence qui sont essentielles à la vie sociale. [...] dans les conditions des sociétés modernes de grande échelle, des morales plurielles pourraient tout à fait se tolérer mutuellement. Nombreux seraient sans doute ceux à considérer que la contre-thèse est plus pertinente et que, dans de nombreux domaines de la vie moderne, on trouve en fait des morales divergentes co-existant pacifiquement, parfois cachées derrière la façade d'une morale commune plus ancienne¹²⁰.

Rien ne permet donc de condamner par avance une législation pénale libérale. Il n'est pas certain qu'une permissivité accrue à l'égard des conduites et que le pluralisme moral entraînent la dissolution de la société. Ce raisonnement prouve, selon Hart, que Devlin échoue

¹¹⁸ Hart montre ainsi que le rapport entre le risque d'effritement social et le besoin de punir n'est pas descriptif mais stipulatif : « [...] les vérités définitionnelles qui dépendent de l'identification d'une société à sa morale partagée sont complètement dénuées de pertinence. Ainsi, à un anarchiste qui souhaiterait préserver la société, il ne sert à rien de répondre qu'un gouvernement est nécessaire à une société organisée si, en fin de compte, on entend en fait par "société organisée" une société avec un gouvernement. De même, [...] il est vain de soutenir que le maintien de ce code moral est nécessaire à l'existence de la société si, en fin de compte, on entend par "société" une société vivant selon ce code moral. » Herbert L.A. HART, « La solidarité sociale et la mise en œuvre de la morale par le droit », *op. cit.*, p. 184.

¹¹⁹ J'aborde la position de Durkheim au chapitre V.

¹²⁰ Herbert L.A. HART, « La solidarité sociale et la mise en œuvre de la morale par le droit », *op. cit.*, p. 195.

à défendre la « thèse de la désintégration » comme thèse empirique, et qu'il adopte indument la « thèse conservatrice » de la mise en œuvre de la morale positive par le droit pénal.

Lord Devlin emploie un même critère – à savoir « une condamnation publique passionnée » – pour déterminer non seulement qu'une déviance vis-à-vis de la morale publique puisse *potentiellement* menacer son existence, mais aussi qu'elle la menace *effectivement*, et ce afin de justifier la peine effective [...]. Cela prive cette version de la thèse de la désintégration de toute base empirique¹²¹.

Non seulement, pour Hart, l'intégration sociale n'exclut pas, au plan descriptif, d'entretenir une certaine conflictualité entre les individus, mais bien plus, au plan normatif, il est acceptable que le droit pénal tolère la pluralité des croyances et des valeurs au sein d'une communauté. Nul ne peut nier que la peine exprime, en raison de sa portée symbolique, une condamnation morale et publique¹²², et qu'elle affirme en creux des standards de conduite¹²³. Mais on ne peut pas en déduire qu'il serait permis que le droit pénal mette en œuvre une morale particulière, simplement au prétexte qu'elle serait conforme à la tradition.

D'après la version libérale du *harm principle* que soutient Hart, et par opposition au moralisme juridique de Devlin, la coercition étatique n'est alors permise qu'à l'égard des seuls actes nuisibles et non consentis qui portent préjudice aux individus comme aux conditions de leur indépendance. Cette thèse suppose d'admettre la distinction opérée par Hart entre morale *positive* et morale *critique*. En effet, pour savoir si un acte est réellement nuisible au-delà de la perception de son immoralité, et pour récuser les effets délétères de la dépénalisation des déviances sur la cohésion sociale, il faut faire usage de critères méta-normatifs¹²⁴. Ces critères permettent d'évaluer la morale positive d'une société parce qu'ils prétendent soit lui être transcendants, soit découler de positions morales oubliées ou controversées. Pour Hart, ce n'est que du point de vue d'une morale critique que la mise en œuvre de la morale par le droit pénal peut être évaluée¹²⁵ : il faut s'appuyer sur de tels critères

¹²¹ *Ibid.*, p. 190 (note 25). Hart s'appuie ici sur la critique de Dworkin à l'égard de Devlin : Ronald DWORKIN, « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », *Yale Law Journal*, vol. 75, 1966, p. 986 et 990-992.

¹²² « En matière pénale, nous adoptons le principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi et, comme Durkheim l'ajouterait peut-être, nous punissons les tentatives moins sévèrement que les infractions consommées (*completed offences*), ce qui reflète les différences de ressentiment provoqué par l'infraction consommée par rapport à la simple tentative. » Herbert L.A. HART, « La solidarité sociale et la mise en œuvre de la morale par le droit », *op. cit.*, p. 188.

¹²³ Herbert L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, *op. cit.*, p. 1-4.

¹²⁴ L'adjectif « méta-normatif » s'impose si l'on réserve le terme « normatif » aux énoncés moraux ou juridiques positifs. Je suis ici l'usage de Jean-François Kervégan, qui définit la morale critique comme l'ensemble des « principes "méta-normatifs" à l'aide desquels on évalue les règles de la moralité positive. » Jean-François KERVEGAN, « Hart, le positivisme juridique, l'utilitarisme et la question des droits moraux », *op. cit.*, p. 109.

¹²⁵ « [...] la loyauté que nous devons aux principes démocratiques ne requiert pas de nous que nous maximisions [le risque spécifique que la majorité dicte à tous comment on devrait mener sa vie] ; c'est pourtant ce que nous ferons si nous plaçons l'homme de la rue sur le toit de l'omnibus de Clapham et que nous lui disons que, pourvu qu'il se sente assez malade à l'idée de ce que d'autres font en privé pour exiger que le droit les en empêche, aucune critique théorique ne peut être opposée à une telle exigence. » Herbert L.A. HART, « Immoralité et

de justification, parce qu'ils peuvent supposément faire l'objet d'un accord de raison, et non pas seulement de fait. Ils permettent de mettre à distance les normes contingentes et relatives de la culture dominante d'une société.

Si l'on se réfère au *harm principle* sous sa forme libérale, l'un de ces critères est d'empêcher que l'individu n'exerce de contraintes sur autrui, et donc de limiter l'exercice de la coercition étatique à ce cas. À partir du moment où il y a un accord rationnel autour de ce critère, les conditions de légitimité de la peine sont encadrées d'un point de vue normatif. Cependant, étant donnée la nature condamnatoire et réprobatoire de la peine, il faut souligner que cette théorie libérale permet seulement de récuser le moralisme juridique. Elle ne revient pas à défendre un droit pénal expurgé de toute autorité morale, composé d'incriminations neutres et de procédures strictement impartiales. Les dimensions afflictive et expressive de la peine mettent précisément à mal cette prétention, et rappellent qu'il serait illusoire de croire que le droit pénal se limite à priver l'individu de certains de ses droits.

3.2. Libéralisme et censure morale

La dépénalisation des conduites immorales (Hart)

La controverse entre Devlin et Hart permet de souligner l'écart qui sépare la description réelle de la peine, faisant ressortir son irréductible fonction expressive et la défense d'une conception plus limitée, strictement instrumentale, de l'institution pénale. Ce débat apporte des raisons de croire que la peine ne peut pas être un simple outil de régulation sociale. L'application de la peine emporte toujours l'expression publique d'une vive réprobation à l'encontre du condamné. Elle a toujours pour effet prévu d'affirmer avec force et fracas les valeurs dominantes d'une communauté. Devlin fait des spécificités objectives du droit pénal un argument pour justifier le recours à la peine afin de conserver la morale commune et d'assurer la cohésion sociale. Hart y voit un fait contingent, dont l'affirmation au plan normatif repose sur une confusion entre une définition univoque mais hypothétique du lien social et une conception plurivoque mais fidèle à la réalité. Montrant que les relations

trahison » [1959], trad. de l'angl. par M. Carpentier, *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 163, [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>, consulté le 26 mars 2017.

entre le droit et la morale sont inévitables mais contingentes¹²⁶, et que les formes de solidarité sociale sont diverses et compatibles avec un certain degré de conflictualité, Hart soumet ainsi la peine à une exigence de justification normative, irréductible au constat descriptif de son utilité sociale.

Comme il l'explique dans un article intitulé « Immorality and Treason » et paru en 1959 dans le magazine de la BBC *The Listener*, avant de pouvoir qualifier un acte immoral de délit ou de crime, « nous devons tout d'abord nous demander si une pratique qui offense le sentiment moral est nuisible, indépendamment de sa répercussion sur le code moral partagé¹²⁷ ». Si cette pratique cause un préjudice physique (un dommage) ou moral (un tort) à autrui, c'est-à-dire si elle est nuisible, il semble que l'on ait une raison de croire qu'il est *permis* de l'incriminer et de lui attacher une peine pour en détourner les individus. Mais si l'on cherche à fonder le *devoir* de punir l'auteur de l'infraction, et à déterminer à coup sûr si un acte doit relever d'une procédure civile ou pénale, la question est plus délicate. À un premier degré, elle peut se formuler ainsi : « Est-il réellement exact que si l'on ne transpose pas cet élément de la morale partagée en règle de droit pénal on mettra en danger la trame même de la morale, et, partant, de la société¹²⁸ ? »

Mais tout en insistant sur le caractère socialement nuisible d'un acte, la position de Hart ne doit pas se comprendre comme une justification utilitariste de la peine. Elle ne se réfère pas aux conséquences intentionnelles de la peine sur le plus grand nombre, mais s'appuie, au contraire, sur une conception libérale du *harm principle* : l'incrimination d'un acte au seul motif qu'il est perçu comme immoral et que la communauté souhaite se venger de son auteur n'est pas permise. Tel qu'il est exposé dans *Law, Liberty and Morality*, le recours au *harm principle* fait figure de manifeste en faveur de l'extension maximale de la liberté des individus tant qu'ils ne nuisent pas à autrui. Le droit pénal ne doit donc pas avoir pour source la sensibilité collective ou l'opinion publique, c'est-à-dire le jugement des groupes les plus réactifs et les plus bruyants d'une société¹²⁹. La justification de l'institution pénale par Hart aboutit alors à reconnaître, et non pas à craindre comme le pense Devlin, que la permissivité à

¹²⁶ C'est ce que précise Jean-François Kervégan : « Dire qu'il n'y a pas de connexion *nécessaire* entre droit et morale ne signifie pas qu'il n'y a pas entre eux de connexion du tout. » Jean-François KERVEGAN, « Hart, le positivisme juridique, l'utilitarisme et la question des droits moraux », *op. cit.*, p. 107.

¹²⁷ Herbert L.A. HART, « Immoralité et trahison », *op. cit.*, p. 161.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Selon Thomas Nagel, « *Law, Liberty and Morality*, publié en 1963, a servi de manifeste philosophique à l'accroissement explosif de la tolérance sexuelle et du respect de la vie privée qu'on a observée depuis cette époque, et a eu un large impact sur le développement à la fois de la moralité et de la loi. » Thomas NAGEL, « The Central Questions », *The London Review of Books* (2005), cité dans Gregory BLIGH, « Rôle et importance de *Law, Liberty, and Morality* dans l'œuvre de H.L.A. Hart », *op. cit.*, p. 11 (note 3).

l'égard des conduites individuelles et le pluralisme moral sont compatibles avec la prévention des actes nuisibles à l'indépendance et au libre-arbitre des individus : comme l'écrit clairement Hart, « seules les conduites nuisibles sont punissables » et, plus loin, « la restriction de la liberté est mauvaise¹³⁰ ».

Le défense libérale du *harm principle* est donc morale en un sens critique, parce qu'elle inclue la défense d'un principe méta-normatif, la liberté individuelle, pour délimiter la mise en œuvre de l'institution pénale. Or, même du point de vue du libéralisme pénal, les actes poursuivis pénalement, c'est-à-dire les atteintes aux droits et à la liberté des individus, constituent un préjudice personnel autant qu'une offense envers la communauté. Dans un contexte libéral, la société a intérêt, comme la victime, à ce que l'infracteur soit puni. Comme le souligne Feinberg, le libéralisme pénal ne déroge pas à la règle selon laquelle le droit pénal renforce le consensus moral d'une communauté, parce que les peines appliquées ont une fonction expressive :

[...] même un code pénal reposant exclusivement sur le principe de non-nuisance [*harm principle*] (et tout code pénal repose *largement* sur ce principe) vise à faire bien plus que simplement prévenir le *harm*. En protégeant les gens, il vise aussi à justifier moralement la prévention du *harm* et le respect de l'autonomie. C'est pourquoi ses sanctions *sont des peines* qui expriment la réprobation publique et la censure morale du fauteur de torts. En effet, tout principe de limitation de la liberté, au sens où nous avons défini l'expression, est un principe destiné à renforcer un certain segment d'une certaine moralité¹³¹.

Ce passage rappelle que la fonction expressive de la peine est un trait de sa définition et non de sa justification. Lorsque la contrainte étatique s'exerce à travers la répression pénale, l'intégrité du criminel est doublement atteinte, étant donné que la peine, en plus de lui infliger une souffrance physique, le condamne moralement et le dénonce publiquement. Que l'on penche pour le moralisme juridique de Devlin, ou le libéralisme pénal de Hart, l'institution pénale exprime objectivement une réprobation publique et une censure morale. Ainsi, en adoptant une conception libérale du *harm principle*, Hart ne cherche pas à fonder un droit pénal axiologiquement neutre, mais entend donner un critère valide pour justifier, de façon normative, l'exercice étatique de la contrainte. Or, le *harm principle* dépend, dans sa mise en œuvre, de valeurs morales, comme la liberté individuelle dans sa version libérale, la non-domination dans sa version néo-républicaine, ou encore le maintien des traditions culturelles dans sa version conservatrice.

Selon les définitions retenues de la nuisance et du tort, le *harm principle* peut fournir un critère très variable. Il peut inclure un préjudice personnel, une contrainte, une domination,

¹³⁰ Herbert L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, op. cit., p. 37 et 82, cité dans Jean-François KERVEGAN, « Hart, le positivisme juridique, l'utilitarisme et la question des droits moraux », art. cit., p. 109.

¹³¹ Joel FEINBERG, *Harmless Wrodoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. IV, op. cit., p. 12-13.

un déni de reconnaissance ou une offense morale. On peut définir le tort comme la contestation de principes moraux abstraits, tels que l'indépendance individuelle, l'autonomie, le bien-être ou encore l'égalité. Ces critères peuvent servir de guides à l'application du *harm principle* en matière pénale : toute conduite contrevenant à l'un de ces principes peut être incriminée et punie. Affirmer cela, c'est reconnaître que ces principes peuvent être identifiés à des valeurs sociales et être perçus comme étant conformes à l'intérêt général. L'extension du *harm principle* varie, par conséquent, en fonction de la définition du tort, selon qu'il est identifié à une violation des conditions de l'indépendance individuelle, de l'autonomie morale, du bien-être collectif ou de l'égalité sociale¹³².

La défense libérale du *harm principle* ne prétend donc pas expurger la coercition de toute référence à des valeurs ou à des principes moraux, mais seulement limiter l'institution pénale à une interférence nécessaire pour permettre la coexistence des libertés individuelles. Son mérite est donc relatif : une législation pénale déterminée par un *harm principle* libéral se veut moralement plus permissive que si elle contribuait à conserver la morale positive d'une communauté. Cependant, lorsqu'elles sont reformulées comme des principes méta-normatifs de la morale critique, ces valeurs apparaissent plus inclusives que les préceptes d'une morale positive, parce qu'elles sont supposées être universalisables¹³³. C'est pourquoi les valeurs que défend le libéralisme, l'absence de restrictions et l'auto-détermination, sont posées de manière critique, et prétendent être plus cohérentes entre elles et plus rationnelles que si elles étaient issues du sentiment général. C'est tout l'effort des libéraux que d'assurer la compatibilité entre les libertés de chacun.

Le paternalisme pénal

Je voudrais maintenant évaluer les mérites du libéralisme pénal en abordant le problème du paternalisme pénal, c'est-à-dire une législation qui punit les individus pour des

¹³² Bernard HARCOURT, « The Collapse of the Harm Principle », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 90, 1999, p. 109-194.

¹³³ C'est ce qu'explique précisément Mathieu Carpentier : « La possibilité d'une morale critique dépend conceptuellement de l'existence d'une morale positive, et ne peut se détacher que sur fond de morale positive. C'est en réfléchissant sur la morale positive de la société que l'on s'aperçoit qu'elle instancie, encore que de manière très imparfaite et très incohérente, des valeurs : la restriction de la liberté et la misère humaine sont des valeurs négatives. Le droit pénal est typiquement une institution qui entraîne ces deux maux ; et le simple fait que Devlin sente nécessaire de justifier la mise en œuvre par le droit pénal de mesures coercitives dans certaines matières morales montre que cette mise en œuvre ne va pas de soi. » Mathieu CARPENTIER, « Positivism analytique et positivisme normatif dans *Law, Liberty and Morality* de Hart », *op. cit.*, p. 54-55.

conduites contraires à leur propre bien et à travers lesquelles ils ne nuisent qu'à eux-mêmes¹³⁴. Comme l'écrit Feinberg dans *Harm to Self*, le paternalisme pénal

justifie l'usage du pouvoir coercitif de l'État afin de protéger les individus du dommage qu'ils se font à eux-mêmes ou, dans sa version extrême, afin de les guider, qu'ils le veuillent ou non, vers leur propre bien.¹³⁵

Le moralisme juridique, qui présente l'indignation et la colère véhiculées par la peine comme une fonction vitale à l'intégration sociale, débouche directement sur la défense d'un paternalisme pénal fort : les individus doivent être punis pour leurs péchés et pour leurs vices, même s'ils ne concernent qu'eux-mêmes¹³⁶. De prime abord, le libéralisme pénal paraît, au contraire, contredire la thèse selon laquelle il est permis d'imposer une peine et de condamner certains comportements pour le bien de l'individu puni, afin de protéger son indépendance et son libre-arbitre¹³⁷. Le paternalisme pénal semble renforcer la dimension vindicative de la peine et amener l'État à faire un usage illibéral de son pouvoir de contrainte : en punissant l'individu pour son propre bien, c'est la morale dominante qui est réaffirmée, au détriment des droits et de la liberté individuels.

Il est indéniable qu'aucun système juridique ne punit tous les maux ou tous les torts commis contre autrui. Bien que ce ne soit pas le cas partout, la majorité des législations pénales n'incriminent pas, par exemple, la trahison privée ou l'adultère. Certaines conduites, au contraire, ne nuisent à aucun individu concrètement identifiable, mais sont conçues comme des offenses envers les droits individuels ou les principes moraux comme l'autonomie ou la dignité de la personne humaine, et sont pénalisées comme telles. C'est alors le criminel lui-même et par extension l'ordre symbolique de la société qui en constituent les victimes comme le montrent les exemples français de la gestation par autrui ou de l'euthanasie. Le législateur incrimine et attache une peine à des actes qui n'engagent que des personnes consentantes et

¹³⁴ On peut suivre ici la définition approfondie de Christophe Béal : « [...] une législation pénale sera qualifiée de paternaliste si elle vise à interdire des actions ou des conduites par lesquelles on se nuit à soi-même ou qui s'avèrent contraires à notre propre bien. Ceci conduit à concevoir une catégorie d'infractions dont la seule et unique justification est de protéger les individus du mal ou du dommage qu'ils se causent à eux-mêmes par des comportements qui constituent une menace avérée pour leur vie, leur intégrité physique ou leur bien-être. Poser la question du paternalisme pénal c'est donc se demander si le fait d'empêcher de se nuire à soi-même constitue une justification suffisante pour interférer sur les décisions et les actions d'une personne. » Christophe BEAL, « Le paternalisme peut-il être "doux" ? Paternalisme et justice pénale », *Raisons politiques*, vol. 44, n° 4, 2011, p. 43.

¹³⁵ Joel FEINBERG, *Social Philosophy*, *op. cit.*, p. 45 ; *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. III, *op. cit.* ; « Legal Paternalism », in Rolf SARTORIUS (dir.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, p. 3-18.

¹³⁶ Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, p. 422-424.

¹³⁷ « Selon Mill, le meilleur moyen de pourvoir au bien d'un individu est "de lui laisser choisir ses propres moyens pour l'atteindre" ». John Stuart Mill, *De la liberté*, cité par Ch. Béal dans Christophe BEAL, « John Stuart Mill et le paternalisme libéral », *op. cit.*, p. 285 (note 25). Béal renvoie à Hart pour une « critique libérale de cet argument » (*ibid.*). Voir : Herbert L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, *op. cit.*, p. 31-34.

juridiquement responsables et qui ne causent ni mal ni tort à autrui. Le criminel devient ainsi l'individu qui subit le préjudice d'un acte qui offense la morale commune.

De manière générale, les nuisances et les torts qui sont contraires à l'intérêt général mais qui ne portent pas préjudice à une victime identifiable se regroupent en trois catégories :

- les conduites dangereuses qui impliquent le risque d'un désordre public même si elles ne produisent pas de dommages réels, comme par exemple les délits routiers¹³⁸ ;

- les actes qui déstabilisent les institutions publiques et entament la confiance que lui accordent les individus, comme le parjure, le faux témoignage ou la corruption ;

- enfin, les pratiques inéquitables, qui apportent un avantage indu à l'individu et qui causent du tort à la communauté si elles se multiplient, comme l'évasion fiscale ou les pratiques considérées comme moralement dégradantes pour la personne humaine.

Une législation pénale fondée sur le *harm principle* peut ainsi incriminer ces trois types d'actes, et, sous son versant paternaliste, elle peut punir, pour leur propre bien, les individus qui adoptent des conduites :

- *dangereuses* (comme l'abstention du port du casque à moto par exemple) et qui constituent une atteinte directe à la liberté ou à la non-domination ;

- *injustes* (comme le non-respect d'une obligation auparavant consentie, ce qu'illustre l'épisode d'Ulysse et des sirènes¹³⁹) : la conduite constitue ici une atteinte aux conditions de la liberté ou de la non-domination ;

- ou *indignes* (ce sont les pratiques qui outrepassent les droits subjectifs, comme l'euthanasie ou la marchandisation de son propre corps en droit français) : la conduite en question désigne une usurpation de la liberté ou de la non-domination.

La première catégorie d'infractions, les *conduites dangereuses*, renvoie aux torts qui peuvent potentiellement heurter les individus dans leur intégrité physique ou morale. Ce sont les actes que le *harm principle* a pour vocation première de discriminer. À l'égard de cette catégorie, la peine se présente comme une contrainte utile à la maximisation du bien-être collectif. La définition du danger dépend, en effet, des exigences relatives à l'utilité bien comprise d'une communauté. Les deux autres catégories, les *conduites injustes* et *indignes*, ne se rapportent pas à des qualités morales matérielles, c'est-à-dire à des biens comme le

¹³⁸ Voir : John BRAITHWAITE et Philip PETTIT, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, op. cit., p. 60-68, sur la non-domination comme bien civique. Il y a cependant un risque d'abus étant donné la labilité de la notion d'ordre public et des lois qui prétendent le défendre.

¹³⁹ Jon ELSTER, *Le laboureur et ses enfants*, Paris, Minuit, 1986, p. 101-114 ; Gerald DWORKIN, « Paternalism », in Rolf SARTORIUS (dir.), *Paternalism*, op. cit., p. 30-32.

bonheur ou la sécurité¹⁴⁰, mais, au contraire, à des règles morales substantielles, autrement dit à des principes de justice ou d'équité, qui concernent la distribution et la réalisation des droits. Ces catégories rassemblent des conduites tenues pour déloyales, inéquitables ou dégradantes, et dont l'interdiction prétend satisfaire l'intérêt général¹⁴¹.

Le problème est alors de savoir quelle fonction vise la peine dans le cas des législations paternalistes : faut-il dire que la peine sert à protéger l'individu contre lui-même et à l'empêcher qu'il ne se fasse du mal ou du tort, ou bien qu'elle venge la violation de principes abstraits comme la liberté, l'égalité ou la dignité¹⁴² ? Dans le contexte du libéralisme pénal, une législation paternaliste équivaut à punir l'individu au nom de la défense de la liberté individuelle, afin de réprimer la situation de soumission dans laquelle il s'est volontairement mis. Autrement dit, la défense d'une justification libérale de la peine peut déboucher sur un paternalisme pénal modéré, lorsqu'un individu contrevient, par sa conduite, au principe de liberté. Il serait, dans ce cas, justifié de punir un individu dont la conduite est offensante à l'égard d'un principe abstrait et auquel il aurait dû être personnellement attaché. Un libéral semble ainsi pouvoir souscrire à l'idée que l'individu peut être puni pour son bien, c'est-à-dire pour le persuader de respecter un principe auquel il doit adhérer s'il est rationnel. Selon lui, l'institution pénale doit défendre des règles de justice et d'équité substantielles, même si la sécurité et le bien-être des individus ne sont pas toujours en jeu. Le paternalisme libéral ne dépend donc pas de la morale positive ou d'une certaine conception du bien. C'est pourquoi il peut être qualifié de « doux »¹⁴³, selon l'expression utilisée par Joel Feinberg, par contraste avec un paternalisme « fort », c'est-à-dire moralisant ou utilitariste.

¹⁴⁰ C'est précisément l'objet de la critique d'Arneson contre le paternalisme doux de Feinberg qui « conduit à laisser les individus accomplir des actes volontaires qui nuisent à leur propre bien-être, sans parvenir à protéger suffisamment les plus mal lotis. C'est au nom de la justice sociale que Richard J. Arneson défend une forme de paternalisme fondé sur le bien-être par opposition à un paternalisme visant uniquement à préserver l'autonomie des individus. » Christophe BEAL, « Le paternalisme peut-il être « doux » ? Paternalisme et justice pénale », *op. cit.*, p. 53. Voir sur ce point : Richard J. ARNESON, « Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism », *Legal Theory*, vol. 11, n° 3, 2005, p. 259-284 ; « Paternalism, Utility and Fairness », *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 43, n° 170/3, 1989, p. 409-423.

¹⁴¹ Voir : Lawrence C. BECKER, « Criminal Attempts and the Theory of the Law of Crimes », *op. cit.* ; Susan DIMOCK, « Retributivism and Trust », *op. cit.*

¹⁴² Joel FEINBERG, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. I, *op. cit.*, p. 37-38 et 61-63.

¹⁴³ Joel FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. III, *op. cit.*, p. 106-109 et 98-142.

Créer du consensus

Hart soutient que l'adoption d'une conception libérale du *harm principle* peut justifier un certain degré de paternalisme¹⁴⁴, mais prend soin de distinguer ce paternalisme de la version plus forte liée au moralisme juridique de Devlin¹⁴⁵. La version forte renvoie à la thèse de la dépendance du droit pénal, de ses règles de fond comme de procédure, à la morale commune. Comme j'ai essayé de le montrer, Devlin en déduit que les actes immoraux devaient être incriminés, parce qu'ils contiennent en germe la possibilité de la délinquance sociale. Le juge anglais défend ainsi la dépendance des droits juridiques au contexte moral et historique dont ils émergent et dont ils tirent leur contenu. C'est pourquoi il est justifié que l'institution pénale réprime les déviances et les écarts envers la morale traditionnelle d'une société. Le libéralisme pénal de Hart récuse, au contraire, le principe d'utilité auquel se réfère Devlin. La peine ne doit pas être conçue comme un instrument de réaffirmation de la morale positive. C'est à un principe de la morale critique que l'institution pénale donne force et autorité, à travers ses sanctions afflictives et infamantes.

S'opposant à l'utilitarisme par sa défense du principe de liberté, le libéralisme pénal peut ainsi admettre un usage paternaliste de la peine, ce qui demeure une source de trouble. Comme se le demandent Antoine Garapon et Denis Salas : « la peine peut-elle se présenter comme une mesure de protection de celui qu'elle vise, et ce, au nom de sa fragilité (prétendue)¹⁴⁶ ? » Si la punition implique que l'individu a commis un mal ou un tort, le fait que l'individu agit en toute indépendance lorsqu'il se nuit ou se fait du tort à lui-même n'exclut-il pas le droit de le punir¹⁴⁷ ? Dire que le paternalisme pénal est compatible avec la version libérale du *harm principle*, c'est impliquer que la peine peut servir à protéger non seulement l'individu de lui-même, mais aussi l'intérêt général, c'est-à-dire les principes et les règles auxquels les membres d'une société adhèrent en commun.

¹⁴⁴ Herbert LA. HART, *Law, Liberty and Morality*, *op. cit.*, p. 30-34. Voir les analyses de Christophe Béal : « Dans une société pluraliste où coexistent plusieurs conceptions raisonnables de la vie bonne, les juridictions pénales ne peuvent condamner des actions qui n'affectent que soi-même au simple motif qu'elles sont en contradiction avec une certaine idée du bien ou avec une conception particulière du bonheur. Le paternalisme libéral se distingue donc d'un paternalisme moraliste, comme le montre clairement Herbert Hart dans sa critique de la théorie pénale de Patrick Devlin. » Christophe BEAL, « Le paternalisme peut-il être « doux » ? Paternalisme et justice pénale », *op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁵ Cependant, Hart n'envisage pas la possibilité, comme le lui reproche Feinberg, que dans certains cas, paternalisme pénal et moralisme juridique se confondent pour donner lieu à un « paternalisme moral ». Voir Joel FEINBERG, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. I, *op. cit.*, p. 12-13 et 65-70 ; Joel FEINBERG, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. IV, *op. cit.*, p. 16-17.

¹⁴⁶ Antoine GARAPON et Denis SALAS, « Pour une nouvelle intelligence de la peine », *Esprit*, 1995, vol. 215, n° 10, 1995, p. 147.

¹⁴⁷ Joel FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. III, *op. cit.* ; Andrew P. SIMESTER et Andreas VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalization*, *op. cit.*, chap. 9 et 10.

Comme le précise Gerald Dworkin, le paternalisme peut donc concerner toute forme d'« interférence avec la liberté d'action d'une personne justifiée par des raisons qui renvoient exclusivement au bien-être, au bien, au bonheur, aux besoins, aux intérêts ou aux valeurs de la personne ainsi contrainte¹⁴⁸. » Mais il pose des problèmes spécifiques en matière pénale : le paternalisme pénal¹⁴⁹ vise à protéger l'individu de lui-même et à satisfaire l'intérêt général par le recours à la punition. Une législation pénale paternaliste défend donc l'infliction de souffrances et la condamnation morale du coupable pour son propre bien et dans son intérêt. C'est ce qui en rend problématique sa justification, étant donné que les dimensions afflictive et infamante de la peine peuvent être minorées au nom de la défense de principes abstraits. Toute la difficulté est en effet de déterminer le tort ou l'offense que l'individu peut se faire à lui-même, afin que le paternalisme pénal ne verse pas dans l'oppression, en justifiant des représailles contre celles et ceux qui dérogent aux valeurs dominantes, sans pour autant nuire à quiconque.

L'omniprésence du paternalisme pénal dans les théories normatives de la peine incite à rendre compte de la fonction normative de la peine¹⁵⁰. La peine n'exprime pas la réprobation indifféremment, elle se distingue des autres sanctions juridiques par son aspect moralement condamnatore, mais aussi par son caractère socialement normatif. Pour saisir plus précisément la défense et l'affirmation de principes abstraits par la législation pénale, il faut saisir la capacité de la peine à imposer des normes de conduites. La sanction pénale est, en effet, solidaire de règles de prohibition qui imposent aux individus de s'abstenir de certains actes, et sa mise en œuvre renforce l'adhésion à certains principes abstraits, comme la liberté individuelle, la non-domination ou l'égalité sociale¹⁵¹. La peine ne fait donc pas qu'exprimer un ressentiment vindicatif et une réprobation collective contre le condamné. L'infracteur représente autant un individu dangereux et déviant, qu'un ennemi et un opposant à l'autorité de l'État et du droit. Dès lors, la fonction sociale de la peine serait moins d'exprimer l'attachement collectif à certaines valeurs dont le crime serait la transgression, que d'affirmer

¹⁴⁸ Gerald DWORKIN, « Paternalism », in Rolf SARTORIUS (dir.), *Paternalism, op. cit.*, p. 20.

¹⁴⁹ Christophe BEAL, « Le paternalisme peut-il être « doux » ? Paternalisme et justice pénale », *op. cit.*, p. 41-56.

¹⁵⁰ « Les arguments de type paternaliste pourraient ainsi être une façon détournée de promouvoir une conception compréhensive du bien aux dépens de la liberté individuelle. Le paternalisme juridique serait donc incompatible avec une société pluraliste et conduirait à une conception moraliste du droit et à l'institution d'une "police morale" [...]. Ces critiques bien connues plaident en faveur d'une législation pénale minimale dans laquelle ne sont qualifiées comme infractions que les actions qui nuisent à autrui ou le privent de ses droits sans son consentement [...]. » *Ibid.*, p. 46.

¹⁵¹ C'est ce que défend en conclusion de son article Ch. Béal, en prenant l'exemple de la reconnaissance de l'abus de faiblesse (CP, art. 223-15-2) : « L'attention devrait donc se porter non pas tant sur le dommage causé à soi-même, mais plutôt sur les conditions et les circonstances dans lesquelles on est amené à agir contre soi, afin de protéger les personnes vulnérables contre elles-mêmes tout en préservant l'autonomie et le droit de disposer de soi. » *Ibid.*, p. 55.

les normes de conduite tenues pour justes et souhaitables afin d'amener les individus à y obéir. C'est ce que suggère Feinberg lorsqu'il écrit que

Le dispositif même du droit pénal, avec ses fonctions symboliques et expressives caractéristiques, accompagne les verdicts et les peines du sceau d'un jugement d'autorité morale. *Le droit pénal peut être envisagé comme un instrument de création et de renforcement du consensus moral*¹⁵².

Certains actes peuvent en effet être moralement réprouvés sans qu'ils ne fassent l'objet d'une sanction pénale. La peine ajoute à la réprobation l'autorité d'un ordre : le droit proscrie la conduite criminelle et prescrit la norme de conduite contraire. À la réprobation s'ajoute donc une injonction morale d'agir autrement, ce qui conduit à distinguer, au plan descriptif, la valeur symbolique de l'infamie de l'effet normatif de la condamnation. Selon cette hypothèse, la peine prescrit des conduites de manière négative, en interdisant certains actes ou certaines abstentions, en vue de promouvoir des principes moraux abstraits et d'empêcher l'individu de s'y soustraire. Ainsi, en incriminant la non-assistance à personne en danger, le droit pénal a pour effet de prescrire un devoir de solidarité et de secours, qui ne figure pourtant pas explicitement dans la législation. La défense d'un amoralisme juridique¹⁵³ en matière pénale, permettant de dissocier le droit pénal de toute référence à la morale, qu'elle soit positive ou critique, semble ainsi être une vue de l'esprit.

¹⁵² Joel FEINBERG, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. IV, *op. cit.*, p. 12-13 (je souligne).

¹⁵³ Neil MACCORMICK, « A Moralistic Case for A-Moralistic Law », *Valparaiso University Law Review*, vol. 20, n° 1, 1985, p. 1-41.

Conclusion de la Première partie

Le premier temps de cette partie a servi à mettre en valeur le caractère irréductiblement rétributif de la peine et le caractère objectif de la souffrance qu'elle inflige. La démonstration s'est appuyée sur les ressources du positivisme juridique comme théorie de la science du droit : ces analyses ont donc été menées à partir d'une conception formelle et large de la sanction. Or, même si elle permet de dénouer l'antinomie sur laquelle repose le droit pénal et d'expliquer comment un même acte peut être à la fois interdit et autorisé (l'antinomie du droit pénal se résout au plan descriptif par la symétrie de la norme pénale), cette théorie ne dissout pas le malaise moral qui entoure la peine. En faisant en effet de la rétribution la structure unitaire fondamentale de la sanction, les thèses de Kelsen manquent ainsi d'un critère de distinction nette entre la peine et la réparation. Certes, les deux pratiques, la peine et la réparation, entretiennent une grande proximité : elles relèvent toutes les deux de normes conditionnelles, et imposent également une contrainte contre la volonté des individus. Elles sont même interchangeables : une condamnation civile peut avoir une fonction répressive, en dissuadant les individus de s'engager dans des conduites dont ils pourraient être tenus pour responsables, alors qu'une peine peut avoir un effet réparateur, notamment pour la victime qui voit son tort être publiquement reconnu et vengé par l'État. Cependant, les contentieux et litiges sanctionnés par une obligation de réparation ne suscitent pas le même ressentiment public que les délits ou les crimes les plus graves.

Pour saisir alors le drame contenu dans la dimension afflictive de la peine, il a fallu redéfinir la rétribution de manière substantielle, et s'engager dans l'étude des deux versions du rétributivisme – le rétributivisme procédural et le rétributivisme substantiel – au plan normatif. L'une des principales difficultés soulevées par le rétributivisme substantiel est la confusion qu'il entretient entre la définition et la justification de la peine. Définir la peine comme une sanction qui a pour caractère d'infliger intentionnellement une souffrance revient à la définir mais aussi et surtout à la défendre comme institution rétributive. Le rétributivisme substantiel obéit au syllogisme suivant : s'il existe des conduites qui sont nécessairement offensantes, source d'inégalités et nuisibles ; et si elles sont accomplies intentionnellement ; alors la peine est obligatoire car elle permet au criminel d'avoir ce qu'il mérite et de payer sa dette. On déduit donc du fait qu'un tort a été commis volontairement l'obligation de faire subir le même tort à son auteur. La notion de mérite constitue, dans ce raisonnement, le

fondement moral de la peine : la commission d'un crime appelle conceptuellement la peine, la punissabilité découle de la qualité de l'acte lui-même.

J'ai alors insisté sur le caractère idéal de ces théories, tout en montrant pourquoi la peine ne pouvait pas être assimilée à un acte de vengeance déguisé. L'un des obstacles à cette thèse repose sur l'affirmation de la fonction expressive de la peine : si la peine exprime la colère et le ressentiment collectifs, alors elle entretient de fortes affinités avec une pratique vindicative. Nous avons alors abordé la dimension condamnatoire de la peine comme un second trait de sa définition. C'est par sa fonction expressive, sa capacité à communiquer un ressentiment collectif et une réprobation publique, que la peine se distingue des autres types de sanction. Cette spécificité descriptive fait cependant problème au plan normatif, en ce que la peine véhicule symboliquement une hostilité qui redouble la souffrance du condamné¹⁵⁴. Or, parmi les théories communicatives de la peine, aucun argument ne parvient à rendre raison de façon acceptable de cette spécificité : dans leur version *rétributiviste*, ces justifications sont inquiétantes, puisqu'elles tendent à surdramatiser le crime et à étendre la rétribution méritée par le criminel au-delà de la responsabilité individuelle ; dans leur version *conséquentialiste*, elles sont incomplètes, car si l'infliction de souffrances voulue par la peine peut viser *in fine* à communiquer des règles morales et à éduquer le criminel, rien ne permet d'assurer à l'inverse que la peine soit le seul et surtout le meilleur moyen d'y parvenir.

Pour rendre compte alors de la fonction expressive que la peine assume *de facto*, j'ai délaissé ces justifications antinomiques pour me concentrer sur les théories normatives qui s'opposent au moralisme juridique et au paternalisme pénal et qui défendent une version libérale du *harm principle*. Ces théories récusent les prétentions du moralisme juridique : si la peine possède une dimension symbolique et publique, rien n'autorise à en déduire que la cohésion sociale s'écroulerait sans le soutien d'un droit pénal coïncidant avec la morale positive. Cette critique s'appuie sur des critères de justification, le *harm principle* et la liberté individuelle, prétendant être cohérents et valides afin de fournir des règles substantielles pour définir le champ légitime de la justice pénale. À ce titre, si le libéralisme pénal récuse la connexion nécessaire du droit et de la morale, sa critique est fondée sur les principes de justice internes à l'État de droit : neutralité des incriminations, impartialité des procédures et protection des libertés individuelles.

¹⁵⁴ « La condamnation publique, avouée à travers le symbolisme stigmatisant de la peine, ou non avouée mais clairement perceptible (comme simple "intention punitive"), peut fortement amplifier la souffrance produite par le traitement pénible qui l'accompagne. » Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, op. cit., p. 86.

On est alors en droit de se demander si le droit pénal se fonde sur ces critères parce qu'ils constituent des principes de justice, ou parce qu'ils ont une valeur conventionnelle dans les sociétés de culture libérale¹⁵⁵. Cette alternative oppose une approche idéale de la peine, qui défend une justice procédurale et inclut le respect des libertés individuelles dans le contenu du droit, à une approche positiviste de la nature du droit qui refuse de définir la peine par référence à son mérite pour se contenter d'observer l'adéquation du contenu du droit avec les conventions sociales¹⁵⁶. Cette alternative met en jeu la fonction normative de la peine, sous-estimée me semble-t-il par la description de la peine comme institution vindicative et comme porte-voix de la morale collective. Les théories expressives restreignent en effet la définition de la peine à la réprobation qu'elle inflige. Or, elles négligent ainsi sa capacité, en tant qu'élément d'un système juridique global, à façonner les mentalités et les comportements d'une manière plus continue que ne le fait le blâme public. C'est le problème que je voudrais aborder dans une deuxième partie.

¹⁵⁵ Hart défend la thèse de l'identification du droit à des sources sociales et non à des critères moraux dans le « Postface » au *Concept de droit* : « Selon ma théorie, l'existence et le contenu du droit peuvent être identifiés par référence aux sources sociales du droit (notamment la législation, les décisions judiciaires, les coutumes sociales), sans référence à la morale, sauf lorsque le droit ainsi identifié a lui-même incorporé des critères moraux pour l'identification du droit. » Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, *op. cit.*, p. 287. Voir également John GARDNER, « Legal Positivism: 5 ½ Myths », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, n° 1, 2001, p. 201.

¹⁵⁶ « Thèse substantielle : La validité d'une règle de droit dépend de ses sources et non de son (seul) mérite. [...] la thèse substantielle constitue avant tout un test permettant de classer de manière présomptive une théorie du droit comme étant positiviste. » Mathieu CARPENTIER, « Positivism analytique et positivisme normatif dans *Law, Liberty and Morality* de Hart », *op. cit.*, p. 43.

Deuxième partie. Interdire et menacer

les lois sont sans pouvoir pour les protéger s'il n'est pas un glaive entre les mains d'un homme (ou de plusieurs), pour faire exécuter ces lois. La liberté des sujets ne réside par conséquent que dans les choses que le souverain, en réglementant les actions des hommes, a passées sous silence.

– Thomas Hobbes

Dans cette deuxième partie, l'attention sera portée sur les prétentions du droit pénal à être légitime, et non plus sur les critères de légitimité de la punition elle-même. Cette prétention consiste à imposer un devoir de conformité extérieure par l'entremise des interdictions légales¹. On pense spontanément que les interdictions sont inviolables et que nul ne peut s'y soustraire. Ce devoir serait le corollaire de la personnalité juridique à laquelle l'individu est assujéti dans un État de droit, c'est-à-dire dans une société dans laquelle prévaut le règne de la loi (*rule of law*). La validité de cette idée semble triviale, mais on peut s'intéresser à ses répercussions et à ses effets dans le contexte des démocraties libérales. Ces sociétés sont globalement caractérisées par un conflit autour des valeurs et des normes dominantes, qui va de la discussion de leur légitimité à des formes d'affrontement plus violentes. Dans ce contexte, définir le droit pénal comme une pure technique de sanction peut alors apparaître réducteur. En outre, si l'on admet, comme je vais essayer de le montrer, que l'institution pénale a pour effet d'affirmer des normes et de protéger des valeurs, il semble

¹ À moins de le préciser explicitement, j'utilise le mot « devoir » en un sens moral, pour le distinguer de l'obligation, terme réservé au champ juridique, selon la distinction privilégiée par Jean-François Kervégan : « dans le domaine juridique, il vaut mieux parler d'obligations et limiter au domaine moral l'usage de la notion de devoir ». Jean-François KERVEGAN, « Avoir des droits : pourquoi, comment, lesquels ? », *Bulletin de la société française de philosophie*, vol. 109, n° 4, 2015, p. 11.

étrange de distinguer l'institution pénale par sa fonction expressive : à travers l'exercice de la dénonciation publique, c'est peut-être la capacité de la peine à protéger *certain*s principes, *certain*s standards de conduites, voire *certain*s groupes sociaux qui se révèle. Or, insister sur la fonction normative du droit pénal implique de nuancer le caractère expressif et infamant de la peine : affirmer une telle fonction normative c'est soutenir que l'institution pénale joue un rôle de stabilisation des conflits sociaux et de structuration de la société autour de valeurs et de normes qui sont pourtant contestées ; défendre, au contraire, la fonction expressive de la peine, c'est dire que la société réagit comme une communauté soudée, s'indignant d'une même voix contre le condamné par le truchement de la condamnation. En abordant dans cette partie la fonction normative du droit pénal, mon objectif est donc aussi de nuancer les conclusions du chapitre précédent.

On l'a analysé, l'institution pénale implique d'infliger une souffrance et de véhiculer la réprobation collective, deux pratiques dont j'ai souligné le caractère moralement problématique. L'individu puni fait l'expérience d'un triple mal, physique, psychique et symbolique : sa liberté, ses droits ou ses biens lui sont retirés ; son honneur, son statut et sa réputation sont méprisés ; et enfin ces contraintes lui sont imposées de façon délibérée, ce qui leur donne la valeur d'une exclusion. Les implications morales de la peine prouvent donc que punir ne revient pas seulement à réguler la société. L'examen est sans surprise : on reconnaît communément que la peine souffre d'un déficit de justification en raison de ses caractères afflictif et infamant, qui ont valeur de rétribution. Ces deux dimensions sont des traits de la définition générale de la peine, et non d'une manière particulière de punir, ni d'une certaine justification de l'institution pénale. Néanmoins, ce constat n'empêche pas que la peine soit utilisée comme si elle était une technique de régulation sociale, et que celles et ceux qui punissent ne prennent pas garde à la violence de l'outil employé. Or, si la peine exprime, dans certains cas, le ressentiment collectif et véhicule une réprobation publique, dans le contexte pluraliste des démocraties libérales, elle paraît davantage jouer un rôle d'affirmation des valeurs et des normes communes. Je voudrais aborder dans cette deuxième partie cet aspect de l'institution pénale. En effet, si certaines théories éthiques insistent sur la fonction correctrice et réhabilitatrice de la peine, c'est qu'elles croient implicitement en la capacité du droit pénal à affirmer, voire à instituer, des devoirs de conduite. Si l'on peut espérer faire changer le criminel par la punition, c'est que l'on présuppose que l'institution pénale peut représenter et incarner des standards de conduite, associés à des valeurs morales, à des conventions socio-culturelles ou à des impératifs politiques. Cette capacité à fixer et prescrire des normes, à

émettre des jugements de valeur et à relayer des discours axiologiques, constitue la fonction normative du droit pénal².

Cette fonction n'a pas fait l'objet d'une aussi grande attention que les fonctions afflictives et infamantes dans les travaux consacrés à la peine. Masquée par le fonctionnement ordinaire de la justice et par ses règles de procédure, minorée dans les justifications rétributivistes ou conséquentialistes, elle semble même constituer un point d'achoppement de la théorie du droit, qui réduit l'institution pénale à l'exercice de la contrainte. Or, si les individus interprètent les valeurs et les normes promues par l'État aussi à l'aune des sanctions applicables, la peine ne peut être uniquement décrite comme une technique répressive. Si l'on admet que, quelles que soient les intentions du législateur ou des juges (expiation, vengeance, dissuasion, réhabilitation, élimination), l'institution pénale exerce une forte autorité sociale, qu'elle délimite la frontière du permis et du défendu, de la normalité et des déviations et fixe des standards de conduite, alors il faudra interroger les liens que les règles pénales entretiennent avec les normes sociales et les valeurs morales d'une société.

Pour essayer de cerner la portée et les implications de cette fonction normative, il faut déjà savoir si elle est un trait de la définition de la peine, ou bien de sa justification :

- l'institution pénale peut avoir pour effet réel et prévu de maintenir la cohésion sociale en structurant les valeurs et les normes, parce qu'elle apporte au système juridique tout entier, et aux valeurs qu'il protège, la force de la coercition physique. Dans ce cas, c'est au plan descriptif que la fonction normative de la peine est envisagée.

- Mais cette fonction peut aussi être mise en valeur pour affirmer que l'institution sert à reconnaître les torts et les injustices, qu'elle contribue au progrès moral d'une société et qu'elle permet de réhabiliter le condamné. Dans ce cas, l'insistance sur cette fonction normative sert à justifier la peine, elle est affirmée au plan normatif.

Les deux prochains chapitres étudieront ces aspects successivement. Le CHAPITRE III abordera une alternative : une interdiction pénale est-elle absolument subordonnée à l'existence d'une sanction ? Autrement dit, la fonction sociale de l'institution pénale se réduit-elle à l'exercice de la contrainte, c'est-à-dire à la distribution de sanctions d'un certain type, afflictives en ce qu'elles ont valeur de rétribution, et infamantes parce qu'elles expriment le ressentiment ou l'indignation ? Ou bien, faut-il lui adjoindre une autre fonction, normative,

² Roger Merle et André Vitu parlent du caractère « normatif » du droit pénal, Jean Pradel de son caractère « déterminateur ». Je ne ferai pas de distinction entre les deux. Voir : Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, Paris, Cujas, 1981, p. 207 ; Jean PRADEL, *Droit pénal général*, t. I, Paris, Cujas, 1986, p. 69.

consistant à légitimer des interdits, à protéger des valeurs, à reconnaître des torts malgré les errements de la morale commune et des opinions ? Dans le contexte de désaccord et de conflit des démocraties libérales contemporaines, le droit pénal peut en effet aussi servir à fixer des standards de conduite et à affirmer certaines valeurs comme dominantes. J'essaierai alors de montrer que si la peine se caractérise par sa dimension normative, capable d'affirmer des valeurs et des normes de conduite, alors la description de l'institution pénale comme institution expressive doit être nuancée. L'institution pénale protège des valeurs et des normes précisément parce que ces valeurs et ces normes peuvent être contestées. Il paraît dès lors abusif de s'en tenir à l'idée que la condamnation pénale véhicule des émotions vindicatives et des jugements réprobateurs à même la souffrance qu'elle inflige. La peine réaffirme et même crée parfois des attentes normatives en dépit de l'indifférence ou du désaccord sur les normes ou les valeurs ainsi protégées. En réprimant les crimes, l'institution pénale reconnaît des torts dont le caractère répréhensible ne fait pas l'unanimité. Elle ne se limite donc pas à signifier brutalement, par un traitement pénible, l'indignation collective.

Je distinguerai dans le CHAPITRE IV la fonction normative du droit en général, de la fonction normative de la peine en particulier, pour aborder les théories qui font de cette fonction une raison de punir. L'idée selon laquelle la mise en œuvre de la peine protège en creux des normes de conduite constitue le présupposé commun à plusieurs théories ayant pour objet une justification de la peine : les théories mixtes de la peine, qui soutiennent que la peine peut servir à prévenir les actes nuisibles afin de maximiser la liberté individuelle, tout en préservant en même temps les individus d'une intrusion abusive de l'État ; et le paternalisme pénal, qui soutient que la peine seule permet de réaffirmer l'autonomie personnelle du condamné, en manifestant les conséquences de son acte par le traitement pénible qu'il reçoit. En abordant ces justifications, je m'intéresserai aux attentes morales et politiques que l'institution pénale peut satisfaire. Ces deux théories prétendent que la peine peut servir à protéger la société des actes dangereux ou injustes tout en préservant la liberté et la dignité morale des individus qui lui sont soumis. Elles affirment donc que l'institution pénale ne se cantonne pas à un strict rôle d'élimination et de contrôle du risque. Néanmoins, ces théories sont normatives : elles portent sur ce que doit être idéalement la peine. Or, si dans les faits on ne peut s'assurer de la réhabilitation des condamnés, si leur autonomie risque toujours d'être contrainte de façon illégitime, faut-il dire que la peine incarne une institution inexorablement oppressive dans les sociétés libérales contemporaines, dès lors que les législations pénales sont utilisées pour répondre au sentiment d'insécurité de la communauté

ou de ses porte-paroles, au détriment de l'égalité des individus³ ? Cette hypothèse suppose que *de facto* les condamnés ne méritent jamais tout à fait leur peine, parce qu'ils ne sont pas rétribués pour leur acte seul (si tant est que la gravité de l'acte et la sévérité de la peine puissent s'équivaloir) mais aussi pour les situations d'insécurité et de risques qu'entraînent les infractions, et dont les frontières sont plus floues à mesure qu'elles s'étendent.

³ Les théories critiques abordant les liens entre répression pénale et politiques sécuritaires se sont largement développées depuis le début des années 2000. Je renvoie notamment à : Marx NEOCLEOUS, *Critique of Security*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2008 ; Didier BIGO et Anastassia TSOUKALA, *Terror, insecurity and liberty. Illiberal practices of liberal regimes after 9/11*, London-New York, Routledge, 2008, en particulier le chapitre « Understanding (in)security » ; Didier BIGO, « La mondialisation de l'(in)sécurité ? Réflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytique de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation », *Cultures & Conflits*, vol. 58, 2006, p. 53-101 ; Mathieu RIGOUSTE, *L'ennemi intérieur : la généalogie coloniale et militaire de l'ordre sécuritaire dans la France métropolitaine*, Paris, La Découverte, 2011 ; Paul GUILLIBERT et Memphis KRICKEBERG, « L'hégémonie de la sécurité », *Vacarme*, vol. 77, automne 2016, p. 38-45.

CHAPITRE III. LES NORMES PENALES : INTERDICTION ET SANCTION

La peine de mort ou les peines privatives de liberté restent les mêmes, que l'on vise en les établissant la prévention ou quelque autre fin.

– Hans Kelsen

La peine est afflictive et infamante parce qu'elle réagit à la survenue d'un acte défendu. Il est donc possible de reconstruire, par inférence, le devoir qui a été transgressé et que la condamnation réaffirme : le contenu des délits ou des crimes, pour s'en tenir aux classes les plus graves d'infraction, se formule à l'indicatif mais vise des interdictions qui résonnent sous la forme impérative. Les deux fonctions de la peine étudiées jusque-là, l'infliction d'une souffrance et l'expression d'une réprobation, reposent sur un présupposé commun : une dimension *normative* qui caractérise certes tout système juridique en son entier mais que le droit pénal exercerait de manière spécifique, à travers la définition d'interdictions auxquelles sont attachées la menace de peines. À la différence d'autres types de sanctions, notamment administratives ou réparatrices, la peine semble en effet imposer des devoirs de conduite avec une force et une autorité distinctives. Au dualisme traditionnel des sanctions afflictives et infamantes, il faut donc adjoindre une troisième fonction : l'affirmation de standards de conduite et leur intériorisation par les individus, qu'ils soient condamnés ou simples citoyens. Faut-il alors définir la peine comme le bras armé de l'État et la condition de l'avènement et du maintien de la société, autrement dit de l'obligation politique ?

Dans ce chapitre, je voudrais aborder la fonction normative de la loi pénale, qui formule des interdictions en prévoyant des peines. Les pratiques répressives mettent en effet

en œuvre les normes émises par la loi : l'interdiction, qui appelle une forme d'obéissance de la part des individus, et la sanction, qui impose aux autorités habilitées de punir les situations incriminées. Ce faisant, le contenu de loi pénale reflète et renforce certes la morale commune, mais il fournit également des raisons d'agir et des critères pour juger la conduite d'autrui. C'est ce qui explique que le droit participe, dans son ensemble, de la conservation mais aussi, de façon plus ambivalente de la stabilisation et du renouvellement de la vie morale d'une société. La défense de certains critères d'utilité (la prévention du crime) ou de justice (le mérite) suppose que le droit pénal peut contribuer à normaliser les rapports sociaux sans pour autant être le gardien des traditions. Pour le vérifier, ce n'est alors plus à l'expression du ressentiment et de la réprobation qu'il faut s'intéresser, mais à la définition et à l'affirmation de normes de conduites par la législation pénale : en délimitant le permis et le défendu, donne-t-elle force et autorité à des modèles de comportement ? Dans les démocraties libérales, peut-on dire que la loi pénale commande, et qu'elle interdit les actes auxquels sont attachés des sanctions ? Si ces questions concernent toujours la portée symbolique et l'autorité sociale de la peine, elles requièrent néanmoins de nuancer la dimension expressive de la peine – étudiée au cours du chapitre précédent – au profit de sa fonction normative.

L'affirmation de la fonction normative de la peine implique que l'interdiction est une norme juridique à part entière, et que les individus s'y rapportent sur le mode du devoir. Cette thèse soulève néanmoins plusieurs problèmes en théorie du droit, dès lors que l'on s'interroge sur la nature des normes juridiques. En effet, pour un théoricien du droit comme Kelsen, la description du droit pénal doit conclure que cette branche du droit n'enveloppe que des normes de sanctions. Autrement dit, le droit pénal est intégralement un droit sanctionnateur, parce que ses normes sont adressées aux autorités judiciaires et non pas aux citoyens ordinaires. Les seules normes inconditionnelles, explique Kelsen¹, les seuls commandements du droit pénal, se trouvent exprimés dans la sentence du coupable. Cette réduction du droit pénal à la sanction peut paraître contre-intuitive : le droit pénal exprime des normes destinées à orienter les conduites. Elles sont certes formulées de manière négative, sous la forme d'interdictions. Mais si l'on évacue cet aspect, alors on oublie que la peine répond à une faute, c'est-à-dire à la transgression d'une règle, et que la responsabilité pénale suppose la reconnaissance d'une intention criminelle. La reconnaissance de la fonction normative de la peine constitue donc un point de clivage au sein des théories du droit. Je m'intéresserai dans

¹ « [...] lorsqu'un tribunal pénal établit que tel individu est coupable d'un délit et lui inflige une peine déterminée – deux ans de prison par exemple –, il se fonde sur une norme générale hypothétique pour créer la norme individuelle aux termes de laquelle l'accusé sera privé de liberté individuelle pendant deux ans. Cette norme est inconditionnelle. » Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 88-89.

ce chapitre aux différentes variantes du positivisme juridique qui ont débattu de la nature de l'interdiction juridique, et j'appliquerai les thèses en jeu à la matière pénale.

Dans la PREMIERE SECTION je tenterai de montrer que si le droit pénal n'adresse pas de commandements directs aux citoyens à travers la répression pénale, il ne joue non plus un rôle purement auxiliaire de contrôle social : il intervient dans la vie morale de la société, parce qu'il définit des actes fautifs et mobilise des catégories qui sont toujours à cheval entre le vocabulaire juridique et la morale. On peut alors supposer que les individus adhèrent à la loi parce qu'ils y reconnaissent des normes de conduite acceptables, et donc critiquer l'idée que le droit pénal serait simplement la condition de l'obligation politique et de la soumission envers l'État parce qu'il fait peur. Cette thèse exige de cerner les jugements au travers desquels les individus manifestent leur acceptation² du droit.

Dans la DEUXIEME SECTION, j'analyserai le pouvoir de l'institution pénale, qui ne se réduit donc pas à la menace de la sanction, mais qui s'incarne dans l'affirmation de devoirs, sous la forme d'interdictions. En suivant la théorie du droit de Hart, je défendrai que le droit pénal a la capacité de fournir un guide pour les conduites sociales en même temps que des critères d'évaluation pour justifier l'obéissance aux règles. La fonction sociale de la peine ne se réduit donc pas à la dissuasion, elle ne fait pas que contraindre les individus à agir sous la menace. Le système pénal prescrit objectivement des normes de conduite.

Je tirerai les conclusions de cette analyse de la fonction normative de la peine dans la TROISIEME SECTION. Certes l'institution pénale est solidaire des mœurs, des coutumes et des conventions en vigueur dans une société. Mais elle les protège à sa manière : en montrant quelle valeur et quelle norme sont promues collectivement, en distinguant les formes légitimes à leur contestation et en stabilisant en retour le pouvoir de l'État à reconnaître des torts, à en invisibiliser d'autres, à qualifier et à disqualifier certains comportements. L'institution pénale n'est donc pas un pur instrument de coercition, car elle façonne plus largement l'interprétation que les individus se font de leurs conduites et de celles des autres.

² Hart définit cette attitude d'acceptation comme consistant « dans la tendance habituelle des individus à considérer de tels modèles de conduite à la fois comme des guides pour leur conduite future et comme des critères d'évaluation susceptibles de légitimer des prétentions ainsi que différentes formes de pression en vue de leur observance. Le point de vue externe relatif aux règles sociales est celui de quelqu'un qui observe leur pratique, et le point de vue interne est celui de quelqu'un qui participe à une telle pratique et qui accepte les règles comme des guides pour sa conduite et comme des normes d'évaluation. » Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005 [1961], p. 273.

Section 1. Les raisons d'obéir

Dans cette section, je tenterai de montrer que si le droit pénal n'adresse pas de commandements directs aux citoyens à travers l'institution pénale, cette dernière ne s'en tient pas non plus seulement à un rôle de régulation sociale. Je voudrais ainsi dégager les traits spécifiques de la fonction normative de la peine, c'est-à-dire de la relation entre les normes de sanction et les normes de conduite en matière pénale. L'intérêt de ce problème n'est pas purement spéculatif, parce qu'il porte sur la relation du droit pénal à la morale commune d'une société : selon une relation externe, la peine est un instrument de contrôle indifférent au contenu de la morale commune ; selon une relation interne, le droit pénal intervient dans la vie morale d'une communauté, parce qu'il réagit à des actes moralement fautifs et fixe des principes et des standards de conduite dont la portée est collective.

J'interrogerai, dans une PREMIERE SOUS-SECTION, le type de normes supposé par la notion de transgression, en m'appuyant sur les débats, au sein du positivisme juridique, entre deux conceptions de la norme : celle du juriste et philosophe du droit britannique John Austin, et celle du juriste et juge à la Cour Suprême des États-Unis Oliver Wendell Holmes Jr. J'aborde ce débat dans la tradition positiviste, parce que les arguments échangés entre les deux auteurs me permettent d'interroger la normativité des énoncés juridiques sans présumer leur légitimité morale : en ne présupposant pas la nécessité du lien entre droit et morale, le positivisme juridique fournit des ressources et des outils théoriques pour interroger la manière contingente dont ce lien se tisse et se renouvelle.

Dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, je montrerai que les énoncés du droit pénal ne sont pas des commandements directs, au contraire de ce que soutient Austin, mais qu'ils ne se réduisent pas non plus à la prédiction de l'activité répressive des tribunaux comme le défend Holmes. Autrement dit, l'obéissance que suscite l'institution pénale ne s'explique pas uniquement par la force menaçante de ses sanctions : l'efficacité sociale du droit pénal s'étend au-delà de son champ d'intervention effectif. La législation pénale ne détermine pas seulement les conduites en punissant les auteurs de torts, et la signification des normes pénales ne peut être réduite à la peur de la punition. La loi pénale peut être obéie alors même que le contenu des sanctions n'est pas clairement identifié par les individus. Je défendrai donc que la dimension normative de la peine ne se réduit pas seulement à sa force de dissuasion :

comme le rappelle Kelsen, on n'explique pas la validité des normes du droit pénal par le « fait psychologique de la peur³ ».

1.1. Les motifs de l'obéissance

Obéissance et obligation

Comme je voudrais le montrer, la peine possède une dimension normative parce qu'elle est une institution juridique et affirme, notamment à travers la condamnation de comportements particuliers, des normes de conduite à valeur générale. Cet aspect conduit à interroger le rapport protéiforme que le droit pénal entretient aux normes de conduite d'une société, et à remettre en question la conception courante du système pénal comme une série d'ordres assortis de menaces. Or, il me semble que la diversité des facteurs d'obéissance et des dispositions subjectives à l'égard du contenu de la loi pénale impose de nuancer la fonction expressive de la peine : si la loi peut être respectée sans que chaque individu pense qu'il est juste ou qu'il est bon de s'y conformer, si l'individu peut avoir une conduite conforme à la loi bien que son intention suive d'autres motifs, alors il n'est pas sûr que toute condamnation pénale véhicule une indignation et un ressentiment ressentis par la communauté. Il faudrait sinon supposer un attachement général à l'interdiction transgressée.

Que la sanction pénale constitue une condamnation publique du crime peut certes impliquer tout un ensemble de réactions sociales à l'égard de l'individu coupable : stupéfaction, rancœur, colère, indignation et dénonciation en sont les marques les plus courantes. Comme j'ai essayé de le montrer au chapitre précédent, une description adéquate de la peine ne peut pas éluder cette dimension symbolique. Mais on peut s'interroger sur les causes de cette dimension expressive, inhérente au fait que la peine vise à imposer un mal, et faire l'hypothèse qu'elle est liée au caractère général et abstrait de la règle transgressée par le condamné. Les interdictions ont une portée publique, elles concernent tous les citoyens, ou bien un ensemble déterminé d'individus quand elles portent sur une pratique particulière : le code de la route s'applique uniquement aux usagers de véhicules. Or, si la transgression est punie, c'est que le respect de la norme exprimée par l'interdiction était attendue. Le

³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 122-123.

comportement normal aurait dû être l'obéissance, la peine s'abat lorsqu'il y a eu désobéissance. Il faut donc supposer que l'efficacité sociale du droit pénal recouvre autant le phénomène de l'application des sanctions prévues que celui de l'obéissance généralisée à ses prescriptions. Mais peut-on expliquer cette obéissance, que l'on constate de manière générale, par les intentions des individus, en présumant qu'ils veulent tous obéir à la loi ?

L'obéissance à la loi désigne un phénomène observable : le fait, qui peut se répéter et donner lieu à une habitude, de se conformer aux normes juridiques. La forme réfléchie du verbe « *se conformer* » incite à définir les conduites d'obéissance comme des actes intentionnels, qui ont pour objet le respect de la loi. En incriminant une conduite, le législateur chercherait donc à obtenir l'adhésion volontaire des individus envers l'interdiction, à gagner le consentement au-delà de la crainte que l'on peut avoir d'être puni. Or les interdictions ont-elles une valeur de devoir indépendante de l'efficacité dissuasive des sanctions, c'est-à-dire des souffrances et du blâme public prévus en cas de désobéissance ? Cette question pointe la difficulté à saisir la validité des normes pénales sans la confondre avec l'efficacité sociale des peines, c'est-à-dire à distinguer les obligations que la législation pénale véhicule, lorsqu'elle définit de nouveaux standards de conduite ou réaffirme des normes supérieures de l'ordre juridique, comme les libertés fondamentales ou les principes du droit constitutionnel par exemple.

Pour saisir la normativité de l'institution pénale, peut-on s'en tenir à une analyse générale de la coercition, et définir la loi pénale à la manière d'un commandement assorti de menaces ? L'interdiction serait ainsi obéie pour autant qu'une sanction dissuasive lui est attachée. Ce modèle a été défendu en particulier par John Austin⁴, qui définit la peine comme une sanction répressive, impliquant la référence à un commandement premier. Or, si ce rapport d'implication paraît évident, rien ne permet toutefois de présupposer que les interdits juridiques sont des commandements directs, ni qu'ils sont obéis parce qu'ils sont assortis de la menace d'une peine. L'obéissance à la loi pénale ne peut s'expliquer *a priori* par la crainte, et le droit ne peut être pensé du point de vue des sentiments qu'il déclenche chez les individus.

L'habitude de se conformer à la loi pénale et de respecter les interdictions, c'est-à-dire l'efficacité sociale du droit pénal, ne peut pas être rapportée à la seule contrainte que la peine exerce en menaçant les individus. La contrainte n'intervient en effet que lorsque l'obéissance aux interdictions a été transgressée. De même, l'obligation de se conformer à la loi pénale ne repose pas sur des commandements restreints au droit pénal seul : le contenu de ces

⁴ John AUSTIN, « Délimitation du domaine de la théorie du droit » [1832], in Christophe BEAL, *Philosophie du droit*, Paris, Vrin, 2015, p. 54-56.

obligations peut dépendre d'autres branches du droit, comme par exemple des règles fondamentales posées par la constitution⁵. Pourtant, le droit pénal formule implicitement un devoir à travers la définition d'une interdiction et d'une peine. Comment décrire alors les normes pénales, si les seuls énoncés juridiques explicites de ce droit sont des normes conditionnelles de sanction ? La tentation est, en effet, soit de réduire le contenu des normes pénales aux menaces qui leur sont attachées, soit de le diluer dans les normes fondamentales de l'ordre juridique.

Identifier les relations entre les obligations affirmées par l'interdiction et l'obéissance suscitée par la dissuasion pose donc plusieurs problèmes. Pour éviter la confusion due à la proximité des notions d'obligation, d'obéissance, de commandement et de menace, trois problèmes peuvent être distingués :

- celui de l'obligation générale d'obéir à la loi pénale, qui paraît inhérente à l'existence même du droit dans un État de droit, et qui fait référence au principe du règne de la loi (*rule of law*) ;
- celui du statut et du contenu des devoirs visés par une législation pénale, c'est-à-dire l'obligation de s'abstenir des actes interdits ;
- et, enfin, celui de l'obéissance effective des individus envers ces normes pénales.

Le problème porte donc autant sur les sources des obligations en matière pénale, le contenu de la norme de conduite visée par l'interdiction, et enfin l'efficacité sociale des normes pénales. Le problème de l'obéissance porte sur les comportements observables au sein d'une société, et relève des études empiriques comme la sociologie ou la criminologie ; celui de l'évaluation des sources et du contenu de la loi pénale relève des théories éthiques et de la théorie politique normative. Je commencerai donc par aborder les débats au sein du positivisme juridique sur le statut et la nature des obligations visées par le droit pénal et les normes d'interdiction.

L'impérativisme juridique (Austin)

Afin de clarifier la différence entre obligation et obéissance, le théoricien du droit Joseph Raz distingue deux formes d'autorité : celle qui prétend être légitime et celle qui est observable de fait. Le droit appartient au premier type parce que ses normes se démarquent de

⁵ Michel TROPER, « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes, in Otto PFERSMANN et Gérard TIMSIT (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 35.

purs actes de contraintes ou de commandements exigeant obéissance. Mais il exerce aussi une autorité de fait : les normes juridiques prétendent, en effet, fournir des raisons d'agir. Elles anticipent et conditionnent les raisonnements pratiques des individus et sont fondées, en premier lieu, sur leur appartenance au système normatif d'ensemble qu'est le droit et non sur des raisons morales qui lui seraient extérieures. L'autorité du droit s'exerce donc de manière préemptive, c'est-à-dire qu'elle précède *de facto* l'évaluation des raisons d'agir par les individus eux-mêmes :

Le fait qu'une autorité requière l'accomplissement d'une action est une raison d'accomplir cette action qu'il ne faut pas ajouter aux autres raisons valables de faire cette action quand on évalue notre conduite, mais qui doit exclure et remplacer certaines de ces autres raisons⁶.

Cet aspect paraît également fondamental à Hart⁷, qui défend une forme de positivisme tempéré incluant éventuellement la référence à des principes moraux, et non pas seulement aux normes supérieures du système juridique, c'est-à-dire au fait social de l'existence d'une constitution : « [...] les traits distinctifs du droit résident dans le fait qu'il pourvoit par le biais de règles secondaires à l'identification, au changement et à l'exécution de ses normes et dans le fait qu'il revendique une priorité par rapport aux autres normes⁸. » Appliquée à la matière pénale, ces thèses conduisent à penser que l'interdiction n'est pas seulement l'effet contingent qui accompagne la représentation de la menace de la peine par l'individu. Mais elle n'est pas non plus un commandement direct, proféré par le souverain à l'attention des citoyens. Si l'on suit Hart et Raz, l'interdiction serait la raison prioritaire que le droit formule à l'attention des individus afin qu'ils s'abstiennent d'accomplir un certain acte. Elle serait donc une norme juridique à part entière.

⁶ Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 46. Voir aussi : Joseph RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* [1979], Oxford, Clarendon Press, 2012 ; Joseph RAZ, *Ethics in The Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, en particulier le chap. « Authority, Law, and Morality » ; Joseph RAZ, « The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception », *Minnesota Law Review*, vol. 90, n°4, 2006, p. 1003-1044. Voir également Leslie GREEN, *The Authority of the State*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

⁷ Résumant la théorie de l'autorité de Hart, Mathieu Carpentier souligne que : « Les règles juridiques sont des directives dotées d'autorité. De ce point de vue, elles contraignent la délibération : elles prétendent fournir des raisons protégées pour l'action et si l'on veut savoir ce qu'il faut faire selon le droit, alors on ne peut raisonner sur les raisons que le droit prétend exclure. On peut certes peser les raisons fournies par le droit avec d'autres raisons, mais alors on ne déterminera pas ce que l'on doit faire *selon le droit*, mais ce que l'on doit faire *tout court*. Par conséquent, il n'est nullement nécessaire que les raisons fournies par le droit soient des raisons valides (*i.e.* qu'elles correspondent à ce que je dois faire tout bien considéré), mais il faut au moins qu'elles soient tenues pour telles pour qu'elles soient dotées d'autorité ne serait-ce que *de facto*. Or tout système juridique possède une autorité *de facto* et, de ce fait, revendique l'obéissance de ses sujets. » Mathieu CARPENTIER, *Norme et exception : Essai sur la défaisabilité en droit*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2014, p. 404-405 (souligné par l'auteur).

⁸ Herbert L. A. HART, *Le Concept de droit, op. cit.*, p. 266.

Le problème est que cette norme n'est pas formulée explicitement dans la majorité des systèmes pénaux. Les codes pénaux modernes ne contiennent pas l'énoncé de commandements à la manière du *Décatalogue*. C'est ce dont témoigne, par exemple, le *Model Penal Code* adopté en 1962 aux États-Unis pour standardiser les normes pénales au plan fédéral. Le pénaliste américain Paul Robinson voit cependant dans le caractère implicite des interdictions une raison à l'obscurité et au manque d'efficacité de la législation pénale. Pour pallier ce manque, il défend la formulation de deux codes pénaux, l'un composé d'impératifs clairs, destiné aux citoyens ordinaires (*Code of Conducts*), l'autre de normes conditionnelles encadrant les procédures du jugement pénal, destiné aux seules autorités judiciaires (*Code of Adjudication*)⁹. Le droit pénal reposerait ainsi sur deux sources normatives. Cette réforme permettrait de rendre compte explicitement du fait que la peine suppose la violation intentionnelle d'une norme, et que, dans la majorité des cas, la norme est considérée comme étant violée, indépendamment de la connaissance réelle de l'accusé¹⁰.

Mais faut-il en passer par un énoncé explicite pour admettre que l'interdiction est une norme juridique déterminée et complète ? Intuitivement, la description des normes incluses dans le droit pénal et du seul énoncé de la sanction pénale permet de dégager, par rebours, la prohibition, c'est-à-dire le devoir de ne pas commettre l'acte incriminé. Cette norme peut alors être reconstruite sur un mode impératif. Selon la conception la plus répandue, le droit pénal exprime *indirectement* des ordres, intelligibles *par régression* de la sanction à l'incrimination, et de l'incrimination au devoir de s'abstenir ou de réaliser telle ou telle action. On déduit de l'énoncé formulé à l'indicatif « x est puni de y » l'impératif « il ne faut pas, il est interdit de faire x ». En matière pénale, la norme de sanction contiendrait donc logiquement une norme de conduite. Autrement dit, à travers l'incrimination, le droit érige en infraction la violation d'une norme de conduite antécédente.

La norme pénale paraît donc associer une interdiction à une sanction, en intimant l'ordre général de se conformer à cette interdiction. Elle prévoit sinon d'imposer une sanction en cas de transgression. De ce point de vue, la valeur contraignante de la loi pénale naît de l'éventualité de la peine. Autrement dit, elle tire son autorité de sa punitivité, et l'interdiction est subordonnée à l'existence d'une sanction : c'est parce que la peine diminue l'agent dans son corps, entame ses biens ou ses droits, constitue une souffrance ou un traitement pénible,

⁹ Paul H. ROBINSON, *Structure and Function in Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 228. Voir également : Paul H. ROBINSON, Peter D. GREENE et Natasha R. GOLDSTEIN, « Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and a Code of Adjudication », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 86, n° 2, 1996, p. 306.

¹⁰ Pour rappel, j'utilise le terme dans son usage commun, pour désigner autant le *prévenu*, c'est-à-dire la personne poursuivie pour une contravention ou un délit, que l'*accusé*, la personne poursuivie pour un crime.

que les modèles de comportements imposés par la loi sont valides. Plus la sanction est sévère, plus les intérêts que la loi protège sont perçus comme fondamentaux, et plus les actes qu'elle interdit sont graves. Selon ce rapport, il n'y a qu'une différence de degré, et non de nature, entre sanction pénale et sanction civile : l'éventualité de devoir réparer un acte montre également que ce dernier n'est pas autorisé, mais comme la réaction est moins intense, l'acte interdit apparaît moins grave.

Cette analyse réduit cependant l'autorité et la prétention de la loi pénale à l'efficacité de sa contrainte. La référence à la peine prévue permet de saisir l'autorité *de facto* du droit, mais elle n'explique pas encore pourquoi ce dernier prétend imposer des devoirs, au-delà de l'obéissance qu'il recueille effectivement. Le problème est qu'il semble difficile de saisir la force obligatoire des interdictions en dehors de l'efficacité des menaces punitives. Cette difficulté indique-t-elle que l'interdiction n'est rien d'autre qu'une représentation fantasmatique, qui émerge simplement du fait qu'une peine est prévue si l'on fait l'acte interdit ? Cette hypothèse incite à considérer la norme pénale comme une règle constitutive, qui incrimine une pratique en y attachant une peine mais qui, paradoxalement, ne prescrit pas d'interdiction. Elle ne serait donc pas une règle régulatrice, qui impose de s'abstenir de l'acte à laquelle la contrainte est associée en cas de transgression¹¹.

Avant de pouvoir trancher cette alternative, il faut distinguer deux manières d'aborder le rapport entre peine et interdiction :

- ce rapport porte, à première vue, sur les dispositions subjectives des individus qui obéissent à la loi pénale, et sur la manière dont ils perçoivent les actes dont ils doivent s'abstenir. L'interdiction est un acte de langage. Il s'agit d'un énoncé qui déclare aux individus qu'ils ne doivent pas faire l'acte incriminé. Or, si la référence à la sanction est contingente, c'est qu'on ne peut pas expliquer toute forme d'obéissance envers les interdits juridiques comme le fruit de la crainte ou du calcul de l'individu voulant éviter d'être puni. Ce n'est pas seulement parce qu'il est menaçant que le droit est obéi, mais peut-être également

¹¹ La distinction entre règle constitutive et règle régulatrice provient de Searle. John R. SEARLE, *Les actes de langage : Essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, 1972. Voir également : John SEARLE, « How to Derive Ought from Is ? », *The Philosophical Review*, vol. 73, 1964, p. 43-58 ; John SEARLE, « Prima-facie Obligations », in Zac van STRATTEN (dir.), *Philosophical Subjects Presented to P. F. Strawson*, Oxford, Clarendon Press, 1980. Vincent Descombes précise que la règle constitutive « n'est ni un commandement (loi prescrivant ou interdisant une conduite), ni le constat d'une nécessité téléologique (si l'on ne fait pas ainsi, on manquera forcément le but visé). [Une règle constitutive] est une condition fixée par une convention et qui dit ce qui doit être fait ou être le cas pour qu'il y ait tel fait ou tel acte. [Elle] ne dit pas *ce qu'il faut faire* (ce qu'on a l'obligation de faire), elle ne dit pas non plus *ce qu'il ne faut pas faire* (ce qu'il est interdit de faire), mais elle dit *ce qu'il y a et ce qu'il n'y a pas* (en vertu de nos institutions, de nos conventions). [...] Les règles constitutives ne sont pas des règles de conduite (des normes d'action). » Vincent DESCOMBES, *Le Raisonnement de l'ours*, Paris, Seuil, 2007, p. 404-405.

parce qu'il est *du droit*, c'est-à-dire qu'il prétend avoir une autorité légitime. La diversité des motifs d'obéissance suppose que le droit peut avoir une valeur de devoir : le caractère juridique de la norme constitue une raison, pour l'individu, d'y obéir.

- Dès lors, et c'est la seconde manière d'aborder le problème, on peut s'interroger sur le rapport entre peine et interdiction du point de vue de la structure normative du droit : le droit a valeur d'obligation parce qu'une interdiction peut être inférée de la prévision d'une sanction. Cependant, il n'est pas sûr que le contenu de l'interdiction soit pénal, ni même juridique : la norme de conduite visée par l'interdiction peut faire référence à d'autres branches du droit, comme les droits fondamentaux et les principes constitutionnels, ou bien à des règles sociales ou des valeurs morales. La peine peut ainsi constituer un instrument qui protège des normes extra-juridiques, et qui sert à réprimer les actes opposés aux mœurs ou aux valeurs d'une communauté. C'est ce qui peut conduire à conclure, comme l'écrit Michel van de Kerchove,

que le droit pénal serait un droit exclusivement sanctionnateur et, à ce titre, un droit purement auxiliaire par rapport aux autres branches du droit, voire par rapport à la morale, [se contentant] de prêter l'appui de ses sanctions spécifiques – les peines – à des normes de conduite relevant d'autres branches du droit, voire exclusivement de la morale [...]¹².

Au plan des énoncés concrets du droit, sanctions et interdictions s'impliquent mutuellement et nécessairement. Le code pénal présente explicitement deux types de normes, d'incrimination et de sanction, exprimées par ses règles écrites. Pour le trafic de stupéfiant, l'énoncé juridique, rédigé à l'indicatif, incrimine une conduite et lui attache une peine¹³. À l'inverse, pour l'atteinte à la représentation de la personne, la détermination de la sanction précède l'incrimination¹⁴. Cette réciprocité montre que les deux normes s'impliquent l'une l'autre.

Bentham a insisté sur la distinction, au sein de l'ordre juridique, entre la norme d'interdiction, qui constitue un commandement général, et la norme de sanction, qui prescrit

¹² Comme le mentionne Michel van de Kerchove en référence à la théorie de Kelsen. 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*, t. II, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 81.

¹³ Art. 222-34 du CP (loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes) : « Le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet la production, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 7 500 000 euros d'amende. »

¹⁴ Art. 226-8 du CP (loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes) : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention. »

aux autorités judiciaires d'appliquer une peine dans les conditions prévues à l'individu reconnu coupable. Mais il reconnaît que la norme de conduite dont la transgression est la prémisse de l'imputation de la peine, n'est pas donnée d'avance, pour elle-même, et qu'elle est implicite dans la norme pénale. Il faut donc supposer cette norme, et la considérer comme étant impliquée dans l'énoncé de la sanction pénale. Si la législation pénale implique nécessairement des commandements, imposant de s'abstenir des actes incriminés, si elle adresse donc un ordre à tous les citoyens, cet ordre n'est pourtant jamais énoncé en lui-même, indépendamment de la sanction : « c'est par un rapport d'implication nécessaire que la loi punitive comprend et assume la portée de l'impératif juridique auquel la peine est associée¹⁵. » La sanction pénale est la conséquence d'un antécédent factuel, dont le caractère transgressif est perçu *à même* la définition et l'imputation de la peine. En raison de l'autonomie formelle et de l'auto-référentialité caractéristiques des systèmes juridiques modernes¹⁶, la norme de conduite demeure implicite. La thèse de la solidarité logique entre normes de sanction et d'interdiction ne permet pas de déterminer davantage sa nature, alors que la fixation de normes et de valeurs constitue, semble-t-il, l'une des fonctions cruciales du droit pénal.

Critique du modèle du commandement

Cette aporie est tributaire, me semble-t-il, des limites de la définition de la norme pénale présupposée par Bentham, comme ordre assorti de menaces. Cette théorie impérativiste du droit est l'une des variantes du positivisme juridique. Elle partage donc l'idée que le droit correspond à des règles créées par des actes humains, qui se répètent à travers des décisions et des jugements, se cristallisent en coutumes et en conventions, et donnent lieu aux institutions régulant la vie sociale. Le positivisme s'oppose au jusnaturalisme, qui défend une définition idéale du droit, issue de la volonté divine, de la nature des choses ou bien de la raison humaine. La théorie impérativiste paraît cohérente avec la manière dont on explique spontanément l'efficacité du droit pénal. Or, la réduction des normes juridiques à des énoncés impératifs pose un double problème :

¹⁵ Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in James H. Burns et Herbert L.A. Hart (dir.), *The Collected Works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Oxford University Press, 1970 [1823], p. 303.

¹⁶ Les systèmes juridiques modernes définissent, à l'aide de normes secondaires ou de « méta-règles » appropriées, les critères d'appartenance des normes substantielles, ou « règles-objets », qui forment leur contenu. Voir : Gérard PHILIPPE, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, n° 2, 2010, p. 65-83.

- elle présuppose une définition *subjective* de l'obéissance, qui consisterait donc en une attitude de soumission ou d'adhésion de la part du sujet envers l'interdiction ;

- elle tient pour acquis que l'interdiction est un commandement à part entière, qu'elle a la valeur d'une prescription dont le contenu, l'émetteur et les destinataires sont identifiables.

En somme, elle assimile le respect des interdits juridiques à une communication réussie entre le législateur qui formule un ordre et les citoyens qui s'y conforment. On l'a observé, Bentham définit l'interdiction comme étant impliquée dans la règle pénale et l'identifie à un commandement posé par le législateur. L'interdiction découle donc de la volonté impérative d'une autorité politique antérieure au droit. En outre, Bentham explique l'obéissance des individus à l'interdiction en faisant référence à des motifs subjectifs et psychologiques, c'est-à-dire à la crainte ou au respect qu'ils éprouvent devant la loi.

Le juriste John Austin a complexifié ce modèle dans *The province of Jurisprudence Determined*, œuvre présentée traditionnellement comme le blason de l'impérativisme juridique¹⁷ : « [...] les lois et les règles, au sens propre, sont une *espèce* de commandement¹⁸. » Or, en récusant la possibilité d'une description simple et univoque des diverses règles juridiques, Austin défend un modèle dual, mêlant impératif et menace de sanctions pour décrire l'autorité du droit. Il s'appuie ainsi sur la thèse de Bentham de la dépendance réciproque entre règles impératives et punitives, qui permet, selon lui, de rendre compte intégralement du phénomène juridique.

Les deux branches du droit (impératif et punitif) sont corrélatives. Si la branche impérative du droit ne revêtait aucune importance au regard de la branche qui punit, elle ne serait pas impérative, et *vice versa*¹⁹.

La distinction entre les lois et les sanctions, les règles primaires impératives et les règles secondaires punitives, permet de simplifier la représentation du droit. Mais Austin va plus loin que Bentham : la sanction n'implique pas seulement l'interdiction, elle n'est pas seulement sa condition de genèse, elle est également sa condition de validité : « un droit ou une obligation primaire n'est pas un droit ou une obligation en soi, sans le droit ou

¹⁷ On peut suivre sur ce point la définition de Massimo La Torre : « L'impérativisme [...] voit le droit comme n'étant rien d'autre qu'un ensemble de commandements ou d'ordres assortis de menaces d'une sanction et dont l'auteur détient le pouvoir politique suprême, *i.e.* la souveraineté. Dans cette conception, le droit se caractérise par deux traits essentiels : il est fondé sur la force ; il est posé par un pouvoir souverain. » Massimo LA TORRE, « Le modèle hiérarchique et le *Concept de droit* de Hart », *Revus*, vol. 21, 2013, p. 21, [En ligne] URL : <http://revus.revues.org/2728>, consulté le 15 février 2014.

¹⁸ John AUSTIN, « Délimitation du domaine de la théorie du droit », in Christophe BEAL, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁹ John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], cité dans Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 115.

l'obligation secondaire qui l'était [...]»²⁰. » Dans le modèle de l'ordre appuyé de menaces, il y a non seulement corrélation mais aussi interdépendance entre l'obligation et la sanction juridiques : « le commandement ou le devoir est *sanctionné* ou *imposé* par le risque de subir le mal²¹. » La théorie d'Austin affirme donc que toute norme juridique se divise en deux normes distinctes, en deux énoncés normatifs qui entretiennent un rapport conditionnel : un individu déterminé doit observer une certaine conduite *si* un second individu doit exécuter la sanction en cas de conduite contraire.

Si le droit se compose, pour moitié, de commandements, il faut supposer qu'il émane de l'autorité politique suprême, détentrice d'une souveraineté absolue, nécessairement antérieure à toute obligation juridique. Le droit se réduit donc à l'ensemble des commandements que le souverain adresse aux sujets, dont l'efficacité est garantie en dernière instance par la menace de sanctions *lato sensu*. Du point de vue du sujet de droit, l'obligation juridique correspond donc au fait d'être soumis à un devoir en étant menacé d'une sanction en cas de conduite contraire :

Étant passible d'un mal que vous m'infligerez si je n'exécute pas le souhait que vous signifiez, je suis *tenu* ou *obligé* par votre commandement, j'ai le *devoir* de lui obéir. Si, malgré l'éventualité de ce mal, je n'exécute pas le souhait que vous exprimez, on dit que je désobéis à votre commandement, ou que j'enfreins le devoir qu'il impose²².

Plusieurs variantes du positivisme juridique s'accordent à dire que l'on peut inférer logiquement l'obligation juridique du fait d'être passible d'une sanction *lato sensu*. N'importe quel observateur désengagé pourrait ainsi reconstruire les devoirs juridiques sur la base des sanctions prévues. Mais Austin défend une thèse plus forte, en définissant l'obligation juridique comme une conséquence réelle de la sanction, du point de vue des individus soumis au droit. En identifiant le commandement à la connaissance de la sanction imputable, il prétend entrer dans la tête des individus, qui obéissent aux lois parce qu'ils se savent menacés. Il fait donc de la dissuasion le motif de leur obéissance.

Si vous exprimez ou intimez le souhait que je fasse ou que je m'abstienne de faire une action et si vous me punissez par un mal au cas où je n'exécute pas votre souhait, le fait *d'exprimer* ou *d'intimer* votre souhait est un *commandement*. Un commandement se distingue des autres expressions du désir, non pas par la manière dont le désir est signifié, mais par le pouvoir et l'intention qu'a celui qui commande d'infliger un mal ou une souffrance au cas où l'on n'exécute pas son désir²³.

²⁰ *Ibid.*

²¹ John AUSTIN, « Délimitation du domaine de la théorie du droit », in Christophe BEAL, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 54-56.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

Pour l'impérativisme, les commandements sont des énoncés dont les effets sont traduisibles en termes psychologiques. Décrire un devoir juridique, telle que l'interdiction impliquée par une norme pénale, revient à exposer les représentations mentales des individus à qui l'annonce d'une sanction est notifiée. Austin ramène ainsi le sens normatif de l'énoncé juridique aux événements qu'il déclenche, à « l'expression d'un désir » comme il l'écrit plus haut. Le droit interdit de faire *x*, parce que l'individu éprouve, en son for interne, un sentiment de crainte ou de respect face à la loi pénale. Cette définition de l'obéissance ne se limite donc pas au constat empirique et général de la conformité des conduites à l'égard de la loi. Elle s'attache à découvrir dans les sentiments de l'individu soumis l'empreinte de la loi et de sa force coercitive. Le commandement relève à la fois de l'intention du souverain qui s'exprime en prévoyant une sanction, mais il constitue également une motivation pour les conduites des individus²⁴.

L'assimilation de la norme à un commandement rencontre deux obstacles :

- comment expliquer la validité des impératifs juridiques malgré la diversité des individus qui incarnent ou représentent le souverain, à la suite d'un changement de régime politique ou de gouvernement par exemple ? Tout se passe en effet comme si l'on pouvait supposer la validité continue des commandements juridiques, malgré la variation de leur source.

- Comment être sûr que la conformité des conduites à la loi pénale s'explique par l'intention des individus d'y obéir, qu'ils soient motivés par la peur ou par une adhésion pleine et entière, et non simplement par une habitude grégaire ou par d'autres motifs comme un code d'honneur ou le respect de commandements divins en phase avec les règles juridiques ?

Devant les problèmes que pose l'impérativisme, on peut s'interroger sur les bénéfices d'une conception psychologisante de l'interdiction pour expliquer les phénomènes d'obéissance, qui réduit la dimension normative du droit pénal à l'exercice de la soumission.

²⁴ Cette présomption à l'égard du contenu psychique de la volonté du souverain et de l'attitude des sujets constitue, aux yeux de Kelsen, le talon d'Achille de l'impérativisme austinien. C'est pourquoi ce dernier substitue au concept causal et psychologique de volonté un modèle juridico-normatif, comme l'expose S. Paulson dans son introduction à la *Théorie générale du droit et de l'État* de Kelsen : « On ne saurait considérer que les organes législatifs de l'État "veulent" psychiquement le contenu des lois qu'ils adoptent [...]. Très souvent, les législateurs ne possèdent pour la plupart qu'une connaissance très vague du contenu des lois qu'ils adoptent et seuls les membres de la commission législative concernée connaissent le projet de loi en détail. Or, nul ne peut vouloir ce qui ne se présente pas à l'imagination. Bref Kelsen rejette ici la position de Jellinek pour la simple raison qu'en l'absence d'une notion défendable de la "volonté psychique du contenu de la loi", rien ne permet de parler de but comme élément commun. » Stanley L. PAULSON, « Introduction », in Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit, p. 13.

1.2. Norme et obéissance

Le modèle de l'obéissance par consentement

Il est indéniable que l'obéissance renvoie dans son sens premier au fait de la soumission. Être obligé d'accomplir une certaine conduite se démarque de la contrainte physique, exercée sur le corps de l'individu visé. À la différence de la force brute, la « menace de conséquences désagréables en cas de refus » rend, selon Austin, une conduite « obligatoire²⁵ ». Mais comment comprendre que l'ordre appuyé de menace, qui constitue selon Austin « la clé de la science du droit²⁶ », puisse avoir la valeur d'une obligation ? Pour le savoir, l'un des tests classiques en théorie du droit, consiste à se demander si la définition de la norme juridique que l'on adopte fournit un critère sûr pour distinguer le droit de « l'ordre du bandit », c'est-à-dire à savoir si le droit possède une autorité légitime au-delà de son autorité de fait. Or, pour Austin, la conclusion à ce test renvoie le droit à sa congruence factuelle avec la morale positive. Il n'y a donc pas de critère transcendant et nécessaire pour distinguer le droit des ordres menaçants d'une organisation criminelle. Ce n'est donc pas la situation de soumission à un commandement assorti de sanctions qui distingue le droit, mais sa conformité matérielle avec la culture dominante et les mœurs d'une société. Austin inscrit ainsi le contenu des normes de conduite, des intérêts et des préférences protégés par les interdictions dans la morale commune : « le droit constitutionnel n'est que de la morale positive²⁷ ». Comme le note Hart, l'impérativisme soutient qu'un ordre est juridique s'il est adéquat aux coutumes et aux habitudes sociales de la société d'où émerge cet ordre. Par conséquent, tel commandement sera tenu pour légitime ou criminel en raison de son adéquation ou de son inadéquation aux normes sociales :

Une loi pénale qui érige une conduite en infraction et détermine la peine que son auteur encourt, peut sembler tout à fait identique à la situation du bandit ; et la seule différence peut sembler résider dans le fait relativement peu important que, dans le cas des lois, les ordres s'adressent généralement à un groupe qui obéit habituellement à de tels ordres²⁸.

²⁵ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 24.

²⁶ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], lecture I, cité dans Herbert L.A. Hart, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 25. « Il ajoute "et de la morale" », note de Hart, *ibid.*

²⁷ John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, lecture VI, cité dans Herbert L.A. Hart, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 20.

²⁸ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 25.

Cette conception constitue, pour Hart, une « dénaturation et une source de confusion²⁹ ». L'impérativisme ne permet pas de décrire dans leur diversité les relations qu'entretiennent le droit et la morale. La notion d'ordre suppose l'identification possible d'un émetteur et de ses destinataires. Or, pour Hart, la loi pénale constitue l'une des « formes générales de réglementation qui ne s'adressent pas nommément et individuellement aux particuliers, et ne désignent pas d'acte particulier à accomplir.³⁰ » La loi pénale se donne comme générale en un double sens, du point de vue du comportement qu'elle désigne, et de la catégorie des personnes auxquelles elle s'adresse. Au contraire d'un ordre individuel et inconditionnel, la loi pénale vise à affirmer un modèle général de comportement, une manière d'agir dont les contours ne sont pas saisissables de la même façon que dans le cas d'une injonction positive, étant donnée la tournure négative de l'interdiction et le caractère implicite de la norme sociale ou des valeurs qu'elle protège.

[...] même la forme type que possède une loi pénale (et qui, parmi toutes les variétés de règles de droit présente la plus étroite ressemblance avec un ordre appuyé de menaces) est générale à double titre ; elle désigne un type général de comportement et s'applique à une catégorie générale de personnes *dont on attend qu'elles s'aperçoivent qu'elle s'applique à elles et qu'elles y obéissent*. Les directives, adressées par l'autorité à des individus présents, occupent dans ce cas une place secondaire : si les directives générales primaires ne sont pas observées par un individu en particulier, [...] la désobéissance peut être constatée et enregistrée officiellement et la peine prévue infligée par un tribunal³¹.

Ce passage est décisif pour saisir les objections de Hart contre l'impérativisme. Parmi les divers types de règles que compte le droit, la loi pénale offre la plus étroite ressemblance avec un ordre appuyé de menaces. C'est pourquoi le juriste anglais ancre ses thèses contre l'impérativisme, qui demeure une théorie générale du droit, sur le terrain pénal. Comme il le dit dans le passage cité, la loi pénale « s'applique à une catégorie générale de personnes dont *on attend qu'elles s'aperçoivent qu'elle s'applique à elles et qu'elles y obéissent* ». Cette définition insiste sur la participation des individus aux devoirs que le droit formule à leur égard. Si la notion d'impératif peut désigner trois types d'énoncés – une demande, une prière ou un avertissement – il faut en déduire que la loi pénale exprime tout à la fois une demande d'obéissance et l'avertissement d'une sanction. L'obéissance aux interdictions est donc obtenue par consentement dans les États de droit. Austin affirme, au contraire, que la demande d'obéissance dépend entièrement de l'avertissement de la peine, et que la loi pénale a valeur d'obligation uniquement parce qu'elle est menaçante. Pour lui, « ordre contraignant » et « ordre appuyé de menaces » désignent donc une seule et même forme d'autorité – une

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 40.

³¹ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 40 (je souligne).

série de règles soutenues par des menaces – dont la légitimité dépend de sa similitude avec la morale commune.

Or, pour Hart, en voulant assimiler les normes juridiques à des énoncés impératifs, Austin appauvrit en fait la notion de commandement, car il la coupe de sa portée morale. Le juriste rappelle que le commandement formule une obligation valide indépendamment de l'annonce menaçante d'une sanction, qui ne devient effective qu'en cas de désobéissance. L'ordre du braqueur revient à menacer *de facto* l'employé de banque plutôt qu'à lui intimé un devoir *de jure*. Au contraire, si le droit annonce la menace de l'imposition d'un mal, dont la peine est l'exemple archétypique, cette menace concerne la situation spécifique de la désobéissance et non pas le rapport général au droit. Il faut donc faire une place à la possibilité que l'individu reconnaisse le devoir qui lui est intimé pour lui-même, et considérer la valeur d'obligation de la norme au-delà de son apparence de commandement.

Commander consiste de manière caractéristique dans l'exercice d'une autorité sur des hommes, non le pouvoir d'infliger un mal, et, bien qu'il puisse être combiné avec des menaces d'un mal, un commandement est avant tout une invitation, non à craindre, mais à respecter une autorité³².

La critique de l'impérativisme soutient qu'il est possible de détacher la valeur normative de la loi pénale de sa fonction répressive ou punitive. Cependant, elle ne résout pas encore le problème de savoir s'il y a des normes et des valeurs protégées en propre par l'institution pénale, ou bien si ces normes et ces valeurs sont toujours déjà exprimées par les autres branches juridiques comme le droit de la famille, du travail, le droit constitutionnel ou les libertés fondamentales. Cette dernière hypothèse confère au droit pénal un rôle ancillaire et conteste que la peine possède une valeur normative spécifique.

La prédiction de la répression (Holmes)

L'impérativisme définit la norme juridique, et par implication la norme pénale, comme un ordre assorti de menaces, adressé à un destinataire identifiable. Cette thèse vise à expliquer la validité de la norme juridique, en l'enracinant dans les actes de volonté du pouvoir souverain. Elle rend compte de son efficacité à partir du constat de l'obéissance des individus. Or, pour Hart, cette théorie repose sur des postulats indémontrables : elle présume la continuité de la source politique du droit, mais sans l'expliquer ; elle affirme que les individus obéissants ont pour intention d'obéir à la loi, sans étayer cette thèse par une description des motifs réels de leurs actions ; enfin, elle suppose un partage entre norme impérative et norme

³² Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 39.

de sanction qui obscurcit, selon Hart, la manière dont le droit pénal détermine les conduites plus finement que ne le pense l'impérativiste. C'est ce qui l'amène à congédier le modèle trop rigide du commandement :

l'élément d'autorité, inclus dans le droit, a toujours été en effet l'un des obstacles à toute tentative d'explication aisée de ce qu'est le droit. Nous ne pouvons, par conséquent, utiliser avec profit, pour élucider le droit, la notion de commandement qui l'inclut également. [...] Le fait d'ordonner à des gens d'accomplir certains actes constitue une forme de communication qui inclut réellement le fait de "s'adresser" à eux, c'est-à-dire d'attirer leur attention ou de tenter de l'attirer, mais ce n'est pas le cas lorsque l'on édicte des règles de droit pour l'ensemble de la nation³³.

Penser la règle de droit comme un ordre adressé « à la communauté dans son ensemble³⁴ » comme l'écrit Austin, revient à confondre la promulgation d'une loi avec sa reconnaissance publique. Or, le champ d'application de la loi pénale, c'est-à-dire la catégorie des actes qui peuvent être punis et des individus qui doivent s'en abstenir, ne se restreint pas à la sphère de celles et ceux qui ont entendu et intériorisé l'interdiction. Dans la majorité des cas, l'imputabilité d'une sanction n'est pas conditionnée par la connaissance du droit que possède l'individu. En outre, un groupe peut très bien manifester l'habitude d'obéir à des règles qui se trouvent appuyées de menaces ; cet état de fait ne permet donc pas de rendre compte de la stabilité et de la continuité de son système juridique. Hart rappelle ainsi que « les règles de droit sont valablement promulguées même si ceux qu'elles visent *sont laissés à eux-mêmes pour découvrir personnellement* quelles sont les règles de droit qui ont été édictées, et qui se trouve visé par elles³⁵ ». L'efficacité sociale du droit pénal ne peut donc pas être expliquée comme une forme de soumission aux commandements du souverain, obtenue sous la menace³⁶.

Si le droit pénal assure la tâche de fixer des modèles de conduite et de fournir des critères pour les évaluer, ces fonctions ne semblent pas lui être spécifiques. La sanction civile interpelle également l'individu en affirmant un devoir de conduite : la réparation d'un dommage causé par le fait d'autrui suppose un comportement défendu, au moins au sens minimal où le dommage est qualifié comme un préjudice et l'individu lésé comme une victime. La réparation constitue une réaction à un manquement, au contraire, par exemple, de

³³ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 39 et 41. Dans cette remarque concernant les modèles théoriques utilisés pour définir le droit, Hart montre que la notion d'impératif, de commandement légal, rend un bien mauvais office pour rendre compte du type de pouvoir conféré ou exercé à travers les règles de droit. Cette affirmation rejoint étonnamment la critique de Foucault, formulée quelques quinze années plus tard, à l'égard du modèle de la souveraineté et de la loi comme analyseur du pouvoir.

³⁴ John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, lecture I, cité dans Herbert L.A. Hart, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 41.

³⁵ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 41 (je souligne).

³⁶ *Ibid.*, p. 43.

la compensation assurantielle des catastrophes naturelles, qui excèdent les limites de la responsabilité humaine. Sanction civile et sanction pénale entretiennent donc une forte similarité : elles supposent des règles impératives, et visent une norme de conduite à respecter³⁷. Au contraire des règles d'habilitation qui confèrent aux individus le pouvoir de réaliser leurs intentions, comme un testament par exemple, elles ont pour trait commun d'imposer des devoirs en définissant certains actes comme fautifs. Mais, par conséquent, la dimension prescriptive de la sanction ne peut pas être présentée comme une fonction distinctive de la peine, au contraire de l'infliction de souffrance ou l'expression d'une réprobation collective. Il est en effet commun aux sanctions civile et pénale de ne pas être explicitement normative : la prescription n'est pas *directe* – elle ne constitue pas un ordre ou un commandement – mais *indirecte*, elle se lit à travers l'éventualité de la peine ou de la demande de réparation.

Ces descriptions enracent la valeur normative des règles de sanction dans leur référence à une interdiction. L'interdiction sert de guide si l'on cherche à expliquer la capacité du droit à fixer des normes et à exprimer des valeurs. On peut néanmoins s'interroger ce présumé : est-il exact que le droit pénal interdit les comportements auxquels une peine, ou une obligation de réparation, est attachée ? Autrement dit, peut-on inférer des énoncés juridiques, de sanction ou d'interdiction, de véritables normes de conduite, c'est-à-dire des devoirs ? Le théoricien du droit et juge à la Cour Suprême des États-Unis Oliver Wendell Holmes Jr. affirme que la théorie du droit doit se passer de ces notions encombrantes pour s'en tenir aux faits, c'est-à-dire à la pratique observable des tribunaux et aux régularités prévisibles que l'on peut en induire. Selon lui, l'interdiction est une notion purement morale, qui dépend des sentiments et des jugements qu'inspire, de façon variable, le constat de la répression de certains actes. Il s'oppose donc à l'idée que le devoir visé par l'interdiction constituerait une obligation juridique. Ce devoir est le reflet des mœurs ou d'un jugement moral, mais il excède le domaine de compétence de la théorie du droit. Telle est la thèse qu'il défend dans ce passage où se trouvent formulées les principales thèses du réalisme juridique américain (distinct de sa variante scandinave³⁸) :

³⁷ Un devoir comme l'explique Hart : « À propos des règles qui déterminent des types de conduite qui constituent des fautes susceptibles de fonder une action en justice, on dit aussi qu'elles imposent aux individus, indépendamment de leur volonté, des "devoirs" (ou plus rarement des "obligations") de s'abstenir d'une telle conduite. » Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, *op. cit.*, p. 46.

³⁸ Les théories réalistes scandinaves ont pour trait commun de réduire les concepts normatifs de « devoir », d'« obligation » ou de « droit » à des mots creux, dont la fonction est magique. Ainsi Alf Ross souligne-t-il ici l'impossibilité de déterminer l'interdiction d'un point de vue normatif, et la traduit en un mirage émanant des l'activité effective des tribunaux et de l'usage qu'ils font des peines prévues par la loi : « Si, par exemple, l'avortement est interdit, le véritable contenu du droit consiste dans une directive adressée au juge selon laquelle

Nous remplissons ce mot [le devoir juridique] de tout le contenu que nous tirons de la morale. Mais qu'est-ce qu'il signifie pour le méchant ? Principalement et en premier lieu, 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. Mais de son point de vue, quelle différence cela fait-il d'être condamné à une amende ou d'avoir à payer un impôt de la même somme pour faire une certaine chose ? Que son point de vue soit le test pour les principes du droit est démontré par les nombreuses discussions qui ont eu lieu devant les tribunaux à propos du caractère de sanction ou de taxe que revêt une responsabilité imposée par la loi. De la réponse à la question dépend la décision sur le caractère légal ou illégal d'une conduite et aussi sur la liberté ou l'obligation de l'acteur³⁹.

Chez Holmes⁴⁰, toute règle de droit formule une directive adressée à une autorité judiciaire lui imposant l'application d'une sanction sous certaines conditions. C'est l'effectivité ou l'ineffectivité de cette directive qui doit occuper celui ou celle qui s'intéresse au droit. C'est pourquoi, déclare Holmes, « la "prédiction" de ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus extraordinaire, voilà ce que j'appelle le droit⁴¹ ». Le droit prévoit des sanctions corrélativement à des antécédents factuels, et la connaissance juridique consiste à savoir si l'on peut anticiper la mise en œuvre de ces sanctions. Se demander si l'individu est tenu d'éviter les actes auxquels sont attachés les sanctions est une question de morale, et non de droit. Le seul devoir que l'on peut saisir en droit dénote l'impératif de sanction qui pèse sur l'autorité judiciaire. Ce devoir ne concerne donc pas le citoyen ordinaire, qui, de son côté, ne connaît que des obligations morales. Pour une théorie réaliste du droit, les normes constituent donc des faits prévisibles. L'illusion de la normativité du droit consiste à croire qu'au cœur de la répétition des décisions et des jugements se trouve logée l'obligation. La norme est donc ramenée à une régularité empiriquement observable, induite du comportement des autorités judiciaires.

On peut brièvement distinguer deux types de point de vue sur le droit : le point de vue externe et désengagé de l'observateur, qui constate que certaines déclarations juridiques sont suivies d'effets⁴², et le point de vue interne de l'acteur engagé, qui comprend et donne sens à

il doit, dans certaines conditions, punir l'avortement. Le critère décisif pour savoir si cette interdiction est du droit valide ne peut être que le fait qu'elle est effectivement appliquée par les tribunaux en cas d'infractions et de poursuites. » Alf ROSS, *Du Droit et de la justice* [1959], in Christophe BEAL, *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 142-143 ; voir aussi Axel HÄGERSTRÖM, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1953 ; Karl OLIVECRONA, « Legal Language and Reality », in Ralph A. NEWMAN (dir.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, Bobbs-Merill, 1962, p. 151-191.

³⁹ Oliver W. HOLMES JR., « La passe étroite du droit » [1897], in Christophe BEAL, *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 105. Pour l'analyse qu'en donne Kelsen, voir Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État, op. cit.*, p. 219. Pour un retour sur les sources pragmatistes des thèses de Holmes, voir le commentaire de Laurent de Sutter accompagnant la réédition récente du texte de Holmes : Laurent DE SUTTER et Oliver W. HOLMES JR., *La voie du droit*, Paris, Dalloz « Tiré à part », 2014.

⁴⁰ Oliver W. HOLMES JR., « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, vol. 10, n° 457, 1897.

⁴¹ Oliver W. HOLMES JR., « La passe étroite du droit » [1897], in Christophe REAL, *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 104.

⁴² Comme le résume E. Millard, si l'on se consacre aux énoncés véhiculés par les actes et décisions juridiques, « les normes d'une théorie empiriste du droit sont des faits en ce que ce sont des significations prescriptives

cette déclaration parce qu'elle exprime, selon lui, la référence à des normes ou à des valeurs. Or, Holmes récuse cette distinction en abolissant le second point de vue. Dans sa radicalité, cette théorie du droit fait donc l'économie des notions d'impératif ou de norme. La description du droit pénal se retrouve paradoxalement dépourvu de la référence à des interdictions imposées à tous les individus, comme à des normes obligeant les autorités judiciaires de réprimer certains actes définis d'avance. Dans la perspective réaliste, la science du droit s'en tient à décrire le régime des peines que le théoricien comme l'homme ordinaire peut anticiper *de facto*.

La question est alors de savoir si cette approche ne réduit pas indûment la définition des normes pénales. Si cette reconstruction du droit pénal possède le mérite de la clarté, elle peut en effet apparaître unilatérale : elle réduit la norme *en droit* à la seule activité *de fait* des tribunaux, mais elle ne justifie pas pourquoi il ne faudrait pas tenir compte des prétentions à la légitimité du droit, ni du fait que les autorités répressives sont déclarées habilitées à exercer leur activité.

Y a-t-il une spécificité des normes pénales ?

Dans sa critique de Holmes, Hart souligne l'unilatéralité du point de vue réaliste. Cette approche se contente, en effet, de

mettre en évidence tout ce que l'"homme mauvais" désire savoir au sujet du droit. [Cependant] pourquoi le droit ne devrait-il pas tout autant, sinon davantage, s'occuper de l'"homme perplexe" ou de l'"homme ignorant" qui désire faire ce qui est requis, pour autant qu'il puisse l'apprendre ? Ou de l'"homme qui désire régler ses affaires", pour autant qu'on puisse lui dire comment⁴³ ?

Hart renvoie les thèses de Holmes à leur abstraction : le point de vue qu'elles défendent est pertinent mais isolé, elles croient développer toute la complexité des phénomènes juridiques alors qu'elles n'en dévoilent qu'une facette⁴⁴. Les figures repoussoirs de l'impérativisme anglais et du réalisme américain permettent à Hart de souligner les mérites d'une description intrinsèque de la force obligatoire du droit, sans référence à la prévision ou

apparaissant dans des discours effectivement tenus par des autorités déterminées, c'est-à-dire des entités linguistiques, et non des valeurs ou des obligations. » Eric MILLARD, « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 59, n° 2, 2007, p. 59-71.

⁴³ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁴ « Il ne faut pas chercher les fonctions essentielles du droit, considéré comme moyen de contrôle social, dans les litiges privés ou dans les poursuites judiciaires qui représentent des préoccupations vitales, mais auxiliaires, qui trouvent leur source dans les défauts du système. Il faut chercher ces fonctions essentielles dans les différentes manières dont le droit est utilisé pour contrôler, régir et organiser la vie en dehors des tribunaux. » *Ibid.*

à l'application des sanctions. La sanction n'intervient, en effet, qu'en cas de désobéissance. Une théorie du droit entièrement occupée à décrire les menaces ou l'activité des tribunaux ne permet donc pas de montrer, ni d'expliquer pourquoi, une exigence d'obéissance avait été posée en premier lieu.

L'obéissance à la loi pénale s'explique-t-elle uniquement par la force de la menace ? La dimension normative de la peine se réduit-elle à obtenir la soumission par dissuasion ? Les critiques élaborées par Hart contre Austin et Holmes permettent de répondre négativement à ces questions. Appliqués au problème de la fonction normative de la peine, elles conduisent à se demander si le droit pénal exerce un pouvoir sur les conduites au-delà de la déclaration des peines prévues et de leur application. Certes, comme le rappelle Hart, « il ne saurait exister de crimes ou d'infractions, et par conséquent de meurtres ou de vols, s'il n'existait pas des règles de droit pénal de type impératif qui ressemblent effectivement à des ordres appuyés de menaces »⁴⁵. Cependant, cette thèse ne permet pas d'affirmer que l'obéissance à la législation pénale s'accomplit toujours sous le coup de la menace. On peut même imaginer que dans la majorité des cas, les individus obéissent à la législation pénale sans se sentir menacés. Comparé à la justification de la contrainte, le problème de l'explication de l'obéissance exige donc un changement de focale, puisqu'il requiert de savoir si le droit pénal suscite une forme d'obéissance spécifique, distincte de l'obéissance au droit en général, et de discerner les raisons de la conformité des comportements au droit.

La principale objection à cette manière de poser le problème revient à dire que l'institution pénale exerce une fonction normative parce qu'elle appartient au droit en général. Cette fonction normative n'a donc pas de caractère distinctif en matière pénale. Il n'y a pas de normes spécifiques au domaine pénal, et l'obéissance ne se restreint pas à l'expérience de la peur face à la menace parce qu'elle ne concerne pas le droit pénal en particulier, mais la légitimité du système juridique et de l'État en général. Selon cette objection, s'intéresser à la fonction normative de la peine, c'est seulement affirmer qu'elle constitue l'une des conditions de l'obligation politique. L'obéissance ne vise pas tant les normes pénales que la communauté politique en général, elle ne diffère pas de nature mais de degré lorsque les individus se soumettent à des normes impératives, aux ordres énoncés par l'État, ou à des normes supplétives, aux conventions et aux promesses qu'ils passent entre eux.

Il y a, cependant, plusieurs raisons qui suggèrent que les normes pénales ont un caractère distinctif, et que l'obéissance des individus à ces normes doit être distingué du

⁴⁵ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 51.

phénomène général de l'obéissance : il n'est pas possible de définir la loi pénale comme un impératif associé à la menace d'une sanction, et par conséquent, de soutenir que l'infliction d'une sanction afflictive et infamante est la fonction première du droit pénal. En effet, l'obéissance ne se réduit pas à anticiper et à adapter sa conduite aux sanctions les plus sévères que le droit peut appliquer : rien ne permet de déduire de la conformité générale des comportements l'idée selon laquelle les sujets agiraient en évitant intentionnellement d'être punis, c'est-à-dire qu'ils se conduiraient sur la base d'affects et de représentations dénotant les peines prévues par la loi. Soutenir que le droit pénal exerce une fonction normative revient donc à invalider le partage effectué par Austin entre des ordres et des commandements d'un côté, et des sanctions menaçantes de l'autre : c'est en effet en vertu de ce partage que le droit pénal est restreint à une fonction de définition et de distribution de la peine, et que son efficacité sociale demeure cantonnée à l'exercice de la soumission par dissuasion.

Il est indéniable que le droit pénal assume une fonction coercitive, mais rien n'empêche qu'il ne contribue aussi à la tâche de diriger les conduites, c'est-à-dire de fournir des modèles pour l'action et des normes pour les évaluer. C'est la raison pour laquelle la portée normative de la peine ne concerne pas seulement les individus qui ignorent les interdictions. Hart rappelle que le « droit pénal est un phénomène qui donne lieu à obéissance ou à désobéissance, et nous désignons ce que prescrivent ses règles par le terme “devoir”⁴⁶. » La désobéissance constitue une violation du droit, et repose sur un acte ou une conduite constituant un manquement, une conduite mauvaise, une faute. Il faut ainsi rendre compte du fait que l'institution pénale suggère et réclame une forme d'obéissance : il appartient donc, selon Hart, à la théorie des règles juridiques de montrer que la « peine ou “sanction” qui s'attache juridiquement aux manquements ou infractions à la loi pénale, a pour but (quels que soient les autres desseins que la peine puisse servir) de fournir un motif de s'abstenir de tels actes⁴⁷. »

Conclusion de la section 1

La philosophie pénale se concentre en général sur les principes et les règles qui doivent encadrer la punition des actes transgressifs. Elle évalue, généralement, les fonctions,

⁴⁶ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 46.

⁴⁷ *Ibid.*

les modalités et le *quantum* des peines du point de vue de l'utilité bien comprise de la communauté, ou des limites à l'exercice légitime du pouvoir par l'État. Ainsi, pour Hart, la tâche de la critique du droit n'est pas de justifier les principes ou les valeurs morales implémentées dans le droit, mais avant tout « de justifier l'usage de la contrainte⁴⁸ » c'est-à-dire la mise en œuvre de ces principes et de ces valeurs au moyen du droit pénal. Or, cette approche se focalise sur la justification des peines, sans rendre compte des normes et des valeurs que l'édifice juridique protège de façon globale. Les théories morales et politiques de la peine tiennent peu compte des spécificités inhérentes au caractère juridique des normes pénales.

Comme j'ai essayé de le défendre dans cette première section, le droit pénal ne formalise pas ni ne met en œuvre *directement* les principes, les valeurs morales et les normes d'une société. En effet, il énonce des incriminations générales et abstraites et ne définit la peine qu'*a maxima*. On l'a observé à travers la critique de la conception classique au sein des théories du droit du XIX^e siècle de la norme comme commandement assorti de menaces. À l'aide des arguments de Hart, développés dans *Le concept de droit*, on a montré en priorité les inconséquences et les limites de l'impérativisme dans la mesure où il semble fournir la théorie ordinaire du droit pénal. Or, cette théorie ne rend pas compte de plusieurs spécificités de l'institution pénale : le caractère implicite des normes d'interdiction, qui sont impliquées dans la définition des sanctions ; le caractère général et abstrait des normes d'interdictions, qui sont adressées à tous sans pourtant être clairement imposées ; l'impossibilité de décrire les obligations contenues dans ces interdictions en les réduisant au constat factuel de l'obéissance.

L'examen de la fonction normative de la peine pose ainsi plusieurs difficultés au plan descriptif. On a pour l'instant tenté de les cerner en traversant différentes variantes du positivisme juridique : l'impérativisme d'Austin et le réalisme de Holmes, à la lumière du positivisme modéré de Hart. Cette dernière théorie soutient que le droit pénal contribue à fixer les standards moraux et à affirmer les valeurs dominantes d'une société. L'autorité de la loi pénale se mesure au fait qu'elle fournit des raisons d'agir ou de s'abstenir d'une action aux individus, mais aussi de critères pour juger moralement la conduite des autres. C'est pourquoi, selon Hart, la norme pénale ne peut pas être assimilée à un ordre assorti de menaces.

⁴⁸ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 266.

Section 2. La signification de l'interdit

La critique par Hart des théories du droit d'Austin et de Holmes a permis de distinguer plusieurs hypothèses, dont il convient désormais d'évaluer les prétentions à rendre compte de l'efficacité sociale de la peine : le droit pénal exerce un pouvoir sur les comportements et les croyances, il impose des interdictions aux individus, dont le crime constitue la transgression. De ce point de vue, la théorie du droit doit tenir compte des fonctions sociales de la peine, pour ne pas réduire le droit pénal à des normes abstraites de sanction ou à la seule activité des tribunaux répressifs : lorsque le législateur incrimine certaines conduites, une forme d'obéissance sociale est recherchée, un modèle de comportement est affirmé, et l'oublier aboutit à déformer notre connaissance du droit. C'est donc la fonction de guide pour la pratique et de critère pour les évaluations des individus que j'étudierai maintenant, en examinant l'autorité et la nature des interdictions, avant de souligner leur rôle dans la protection des normes et des valeurs d'une société.

J'interrogerai, dans une PREMIERE SOUS-SECTION, les problèmes de méthode que pose la description de l'institution pénale dans sa fonction normative : pour décrire cette fonction, il faut s'intéresser à la reconnaissance et à l'acceptation du contenu des interdictions par les individus, c'est-à-dire à la manière dont les normes juridiques affirment et protègent un contenu normatif et axiologique. J'examinerai, dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, la nature spécifique des interdictions en matière pénale : si l'interdiction n'est pas un commandement clair assorti d'une menace de peine, comment la définir ?

2.1. Le statut des interdits

Le problème de la normativité du droit

Dans les sociétés où l'ordre se perpétue principalement par l'interprétation et l'application de normes générales et abstraites aux conflits particuliers, autrement dit lorsque la vie sociale est principalement organisée et régulée par le droit, un doute s'instaure quant aux motifs de l'obéissance : faut-il l'expliquer par la peur de la répression, donc par la menace

de sanction, ou bien par l'adhésion du plus grand nombre au contenu des règles, et donc par le respect de leur légitimité ? C'est le problème poursuivi jusqu'ici. Cette incertitude se change cependant en un profond trouble moral, si l'on aborde la branche du droit chargée de définir les comportements transgressifs et d'en punir les auteurs. Bien qu'il apparaisse évident que le droit pénal soumet les individus par la menace de peines afflictives et infamantes, son efficacité peut également s'expliquer par l'acceptation consentie des limites du permis et du défendu que trace la loi pénale. Dans cette hypothèse, le système pénal incarne certes un pouvoir de contrainte, mais possède aussi une certaine autorité, au sens où la conformité des comportements ne s'explique pas seulement par la crainte de la répression. Le droit pénal remporte aussi l'obéissance par la simple déclaration des interdictions. Si l'on se détourne de l'étude des émotions engagées par le fait psychologique de la peur, la question se porte alors sur les conditions de la reconnaissance et de l'adhésion à la loi pénale. Autrement dit, quel rapport subjectif, quelle attitude vécue, visent les énoncés qui affirment, *avant même* de fournir une connaissance claire des poursuites et peines encourues, qu'« il est interdit » ou « défendu » de faire *x* ?

La section précédente a permis de montrer que, si la question des motifs de l'autorité peut être tenue pour une interrogation traditionnelle en philosophie politique, les chances d'en produire une connaissance systématique s'amenuisent dès lors que l'on définit l'obéissance comme une intention, et donc un fait psychologique, déterminée par un ensemble de raisons pratiques ou de motivations affectives. Pour pallier cette insuffisance, la question des sources de l'obéissance peut être délaissée un temps pour aborder celle, plus précise, du devoir, c'est-à-dire des normes qui pèsent sur les conduites individuelles. Le devoir désigne le fait qu'un individu s'engage à respecter une exigence ou une obligation, envers un autre individu, un groupe ou même une entité abstraite. On peut donc le rapprocher du sentiment d'obligation. L'obligation, en elle-même, désigne davantage une relation qui lie le sujet à autrui ou à une entité de façon volontaire : pour qu'il y ait obligation, il faut que le sujet s'engage par lui-même, c'est-à-dire qu'il accepte que la satisfaction de l'exigence ou du devoir en question constitue une fin intentionnelle de sa conduite⁴⁹.

Les obligations juridiques se distinguent des devoirs moraux par le fait qu'il s'agit de lien entre individus reconnus par le droit : ils sont inscrits dans un cadre institutionnel et sont formulés à travers des catégories qui précèdent les décisions individuelles ; ils prétendent avoir une légitimité publique et peuvent être attachées à des sanctions en cas de non-respect.

⁴⁹ Max WEBER, *Économie et société*, t. I, Paris, Pocket, 1995, p. 285 et suiv.

Décrire les devoirs affirmés par l'institution pénale, c'est donc essayer de savoir si le respect d'une interdiction peut devenir une fin en soi-même pour l'individu, s'il peut s'engager volontairement envers le contenu du droit pénal, en dehors de la contrainte de la peine qui en est l'ombre portée. Pour savoir si l'institution pénale possède une fonction normative, il faut donc se demander si les interdictions sont en elles-mêmes un objet de respect et d'engagement pour les individus, ou si leur force vient toujours de ce qu'elles sont associées à des peines.

Passer du problème des motifs psycho-sociaux de l'obéissance à celui des conditions normatives de l'interdiction et du devoir en matière pénale entraîne un changement de méthode. Il ne s'agit plus de connaître empiriquement les raisons que possèdent les sujets d'obéir, ni de tracer idéalement les limites légitimes au pouvoir d'une institution aussi menaçante et moralement gênante que la justice pénale. Au contraire, en tentant d'expliquer les interdictions comme des normes à part entière, l'objectif est de mettre à jour les modalités de l'acceptation, de l'adhésion et de la reconnaissance de la loi pénale comme autorité légitime, c'est-à-dire comme source d'obligation, en dehors du fait qu'elle est accompagnée de la menace d'une sanction dissuasive. C'est précisément en opposant la pression interne des interdictions de la pression externe de la contrainte des peines que Bentham affirme : « Quand le peuple est dans le parti des lois, les chances du crime pour échapper sont réduites à leur moindre terme⁵⁰. »

L'obéissance volontaire, reposant sur le sentiment d'obligation et l'intériorisation des valeurs et des normes communes, apparaît plus efficace que l'obéissance obtenue sous la menace. À la contrainte, Bentham préfère donc l'assurance de respect de la loi que fournit l'engagement volontaire du sujet. Il est préférable que la conformité envers la loi constitue un devoir à part entière, et non pas seulement le résultat d'un calcul d'utilité de la part de l'individu. La réduction des crimes est plus certaine lorsque l'interdiction apparaît comme une raison absolue et non pas relative à d'autres conséquences de s'abstenir de l'acte en question. C'est pourquoi, pour un conséquentialiste, il faut toujours sanctionner les actions nuisibles plutôt que de les laisser impunies, à condition que la peine réaffirme l'interdiction de commettre ces actes. Mais il n'en reste pas moins que la conformité spontanée des individus aux interdits est préférable à la soumission par contrainte, car elle témoigne d'un attachement plus sûr et plus durable envers la loi. C'est ce que soulignent Bedau et Kelly qui suivent ici Bentham :

⁵⁰ Jeremy BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, dans *Œuvres*, t. II, trad. de l'angl. par É. Dumont, Londres, B. Dulau, 1811, p. 44.

L'interdiction légale joue un rôle essentiel dans l'obtention de comportements conformes sous la contrainte, or le principal vecteur de cette interdiction est la sanction pénale qui est assortie à la violation de la loi pénale. Il ne fait aucun doute que les effets non dissuasifs du système pénal, comme l'affirmation expresse de valeurs partagées, jouent un rôle plus important dans la conformité générale des comportements que les effets dissuasifs⁵¹.

Dès lors, pour restituer la fonction normative de la loi pénale, il faut s'intéresser à la reconnaissance et à l'acceptation du contenu des interdictions, c'est-à-dire à la manière dont les normes juridiques affirment et protègent des normes et des valeurs. Dans les passages cités plus haut, Bedau et Kelly, à la suite de Bentham, insistent sur la force du sentiment d'obligation pour obtenir une obéissance durable et spontanée. Mais ils laissent dans l'ombre les conditions de validité de l'interdiction comme norme juridique. Or, pour donner à l'interdiction une validité objective, au-delà des sentiments variables des individus, il faut s'assurer qu'elle soit une norme juridique complète, malgré son caractère implicite dans les énoncés juridiques. Si l'interdiction fournit des repères normatifs pour déterminer et évaluer les conduites, alors elle doit constituer une norme authentique, qui lie les sujets à la loi pénale quand bien même ils n'auraient commis aucun crime.

La règle de reconnaissance (Hart)

Ce sont ces enjeux qu'il me semble utiles d'aborder pour savoir si le système pénal prohibe certains comportements et fait peser *prima facie* des interdictions sur les individus. En quel sens les interdictions correspondent-elles à des devoirs juridiques, et visent-elles des normes de conduite déterminées ? Ce problème porte sur le feuilletage normatif qui compose le droit pénal, qui mêle normes de sanction, d'interdiction et de conduite. La reconnaissance de ces normes soulève le problème du point de vue adopté sur le droit : faut-il s'en tenir au point de vue externe de l'observateur du système juridique, ou au point de vue interne de l'individu qui est véritablement soumis à ce système de règles ? En effet, on pourrait être tenté de restituer les normes d'interdiction et de conduite protégées par le droit pénal en affirmant qu'elles sont impliquées dans les normes de sanction. Une telle assertion relève d'un point de vue externe, et elle ne tient pas compte du caractère implicite de ces normes du point de vue interne de l'individu. C'est pourquoi je me pencherai d'abord sur le mode d'identification des normes pénales d'un point de vue général, incluant la perception de l'individu. Or, si la norme

⁵¹ Bedau conclut ainsi ce passage : « Malgré tout, une fois que de telles sanctions sont prévues, elles créent un assujettissement commun aux peines autorisées. » Hugo A. BEDAU et Kelly ERIN, s. v. « Punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, printemps 2010, [En ligne] URL : <https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/punishment/>, consulté le 15 juillet 2014.

explicite du droit pénal est une norme de sanction, mais qu'en même temps la peine est la conséquence normative d'un antécédent factuel, il faut admettre que le contenu de l'acte transgressif n'est pas donné *a priori* mais reconnu à travers l'expérience sociale que les individus font du droit et notamment des peines appliquées.

L'unité entre les normes qui commandent un certain type de comportement et celles qui imposent une sanction en cas de non-respect n'est pas exprimée par l'ordre juridique. Si les normes de conduite qu'affirme le droit pénal ne sont donc pas données d'avance, comment en rendre compte dans l'inventaire des différents types de normes qu'il contient ? Implicite et présumée, la norme de prohibition qui délimite le permis du défendu semble appartenir à différentes sphères :

- aux branches juridiques extérieures ou supérieures au droit pénal, notamment dans les textes et la jurisprudence qui définissent les droits subjectifs des individus et dans les principes constitutionnels ;

- à l'activité judiciaire, au cours de laquelle les débats peuvent conduire à rappeler et redéfinir le sens de l'interdit ;

- et, de manière générale, à la vie sociale, où la sensibilité collective, les acquis culturels ou les préférences morales, à travers les émotions et jugements de réprobation des individus, définissent des interdits.

Dans son étude visant ainsi à délimiter les « frontières des normes pénales »⁵² et à mettre en lumière la structure du droit pénal, M. van de Kerchove complète la typologie de Bentham déjà abordée⁵³. Il distingue trois types de normes : les normes de conduite, les normes incriminantes et enfin les normes sanctionnatrices.

on peut considérer que 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, telle l'obligation pour quiconque de porter assistance à une personne en danger (norme prescriptive) ou, plus souvent, qui leur interdit d'adopter une conduite déterminée, telle l'interdiction de commettre un meurtre ou d'accomplir un vol (norme prohibitive) [...]. La norme pénale *incriminante*, quant à elle, constitue un type particulier de norme secondaire qui s'attache à créer et à définir une incrimination, c'est-à-dire 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, consiste également en un type particulier de

⁵² 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*, *op. cit.*, p. 77-113.

⁵³ « C'est par un rapport d'implication nécessaire que la loi punitive comprend et assume la portée de l'impératif juridique auquel la peine est associée. » Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in James H. Burns et Herbert L.A. Hart (dir.), *The Collected Works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 303.

norme secondaire qui détermine la ou les peines applicables au cas où une conduite incriminée a été accomplie⁵⁴.

Selon van de Kerchove, le droit pénal affirme en premier lieu des normes et des valeurs, et définit, en second lieu, leur violation en y attachant des sanctions d'une certaine sévérité, afflictive et infamante. La violation devient 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. Les premières expriment des normes substantielles, elles imposent de faire ou de ne pas faire un acte. Les règles secondaires spécifient les conditions dans lesquelles ces normes substantielles peuvent être reconnues, modifiées ou appliquées.

Si l'on repart des règles secondaires, le contenu de ces règles peut être précisé en fonction des catégories du droit pénal positif. En droit français, trois types d'infraction sont distingués, selon trois degrés de gravité : les contraventions, les délits et les crimes. Suivant la typologie de Michel van de Kerchove, on peut inférer que plus l'incrimination est grave, plus son caractère normatif 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, défini comme la « volonté de transgresser une norme sociale importante », et *a fortiori* du crime, qui représente une « violation extrême des interdits fondamentaux⁵⁵ ». Les incriminations représentent donc des règles juridiques dont la valeur normative doit être différenciée. Elles offrent, selon leur degré de gravité, 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, à ses propres yeux ou à ceux d'autrui, qu'un délit ou un crime, parce qu'elle ne viole pas une norme de conduite tenue pour fondamentale. Preuve en est le caractère strict de la responsabilité dans ce cas, à la différence du délit ou du crime où l'autorité judiciaire tient compte de l'intention de l'accusé.

Il est indéniable que la norme de sanction possède une fonction de reconnaissance : on peut ainsi remonter des peines prévues aux normes de conduite qu'elles protègent. Mais que cette fonction de reconnaissance soit un trait nécessaire de la sanction, civile ou pénale, implique-t-il que les interdictions constituent des normes primaires ? En répondant par l'affirmative à cette question, Hart récuse la conception univoque de la norme juridique comme pure norme de sanction. Cette conception réductionniste, que Hart associe à la théorie du droit de Kelsen, soutient que les interdictions demeurent les conditions des sanctions : elles sont « en réalité des parties incomplètes des règles contraignantes qui sont les seules règles de

⁵⁴ Michel van de KERCHOVE, « Les frontières des normes pénales », *op. cit.*, p. 77-78.

⁵⁵ Je suis ici l'article encyclopédique de André LAINGUI « Infraction », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 336-340.

droit “authentiques”.⁵⁶ » À première vue, le droit pénal est érigé en défense de certaines préférences morales, investie d’une fonction de prévention sociale et en réponse à certains impératifs de sécurité définis par les pouvoirs publics : les théoriciens positivistes s’accordent sur ce point, y compris les tenants d’une approche exclusive de la norme juridique, dont la source ne peut être extérieure au droit lui-même.

Mais en introduisant la fonction de reconnaissance des normes sociales en vigueur dans une société, Hart défend un positivisme inclusif, et soutient que les normes de sanction peuvent tout autant faire référence à des principes ou à des valeurs qu’à des normes juridiques supérieures ou à des décisions antérieures⁵⁷. En tant que règle secondaire de décision, la peine sert de point d’appui pour identifier le contenu normatif et axiologique des intérêts et des normes protégés par l’institution pénale. Selon Hart, en rendant leur jugement, les tribunaux expriment les préférences et les modèles de conduite qui prétendent posséder une autorité publique légitime. En condamnant certains comportements, le juge désigne donc les valeurs et les normes qui importent à une société :

Si les tribunaux sont habilités à décider d’autorité qu’une règle a été transgressée, ces décisions ne peuvent s’empêcher de déterminer d’autorité quelles sont les règles. La règle qui confère le pouvoir de juger constituera par conséquent aussi une règle de reconnaissance permettant d’identifier les règles primaires à travers les jugements des tribunaux, et ces jugements deviendront une “source” du droit⁵⁸.

En matière pénale, la fonction de reconnaissance assumée par la définition et l’application d’une peine permet donc de passer directement du plan de la sanction à celui des valeurs et des normes protégées par le droit. 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. Analysant ces lois et leurs justifications, Ulysse Korolitski montre comment des dispositifs juridiques répressifs implique inévitablement le rejet de certaines valeurs au profit d’autres 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. [...] le droit parle et affirme des valeurs sans rien dire, tout comme il lutte contre des valeurs sans nécessairement interdire les discours qui portent celles-ci. [...] en comprenant comment le droit défend, mais

⁵⁶ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 54.

⁵⁷ Ce qu’il formule en particulier dans la postface au *Concept de droit* : « [...] dans certains systèmes juridiques comme aux États-Unis, les critères ultimes de validité juridique peuvent explicitement comprendre, outre un pedigree, 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.

⁵⁸ *Ibid*, p. 116.

de manière spécifique, des valeurs, il devient possible de comprendre que la lutte axiologique par le droit est possible⁵⁹.

Cet exemple, et l'analyse qu'en donne le philosophe, confirme que la norme de sanction donne force et autorité à certains impératifs et à certaines préférences, en déclarant *publiquement* certains comportements ou abstentions comme étant interdits. Dès lors, peut-on encore affirmer que la peine constitue une technique de contrôle fondamentalement indifférente au contenu des interdictions qu'elle affirme ?

Devoir et obligation

L'institution pénale renforce-t-elle des valeurs morales et des normes sociales déterminées ? Plus largement, faut-il considérer sa dimension normative comme un trait de sa définition ? Pour aborder les débats soulevés par ces questions, je voudrais, dans le dernier temps de cette sous-section, développer les thèses auxquelles Hart s'oppose dans le *Concept de droit*. Ces thèses, défendues par Hans Kelsen, sont traditionnellement identifiées à un positivisme fort ou exclusif. Le juriste autrichien cherche en effet à expurger l'analyse du droit pénal de la référence à des normes de conduite, à des impératifs, dont la violation justifierait la punition⁶⁰. Or selon Hart, Kelsen propose une théorie non seulement réductrice du droit, mais aussi erronée. Pour le premier, les fonctions sociales du droit pénal dépassent en effet de loin la définition stricte d'un certain régime de sanction et leur application par les tribunaux. La loi pénale vise également l'obéissance sociale des individus. La répression est prévue pour les situations, et déclenchée dans les cas où cette première fonction est mise en échec. Ainsi, poursuit Hart, la dimension normative de la loi pénale ne peut se résumer à l'obéissance sous la contrainte, effective ou virtuelle, et doit être comprise *prima facie* comme une capacité à être source de devoirs pour les citoyens ordinaires. La conception de Kelsen constitue donc un réductionnisme, qui escamote une partie des fonctions sociales du droit et mène à une connaissance déformée de sa nature.

⁵⁹ Ulysse KOROLITSKI, *Punir le racisme ? Liberté d'expression, démocratie et discours racistes*, Paris, CNRS Editions, 2015, p. 353-354. Voir également la recension de l'ouvrage par Magali Bessone qui souligne que « le droit de la répression des propos racistes est au cœur d'un dispositif essentiel d'affirmation et de défense de la discussion en démocratie. [...] le flou de la règle de droit doit être constaté et admis, sans que cela constitue en soi un motif de disqualification de la législation antiraciste, mais plutôt ce dont la pratique et la théorie du droit de la répression des discours racistes doivent répondre. [...] la répression doit s'accompagner de l'expression publique de sa justification normative : elle engage à la discussion commune (qui reste à mener) sur le choix des valeurs que nous souhaitons protéger. » Magali BESSONE, « La loi face aux discours racistes », *La Vie des idées*, 20 avril 2016, [En ligne] URL : <http://www.laviedesidees.fr/La-loi-face-aux-discours-racistes.html>, consulté le 20 mai 2016.

⁶⁰ Voir *supra*, chapitre 1, section 2.

La punition d'une infraction, telle qu'une amende, n'est pas identique à un impôt frappant un type de conduite, bien que les deux impliquent l'existence de directives données aux autorités d'infliger une même privation pécuniaire. Ce qui différencie ces deux notions, c'est que la première implique, contrairement à la seconde, l'existence d'une infraction ou violation d'une obligation, sous la forme de la transgression d'une règle édictée en vue de diriger la conduite de simples citoyens. [Il ne faut pas perdre de vue le fait qu'en ce cas] la règle, comme l'ensemble du droit pénal, entend se voir considérée sérieusement comme un modèle de comportement⁶¹.

Pour Hart, décrire le droit pénal comme étant dépourvu de véritables impératifs, de normes substantielles imposés aux individus, c'est-à-dire comme abritant seulement des normes conditionnelles qui ordonnent aux autorités de punir dans certains cas les auteurs de crimes, c'est noyer la spécificité de la peine comme technique sociale. C'est effacer, de manière indue, la reconnaissance d'une faute intentionnelle parmi les conditions d'imputation de la peine⁶². Cette confusion entraîne deux conséquences :

- d'une part, d'un point de vue descriptif, elle néglige les différentes fonctions du droit – qui peut autoriser, obliger, interdire certaines conduites ou habiliter certains individus – en ramenant toutes les normes juridiques à une certaine organisation de la contrainte ;

- d'autre part, d'un point de vue normatif, elle met en péril les garanties fortes qui protègent l'individu du pouvoir de l'État et encadrent, à juste titre pour Hart, le jugement pénal en raison de la violence et de l'atteinte aux libertés impliquées par la peine :

L'idée selon laquelle les règles substantielles du droit pénal ont pour fonction (et, en un sens large, pour signification) de régir non seulement l'activité des autorités dans l'application d'un système de peines, mais encore l'activité des simples citoyens dans leur vie privée, ne peut être éliminée sans jeter par-dessus bord des distinctions essentielles et sans obscurcir le caractère spécifique du droit conçu comme un moyen de contrôle social⁶³.

Kelsen reconnaît que le droit doit être conçu, de manière au moins minimale, comme une technique sociale, un outil de régulation permettant de préserver l'utilité bien comprise d'une communauté. Mais, pour être sûr de ne pas introduire subrepticement de jugements évaluatifs ou appréciatifs dans la description des normes juridiques, la théorie doit rester indifférente aux fins politiques que le droit sert et aux principes moraux qui le pénètrent inévitablement. La critique kelsenienne porte donc d'abord sur les limites de la science du droit, c'est-à-dire sur les conditions épistémiques d'une théorie adéquate à tout système juridique. Concernant maintenant la connaissance du droit pénal, différentes fonctions, divers sens peuvent bien être conférés à la pratique pénale – rétribution d'une faute, correction d'une déviance, prévention des sources de danger, condamnation d'une offense, neutralisation d'un

⁶¹ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 58.

⁶² Voir sur ce point Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1968, p. 7.

⁶³ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 58.

risque – de manière diachronique, à cours des inflexions historiques de la pénalité, ou synchronique, à travers la combinaison de stratégies hétérogènes pour gérer de façon différentielle les phénomènes criminels⁶⁴. Toutefois, dans tous les cas, les conditions normatives qui font de la peine une institution juridique restent inchangées⁶⁵.

Pour Hart, certes la peine implique formellement un rapport d'imputation conditionnel, c'est-à-dire la « punissabilité » dont Kelsen cerne la forme pure, qui signifie que « si l'acte *x* a lieu, alors la peine *y* doit être appliquée à son auteur ». Mais il ne faut pas oublier que le droit pénal de fond comme de procédure obéit à des contraintes supérieures, comme le respect des principes de constitutionnalité ou les libertés fondamentales, dont l'énoncé inclut objectivement la référence à des principes et à des valeurs. La structure normative de l'institution pénale impose donc de se défaire d'un modèle réductionniste, qui identifie les normes pénales à des normes conditionnelles : les pratiques pénales ont pour condition formelle la transgression de normes sociales et de valeurs, et pour finalité structurelle, prévue, la réaffirmation de ces normes et de ces valeurs.

Cet argument conduit-il alors à révoquer les prétentions d'une théorie générale des normes pénales, pour s'intéresser à la manière particulière donc chaque système pénal, et chaque législation pénale, implémente la référence à des valeurs et à des normes ? Si l'on soutient que les institutions pénales ne peuvent pas être décrites en dehors du système juridique particulier dans lequel elles sont insérées, alors la fonction normative de la peine doit être l'objet d'une sociologie du droit, ou en tout cas d'une herméneutique sociale du droit, et non plus d'une théorie fondationnelle. Selon cette hypothèse, pour rendre raison des valeurs et des devoirs visés par les interdits juridiques, il faut tenir compte des critères utilisés dans la création du droit, mais aussi de la conception du bien défendue par la société et des règles de justice reconnues par son système juridique : c'est-à-dire le « pedigree » des institutions juridiques d'une société, selon le terme de Ronald Dworkin que cite Hart dans sa défense d'un positivisme modéré⁶⁶.

⁶⁴ À l'instar d'Antoine Garapon, Thierry Pech et Frédéric Gros, on peut dégager quatre « foyers de sens » dans l'histoire des doctrines pénales : « *Punir c'est rappeler la loi* [...]. *Punir c'est défendre la société* [...]. *Punir c'est éduquer un individu* [...]. *Punir c'est transformer la souffrance en malheur* [...]. » Antoine GARAPON, Thierry PECH et Frédéric GROS, *Et ce sera justice : punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 13-15.

⁶⁵ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 72-73.

⁶⁶ Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (Londres, Duckworth, 1977, p. 17), cité dans Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 265.

2.2. Interdiction et consentement

L'interdiction est-elle un devoir ? (Kelsen)

Selon la règle de reconnaissance, les normes de sanction fournissent un point d'appui pour identifier les valeurs et normes protégées par le droit. La loi pénale peut donc se référer à une moralité substantielle, c'est-à-dire une conception du bien relative à une société donnée et à son groupe dominant, ou bien à des critères de justice, visant par exemple à rendre la liberté de chacun compatible avec l'égalité de tous. Comme le dit Hart, le premier cas prend « la forme de contraintes substantielles relatives au contenu de la législation⁶⁷ », le second de la moralité intrinsèque au droit, de son « pedigree ». La description des normes communes à tous les systèmes pénaux, c'est-à-dire la connaissance de leurs conditions normatives, peut donc porter sur les valeurs et les normes tout en restant axiologiquement neutre. On peut constater le contenu normatif ou axiologique d'un système juridique sans forcément y adhérer ou le critiquer. 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. L'argument du caractère historiquement contingent du contenu du droit pénal ne tient donc pas. Les systèmes juridiques incluent la référence à des valeurs morales substantielles et à des principes de justice que l'on ne doit pas négliger. Ainsi, la primauté explicite des normes de sanction sur les impératifs substantiels, et la récursivité⁶⁸ de ces normes conditionnelles, qui impliquent dans leur énoncé la référence à des normes supérieures dont elles tirent leur validité, ne sont pas des obstacles à l'interprétation du contenu du droit pénal. Certes, comme le fait remarquer Kelsen :

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 point⁶⁹.

Or, les interdictions du droit pénal sont parfaitement intelligibles même si elles ne sont pas formulées à la manière d'une liste explicite d'impératifs, à la manière du *Décatalogue*. Pour autant, l'identification des valeurs et des normes saisies par le droit pénal reste subordonnée à

⁶⁷ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 268.

⁶⁸ La norme juridique, qui rend obligatoires, permis ou interdits certains comportements, implique la référence aux normes supérieures qui en conditionnent la signification : en droit, « une norme existe dans un système donné pour autant qu'elle est produite selon les prescriptions d'une norme donnée dans ce système. » Otto PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 52, n° 4, 2002, p. 832 (note 80).

⁶⁹ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 71.

l'existence d'une sanction. Toutefois, en elles-mêmes, les interdictions sont des énoncés généraux et abstraits, et il est délicat de présupposer un lien univoque entre les peines et les normes qu'elles sont sensées protéger. Ainsi, la punition du coupable d'un homicide 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 par exemple la légitime défense⁷⁰. En outre, la législation pénale n'explicite pas l'état d'esprit de celles et ceux qui la promeuvent et qui veulent l'appliquer. En somme, le droit prétend fournir des raisons pour l'action et des repères aux jugements des individus, mais il n'explicite pas publiquement ses motivations, ou seulement dans les marges du commentaire. Hart maintient néanmoins 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 conduite et d'exprimer des interdictions pour les citoyens. Elle ne sert à qualifier les situations punissables, et à sanctionner les infracteurs, que dans un second temps.

Comment décrire alors les valeurs morales et les normes sociales que le droit pénal protège ? Le caractère conflictuel et pluraliste des démocraties libérales empêche en effet de supposer que le droit pénal ne serait que le reflet de la morale positive⁷¹. Mais, en voulant exhiber la fonction normative du droit pénal, le risque est de confondre les interdictions avec les injonctions diffuses mais dominantes au sein d'une société, les conventions sociales, les impératifs socio-économiques ou les préceptes traditionnels. De plus, on peut très bien critiquer ces normes et les valeurs qui les sous-tendent sans pour autant tomber sous le coup de la peine. C'est ce que précise Ulysse Korolitski en insistant sur la distinction entre interdiction et protection des valeurs :

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. [...]

⁷⁰ Il arrive ainsi, alors que toutes les conditions de la peine sont réunies, que « l'application du concept "meurtre" soit *défaite* (*defeated*) par l'invocation d'une exception ou d'une "défense" reconnue en droit, par exemple, en droit français, l'exception de légitime défense, prévue et encadrée par l'art. 122-5 du Code pénal. » Mathieu CARPENTIER, « Défausabilité juridique et théorie de la preuve. Deux modèles récents », Atelier de philosophie du droit, Philosophies contemporaines/Nosophi, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 16 mai 2013, p. 5 [communication non publiée].

⁷¹ Herbert L. A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 24-25.

Par exemple, autoriser les discours qui défendent le vol ou des principes inégalitaires n'est ni accepter le vol ni renoncer au principe d'égalité⁷².

Un droit pénal libéral n'interdit pas la critique ou l'opposition à des valeurs. Il interdit les formes dangereuses de critique ou d'opposition à ces valeurs, c'est-à-dire quand la sécurité des individus est en jeu ou que les institutions qui garantissent cette liberté sont menacées. Cet argument souligne la fonction préventive de la peine, au détriment de sa fonction normative : le droit pénal serait là pour stabiliser la conflictualité sociale et la maintenir dans des cadres légitimes. Il protège des valeurs mais ne les institue pas lui-même. Pour reprendre l'exemple d'Ulysse Korolitski, l'interdiction des injures raciales ou des discours révisionnistes ne crée pas les valeurs de discussion, d'égalité et de liberté d'expression que ces discours offensent. Mais par contre, de telles valeurs sont réaffirmées à travers leur pénalisation.

Il semble dès lors indéniable que l'interdiction n'a pas d'autonomie normative, et que sa reconnaissance est subordonnée à l'existence d'une sanction. Pour décrire le contenu des interdits juridiques, il faut donc rassembler les éléments qui dans les autres branches juridiques et les textes définissant les libertés fondamentales sont affirmés par le droit pénal. L'interdiction ne serait donc pas un devoir indépendant des valeurs ou des normes qu'elle exprime, ni de la menace de punition qui lui est attachée en cas de transgression. C'est ce qui incite à penser que c'est moins le contenu ou la source de l'interdiction qui la distingue, que son effet performatif, c'est-à-dire sa capacité à réaliser une action – la condamnation d'une conduite et l'affirmation de valeurs contraires – par le fait même de son énonciation. Cependant, en insistant sur les effets symboliques de l'interdiction, le risque n'est-il pas d'en dissoudre la force normative dans les diverses attitudes des individus ? Le fait de reconnaître les interdictions à travers la définition des infractions et d'interpréter ces interdictions comme de véritables devoirs dépendrait de l'attachement de l'individu envers la loi.

On ne peut pas savoir, en effet, si l'interdiction est effective parce qu'elle est visée intentionnellement par l'individu. La conformité des conduites envers la loi peut s'expliquer de nombreuses façons. L'efficacité de la norme de sanction paraît plus facile à attester : une sanction pénale sera dite effective si les organes chargés de son application respectent l'obligation qu'ils ont de constater, de juger et, le cas échéant, de punir l'infraction⁷³. Au contraire, l'efficacité sociale des interdictions offre prise à plusieurs interprétations, ce qui

⁷² Ulysse KOROLITSKI, *Punir le racisme ? Liberté d'expression, démocratie et discours racistes*, op. cit., p. 343.

⁷³ J'utilise ici les notions d'effectivité et d'efficacité de manière indistincte. La définition que donne Yann Leroy de l'effectivité s'applique donc au terme d'efficacité : « *Dans ce cadre d'analyse, l'effectivité d'une norme juridique dépend donc de son application au sens large, c'est-à-dire de son respect par les individus à qui elle est destinée ou, en cas d'inobservation, du prononcé d'une sanction à l'encontre de celui qui l'a violée.* » Yann LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, n° 3, 2011, p. 719 (souligné par l'auteur).

compromet les chances de savoir si elles font naître un réel sentiment d'obligation chez les individus. Il faut rappeler que l'obéissance envers la loi constitue un comportement conforme à la lettre de la loi, et non pas une adhésion intime à son esprit. Néanmoins, on peut insister sur les effets pratiques et psychologiques de la déclaration de la loi pénale, qui donne à l'acte incriminé la valeur d'un acte prohibé.

Les effets psychologiques de l'interdiction

Plusieurs motifs peuvent expliquer le fait que les individus agissent généralement de manière conforme à la loi : parce qu'ils s'y sentent tenus en tant que sujets de droits et de devoirs, parce qu'ils craignent la sanction dans le cas contraire, parce que leur code moral les y oblige, parce qu'ils se comportent sous la pression de contraintes ou d'habitudes non-réfléchies, etc. Un individu peut savoir que le contenu du droit pénal fixe des interdits tout en demeurant indifférent ou circonspect sur le devoir moral de respecter cet interdit. C'est pourquoi on ne peut pas supposer que l'interdiction constitue un devoir moral. Une norme pénale peut être dite efficace de deux manières : soit parce qu'étant transgressée elle entraîne une sanction, qui va du rappel de la loi et de la contravention à la punition afflictive et infamante ; soit parce qu'elle constitue la raison d'agir de l'individu, qui oriente sa conduite en fonction des limites entre le permis et le défendu. L'efficacité rassemble donc les phénomènes d'application de la loi et d'obéissance générale. Rapportée au problème du statut des interdictions, l'analyse de l'effectivité permet de cerner les effets pratiques et peut-être psychologiques de l'interdiction : elle est un guide pour éviter de subir une peine, et elle est un critère pour juger sa propre conduite comme celle des autres. C'est pourquoi l'incarnation de l'interdiction dans un devoir et une adhésion subjective ne peut pas être considérée comme une condition de la loi pénale. À la rigueur, cette incarnation peut être sa finalité, dès lors que l'on affirme que la loi a une vocation éducative, au-delà de la recherche d'obéissance.

Nous avons abordé au chapitre précédent les théories normatives qui insistent sur les vertus expressives et communicatives de la peine pour en justifier l'existence. Ces théories présupposent la propension du droit à définir des valeurs et des normes sociales. Cependant, elles présument la capacité des individus à interpréter le contenu normatif et axiologique des normes juridiques de la même manière, et à reconnaître des normes de conduite à travers les énoncés de sanction du droit pénal. Or, comme on l'a observé, il paraît impossible d'assimiler l'interdiction à un commandement assorti de menaces. En effet, la plus ou moins forte

adhésion dont l'interdiction est l'objet montre que cette norme générale est l'objet d'une interprétation pour devenir un devoir personnel⁷⁴. On doit donc distinguer deux sens à la notion d'interprétation quand elle porte sur une norme juridique :

- lorsqu'elle fait partie du raisonnement juridique elle désigne l'activité objective par laquelle un organe judiciaire applique une norme générale à un cas d'espèce et produit une norme individuelle⁷⁵. Il s'agit de l'interprétation en son sens *juridique et authentique*⁷⁶.

- d'un point de vue général, l'interprétation peut se définir comme l'attribution de sens par tout sujet à un objet. L'interprétation dénote ici le processus subjectif, synonyme de compréhension, par lequel une signification, un sens ou une valeur est attribué à une œuvre, un texte, un acte ou un événement non-évidents. Il s'agit de l'interprétation en son sens *ordinaire et cognitif*⁷⁷.

C'est à ce dernier sens que le théoricien du droit Luis Duarte d'Almeida fait référence lorsqu'il écrit : « si nous interprétons certains actes coercitifs prescrits par la loi comme des “sanctions” (au sens strictement punitif), alors nous interprétons le comportement qui est l'antécédent des normes prescrivant la sanction comme étant interdit⁷⁸. » Si l'on suit ici ce théoricien, le devoir de respecter l'interdiction serait induit de la connaissance que nous avons

⁷⁴ Je m'appuie ici sur un concept holiste d'interprétation, englobant l'interprétation juridique des interprètes autorisés (législateurs et juges notamment) et des autres (magistrats du parquet, justiciables), sans vouloir ramener l'interprétation juridique à ce concept large d'interprétation, comme le fait Dworkin. Voir : Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 62 et suiv.

⁷⁵ L'interprétation constitue, chez Kelsen, la création d'une norme inconditionnelle de condamnation à partir d'une norme conditionnelle de sanction : « Les normes juridiques générales se présentent toujours sous la forme d'énoncés hypothétiques. Lorsqu'un tribunal pénal établit que tel individu est coupable d'un délit et lui inflige une peine déterminée [...] il se fonde sur une norme générale hypothétique pour créer la norme individuelle [...] Cette norme est inconditionnelle. » Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 88-89.

⁷⁶ Analysant l'interprétation juridique de subsomption d'un fait particulier sous une règle générale, Emmanuel Picavet souligne son caractère de décision, mêlant acte de volonté et considérations morales, dans la lignée d'une conception *réaliste* de l'interprétation : « La norme juridique apparaît ainsi comme un cadre à remplir, ouvert à plusieurs interprétations, puisqu'elle ne règle pas tous les détails de sa propre application. [...] L'interprétation, en tant que processus de détermination du sens de la norme, est la détermination du cadre constitué par cette norme, c'est-à-dire la constatation des différentes manières possibles de la remplir. [...] Un choix sera nécessaire, ce qui signifie précisément que l'opération de l'entendement doit être relayée par un acte de volonté. » Emmanuel PICAVET, *Kelsen et Hart, La norme et la conduite*, Paris, Presses Universitaires de France, « Philosophies », 2000, p. 35. Sur la théorie réaliste de l'interprétation, voir : Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, « Léviathan », 1994 ; *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, « Léviathan », 2001 ; *Philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2011, p. 98-111.

⁷⁷ Kelsen ces deux types d'interprétation en parlant d'interprétation « authentique » dans le premier cas, et d'« interprète non habilité » dans le second. Lorsqu'elle est menée par un interprète non habilité, l'interprétation (au sens de son résultat) ne tranche pas le débat sur la signification de la norme à la manière de la décision d'un juge. En ce sens ordinaire et cognitif, l'interprétation détermine le cadre des différentes manières d'agir selon la norme. Au contraire, l'interprétation « authentique » est énoncée par une instance juridiquement habilitée à cet effet. Voir : Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 340-341.

⁷⁸ Luis DUARTE D'ALMEIDA, « Against “Prohibitions” (First Round) », in Carlo PENCO *et al.* (dir.), *Proceedings of the 4th Latin Meeting in Analytic Philosophy*, Genoa, Italie, Septembre 2007, p. 15, [En ligne] URL : <http://ceur-ws.org/Vol-278/paper02.pdf>, consulté le 6 novembre 2013.

des peines prévues. L'interdiction a un sens déterminé, elle pose que l'acte incriminé ne doit pas être commis, mais sa valeur normative est inséparable de l'éventualité de la sanction. C'est ce qui conduit L. Duarte d'Almeida à affirmer que si l'interdiction constitue indéniablement une règle générale, elle demeure une norme incomplète. Le devoir visé par l'interdiction serait le produit d'une interprétation de la part de l'individu⁷⁹. Faut-il donc récuser la thèse selon laquelle le droit pénal abrite des normes primaires et dire que la loi pénale définit seulement un régime des peines, c'est-à-dire qu'elle délimite le champ des infractions comme les modalités et les limites des peines ?

Comme on l'a étudié précédemment, la peine exprime une forme de désapprobation et affirme des normes et des valeurs pour autant qu'elle inflige un traitement pénible⁸⁰. Devant l'impossibilité de définir l'interdiction comme un ordre personnel et concret, adressé par le législateur aux individus, plusieurs hypothèses ont été développées par les théories descriptives du droit pour montrer que le droit pénal inculque des normes et des valeurs en prohibant des conduites générales, c'est-à-dire en prévoyant des peines contre leurs auteurs. Ainsi, pour L. Duarte d'Almeida, qui s'appuie sur des arguments développés par Kelsen, mais aussi J. Raz⁸¹ et A. M. Honoré⁸², le devoir qu'éprouve l'individu à l'égard de la loi pénale découle de la connaissance du risque de sanction, et ne constitue pas une norme juridique à part entière : « [...] le droit pénal assume certes une fonction de détermination des conduites sociales, mais il ne s'ensuit pas qu'il faille inclure ces "normes de conduite" dans le droit⁸³ ». La thèse de L. Duarte d'Almeida paraît intuitive : si le comportement d'un agent est conforme à la loi pénale, on ne peut pas pour autant dire qu'il vise à respecter un devoir juridique. La nature de ce devoir est indécidable, il peut aussi bien venir de mes habitudes spontanées, de mes principes moraux ou des conventions sociales que j'observe. Les individus qui, au contraire, cherchent à savoir ce que leur impose le droit, vont identifier les interdictions non comme des devoirs mais comme des conditions de la peine. L'interdiction est donc une règle,

⁷⁹ Le terme d'interprétation permet, à mon sens, d'insister sur le caractère infini et pratique du rapport des individus à l'autorité du droit pénal. Si l'identification de l'interdiction à un devoir (moral) dépend de l'interprétation qu'en fait l'individu, l'expression de « jugement de valeur » ne rend pas compte du fait que cette interprétation est conditionnée par la forme des énoncés juridiques. De même, les notions d'évaluation et de croyance ne marquent pas suffisamment l'effectivité pratique du processus d'interprétation en question, qui fournit de véritables raisons pratiques, et ne se limite pas à modifier les représentations symboliques des individus.

⁸⁰ Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, *op. cit.*, p. 5 et 9.

⁸¹ Joseph RAZ, s. v. « On the Functions of Law », in Alfred W.B. Simpson (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 278-304 ; Joseph RAZ, « The Functions of Law », in *The Authority of Law. Essays on law and morality*, *op. cit.*, p. 163.

⁸² Anthony M. HONORÉ, « Real Laws », in Peter M.S. HACKER et Joseph RAZ (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977.

⁸³ Luis DUARTE D'ALMEIDA, « Against "Prohibitions" (First Round) », *op. cit.*, p. 30.

énoncée de manière conditionnelle ou impérative, mais dans aucun des deux cas elle ne peut être identifiée à une norme juridique.

L. Duarte d'Almeida rapporte la norme d'interdiction non pas à la structure objective du droit, mais à l'expérience qu'en font les individus. Cette thèse implique que l'efficacité du droit doit aussi être abordée du point de vue des effets psychologiques de la déclaration de la loi pénale, et non pas seulement selon l'activité des forces de police, des tribunaux répressifs ou des administrations chargées de l'exécution des sentences sous toutes leurs formes. La valeur proprement normative de l'interdiction découle de la norme de sanction, qui constitue un devoir juridique objectif, puisque le juge qui refuserait d'appliquer la loi pénale serait poursuivi pour « déni de justice⁸⁴ » : le devoir d'interprétation de l'interdiction est donc la continuation du devoir d'application de la sanction⁸⁵. Le droit pénal participe ainsi à la tâche d'affirmation des normes et de protection des valeurs assumé par l'ordre juridique en son entier, sans qu'il soit nécessaire de supposer que les interdictions générales constituent des devoirs auxquels tout individu se sent effectivement soumis.

L'assurance d'appliquer une peine en vertu de certains actes, et la connaissance du *quantum* de peine encourue face à certains actes, suffisent à dissuader, sans que l'on ait besoin de supposer que le droit pénal dépende de prohibitions effectivement adressées aux sujets. C'est en adressant une obligation de sanction aux agents publics que la loi fonctionne de manière à déterminer les conduites, sans que ces normes de conduite aient besoin d'être explicitement formulées à un moment donné⁸⁶.

Pour comprendre la thèse de L. Duarte d'Almeida, il faut néanmoins rappeler que son argumentation est adossée à la distinction, dans la théorie des actes de langage élaborée par John L. Austin, de l'acte locutoire, de la force illocutoire et de la fonction perlocutoire (ou perlocutionnaire) des énoncés⁸⁷. Les sanctions pénales peuvent ainsi être définies comme des actes *locutoires*, c'est-à-dire comme un énoncé linguistique doté de signification, dont la force *illocutoire* n'est pas l'obéissance de tous à une norme de conduite (qui fait défaut en effet) mais l'obligation pour les autorités judiciaires d'appliquer une peine sous certaines conditions prévues par la loi : dans cette hypothèse, l'interdiction n'est donc que la condition

⁸⁴ L'article en question énonce que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » CC art. 4 (loi 1803-03-05 du 15 mars 1803), [En ligne] URL :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006419283&cidTexte=LEGITEX T000006070721>, consulté le 29 septembre 2016.

⁸⁵ En droit français, « la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'hésite pas à appliquer l'article 4 du Code civil. Le juge refusant de juger pour ne pas interpréter une loi insuffisante, obéissant strictement au principe de la séparation des pouvoirs, se rendrait coupable de déni de justice. » Claudia GHICA-LEMARCHAND, « L'Interprétation de la Loi Pénale par le Juge », *Actes du colloque – L'Office du juge*, Les colloques du Sénat, 29-30 septembre 2006, Palais du Luxembourg, Paris, p. 170, [En ligne] URL : https://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, consulté le 10 novembre 2013.

⁸⁶ Luis DUARTE D'ALMEIDA, « Against "Prohibitions" (First Round) », *op. cit.*, p. 30.

⁸⁷ John L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970, p. 109-118.

d'application de la peine, c'est-à-dire le contenu attribué par le législateur à l'énoncé de l'infraction⁸⁸. Dès lors, c'est l'éventualité de la peine qui possède un effet *perlocutoire*, parce qu'elle induit chez les individus le sentiment mêlé d'appréhension et de crainte que les actes en question ne doivent pas être accomplis. Dans la typologie de J.L. Austin, l'acte perlocutoire est défini comme « l'obtention de certains *effets* par la parole⁸⁹ », par exemple un affect ou un comportement : la peur de braver l'interdit est l'effet perlocutoire de l'annonce de la sanction. À travers cette expérience, les individus se trouvent alors des raisons de s'abstenir du comportement en question, ce que soulignait déjà Bentham :

La loi pénale peut être rendue présente à l'esprit de deux manières : 1°. Par l'énoncé de la loi, c'est-à-dire, par la description de la peine. 2°. Par l'exécution publique de la loi, c'est-à-dire lorsque la peine est infligée avec une notoriété convenable⁹⁰.

On en revient, dans les deux cas, à la peine. D'un point de vue pragmatique, le respect de l'interdiction doit donc se comprendre comme l'effet psychologique de l'annonce des peines et comme une raison possible, mais pas nécessaire, de l'obéissance. Or, si tout acte de langage possède une force illocutoire, l'effet perlocutoire est, pour Austin, toujours contingent. L'obéissance due au sentiment de l'interdiction, de la même manière que l'on parle du sentiment d'obligation, est un effet contingent des déclarations du droit pénal. On peut être puni sans avoir conscience d'avoir enfreint un interdit, ou encore en refusant d'accorder toute légitimité aux normes qui encadrent la procédure de jugement et d'exécution de la peine.

La conception perlocutoire du devoir

Selon les thèses précédentes, le respect de l'interdiction ne provient pas d'un commandement direct adressé par la loi aux citoyens, mais de leur interprétation ordinaire du contenu du droit pénal : l'énoncé général de la loi est, en quelque sorte, une surface de projection que les individus investissent à des degrés divers. Il n'est pas nécessaire de supposer que les individus respectent l'interdiction pour affirmer que le droit pénal exerce un pouvoir sur les conduites : « l'autorité légale peut produire l'effet de déterminer les conduites d'une certaine classe de personnes (par exemple les sujets de droit) à l'aide d'une prescription

⁸⁸ Selon la distinction de Paul Grice entre signification de la phrase et signification du locuteur : Paul GRICE, *Studies in the Ways of Worlds*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 90 et suiv. Voir aussi : Mathieu CARPENTIER, *Norme et exception : Essai sur la défaisabilité en droit*, op. cit., p. 563.

⁸⁹ John L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, op. cit., p. 129.

⁹⁰ Jeremy BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, dans *Oeuvres*, t. II, op. cit., p. 19.

seulement adressée à une classe plus restreinte de personnes (par exemple, les juges)⁹¹ ». Cette thèse a pour conséquence d'infléchir la notion de responsabilité pénale en un sens objectif, comme un rapport conditionnel qui s'exerce d'abord et avant tout *sans sujet* : « dans la bouche des juristes, les propositions concernant les “prohibitions” expriment seulement ce qui doit avoir lieu selon une certaine perspective, et non pas ce que l'on doit faire. »⁹² Plus précisément, le sujet de la peine est formellement un point d'imputation, qui permet de lier une condition (le délit ou le crime) à une peine. Le caractère intentionnel de l'acte, c'est-à-dire la *mens rea*, constitue une condition de l'imputation de la sanction⁹³, consacré en droit français par l'article 121-3 du Code pénal : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre⁹⁴. »

Pour le dire autrement, l'infraction correspond à un état de chose sanctionné juridiquement et à une situation créatrice de responsabilité. La théorie descriptive de la peine renverse radicalement le modèle traditionnel, attaché à comprendre la volonté du criminel en termes psychiques ou psychologiques. Cette conception traditionnelle infère le caractère mauvais de l'acte de l'intention de transgresser la loi, en supposant que l'intention criminelle existerait avant le jugement et serait intelligible aux yeux de l'individu lui-même. Kelsen insiste sur ce point, en montrant qu'au plan juridique, la culpabilité doit être conçue comme un effet objectif de l'éventualité de la peine et non comme un état subjectif :

On a tort de conclure que parce qu'il y a culpabilité, il y a punition. C'est exactement l'inverse : une punition dirigée vers tel fait matériel est ce qui transforme ce fait en acte illicite ; il faut en effet conclure que l'acte est illicite parce qu'il a entraîné la punition. Puisqu'il en est ainsi, la thèse correcte est qu'il y a culpabilité s'il y a punition⁹⁵.

⁹¹ « Il serait également possible de décrire un tel effet de détermination des conduites comme un effet possible (mais pas nécessaire) et, par ailleurs, non exclusif, des normes – un effet qui (de façon très analogue à l'effet “perlocutoire” dans le cadre de l'analyse des actes de langage) peut tout à fait être considérée comme voulu par l'autorité normative. Cela nous permettrait de dire qu'à travers une prescription adressée à certaines personnes en particulier (un juge, par exemple), l'autorité légale pourrait avoir pour effet d'orienter les comportements d'une certaine classe de personnes (par exemple, les sujets de droit). » Luis DUARTE D'ALMEIDA, « Against “Prohibitions” (First Round) », *op. cit.*, p. 30.

⁹² *Ibid.*, p. 28.

⁹³ Les sanctions « ont pour caractéristique commune le fait que la conduite qui constitue le délit est psychologiquement conditionné. La conscience du délinquant, qu'il prévoie ou veuille l'effet nuisible (*mens rea*) constitue un élément du délit. On le désigne par le terme “faute” (*dolus* ou *culpa* au sens large du terme). Quand la sanction est uniquement attachée à un délit psychologiquement qualifié, on parle de responsabilité pour faute, ou culpabilité, par opposition à la responsabilité inconditionnelle (pour résultat). » Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 117.

⁹⁴ CC art. 121-3 (loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels).

⁹⁵ Hans KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre* [1960], cité dans Stanley L. PAULSON, « Introduction », in Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 15.

Ciblant dans ce passage les conceptions psychiques de la volonté en droit développées au XIX^e siècle⁹⁶, Kelsen affirme que la norme pénale de sanction précède et détermine les deux autres éléments de l'infraction, l'élément matériel du comportement accompli (ou abstenu) et l'élément moral de l'intentionnalité de son auteur. Une condamnation présuppose la reconnaissance juridique de la « *jurisdiction*⁹⁷ » du sujet, c'est-à-dire de sa compétence ou de sa capacité à agir selon la loi. Autrement, on ne pourrait pas rendre compte du fait que les cas de négligence, où l'intention qui aurait dû être celle de l'accusé est reconstruite *a posteriori*, peuvent entraîner une responsabilité pénale. L'imputation de la peine repose sur une construction juridique avant de faire usage de données psychologiques.

Par conséquent, au plan descriptif, l'interdiction tire sa force normative de l'interprétation que font les sujets des peines applicables. Elle est l'effet de pouvoir propre à la peine et non une norme juridique à part entière, bien qu'elle existe sous la forme d'un énoncé juridique et abstrait. La performativité de l'interdiction est donc indissociable de la définition par la loi des différentes situations qui délimitent formellement la « punissabilité ». Or, bien que le respect de l'interdiction compte parmi les effets visés par la loi, cette fonction normative demeure néanmoins contingente. Il faut que les individus soient attentifs aux peines qu'ils encourent pour que l'on puisse attribuer à l'interdiction le statut d'un devoir incarné dans des sentiments de respect et de peur. Ainsi L. Duarte d'Almeida conclue-t-il que, selon cette fonction normative, le droit pénal participe d'une manière continue à la redéfinition des repères pratiques et des critères d'évaluation qui orientent les comportements et les représentations des sujets. L'efficacité du système pénal repose sur la capacité du droit à déterminer les conduites *par le seul effet des peines*, autrement dit à définir le cadre interprétatif et le champ évaluatif des individus en posant les coordonnées des comportements punis : la modalité du pouvoir de la loi pénale prendrait donc la forme d'une incitation, et non d'une injonction, à partir de laquelle le devoir que l'individu s'impose peut être reconnu. L'obligation est saisie à la suite d'une réflexion, d'une évaluation, de la part du sujet en fonction des sanctions pénales encourues.

La fonction normative de la peine apparaît visible à l'aune des effets sociaux de la loi pénale, si l'on conçoit les énoncés juridiques de manière pragmatique. Cette perspective impose de renouveler la définition du devoir intimé par la loi pénale, qui apparaît comme

⁹⁶ Alexandre Löffler en droit pénal, Bernhard Windscheid en droit privé et Georg Jellinek en droit public. Voir l'étude de Christoph SCHÖNBERGER, « De l'État comme substance à l'État comme fonction : les débuts de la théorie pure du droit dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre* », in Olivier JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen, Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

⁹⁷ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 142.

l'ombre portée de la peine : la norme de conduite visée par l'interdiction est un énoncé général et abstrait mais elle ne constitue pas un devoir juridique complet sans la référence à l'existence de la sanction. Le droit donne ainsi force et autorité à certaines préférences sociales, à certaines valeurs substantielles ou principes de justice. On peut donc tenir l'affirmation de normes sociales de conduite comme étant l'une des fonctions sociales de la peine. Au plan normatif, cette conception perlocutoire du devoir permet de critiquer un usage moralisateur de la loi pénale, c'est-à-dire la défense de peines qui viseraient à convertir et à éduquer moralement les condamnés. En effet, la valeur normative et l'attachement des individus aux normes de conduite ne peuvent pas être présumées de la déclaration de la loi pénale, quel que soit son contenu. La conformité des conduites envers la loi peut être accompagnée de diverses attitudes, de l'adhésion morale à la méfiance. Une défense moralisatrice de l'application de la loi soutient, au contraire, qu'il est acceptable que l'accusé qui manifeste des remords et reconnaît sa faute soit moins lourdement puni que celui qui demeure indifférent au sort des victimes et aux reproches qui lui sont faits. Cette conception exige que chaque individu possède un même sens du devoir, et se sente lié de la même façon aux interdictions. Or, l'esprit de la loi peut être contestée sans que la lettre n'en soit pas respectée. On peut donc contester la loi tout en lui obéissant. La loi pénale peut donc susciter des attitudes diverses.

Sous son versant critique, la théorie descriptive du droit ne s'en tient donc pas à affirmer que la série des sanctions inscrites dans le droit pénal spécial constitue la classification de l'ensemble des comportements transgressifs au sein d'une société. Elle peut donner cours à un examen plus direct du légalisme. Conçues comme étant adossées à des interdits clairs et déterminés par la loi, les interdictions s'apparentent en fait à des normes juridiques incomplètes, puisque le devoir et l'exigence de respect qu'elles impliquent demeurent le produit de l'interprétation des individus. L'interdiction représente en effet un énoncé impersonnel et anonyme, qui requiert la force des peines pour déterminer, éventuellement, la conduite de celles et ceux qui peuvent être dissuadés : c'est pourquoi il est admis *a priori* qu'un acte incriminé et incorporé au droit pénal est interdit. La perception des interdictions comme un devoir personnel constitue l'effet d'une projection, qui découle de la déclaration de la loi pénale et de l'existence de la sanction. Dès lors, si chaque individu retraduit l'énoncé général et impersonnel de l'interdiction en un devoir personnel et particulier parce qu'il sait que la transgression est punie, il semble alors inévitable que la loi pénale donne lieu à des formes d'erreurs ou d'inconséquences de la part des individus.

Conclusion de la section 2

Le droit définit les conditions juridiques de la peine et anticipe ainsi sur tout acte qui causerait un mal ou une nuisance sociale. Pour qu'un tel acte puisse être qualifié d'infraction par un tribunal, il faut que des conditions juridiques, et notamment une norme de sanction contenant une incrimination, soient antérieurement posées, selon le principe de légalité des délits et des peines. En définissant à l'avance les conditions formelles de la « punissabilité », le droit pénal est ainsi l'objet, selon une analyse pragmatique des énoncés de sanction, d'une appropriation par les individus : le sujet est soumis au règne de la loi mais le contenu de la loi pénale n'est pas formulée à la manière du *Décatalogue*. C'est ce qui peut créer des incertitudes et des lacunes, et peut expliquer les phénomènes de désidentification entre les membres d'une communauté juridique et les règles qui y sont en vigueur.

Ce problème concerne les effets sociaux possibles de l'annonce de la peine sur les individus. Ainsi, une approche pragmatique des normes pénales permet d'en maintenir toute la contingence, et de ne pas ancrer à l'avance le rapport des individus aux normes pénales dans l'alternative entre adhésion de fond et soumission grégaire. Mais, au-delà des conditions normatives communes à tout système juridique, je n'ai pas encore détaillé la normativité sociale du droit une fois qu'il est appliqué, ni approfondit ses effets en termes psychologiques. Pour cerner plus précisément les modalités du rapport subjectif à la loi pénale, il reste alors à examiner les conditions de l'interprétation sociale des peines prévues par la loi, et du rôle que joue cette interprétation dans la genèse de l'obligation politique mais aussi de ses défaillances.

Section 3. Les prétentions du droit pénal

Dans cette dernière section, on distinguera deux manières de comprendre les liens entre l'interprétation des règles juridiques et le suivi de ces règles, c'est-à-dire la conformité des conduites. Ces deux modèles sont ceux de l'autorité de fait et de l'autorité légitime (ou qui prétend l'être) : autrement dit de l'obéissance des individus par interprétation des peines qui les menacent ; ou de l'obéissance par consentement et respect du contenu des interdictions. On peut définir le passage de l'un à l'autre comme l'incarnation de la loi pénale dans les mœurs et les habitudes : au stade initial, le désaccord entre les individus et leur réticence à respecter la loi ne sont résolus que par la force coercitive de la peine ; au stade supérieur, le conflit fait place à une acceptation réfléchie du contenu de la loi. Or, à travers ce passage, c'est l'interprétation de la loi pénale par les individus qui changent de nature : de pouvoir menaçant, elle devient un modèle de comportement. Son autorité n'est plus fondée sur sa force dissuasive, mais sur l'adhésion dont elle est l'objet. Dans une PREMIERE SOUS-SECTION, on posera toutefois le problème épistémologique que soulève cette psychologie du droit pénal : est-il possible de décrire les normes pénales sans les évaluer, et d'adopter un point de vue en troisième personne sur le contenu de la législation pénale, *a fortiori* lorsque l'on y est soumis ? Après avoir posé les conditions d'une telle description, on analysera dans une DEUXIEME SOUS-SECTION comment la perception sociale de la peine oscille entre les deux expériences de la peur et du consentement. On précisera la manière dont les théoriciens du droit analysent la perception des interdits : comment passe-t-on d'interdictions conçues comme des énoncés généraux et abstraits dont seul le versant punitif est décisif, à des ordres intériorisés par les individus comme des raisons de s'abstenir des actes incriminés ?

3.1. Décrire ou évaluer les interdictions ?

Les limites de la théorie des énoncés juridiques

Les théories du droit analysées jusque-là portent sur la forme des énoncés d'interdiction et de sanction, et non sur la source ou sur la finalité du droit pénal. C'est

pourquoi elles ne permettent pas de rendre compte des relations matérielles entre les normes et valeurs d'une société et le contenu des incriminations. Elles reconnaissent leurs liens, sinon le droit serait inefficace et sa validité incertaine, et éclairent certains effets pratiques et psychologiques de la fonction normative des interdictions, en insistant sur la prétention du droit pénal à être légitime et non pas seulement un objet de peur. Mais, si ces théories posent le cadre et les modalités possibles de la transformation morale d'une société par le droit, elles n'analysent pas ce phénomène *in concreto*.

Appliqué au domaine pénal, le normativisme de Kelsen décrit ainsi les conditions communes à tout système répressif. Il ne traite pas des pratiques pénales historiques, encore moins des sources matérielles de la loi pénale. Néanmoins, en abordant la validité de la sanction *lato sensu* et de son mode d'imputation, cette théorie ouvre la voie à une conception pragmatique des effets psychologiques et pratiques de la déclaration des interdictions. C'est à l'aune du régime des peines applicables que les individus se représentent l'interdiction et le devoir d'obéissance, sans que l'exigence de justification morale qui les affecte soit pour autant satisfaite. L'un des mérites de cette analyse réside dans le fait qu'elle éclaire les formes indues de légitimation de la peine qui présupposent la fonction de la peine, en en faisant une condition du maintien de l'ordre social ou de l'existence de l'État, sans rendre compte de ses traits spécifiques.

Cependant, afin d'éviter l'écueil que constituerait le fait de définir le droit simplement d'après le phénomène empirique de l'obéissance, le normativisme se restreint à l'étude des traits logiques et formels de la norme juridique, afin d'énoncer une thèse sur son individuation. La norme juridique se distingue par la définition *a priori* d'une norme de sanction adressée à un organe judiciaire⁹⁸. De ce point de vue, délit et crime constituent les conditions de la peine et non des comportements nuisibles ou des transgressions. Pour Kelsen, la validité de la norme est irréductible à la volonté du corps social ou de ses représentants, et se rapporte au plan strict du devoir-être⁹⁹. L'unité entre les normes qui commandent un comportement et celles qui imposent une sanction n'est pas exprimée par l'ordre juridique, et, si l'on suit le juriste autrichien, le droit pénal ne contient que des normes de sanction. Implicite et présupposée, la nature des devoirs afférents aux interdictions paraît donc

⁹⁸ « Les normes juridiques générales se présentent toujours sous la forme d'énoncés hypothétiques. La sanction est prescrite par la norme sous certaines conditions. » Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 89-89.

⁹⁹ Pour Kelsen, « ce que l'on appelle "volonté" de l'État est simplement l'expression anthropomorphique du "devoir-être" des normes [juridiques] ». Ce n'est pas parce qu'une règle est voulue par l'État qu'elle lui est imputée. On dira qu'elle exprime la volonté du législateur parce qu'elle lui est imputée. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cité par Stanley L. Paulson, « Introduction », in Hans KELSEN, *Théorie Générale du Droit et de l'État*, op. cit., p. 17.

indécidable : son contenu peut faire référence aux autres branches du droit ou aux libertés fondamentales qui déterminent la création de la loi pénale, ou bien aux conventions sociales, à la sensibilité collective ou aux acquis culturels. Dans ses travaux de théorie du droit, Kelsen ne tranche pas ces questions parce qu'il n'aborde pas le contenu ni les finalités de l'édifice juridique. Il s'en tient à une théorie des énoncés et des conditions de validité du droit, applicable à n'importe quel système juridique.

Mais existe-t-il des conditions nécessaires à tout système de peines, manifestant donc le droit dans son objectivité, en-deçà de ses différentes déclinaisons historiques ? Y a-t-il un sens à analyser l'autorité de la loi pénale *in abstracto*, en dehors du système juridique, des valeurs et des préférences d'une société donnée ? Pour le théoricien normativiste, le droit demeure en effet une technique, un outil de régulation sociale, qui permet certes de préserver l'utilité bien comprise d'une communauté, mais dont la connaissance formelle doit rester indifférente aux fins qu'il vise. La peine suppose un rapport d'imputation conditionnelle (« si l'acte *x* a lieu, alors la peine *y* doit être appliquée »), une « punissabilité » dont j'ai essayé précédemment de cerner la forme pure avec les outils du positivisme juridique. Or, même en s'appuyant sur les arguments de Raz eu égard aux prétentions du droit à être légitime, le problème reste que cette analyse creuse le déficit de justification morale dont souffre la peine, parce qu'elle renvoie les approches morales ou politiques de la peine à des jugements de valeur subjectifs, c'est-à-dire dépendant des valeurs particulières adoptées par l'observateur. La question de la légitimité des lois pénales ouvrirait ainsi un conflit de valeurs insoluble entre les différentes interprétations des finalités de la peine. Chez Kelsen, en effet, l'évaluation de la légitimité morale de l'incrimination ou de la peine n'est pas un acte de connaissance mais de volonté, relatif aux intérêts et à la situation de l'interprète¹⁰⁰. Le caractère acceptable ou inacceptable de la peine apparaît donc relatif à l'expérience et aux intérêts des individus ou des groupes. Or, cette conception de la peine comme instrument coercitif indifférent aux finalités morales que les punisseurs cherchent à atteindre manque, il me semble, les liens intrinsèques qu'entretient l'institution pénale avec la définition des valeurs et des normes d'une société : la différence entre la protection de la sécurité individuelle et celle de l'autonomie morale ne modifie pas seulement l'extension de l'incrimination, elle transparait aussi dans la définition de la responsabilité pénale, de la procédure et des peines prévues.

¹⁰⁰ Hans Kelsen, « On the basis of Legal Validity », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 26, n° 1, 1981, p. 178-189. Voir également : Joseph Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, p. 135-138.

Le droit pénal exprime des valeurs et des normes, mais il contribue peut-être également à les renouveler. En exhibant certains choix moraux à portée collective, il donne prise à la critique. À travers l'organisation de la sanction *lato sensu*, le droit concourt à renforcer les valeurs d'une communauté, voire à ériger certains comportements en modèles de conduite¹⁰¹. Ainsi, chaque peine permettrait de fortifier l'autorité légitime des interdictions et plus largement du droit, en dissuadant les individus de violer les valeurs et les normes affirmées dans le contenu des incriminations. Il est indéniable que le contenu des interdictions peut faire l'objet de profonds désaccords entre les individus et les groupes. Mais, selon sa fonction normative, le droit pénal peut-il aussi contribuer à mettre en forme les conflits qui portent sur le contenu de l'incrimination? À travers les exemples historiques de la dépénalisation des pratiques homosexuelles ou de l'incrimination des discours racistes, j'ai essayé de montrer que le rapport de causalité entre l'évolution des mœurs et le renouvellement de la législation pénale pouvait être réciproque. Néanmoins, on peut essayer de cerner davantage la fonction normative de l'interdiction pénale, qui peut donner prise à divers points de vue et peut être investie d'une tonalité morale plus ou moins forte dans le contexte des démocraties libérales.

La valeur normative de l'interdiction

La valeur normative de l'interdiction peut être définie dans sa prétention à poser une obligation négative, autrement dit une obligation de s'abstenir de commettre l'acte qu'elle définit. Décrire cet aspect normatif suppose d'aller au-delà du constat empirique de la conformité générale des comportements envers la loi : l'obéissance *de facto* ne s'explique pas seulement par l'intention des individus d'obéir à la loi, d'autres motifs psychologiques peuvent entrer en jeu ; et ce n'est pas non plus pénétrer la conscience des individus concrets, car dans un système juridique libéral, la loi n'exige pas un certain état d'esprit ni ne vise le *for interne* des sujets. L'interdiction émet une norme sur un comportement extérieur, elle ne contraint pas l'individu à éprouver un certain état psychique. Les activités observables dans les cours de justice et les tribunaux, les représentations des individus qui agissent conformément à la loi sont des conditions à la validité des interdictions, mais elles ne sont pas suffisantes pour décrire la normativité de l'interdiction. Pour décrire ces activités comme

¹⁰¹ Par extrapolation, la communauté sociale se constituerait d'abord et avant tout à travers la mise en œuvre de la sanction : « Nous dirons précisément que le droit fait de l'usage de la force le monopole de la communauté. C'est en ce sens que le droit maintient la paix au sein de la communauté. » Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 73.

juridiques et ces attitudes comme conformes, il faut qu'une norme soit posée juridiquement. La description de la fonction normative de l'interdiction renvoie donc dos-à-dos les modèles sociologique et psychologique de la force du droit. Pour mener cette description, il faut saisir les obligations qui portent objectivement sur le sujet de droit.

On pourrait penser que l'obligation d'obéir aux interdits définis par la loi est auto-évidente dans un État de droit. C'est ce que souligne Anthony Honoré, en s'appuyant sur la thèse énoncée par Hart de la fonction de reconnaissance du droit¹⁰² : les droits dont bénéficient les individus comme les devoirs auxquels ils sont soumis sont reconnus à travers des règles qui peuvent inclure la référence à des sanctions, mais le sens de ces règles ne se réduit pas à imposer une sanction¹⁰³. La valeur normative de ces règles est même transparente à leur énoncé. Ainsi, dans le cas du droit pénal, bien que la formulation de la règle semble décrire un lien entre une conduite et une sanction à l'indicatif, la valeur d'interdiction de l'énoncé ne fait aucun doute :

la formule "Celui qui fait *X* est coupable d'une infraction" implique l'interdiction de faire *X* – il va de soi que nous devrions dans ce cas nous abstenir de faire *X*. Pour formuler la chose de façon plus formelle, il existe une règle ou une présomption de la loi selon laquelle "personne ne doit se comporter d'une manière qui constitue une infraction, sauf dans des cas de légitime défense, de contrainte..." Cette présomption est-elle trop évidente pour être appelée une règle ? C'est possible [...] ¹⁰⁴.

L'obligation de respecter l'interdiction ne fait donc pas référence aux sentiments plus ou moins intenses qui animent l'individu dans son rapport à la loi. Il ne provient pas de la plus ou moins grande adhésion morale que manifeste l'individu envers la loi pénale. Au contraire, il relève d'une norme objective. Comme le suggère Honoré à la fin de ce passage, cette norme est suffisamment évidente pour qu'aucune règle officielle du droit n'ait besoin de la rappeler explicitement.

Cette conception de l'interdiction fait écho à la célèbre maxime juridique « Nul n'est censé ignorer la loi ». Un doute demeure néanmoins quant à son interprétation : faut-il l'entendre comme une présomption inhérente à l'assujettissement des individus à la loi dans un État de droit ? Ou comme une fiction nécessaire au fonctionnement du droit, et notamment à l'application des sanctions ? Cette alternative nous ramène à la question de la valeur normative de l'interdiction. Dans un système juridique moderne, le principe de légalité

¹⁰² Comme le montre Jean-François Kervégan, d'après le positivisme modéré de Hart (sur lequel s'appuie ici Honoré), « les seuls véritables droits sont ceux que le droit objectif positif me reconnaît. » Voir Jean-François KERVEGAN, « Avoir des droits : pourquoi, comment, lesquels ? », *Bulletin de la société française de philosophie*, vol. 109, n° 4, 2015, p. 15.

¹⁰³ Anthony M. HONORE, « Real Laws », in Peter M.S. HACKER et Joseph RAZ (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, op. cit.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 117.

impose au législateur la formulation d'interdits et de peines déterminés *a priori*. En droit pénal français, l'interprétation de la loi est stricte : on ne peut être condamné qu'en vertu d'un texte pénal clair et précis. Le juge n'a pas le droit de créer des règles inédites en interprétant la loi. Tous ces principes incitent à penser que la texture des règles en matière pénale ne fait pas problème. Cependant, l'objet des interdictions demeure général et abstrait. Le procès et le débat contradictoire dans les tribunaux correctionnels ou les cours d'assises visent précisément à adapter le contenu général des interdictions à la situation particulière de l'accusé de façon équitable. Mais le travail d'interprétation auquel se livre l'autorité judiciaire concerne le contenu particulier d'une interdiction. Or, à côté de l'acte dont elle impose de s'abstenir, l'interdiction implique aussi d'être respectée parce qu'elle constitue une norme du droit. L'obligation générale de se conformer aux interdictions apparaît être fondamentale et présupposée par le règne de la loi (*rule of law*) dans un État de droit. Elle n'est pas la conséquence d'une situation particulière. C'est ce que rappelle Honoré dans son analyse des énoncés situés aux fondements du droit pénal :

[...] les règles directement normatives d'un système juridique moderne sont pour la plupart de plates généralités. "Ne pas commettre d'infraction", "S'abstenir de tout délit", "Répondre de ses engagements", "Payer ses dettes", "S'acquitter de ses responsabilités", "Remplir ses obligations". Ce sont bien de telles propositions auto-évidentes qui devraient être considérées comme les normes de base d'un système juridique [...]. Ces normes de base ne sont pas attachées à des contextes pratiques spécifiques, ce qui confirme, au besoin, combien un programme général d'individuation des lois sur la base de contextes pratiques serait insatisfaisant¹⁰⁵.

Toute la force de l'interdiction repose sur le fait qu'elle est immanente à l'existence du droit lui-même. On n'a pas besoin d'en trouver matériellement l'injonction pour savoir qu'un acte incorporé au droit pénal à titre de condition d'une peine est interdit. L'interdiction apparaît par régression, à l'aune des conséquences fâcheuses qu'elle entraîne. J'ai insisté précédemment sur cette spécificité du droit pénal moderne, pour montrer que la théorie pragmatique du droit, notamment celle de L. Duarte d'Almeida, y voit un argument pour redéfinir le sentiment de respect ou de crainte devant l'interdiction comme un effet perlocutoire de l'éventualité de la peine. Cette théorie enracine donc les devoirs qui planent sur le sujet de droit avant toute commission d'infractions dans les états affectifs et les représentations associés aux énoncés juridiques. Ce faisant, elle tend à réduire la description du droit pénal à un ensemble de normes de sanction, prévoyant, dans leur dimension locutoire, la distribution de contraintes rétributives, afin d'interdire un acte défini *a priori* (c'est la fonction illocutoire de ces énoncés de sanction). Dans ce cadre, le contenu de l'interdiction

¹⁰⁵ Anthony M. HONORE, « Real Laws », in Peter M.S. HACKER et Joseph RAZ (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, op. cit., p. 118.

relève d'autres branches du droit, des conventions sociales ou des préférences morales d'une société. La capacité du droit pénal à protéger des normes et des valeurs en obligeant les individus à respecter les interdictions, c'est-à-dire sa fonction normative, dépend alors de l'interprétation que les individus font des peines prévues, du sentiment de respect ou de crainte qu'ils éprouvent devant la norme pénale. Tout se passe donc comme si le devoir de respecter l'interdiction était subordonné à la force dissuasive de la peine, dont l'appréciation demeure subjective.

Les présupposés de la science du droit (Kelsen)

Une théorie pragmatique des énoncés du droit pénal soutient que le devoir (au sens moral) intimé par l'interdiction provient de l'expérience des individus, et non des obligations objectives du droit. C'est pourquoi elle se présente comme une variante des théories positivistes du droit qui distingue le domaine des obligations juridiques de celui des devoirs moraux. Mais, en séparant la question du contenu et de la valeur normative de l'interdiction, de celle de la répression pénale, cette théorie tend à présumer que les individus ne perçoivent le droit pénal, ses normes d'interdiction et de sanction, que sous sa face répressive, comme un instrument de dissuasion ou de condamnation, et non comme une institution gardienne de certaines normes ou valeurs, voire de principes de justice. Or, on l'a analysé en revenant sur la critique de Holmes par Hart, le droit donne prise à de multiples points de vue, et à un investissement moral plus ou moins fort, selon que l'on se met à la place de « l'homme perplexe » ou « ignorant », de l'individu « qui désire faire ce qui est requis » ou « régler ses affaires », ou encore et surtout, en matière pénale, de « l'homme méchant¹⁰⁶ ».

En suivant à nouveau Hart¹⁰⁷, on peut distinguer deux types d'acceptation de la loi pénale. Elle peut tout d'abord être l'objet d'une adhésion en un sens fort, dès lors que les individus érigent le contenu de la règle au rang de modèle de comportement et jugent que tous les destinataires de la règle doivent y obéir : on est alors dans le cas d'un pouvoir fort parce que légitimé collectivement par celles et ceux qui y sont soumis ; la législation pénale est congruente avec la morale commune. Mais la loi pénale peut aussi être acceptée en un sens plus faible, lorsque l'individu reconnaît que la règle lui fournit un avantage et qu'elle est conforme à son intérêt personnel, sans qu'il en soit forcément de même pour tous les autres

¹⁰⁶ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 59.

¹⁰⁷ Herbert L.A. HART, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982, p. 265-266.

destinataires : dans ce second cas, la loi pénale est reconnue comme une raison d'agir, mais l'individu accepte d'y obéir pour des motifs prudentiels qui ne regardent que lui. Il y a un pas entre l'adhésion largement affective dont les interdits pénaux peuvent être l'objet dans une communauté, et la reconnaissance rationnelle des intérêts qu'ils protègent. Dans un cas, l'individu s'en tient à défendre l'interdiction parce que « c'est la loi », dans l'autre il peut expliciter les raisons qui le mènent à choisir de s'y soumettre.

L'intérêt d'une approche positiviste, aussi modérée soit-elle, apparaît donc ici dans la possibilité de distinguer diverses attitudes envers la loi pénale : de l'adhésion ferme et spontanée, à l'indifférence pour son contenu, en passant par l'appréciation distante de son mérite moral. En adoptant une telle approche, Hart théorise un effort de « démystification du droit¹⁰⁸ », qui revient en matière pénale à ne pas prendre pour allant de soi les prétentions morales de la peine. La validité de la loi pénale dans un certain système juridique ne fait pas son mérite moral¹⁰⁹. Cependant, cette distinction entre validité et légitimité de la loi pénale suppose qu'il soit possible de décrire une interdiction comme valide sans entrer dans sa justification. Or, si l'interdiction est normative, si elle protège des valeurs et des normes à travers un énoncé juridique, comment savoir si l'interprétation de ces valeurs et normes ne nous fait pas basculer dans la justification du contenu du droit ?

Étant données les contraintes qui encadrent la création du droit, l'énonciation de la règle d'interdiction est nécessairement générale et abstraite. Ainsi, on ne parlera pas de dérober son *smartphone*, son ordinateur ou ses écouteurs à son voisin ou sa voisine, mais de soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Sans cette abstraction la norme juridique ne pourrait pas être générale. Il serait impossible de l'appliquer aux situations variées que rencontrent les individus et aux cas complexes que soulèvent leurs relations. Mais la généralité de la norme élève l'interdiction à un statut transcendant par rapport à la réalité sociale : la mise en œuvre de la loi n'a rien d'évident, c'est aux individus habilités, magistrats et juges, de montrer que les actes concrets entrent dans la catégorie du délit ou du crime définie par la loi et qu'ils constituent donc les objets de la norme. Or, en matière pénale, ce besoin d'interprétation a parfois pour effet de rendre incertaine la reconnaissance des valeurs et normes qui sont protégées par l'interdiction.

La description de la signification normative des lois pénales, dans le but de saisir les valeurs et les normes qu'elles protègent, se heurte ainsi à deux difficultés :

¹⁰⁸ Herbert L.A. HART, « La démystification du droit », trad. de l'angl. par Ph. Gérard et M. van de Kerchove, in Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 89-118.

¹⁰⁹ Voir Herbert L.A. HART, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, op. cit., p. 28.

- la première réside dans l'écueil d'une conception psychologisante ou sociologisante du droit pénal, qui identifie le contenu de l'interdiction aux sentiments et attitudes éprouvés par les individus à leur égard, ou à l'activité des tribunaux répressifs. Le problème est que la validité de l'interdiction n'entretient aucun lien logique avec le respect ou la crainte qui visent l'interdit, ni avec son éventuelle application par les juges : une interdiction peut être d'autant plus valide qu'elle n'est jamais réaffirmée par une condamnation pénale.

- La seconde découle de la difficulté de s'extraire d'une approche moralisante lorsque l'on essaye de cerner le contenu d'une loi. En effet, en remplaçant les énoncés généraux et abstraits du droit par des termes dénotant des situations concrètes et vécues, le risque est grand de confondre la norme juridique avec les perceptions sociales, les mœurs ou certaines préférences morales. Or, l'interdiction porte sur des actes et non sur ce qu'ils symbolisent ou incarnent aux yeux de chacun. Il peut donc être délicat de discriminer les raisons d'être d'une interdiction pénale, qui prétendent la rendre légitime, sans verser pour autant dans sa justification ou son évaluation critique.

Formulé par Bentham, ce problème se situe selon Kelsen à la racine de la constitution de la science juridique. Dans la *Théorie pure du droit*, l'auteur tente en effet de faire place, au sein de la connaissance du droit, à un type d'énoncés qui décrivent les normes juridiques sans les justifier : les « propositions de droit » (*Rechtssätze*) ou « propositions normatives », qui appartiennent au genre des « propositions de devoir-être¹¹⁰ » (*Sollsätze*), c'est-à-dire les énoncés qui développent le contenu prescriptif d'une norme juridique sans envelopper de jugements de valeur à son égard. À travers l'usage des propositions normatives, Kelsen entend reconstruire les normes véritables et intelligibles du droit au-delà de la variété de leurs formulations positives, ou de leur formulation incomplète ou inauthentique. La difficulté réside dans le fait que, si le statut de ces propositions normatives est descriptif, leur objet est néanmoins normatif. Kelsen tente de concilier ces deux exigences, en rappelant que la science du droit est normative *de lege lata*, au sens où elle décrit les normes valides du droit en vigueur, mais non *de lege ferenda* : elle ne se présente pas elle-même comme une source de droit¹¹¹. Cette théorie a donné lieu à de nombreux débats afin de savoir si un énoncé pouvait réellement être normatif sans être prescriptif¹¹². Mais j'en retiendrai seulement l'idée que la proposition normative, par opposition à la norme elle-même, est descriptive et qu'elle désigne

¹¹⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 100, 109 et 97-113.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 111.

¹¹² Voir : Herbert L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, Essay 14, « Kelsen Visited » ; Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2004 ; Paul Amselek, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Kelsen », *Revue juridique Thémis*, vol. 33, 1999, p. 185-223.

ce qui doit être fait relativement au système juridique en vigueur. Décrire la valeur normative des interdictions, ce n'est donc ni observer les individus qui les respectent ou les tribunaux qui les appliquent, ni tenter de justifier ou de fonder le contenu de ces interdictions.

3.2. De la définition à la perception de l'interdit

Norme juridique et norme sociale : une frontière poreuse

Le problème consiste à savoir si l'on peut décrire objectivement les valeurs et les normes protégées par des interdictions sans entrer dans la défense ou la critique de ces valeurs et de ces normes, et surtout en étant sûr que l'on traite bien d'interdictions *juridiques*. Malgré l'évidence apparente de la prohibition de l'inceste par exemple, on peut toutefois s'étonner des fluctuations et du décalage des normes juridiques par rapport à la morale commune. L'inceste se définit comme un rapport sexuel entre deux personnes qui ont un lien de parenté ou entre lesquelles le mariage est interdit. La prohibition de l'inceste se situe, pour Claude Lévi-Strauss, au croisement de la culture et de la nature, parce qu'elle est une règle, mais qu'elle possède un caractère d'universalité¹¹³. Or, le droit n'est pas aussi explicite qu'on pourrait le croire à ce sujet. En France par exemple, l'inceste ne fait pas l'objet d'une incrimination séparée et n'est pas puni si la relation est consentie et a lieu entre des personnes ayant atteint la majorité sexuelle. Le code pénal tient seulement compte des liens de parenté pour qualifier plus gravement les agressions sexuelles qui impliquent un rapport incestueux, notamment dans le but de protéger l'enfant¹¹⁴.

Les interdits moraux ou anthropologiques ne recourent donc pas toujours les interdictions juridiques, et vice-versa. Mais la difficulté à identifier le contenu des interdictions juridiques tient aussi au mode d'énonciation du droit. Max Black défend l'idée

¹¹³ Claude LEVI-STRAUSS, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Mouton & Cie/Maison des sciences de l'Homme, 1971, p. 28-29.

¹¹⁴ La référence à l'inceste avait été supprimée du code pénal français par la loi du 5 août 2013, article 222-31-2, et n'était plus mentionnée que dans le titre : « De l'inceste commis sur les mineurs ». Mais, la loi du 14 mars 2016 a réintroduit la mention de l'inceste dans le but de renforcer la protection de l'enfance. La notion d'inceste est réapparue dans le code pénal, articles 222-31-1 et 222-31-2, afin de circonscrire la liste des cas d'agressions sexuelles aggravées par leur caractère incestueux. En Espagne comme au Portugal, l'inceste apparaît comme une circonstance aggravante des infractions sexuelles, à l'opposé de l'Allemagne, l'Angleterre, le Pays de Galles, le Danemark et la Suisse qui constituent la relation incestueuse en infraction spécifique. En droit italien, l'infraction est constituée si la relation incestueuse est rendue notoire par les partenaires.

d'une dépendance forte entre les règles et les énoncés linguistiques dans lesquels elles sont formulées :

il semble y avoir un lien particulièrement intime entre une règle et l'ensemble de mots par lequel elle est énoncée. La relation entre une règle et son énonciation n'est pas quelque chose d'externe et de contingent [...] : la règle est, en quelque sens, constituée par sa formulation¹¹⁵.

Or, dans l'hypothèse où le droit pénal serait composé *prima facie* de normes de sanction, attachant une peine à certains antécédents factuels, toute la question est de savoir comment reformuler l'interdiction comme une norme à part entière, pour rendre compte de son indéniable force normative. Ainsi, rappelle Black :

on *peut* concevoir des circonstances dans lesquelles on puisse dire qu'un certain nombre de personnes se comportent comme si elles répondaient à une régulation qui, cependant, n'a jamais été formulée et est "fondamentale" au sens où elle ne suit pas logiquement du code de régulations explicite¹¹⁶.

De nombreuses interdictions sont en effet observées en raison de leur caractère coutumier et proverbial, parce qu'il s'agit d'abord de règles inscrites dans les mœurs, sans que les individus aient besoin d'en connaître l'énoncé juridique. Inversement, malgré leur tournure indicative et conditionnelle, les énoncés de sanction expriment des interdictions claires. La lettre du droit se contente d'énoncer : « Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle.¹¹⁷ » Et l'interdiction du meurtre n'a pas besoin d'être explicitement énoncée pour que l'on puisse affirmer qu'elle constitue une norme juridique ; pas plus qu'il n'est nécessaire qu'elle soit répétée par les autorités chargées de la mise en œuvre de la loi pour que la représentation de la mise à mort d'autrui déclenche un sentiment d'aversion et soi « instinctivement » observée¹¹⁸. Cette interdiction fait écho à la morale commune, elle transparaît dans tant de dictons, de clichés de langue, d'expressions populaires que le droit n'a pas besoin de formuler explicitement les interdictions dans un code juridique des peines prévues indépendamment pour qu'elle soit respectée : l'expression « il n'y a pas mort d'homme » réaffirme en creux la gravité du meurtre. C'est ce qui rend la frontière entre les normes juridiques et les conventions sociales extrêmement poreuse dans le cas de la reconnaissance des interdits fondamentaux d'une société.

¹¹⁵ Max BLACK, *Models and Metaphores* [1962], cité et traduit dans Mathieu CARPENTIER, *Norme et exception : Essai sur la défaisabilité en droit*, *op. cit.*, p. 49.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 51.

¹¹⁷ Art. 221-1 du CP (loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes).

¹¹⁸ Georg Henrik von WRIGHT, « Is and Ought », in Stanley L. PAULSON et Bonnie LISCHESKI PAULSON (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 370.

À cette difficulté s'ajoute un trait spécifique de la légitimité formelle du droit, qui n'a pas besoin d'énoncer publiquement les justifications qui soutiennent la loi. Cette absence de justification explicite contribue même à la force normative de l'interdiction. L'incorporation d'une interdiction dans le droit signifie qu'il faut y obéir, mais sa reconnaissance comme norme juridique fournit en effet une première raison de le faire. On entend clairement l'interdit à travers le rappel des conditions dans lesquelles notre responsabilité pénale sera engagée¹¹⁹. Qu'une interdiction soit de nature juridique implique que l'on n'a pas besoin de réévaluer, dans chaque situation, les raisons de fond qui ont motivé l'incrimination. Il n'y aurait pas de sens, sinon, à ce que l'interdiction soit promulguée sous la forme d'une loi générale et abstraite.

Ainsi, le fait qu'une interdiction découle d'un processus de création juridique constitue une première justification, de nature procédurale, de la norme de conduite qu'elle exprime. Pour appliquer la sanction, les agents de l'État n'ont pas besoin de rappeler les justifications d'arrière-plan qui motivent l'incrimination, le rappel de la loi peut suffire. Il serait inutile autrement de déclarer l'interdiction comme une règle juridique¹²⁰. La validité de l'interdiction tient donc lieu de justification minimale¹²¹. Exprimée dans la loi pénale, elle est promulguée conformément aux contraintes juridiques en vigueur et acquiert une légitimité procédurale. Bedau et Kelly le rappellent lorsqu'ils distinguent le type de justification recherchée par la théorie morale, qui évalue la peine au regard de critères moraux substantiels, de principes d'utilité ou de justice par exemple, et la justification sur laquelle s'appuient ordinairement les autorités répressives, liée aux procédures de validation du droit et non pas directement à une justification morale de fond :

¹¹⁹ Ce rappel peut être exagéré lorsque l'interdiction en question n'est pas valide. Ce fut le cas le 22 février 2017 dans un message de la Préfecture de police sur *Twitter* afin d'empêcher les rassemblements prévus le lendemain en réaction à l'« affaire Théo » (suite à l'arrestation et au viol allégué de Théo Luhaka le 02/02/2017 à Aulnay-sous-Bois) : « #BlocusPourThéo : Participer à une #manifestation non déclarée engage votre responsabilité pénale ! » Compte *Twitter* officiel de la Préfecture de police, message du 22 février 2017, [En ligne] URL : https://twitter.com/prefpolice/status/834446382874386435/photo/1?ref_src=twsrc%5Etfw&ref_url=http%3A%2F%2Fwww.lemonde.fr%2Fles-decodeurs%2Farticle%2F2016%2F06%2F19%2Finterdiction-de-manifester-que-dit-la-loi_4953602_4355770.html, consulté le 23 février 2017.

Or, dans le cas d'une manifestation se déroulant sans déclaration préalable et complète, ou d'une manifestation maintenue malgré un arrêté d'interdiction, seuls les organisateurs ou les individus personnellement notifiés sont passibles d'une sanction pouvant aller jusqu'à six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende (CP, art. 431-9).

¹²⁰ Ce que rappelle Mathieu Carpentier : « [...] pour être véritablement dotée de force normative, la norme doit être mobilisée par le raisonnement directement, indépendamment de sa justification d'arrière-plan [...], elle doit être "enracinée" (*entrenched*) : le processus de décision qui applique la norme ne doit pas mobiliser directement la justification d'arrière-plan, car s'il le faisait, on verrait mal pour quoi il était utile, au départ, de formuler une norme. » Mathieu CARPENTIER, *Norme et exception : Essai sur la défaisabilité en droit*, op. cit., p. 54.

¹²¹ Au sens emphatique de force obligatoire de la norme, et non au sens faible (et tautologique) d'appartenance à un système juridique. Voir : Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 13.

Les punisseurs doivent se contenter d'une justification largement procédurale de la plupart des peines qu'ils imposent. Dans la mesure où le système pénal sur lequel ils s'appuient est essentiellement juste, aucune des sentences que l'institution ordonne n'est injuste (elles peuvent, bien entendu, être déraisonnables [*unwise*])¹²².

C'est pourquoi, pour évaluer le valeur normative d'une interdiction, il apparaît nécessaire de s'abstraire du point de vue de l'agent immergé dans la pratique : si l'on suit Hart, c'est à la seule condition de distinguer une morale critique de la morale positive, c'est-à-dire d'adopter des critères moraux différents des conventions et des mœurs de la société, que l'on peut s'interroger sur la justification d'une règle ou d'une pratique¹²³. Or, ce faisant, on bascule de la théorie descriptive à la théorie normative. En dehors du cas des interdits qui marquent le plus spontanément les consciences, l'interprétation du contenu des interdictions pénales appelle donc une clarification des points de vue possibles sur le droit.

Aspects et points de vue : les distinctions de Hart

La force normative de l'interdiction donne lieu à deux types de norme : l'obligation primaire pour les citoyens de ne pas commettre d'infractions, l'obligation secondaire pour les agents de l'État de punir en cas de transgression de la première. On peut penser qu'il n'est pas possible d'isoler le contenu juridique de l'interdiction dans les cas où la norme est obéie d'une majorité d'individus, car le droit épouse alors la morale commune et la règle juridique se fond dans les règles sociales. C'est ce que rappelle Stephen Perry : lorsque la règle juridique fait l'objet d'une acceptation globale, les individus ont à son égard un point de vue interne, intéressé à son mérite moral propre, et non plus seulement externe, c'est-à-dire focalisé sur le comportement des autorités en cas de transgression¹²⁴. Cette affirmation mérite néanmoins d'être approfondie, car elle présuppose que le droit est l'objet de points de vue différents, qui débouchent peut-être sur des attitudes plurielles, allant de l'indifférence pour l'esprit de la loi à l'adhésion morale au droit.

Certes, lorsqu'un fonctionnaire de l'État (agent des forces de l'ordre ou juge) rappelle qu'« il est interdit de faire *x* » ou qu'« il ne faut pas faire *x* », il entend bien diriger le comportement de son interlocuteur dans un certain sens. Pour autant, cette objection ne fait

¹²² Hugo A. BEDAU et Kelly ERIN, s. v. « Punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, op. cit.

¹²³ Voir *supra* Chap. II.

¹²⁴ Telle est la position de Stephen Perry : « Étant donné que le point de vue interne n'est que la perspective de ceux qui acceptent la règle, il s'ensuit, à un niveau conceptuel, qu'une règle sociale n'a même pas d'existence tant qu'une partie suffisante du groupe concerné n'adopte un point de vue interne à son égard. » Stephen PERRY, « Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View », *Fordham Law Review*, vol. 75, n° 3, 2006, p. 1171.

que déplacer le problème. Quelle est l'intention de l'agent lorsqu'il rappelle l'interdiction ? Informer son interlocuteur qu'autrement il risque une peine ? Ou bien exprimer un commandement ? Il apparaît indéniable que la peine suppose une obligation de respecter les interdictions dont elle est la sanction. Mais, on peut néanmoins se demander si les agents d'un système pénal adhèrent moralement et en première personne aux modèles de conduite et aux valeurs que véhicule la législation pénale. C'estes, ces questions peuvent être abordées par des études empiriques, à travers des enquêtes et des observations portant sur l'activité et la réflexivité des agents du pouvoir judiciaire par exemple¹²⁵. Mais elles ont aussi donné lieu à des discussions considérables en théorie du droit : peut-on assimiler le point de vue des agents publics à l'égard des règles à celui des citoyens ordinaires ? Les punisseurs croient-ils toujours avoir de bonnes raisons de punir, et les individus peuvent-ils comprendre ces raisons ? Qui détient le sens ultime de la peine, le juge, le condamné, la communauté au nom de laquelle la peine est appliquée ?

Ces questions portent sur le niveau d'adhésion et d'engagement moral des individus à l'égard du droit, dans le cas d'un système pénal valide et efficace. Une manière de répondre au problème serait de ne pas trancher ces alternatives, et de montrer que la valeur normative de l'interdiction peut donner prise à de multiples attitudes, puisque dans un système juridique libéral, la loi n'appelle que la conformité extérieure des comportements et n'impose pas de contrainte psychique : du moment que les individus obéissent, il est indifférent qu'ils le fassent par prudence et esprit de calcul, ou parce qu'ils s'identifient moralement aux valeurs et aux normes protégées par la loi. Il est alors inévitable que l'autorité de l'interdiction donne lieu à plusieurs interprétations, liées aux différents points de vue que le droit admet, en tant qu'institution sociale. Cette multiplicité de points de vue, révélant aussi des aspects différents des règles juridiques, a été analysée en particulier par Hart.

Le juriste britannique propose de caractériser les règles juridiques par leur double *aspect*, parce qu'elles prétendent affirmer une obligation (aspect interne) et correspondant à un comportement régulier, accompli par les individus, y compris les agents du système judiciaire (aspect externe)¹²⁶. Reconnaître l'aspect interne de la règle implique que le droit ne

¹²⁵ Je renvoie en particulier à Dan KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Erès, « Trajets », 2015 ; Angèle CHRISTIN, *Comparutions immédiates : Enquête sur une pratique judiciaire*, Paris, La Découverte, 2008.

¹²⁶ Comme l'explique Hart, « pour qu'une règle sociale existe, il faut qu'au moins certains [membres du groupe] considèrent le comportement en question comme un modèle général que doit observer le groupe dans son ensemble. La règle sociale possède un aspect "interne", qui s'ajoute à l'aspect externe qu'elle partage avec l'habitude sociale, et qui consiste dans le comportement uniforme régulier dont n'importe quel observateur pourrait prendre acte. » Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, *op. cit.*, p. 75.

se restreint ni aux commandements émis par le souverain, ni à l'habitude d'obéir des sujets¹²⁷, ni aux décisions que prendront de façon prévisible les tribunaux : toutes ces définitions sont autant de manières de saisir les normes sous leur aspect externe, c'est-à-dire de gommer la valeur normative pour ne considérer que la volonté politique, les pratiques judiciaires ou l'habitude d'obéissance ; néanmoins ces dernières ne sont que les effets de la validité des normes en vigueur¹²⁸. La normativité du droit ne se réduit pas aux attitudes et expériences psychologiques qu'éprouvent les individus. En dehors du processus de création qui les a engendrées ou des individus qui s'y soumettent, les normes qui composent le système juridique peuvent aussi être l'objet d'une reconnaissance collective, parce qu'elles expriment des valeurs et des standards de conduite. Il existe en effet une différence, pour Hart, entre « le fait d'être obligé » et « le fait d'avoir une obligation » : la première expression dénote les sentiments de crainte ou de respect qu'inspire le droit, la seconde la prétention du droit à être la source de devoirs, à fournir des guides pour la pratique et des critères à nos jugements. C'est ce qu'il explique dans le passage suivant :

Lorsque des règles sont généralement acceptées par un groupe social et généralement appuyées par la critique sociale et par des pressions qui incitent à s'y conformer, il ne fait aucun doute que les individus peuvent souvent connaître des expériences psychologiques analogues à celles de la restriction ou de la contrainte. [...] Mais de tels sentiments ne sont ni nécessaires ni suffisants pour qu'existent des règles "obligatoires" [...]. Ce qui est nécessaire, c'est qu'il y ait une attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun, et que ce modèle se révèle lui-même dans les critiques (y compris l'auto-critique), dans les réclamations qu'on s'y conforme, et dans le fait qu'on reconnaisse que ces critiques et réclamations sont justifiées [...]¹²⁹.

Chez Hart, le caractère obligatoire de la norme est attesté par le rapport d'acceptation ou de contestation dont la règle peut être l'objet, ce qui se traduit socialement par des pratiques manifestes. Il n'est donc pas nécessaire de pénétrer la conscience des individus pour attester la force normative d'une règle¹³⁰.

¹²⁷ C'est la position impérativiste d'Austin. John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*, p. 166 ; voir également *supra*, chap. III, section 1.

¹²⁸ C'est pourquoi les énoncés décrivant le droit ne sont pas des énoncés portant sur des faits, comme le prétendent les positions réductionnistes d'Austin ou Holmes. Pour une critique de ces thèses par Hart, voir : Herbert L.A. HART, *Essays on Bentham, Studies in Jurisprudence and Political Theory*, *op. cit.*, p. 146-147 ; Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, *op. cit.*, p. 221 et p. 225-229.

¹²⁹ HART Herbert L. A., *Le Concept de droit*, *op. cit.*, p. 76.

¹³⁰ C'est ce que souligne Jean-François Kervégan en interrogeant la catégorie de droits moraux mise en œuvre dans certaines luttes historiques comme la reconnaissance du droit de vote des femmes : « le langage des droits dispose d'une force illocutoire intrinsèque, donc d'une puissance mobilisatrice bien plus importante que celle de la simple revendication ; ceci explique que la plupart des revendications cherchent à se formuler en termes de droits, d'où le phénomène, largement analysé et souvent dénoncé, de la "prolifération des droits". » Jean-François KERVEGAN, « Avoir des droits : pourquoi, comment, lesquels ? », *op. cit.*, p. 15-16. La citation interne renvoie à : Carl WELLMAN, *The Proliferation of rights. Moral progress or empty rhetoric ?*, Boulder, Westview Press, 1999.

Conformité et critique

Hart ajoute néanmoins une dichotomie supplémentaire. L'aspect interne des règles juridiques peut être décrit de deux *points de vue* différents, à nouveau interne ou externe, qui reviennent à considérer « les règles, soit simplement comme un observateur qui ne les accepte pas lui-même, soit comme un membre du groupe qui les accepte et les utilise comme modèles de conduite¹³¹ ». Cette seconde distinction, si elle est commune à de nombreux champs des sciences sociales¹³², acquiert un sens particulier en droit, et notamment en matière pénale : elle manifeste un clivage entre deux manières d'interpréter la prétention de l'interdiction à être légitime.

Pour comprendre la différence entre point de vue interne et externe, on peut s'attarder sur le cas de l'interdiction du meurtre. Dans la terminologie de Hart, une telle règle possède un aspect interne : autrement dit, elle affirme explicitement une norme de conduite, et prétend fournir une raison de ne pas tuer autant que de réprouber et de condamner moralement les meurtriers. D'un point de vue interne, cette règle doit être conçue comme une norme, qui s'impose *prima facie* aux citoyens ordinaires et en second lieu aux autorités répressives en cas de transgression constatée. Que les individus voient dans la loi pénale une raison d'agir, un guide pour leur comportement futur, ou un repère pour évaluer celui des autres prouve qu'ils se rapportent à la loi en première personne, qu'ils sont directement interpellés par sa force normative en tant que destinataires de la règle. Suivant Hart, pour pouvoir affirmer que la société est régie par un système de peines attachées à des interdictions, il faut que *l'aspect interne* de l'interdiction – c'est-à-dire sa force obligatoire – soit perçu d'un *point de vue interne* par la majorité des citoyens. Autrement dit, il faut que la peine soit comprise en référence à une interdiction qui oblige à respecter un modèle de comportement, une abstention dans la majorité des cas de prohibition. Ainsi, c'est du point de vue interne que « la violation d'une règle ne constitue pas seulement une base qui leur permet de prédire qu'une réaction hostile va s'ensuivre, mais une raison de cette hostilité¹³³ ».

En forgeant cette distinction, Hart ménage donc une place à la reconnaissance d'un point de vue externe sur les interdictions au sein des diverses attitudes dont le droit est l'objet. Ce point de vue est celui de l'individu qui s'en tient à respecter la lettre de la loi, sans se

¹³¹ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 108.

¹³² Voir Brian Z. TAMAHANA, « A socio-legal methodology for the internal/external distinction : jurisprudential implications », *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006, p. 1255 ; Jean-Yves CHEROT, « La question du point de vue interne dans la science du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 59, n° 2, 2007, p. 17-33.

¹³³ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 110.

soucier de son esprit. La déclaration de l'interdiction n'a alors plus le sens d'un devoir de conduite, auquel l'individu se sent intimement lié, mais de l'annonce d'une sanction pénale en cas de transgression. Dans ce cas, la peine n'est plus interprétée comme la contrepartie d'une promesse que l'individu n'a pas honorée en tant que membre d'une communauté politique, soumis à des obligations collectives. Elle devient une réaction d'hostilité de la part d'un État dont les commandements particuliers n'ont pas été appliqués. C'est ce que montrent les phénomènes d'exclusion communautaire dans les démocraties libérales : les groupes d'individus désaffiliés ne reconnaissent plus la société comme un cadre d'appartenance collectif, ni l'État comme la source d'une autorité légitime¹³⁴. Les lois pénales prennent alors les caractères d'extériorité et d'étrangeté du droit pénal international. La désidentification de l'individu à l'égard des normes juridiques fait entrer le face-à-face avec les autorités policières et judiciaires dans un rapport de force où la condamnation pénale paraît inéluctable en cas de poursuites. Ces phénomènes soulignent que plus la distance se creuse entre les groupes sociaux et la reconnaissance des interdits comme normes publiques, plus la possibilité d'interpréter les valeurs et les normes qu'elles protègent (quitte à les contester) s'amenuise. Le sens de l'interdiction se réduit alors à annoncer la contrainte de la peine. Le droit pénal est ramené à sa fonction de police générale et de répression.

Bien qu'il restât très éloigné des travaux sociologiques de son temps¹³⁵, il me semble que l'on peut associer ce type de phénomènes aux attitudes de rejet envers la loi que décrit Hart dans ce passage :

Le point de vue externe peut reproduire très fidèlement la façon dont les règles fonctionnent dans la vie de certains membres du groupe, à savoir de ceux qui rejettent ses règles et ne s'y intéressent que quand et parce qu'ils jugent que des conséquences désagréables risquent d'accompagner leur transgression. [...] À tout moment, la vie de n'importe quelle société vivant sous l'empire de règles, qu'elles soient juridiques ou non, risque de connaître une tension entre ceux qui, d'une part, acceptent les règles, participent spontanément à leur maintien, et considèrent ainsi leur propre comportement et celui d'autrui en fonction des règles, et ceux qui, d'autre part, rejettent les règles et n'y prêtent attention que du point de vue externe, comme étant le signe d'une peine éventuelle¹³⁶.

Le point de vue externe concerne donc tout individu, agent du système juridique, justiciable, condamné, qui, bien que membre en droit de la communauté politique, considère en fait que la norme pénale est un repère stratégique et le signe annonciateur de la force brute

¹³⁴ Je renvoie ici à Michel KOKOREFF et Didier LAPEYRONNIE, *Refaire la cité. L'avenir des banlieues*, Paris, Seuil, « La République des idées », 2013 ; Laurent MUCCHIELLI et Véronique LE GOAZIOU (dir.), *Quand les banlieues brûlent. Retour sur les émeutes de novembre 2005*, Paris, La Découverte, 2007.

¹³⁵ Le rapport de Hart à la sociologie est étudié très finement par Grégory Bligh, dans : Grégory BLIGH, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Thèse de doctorat dirigée par Olivier Beaud, Université Panthéon-Assas, décembre 2016, p. 512-513.

¹³⁶ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 110.

de l'État. Ces distinctions n'importent pas seulement au plan spéculatif. En distinguant les diverses attitudes envers la loi pénale, elles sont aussi en jeu dans la manière distincte de punir un individu qui manifeste des remords face à sa faute et celui qui demeure indifférent. Entre le moraliste et « l'homme méchant¹³⁷ » sont donc ventilés toute une série de degrés d'adhésion, de consentement ou de contestation des interdictions.

Ces distinctions ont pour fonction de montrer que la signification normative d'une règle juridique n'implique pas sa valeur morale, et de contester l'assimilation de la légitimité du droit à la légalité. La conformité aux règles peut donner lieu à une multiplicité d'attitudes, et peut s'expliquer par de nombreux motifs en dehors de l'adhésion morale. Comme l'écrit Hart,

Il n'est même pas vrai que ceux qui acceptent volontairement le système doivent se considérer eux-mêmes comme moralement tenus d'agir ainsi, bien que le système connaisse sa plus haute stabilité lorsqu'ils agissent de cette manière. En fait, leur allégeance au système peut se fonder sur une série de considérations différentes : des calculs d'intérêt à long terme, un souci désintéressé à l'égard d'autrui, une attitude non critique héritée ou traditionnelle, ou encore le simple désir d'agir comme les autres. Il n'y a en effet aucune raison qui empêche ceux qui acceptent l'autorité du système d'interroger leur conscience et de décider que, moralement, ils ne doivent pas l'accepter, mais que, pour diverses raisons, ils continuent à agir ainsi¹³⁸.

Il y a donc un pas entre le rejet de la loi et son acceptation totale : l'individu peut agir sur la base des raisons prudentielles fournies par le droit, mais en même temps conserver un rapport critique au contenu des interdictions, et ne pas tenir pour acquise la nature répréhensible, d'offense, de vice ou de préjudice des actes incriminés. Hart qualifie cette attitude de point de vue interne modéré¹³⁹ : les individus suivent et reconnaissent la force normative des interdictions, mais ils restent vigilants à l'égard de leurs prétentions à être légitimes.

Cette variabilité des points des points de vue met cependant à mal la conception démocratique du sens de la peine, c'est-à-dire l'idée que la peine possède une même fonction tant du point de vue général du juge que du point de vue particulier de la victime ou du condamné. Présupposer que les raisons de punir et les raisons d'être puni sont commensurables, c'est supposer une communauté des points de vue possibles entre les punisseurs, les condamnés, les victimes et le public. Or, l'analyse du contenu de l'interdiction montre que cet accord ne peut être que présumé : le contenu des interdictions comme les

¹³⁷ *Ibid.*, p. 59.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 220.

¹³⁹ « Ceux qui acceptent l'autorité d'un système juridique le considèrent du point de vue interne, et expriment la conscience qu'ils ont de ces exigences dans des jugements internes qu'ils formulent dans le langage normatif commun au droit et à la morale : "Je(tu) dois", "Il faut que je(il)", "j'ai(ils ont) l'obligation". Cependant, ils ne sont pas pour autant amenés à émettre un jugement moral selon lequel il convient moralement d'accomplir ce que le droit exige. » *Ibid.*, p. 221.

raisons de punir sont l'objet d'un conflit d'interprétations. Mais ce conflit affecte-t-il le contenu des interdictions ?

Conclusion du chapitre III

Il est indéniable que la fonction normative de la peine concerne d'abord les interdictions formulées et adressées par le droit pénal, et non l'exercice de la répression elle-même. C'est pourquoi j'ai cherché à savoir dans la première section de ce chapitre si et comment le droit pénal appelait une forme d'obéissance générale. On pourrait penser que cette obéissance est évidente, et qu'elle est le corollaire du règne de la loi (*rule of law*) dans un État de droit. Les interdictions sont inviolables parce que l'individu y est assujéti en raison de son statut de sujet de droit : la possession de droits par tous implique le respect d'obligations et d'interdictions par chacun. Néanmoins, j'ai défendu l'idée que cette demande d'obéissance n'est pas claire, et que la description du droit pénal ne peut pas être alignée sur le modèle du commandement assorti de menaces. Le contenu des interdictions est l'objet d'une reconnaissance de la part des individus.

Dans la deuxième section, j'ai alors voulu savoir si la définition d'une interdiction impliquait réellement le devoir moral de la respecter. Pour un positiviste « dur » comme Kelsen, la validité de l'interdiction est subordonnée à la prévision d'une peine et ne formule pas un devoir moral à l'attention du sujet de droit. Cependant, l'obéissance peut se traduire par un rapport d'adhésion ou de crainte envers le contenu de la loi. La norme pénale annonce explicitement qu'une sanction est attachée à une conduite générale définie *a priori* par l'incrimination. Néanmoins, elle ne se limite pas à poser l'éventualité de la contrainte : elle est aussi déclarative et a force d'interdiction. Les normes pénales possèdent donc un pouvoir pratique et psychologique, que j'ai essayé d'interroger en utilisant les outils d'une théorie pragmatique des énoncés juridiques et le modèle perlocutoire du devoir.

Il n'en reste pas moins que le droit prétend détenir une autorité légitime, et que la croyance dans la valeur morale du respect des interdictions apparaît incoercible. Dans la troisième section, j'ai donc essayé de définir cette fonction normative comme un effet inhérent à la validité du droit : la prohibition de conduites générales et abstraites, la définition des sanctions selon un *quantum* maximal, l'application effective de peines par les tribunaux sont des phénomènes qui concourent non seulement à renforcer l'effet dissuasif des sanctions

pénales, mais aussi à assurer le pouvoir de persuasion des interdictions. C'est ce qui révèle que le droit pénal est dans son ensemble l'objet de croyances, d'évaluations, d'interprétations, qui portent autant sur le contenu statique des normes émises que sur l'activité dynamiques des cours et des tribunaux. On peut en conclure que l'autorité *de facto* du droit pénal, assurée par sa fonction dissuasive, enveloppe toujours la prétention à posséder une autorité légitime.

CHAPITRE IV. MENACE ET AUTONOMIE

une punition d'une cruauté diabolique, si elle était physiquement réalisable, consisterait à abandonner un homme dans la société en empêchant que nul ne l'y remarquât. Si personne ne se retournait quand nous entrons, ne répondait quand nous parlons, ne prenait garde à ce que nous faisons, si tous ceux que nous rencontrons se conduisaient avec nous comme avec un mort, agissaient comme si nous n'existions pas, nous serions avant peu en proie à une sorte de rage et de désespoir d'impuissance, auprès de quoi les pires tortures physiques seraient un soulagement.

– William James

La loi pénale impose des normes et défend des valeurs à travers l'interdiction. Elle le fait de façon générale et abstraite, indépendamment de la manière particulière dont les conflits entre les individus ou les groupes éclatent. Peut-on néanmoins affirmer que cette fonction est une raison de justifier la peine ? Est-il par exemple acceptable de punir un individu pour en faire un exemple, c'est-à-dire pour affirmer les règles que tous doivent respecter ? Ce chapitre porte sur les théories qui accentuent la fonction normative du droit pénal pour répondre au problème de la justification de la peine. Ce problème ne se limite cependant pas à la question de la légitimité de peines exemplaires. Il concerne aussi les théories qui affirment que la peine possède une fonction d'éducation et de communication morales, ou bien de réhabilitation sociale : l'affirmation de normes ou de valeurs peut se traduire par un objectif de conversion du condamné à ces normes ou à des valeurs, c'est la fonction éducative de la peine ; ou par un effort de réadaptation sociale, autrement dit de réinsertion. On pourrait croire que l'objet de ces deux justifications est le même. Cependant, dans le cas de la réhabilitation, la correction ou la réparation porte sur le statut et les dispositions du condamné, alors que dans le second, elle concerne les rapports entre individus au sein d'une même société.

On s'intéressera donc dans ce chapitre aux attentes morales et politiques que l'institution pénale peut satisfaire dans sa capacité à reconnaître les torts. Dans quelle mesure est-il juste de punir un individu pour lui faire comprendre qu'il a mal agi ou qu'il a commis un tort, afin qu'il retire une leçon salutaire de sa punition ? Ou encore, est-ce légitime de priver un individu de ses droits pour l'extraire d'un milieu criminogène et le ramener aux cadres supposés normaux de la vie sociale ? Ainsi, dire que l'institution pénale contribue à mettre en lumière les torts et à lutter contre l'injustice en incriminant certaines conduites et en poursuivant leurs auteurs est-il une raison suffisante de punir ?

Dans la PREMIERE SECTION, on commencera par aborder une limite à la thèse défendue jusque-là. L'effort pour cerner la fonction normative du droit pénal rencontre en effet un obstacle de taille : il est tout à fait possible de confondre le contenu des interdictions pénales avec les injonctions diffuses mais dominantes au sein de la société, les conventions sociales, les impératifs socio-économiques ou les préceptes traditionnels. Dès lors, la fonction normative peut concerner le droit en général comme institution nécessairement en prise avec les évolutions sociales. J'essaierai de montrer néanmoins que s'il est indéniable que le droit exerce une fonction normative en général, la peine se distingue dans le contenu et la forme des normes qu'elle affirme : les principes de l'incrimination touchent aux choix collectifs les plus fondamentaux d'une société ; au-delà de la menace de coercition, le droit pénal fournit des raisons d'agir qui prétendent être légitimes aux yeux de chacun. Je confronterai ces deux thèses à la théorie économique de la peine, qui défend la peine uniquement comme instrument dissuasif.

Dans la DEUXIEME SECTION, j'aborderai alors les théories normatives qui entendent rendre compatibles l'usage de la peine dans les démocraties libérales, dont le pluralisme moral entraîne souvent une attitude de méfiance envers l'institution pénale. Les théories mixtes cherchent à rendre compte de la complexité inévitable de la peine comme institution légale et judiciaire. On cherchera à savoir si ces théories sont capables de rendre compte des tensions qui traversent la fonction du procès pénal, tiraillé entre un rôle instrumental de prévention des dangers et un rôle plus substantiel de reconnaissance publique des torts.

On abordera alors, dans la TROISIEME SECTION, la question suivante : en quoi la peine est-elle justifiée dès lors qu'elle communique, notamment au condamné, les valeurs et les normes dont la protection justifient l'incrimination ? Les théories qui insistent sur la peine comme entreprise de communication morale aboutissent à une conception paternaliste de l'institution pénale. Menée dans des conditions équitables et soucieuses de la dignité des personnes, la peine amène le condamné à prendre ses responsabilités et étend son autonomie

morale. Cette théorie suppose toutefois une forte identification des individus au contenu de l'ordre juridique. Elle est donc idéale. On développera alors les potentielles formes de dépendance que l'assujettissement à la loi peut produire dès lors que l'individu aborde le droit par sa face répressive.

Section 1. L'autorité de la peine

La prétention du droit pénal à être légitime paraît solidaire du statut prééminent de la loi dans les États de droit. L'autorité des interdictions est ainsi claire et directe. Toutefois les valeurs qu'elles protègent peuvent être implicites, et demandées à être interprétées. Hormis dans les cas les plus transparents à la conscience collective, c'est aux individus de reconnaître, à l'aune de la loi pénale et des sentences qui sont distribuées, les normes et valeurs défendues par le droit au nom desquelles il peut être puni. Dans ce contexte, la conformité des conduites à la loi pénale ne peut donc pas se comprendre comme la soumission directe à un commandement ou à une injonction expressément formulée. La loi pénale est prescriptive mais pas impérative. Dans une PREMIERE SOUS-SECTION, je voudrais donc étudier l'opacité relative de la loi pénale. L'institution pénale ne formule pas explicitement les valeurs et principes au nom desquels les individus peuvent être punis pour chaque infraction. En outre, et de façon distincte, l'obéissance intervient dans un cadre juridique où les sanctions ne correspondent pas à des sentences fixes mais à un espace de peines possibles, dont le *quantum* et le type sont seulement définis *a maxima* dans la loi. Il existe en effet une marge d'individualisation des peines. Dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, je m'intéresserai alors aux théories qui cherchent à réduire les prétentions morales du droit pénal, et à justifier la peine uniquement comme instrument de dissuasion. Je confronterai alors la théorie économique de la peine au caractère inévitable des conflits normatifs que font surgir la définition des principes de l'incrimination dans une société démocratique.

1.1. L'effet maximal de la peine

Règle informative et règle normative (Honoré)

Les normes émises par la loi pénale sont plurielles et ne se réduisent pas toutes à des sanctions. Le droit pénal est composé de règles qui sont d'une part substantielles, et qui constituent le droit pénal de fond, et d'autre part formelles, regroupées dans la procédure pénale. Il inclut donc des normes qui se distinguent autant par leurs destinataires, leurs effets

et leur contenu. Cette pluralité normative implique que le conflit sur les valeurs protégées par le droit pénal ne peut pas être résorbé en pratique, mais seulement idéalement : *de facto*, dans le fonctionnement ordinaire des tribunaux, le désir de vengeance qui peut s'exprimer et l'appel à l'expiation du condamné peuvent être contrebalancés par la défense des droits de l'accusé.

Dans son analyse des normes pénales, Honoré distingue deux types de règles. Les premières sont les incriminations : elles sont informatives dans leur énoncé mais possèdent un effet déterminant sur les conduites sociales, parce qu'elles ont pour fonction d'affirmer une interdiction. L'interdiction fournit donc un repère pour l'action et un critère d'évaluation, mais ne constitue pas un devoir au sens moral du terme. Comme il l'écrit,

une loi qui prévoit que certains comportements instaurent la notion d'"infraction" a pour conséquence d'interdire ces comportements. Mais tandis que l'effet et la finalité d'une règle qui constitue *X* en infraction sont d'interdire *X*, tel n'est pas son contenu. Elle ne devrait donc pas être classée parmi les règles normatives. Les règles sont ce qu'elles sont. Il s'agit ici d'une règle qui caractérise les comportements en prévoyant qu'ils relèvent de la catégorie "infraction"¹.

Les secondes sont des règles directement normatives dans leur énoncé, comme par exemple l'obligation de qualifier moralement l'infraction pour imputer la responsabilité pénale. Le respect de cette règle concerne le comportement des autorités répressives, mais également les individus qui peuvent se voir excusés ou ne pas être incriminés pour un acte pourtant matériellement répréhensible. Dans un système juridique qui accorde des garanties aux droits individuels, la loi pénale ne fait donc pas que circonscrire les situations incriminables. Elle impose également de déterminer le caractère intentionnel et moral de l'infraction. La qualification de l'intention criminelle (*mens rea*) est une obligation déterminante en matière pénale. Selon la terminologie d'Honoré, elle constitue une règle normative, et bien qu'elle ne s'adresse en premier lieu qu'aux punisseurs, pour encadrer la manière dont la peine doit être imputée, elle possède une large portée publique :

les lois protègent les gens contre l'exploitation, la folie, la fraude et l'injustice, parfois au moyen de normes mais parfois aussi en invalidant certaines opérations ou en posant des conditions qui ne peuvent être satisfaites dans des situations d'injustice. [Ainsi] la *mens rea* (intention, connaissance ou négligence) est considérée comme un constituant de toute infraction criminelle [...]. L'intérêt de la règle de *mens rea* est qu'elle n'est liée à aucune situation. C'est pourquoi c'est une règle plus significative que la règle portant sur des actions particulières [...]².

¹ Anthony M. HONORE, « Real Laws », in Peter M.S. HACKER et Joseph RAZ (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, op. cit., p. 117.

² *Ibid.*, p. 104.

Il faut donc convenir que ce second type de règles ne fait pas référence à ce que les individus doivent faire dans telle ou telle situation, mais qu'elles conditionnent tout de même la légitimité publique de l'institution pénale. La manière dont le droit de punir est appliqué joue en effet sur la confiance que les citoyens peuvent avoir à l'égard des institutions publiques, sur l'assurance que leurs intentions seront prises en compte et qu'ils ne seront pas punis injustement. Dans l'arrêt *Sweet v. Parsley*, c'est une telle confiance que la Chambre des Lords a en vue lorsqu'elle décide de rejeter en appel une peine pour détention de cannabis. L'accusée possède un appartement dans lequel les locataires ont été découverts en possession de drogues et arrêtés par la police. L'accusée se défend en affirmant que les locataires avaient dissimulé leur acte, et qu'elle n'a jamais eu elle-même l'intention de détenir ou de consommer du cannabis. La Chambre des Lords s'est appuyée dans son jugement sur une jurisprudence antérieure à la loi. Selon cette jurisprudence, l'infraction doit être qualifiée de délit, et non d'infraction « quasi-criminelle ». L'enjeu porte sur les conséquences de la qualification : dans le premier cas, l'intention de l'accusée est déterminante, dans l'autre une responsabilité sans faute (*strict liability*) est retenue. Ainsi le juge Reid conclut-il :

la presse de ce pays accorde une grande attention à l'injustice, et toute condamnation manifestement injuste qui est rendue publique tend à nuire au corps politique [au peuple] en minant la confiance publique en la justice légale et en son administration³.

Pour Honoré, le système pénal constitue donc formellement un assemblage de règles informatives qui déterminent les conduites en définissant les infractions, et de règles normatives qui encadrent l'application des peines. Les premières n'énoncent pas de normes de conduite et les dernières restent indifférentes au contenu des infractions. Les incriminations visent à prohiber des conduites déterminées, mais dans leur formulation, elles délimitent seulement les conduites incriminables. La fonction normative de la règle n'est donc pas réductible à son mode d'énonciation :

même si, selon moi, la principale fonction d'un système juridique est de renforcer les raisons des citoyens d'obéir à certaines prescriptions dans certaines situations, cela n'est pas nécessairement fait en promulguant des lois visant à guider les comportements ou à garantir l'obéissance dans ces situations. Car d'une part, certaines des principales lois normatives qui orientent les comportements peuvent n'être aucunement liées à des contextes pratiques en particulier, et les lois dont la finalité sociale est d'orienter les comportements peuvent ne pas du tout être des normes mais simplement disposer par exemple que dans une certaine situation, l'individu tombe dans une certaine catégorie, par exemple qu'il-elle est reconnu-e coupable d'une infraction envers la loi. La façon dont les lois sont élaborées en réalité ne peut pas être déduite de leur fonction sociale⁴.

³ *Sweet v. Parsley*, 23/01/1969, AC 132 [1970].

⁴ Anthony M. HONORE, « Real Laws », in Peter M.S. HACKER et Joseph RAZ (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, op. cit., p. 104.

Selon Honoré, les interdictions découlant de l'incrimination ne constituent donc pas des devoirs moraux. Le droit ne dit pas quels comportements sont considérés mauvais ou immoraux, il informe les individus des conditions dans lesquelles ils s'exposent à être punis. La valeur prescriptive des interdictions manifesterait donc seulement l'efficacité sociale du droit, et non sa prétention à être légitime et à fournir des raisons morales d'agir ou de s'abstenir d'un comportement. Si l'on maintient un tel écart entre la formulation des règles et leur fonction sociale, l'interdit juridique perd donc sa prétention à être légitime. Il apparaît dès lors pour ce qu'il est formellement : l'annonce de l'application d'une peine dans des conditions précisées *a priori*. La définition des actes incriminables n'est donc pas une norme à proprement dites pour Honoré, seules le sont les règles qui portent sur la manière d'appliquer une peine aux individus reconnus coupables de tels actes : « Il n'est pas non plus vrai, selon moi, que les définitions du meurtre, du viol, du vol et de l'incendie criminel, pour lesquelles la *mens rea* compte comme un élément, sont des normes.⁵ »

La prétention du droit à être légitime (Raz)

Il me semble que ces distinctions entre règles informatives et normatives sont purement abstraites : que l'incrimination soit une règle informative et non pas normative, qu'elle soit formulée à l'indicatif et non à l'impératif, ne change rien au fait qu'elle vise à déterminer la conduite des individus et à être reconnue comme ayant une valeur légitime à imposer une interdiction. L'interdiction protège des valeurs et des normes sociales, et c'est en ce sens qu'elle a une fonction normative évidente. Les évolutions législatives qui s'opposent à la sensibilité collective ou aux traditions, que l'on songe à la dépénalisation des pratiques homosexuelles ou à l'incrimination des discours racistes, manifestent cependant la complexité des liens entre le contenu de la loi et les normes et valeurs dominantes d'une société. On peut admettre que l'évolution des mœurs peut être autant la cause que l'effet de nouvelles incriminations. À travers la transformation des mœurs, la loi pénale passe alors d'une autorité de fait, réduite à son pouvoir menaçant de punition, à une autorité légitime : elle devient une raison en soi de s'abstenir du comportement incriminé ou de tolérer, voire d'accepter et de normaliser le comportement dépénalisé. Cette ambivalence conduit à souligner le lien interne qui existe entre l'interprétation de la loi et l'obéissance.

⁵ *Ibid.*, p. 106.

Étant donné le caractère général et abstrait des incriminations et des peines qui y sont attachées, l'interprétation constitue une condition nécessaire, tant à l'application du droit qu'au respect des interdictions par les individus. À travers l'interprétation, les interdictions deviennent conventionnelles : elles formalisent des attitudes déjà répandues dans la sensibilité collective, ou bien poussent les individus à adopter de nouvelles normes de conduite. L'interprétation ne concerne donc pas seulement l'attitude de celles et ceux qui cherchent à éviter de tomber sous le coup de la loi en reconnaissant la limite du permis et du défendu à partir des peines applicables. L'interprétation doit être analysée sous ces deux versants, selon le rôle qu'elle joue dans la perception de la force dissuasive des peines, mais aussi dans la genèse du consentement.

Les analyses précédentes ont tenté de souligner les effets perlocutoires de l'interdiction : dans l'exercice de la dissuasion, les individus interprètent et infèrent des sanctions pénales les normes de conduite socialement dominantes. Le droit pénal ajoute donc à des sanctions rétributives et afflictives l'affirmation de normes et de valeurs auxquelles les individus doivent se conformer : on pourrait rétorquer que, dans un contexte libéral, le droit pénal ne protège pas des normes et des valeurs substantielles, mais la liberté de chacun d'exprimer son désaccord sur ces normes ou ces valeurs. Or, la neutralité supposée de l'incrimination n'est, dans ce cas, qu'une conséquence de la défense de liberté individuelle ; tout comme la répression des actes et discours qui mettent en péril la liberté d'expression revient *in fine* à protéger cette liberté comme valeur. L'institution pénale possède donc une dimension normative, et l'on ne peut pas en limiter la fonction sociale à l'exercice de la répression. La loi pénale a aussi pour effet visé d'obtenir le respect des interdictions énoncées par les textes.

On peut en tirer la conséquence suivante : le modèle de la contrainte ne peut s'appliquer qu'à la peine elle-même, et non à l'incrimination. Parce qu'elle est générale et abstraite, l'interdiction appelle une forme d'obéissance consentie. L. Duarte d'Almeida défend même l'idée que le droit pénal n'adresse pas d'ordre direct aux individus, mais seulement aux autorités judiciaires, et que les citoyens sont les propres interprètes de la loi : ils s'appliquent à eux-mêmes les énoncés généraux à leur situation particulière. Le devoir ressenti par les individus à l'égard de la loi pénale est un effet psychologique du règne de la loi, qui manifeste la capacité d'institution du droit pénal comme le rappelle François Ost :

[...] le droit n'est que secondairement commandement, et [ses] fonctions de direction des conduites et de résolution des conflits ne sont elles-mêmes que des fonctions dérivées par rapport à un rôle beaucoup plus essentiel assumé par le juridique. Ce rôle fondamental consiste à instituer une société. Avant de régler le comportement des agents ou de répartir leurs

conflits, il faut en effet définir le jeu dans lequel s'inscrit leur action. Avant de manier la distinction du légal et de l'illégal, du permis et du défendu, il faut créer le cadre général d'interaction au sein duquel ces distinctions prennent sens⁶.

Le partage formel du permis et du défendu constitue l'effet de la loi pénale dans un État de droit. Or, en définissant de manière souveraine l'ensemble des conduites licites ou illicites, la loi prétend constituer une raison de s'abstenir des actes illicites, mais aussi de désamorcer les raisons qui pourraient nous y pousser malgré tout. Joseph Raz insiste sur ce point pour définir les prétentions à la légitimité du droit dans deux articles parus en 1979 dans le recueil *The Authority of Law*, intitulés « L'autorité légitime » et « Les prétentions du droit » et traduits il y a quelques années en français⁷ :

La prétention du droit à l'autorité légitime n'équivaut pas seulement à prétendre que les règles de droit sont des raisons. Elle inclut la prétention qu'elles constituent des raisons d'exclusion en vue de ne pas tenir compte de raisons en faveur de la non-conformité⁸.

Le théoricien identifie le pouvoir normatif du droit à sa capacité à formuler des « raisons protégées⁹ », c'est-à-dire à mêler dans un même énoncé des raisons de premier ordre à des raisons de second-ordre¹⁰. Une raison de premier ordre est une raison de faire ou de s'abstenir d'une action : l'interdiction juridique du meurtre est une raison directe de ne pas tuer autrui. Or, en sachant que cet acte est interdit par la loi, je sais aussi que toute autre raison qui pourrait justifier le meurtre à mes yeux est disqualifiée *a priori* : dans le cas d'un acte injuste et insupportable contre mes proches, je peux éprouver un fort désir de vengeance ; mais le fait que le meurtre fasse l'objet d'un interdit juridique est une raison de rester sourd à mon sens de l'honneur ou de la justice, c'est-à-dire à toute autre raison que le respect de l'interdiction. Le droit me dit quoi faire, et il invalide *a priori* les autres raisons qui m'inciteraient à faire le contraire. Selon Raz, le droit possède une autorité légitime « si ses énoncés constituent des raisons protégées pour l'action, *i.e.* des raisons d'exécuter l'action qu'ils indiquent et de ne pas tenir compte de (certaines) considérations opposées.¹¹ » L'interdiction du meurtre est donc une raison de ne pas tuer *et* une raison de ne pas succomber

⁶ François OST, *Le Temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 73-74.

⁷ Joseph RAZ, *The Authority of Law*, essais 1, « Legitimate Authority » et 2, « The Claims of Law », présentés et traduits par Charles-Maxime Panaccio dans : Joseph RAZ, « L'autorité légitime. Les prétentions du droit », *Droits*, vol. 57, n° 1, 2013, p. 227-260.

⁸ Joseph RAZ, « L'autorité légitime. Les prétentions du droit », *op. cit.*, p. 256.

⁹ Joseph RAZ, *The Authority of Law*, *op. cit.*, essais 1, « Legitimate Authority » et 2, « The Claims of Law » ; Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, p. 38 et suiv. Voir également l'excellente explication qu'en donne Mathieu Carpentier : Mathieu CARPENTIER, « Autorité, intention, innovation, Joseph Raz et la théorie de l'interprétation », *Klēsis*, vol. 21, 2011, p. 167.

¹⁰ Joseph RAZ, « L'autorité légitime. Les prétentions du droit », *op. cit.*, p. 227-260.

¹¹ *Ibid.*, p. 255.

à mon désir de vengeance. « Toutes les règles obligatoires sont des raisons protégées¹² », c'est-à-dire des règles protégées par des raisons de ne pas considérer d'autres critères pour suivre ces règles. Une norme juridique est donc à la fois une raison d'agir dans un sens, et une raison de ne pas écouter les ordres provenant d'autres personnes ou d'autres textes, à moins qu'ils ne soient habilités.

Les raisons de second ordre ne sont, en effet, pas seulement négatives, comme dans le cas où le meurtre est interdit et la vengeance privée invalidée. Ces raisons peuvent être positives, lorsqu'elles valident *a priori* une disposition qui n'est pas prévue explicitement par la norme juridique : par exemple les raisons d'agir que formule à mon attention un agent de police habilité par le droit, investi du pouvoir de faire appliquer la loi. L'autorité de cet agent est dérivée de l'autorité d'une norme, mais il peut formuler des ordres plus précis que l'ordre général de la norme. Tel est donc le pouvoir normatif du droit, qui crée des raisons protégées, en mêlant des raisons de premier ordre à des raisons de second ordre qui me font accepter ou exclure *a priori* d'autres raisons : « Le pouvoir consiste en la capacité de changer un type spécial de raisons, à savoir les raisons protégées.¹³ » L'analyse de Raz permet de cerner davantage la différence entre l'autorité de fait et l'autorité légitime de la loi pénale : la première dénote la capacité de la loi pénale à dissuader les individus, et donc à incarner un commandement assorti de menaces ; la seconde assume que la loi pénale devient un objet de respect en soi-même, qui préempte les raisons d'agir des individus en se présentant comme supérieur aux ordres venant d'autres sources. On pourrait conclure que Raz analyse ici les effets pratiques et psychologiques du règne de la loi (*rule of law*) dans un État de droit : la loi est un pouvoir supérieur à toutes autres sources normatives, individuelles ou collectives, c'est pourquoi les énoncés juridiques n'ont pas besoin de formuler les raisons d'arrière-fond – de nature morale, politique, économique, etc. – qui justifient leur contenu normatif. Mais, cette analyse permet aussi d'insister sur la différence entre légitimité prétendue et légitimité réelle en matière juridique.

La nature des interdits

Un élément commun à toutes les sortes d'autorité effective est qu'elles impliquent que certains croient que la personne concernée détient une autorité légitime. Par conséquent, l'explication de l'autorité effective présuppose celle de l'autorité légitime¹⁴.

¹² *Ibid.*, p. 244 (note 1).

¹³ *Ibid.*, p. 245.

¹⁴ *Ibid.*, p. 254-255.

En récusant la séparation habituelle entre autorité *de facto* et *de jure*, et en affirmant que toute autorité effective prétend être légitime, Raz rappelle que le critère pour attester cette légitimité n'est pas extérieur et transcendant au droit lui-même. Il repose sur l'observation des attitudes du plus grand nombre à l'égard du droit : si une majorité d'individus croient que le droit est légitime, alors on peut juger son autorité effective. Savoir si son autorité est absolument légitime, c'est-à-dire absolument bonne ou juste, est hors de propos. L'important est de souligner le fait que la légitimité du droit est autant l'objet d'une croyance collective qu'elle possède des effets pratiques : il fournit une raison pour l'action, présentée *a priori* comme supérieure à tout autre type de raisons. Cette prétention à être légitime permet de préciser la force dissuasive de la peine : on pourrait identifier cette force à une faculté d'intimidation collective. Cependant, l'intimidation serait sûrement moins inefficace si les individus ne reconnaissent pas aux punisseurs un droit légitime à dissuader. L'autorité effective suppose donc l'affirmation d'une autorité légitime.

Appliquée à la matière pénale, cette thèse permet de montrer que l'efficacité sociale des interdictions ne peut pas être seulement expliquée par la force d'intimidation de la peine, car le droit prétend être légitime. Mais elle ne peut pas non plus être interprétée comme la marque d'une légitimité réelle : l'autorité du droit prétend être légitime, la croyance collective en sa légitimité est un fait social, mais elle demeure une croyance, et elle peut admettre de nombreuses exceptions. Comme le défend L. Duarte d'Almeida, il n'est donc pas nécessaire de congédier la théorie des normes de Kelsen pour son caractère réducteur. On peut même soutenir, comme il le fait, que la critique de Hart à l'égard du juriste autrichien manque sa cible¹⁵. Certes, comme le pense Hart, les fonctions de régulation sociale assurées par le système pénal (dissuasion, réhabilitation ou élimination par exemple) doivent être comprises comme une manière d'ériger certains comportements en modèles de conduite, au point de faire de cette fonction normative l'un des rôles essentiels du droit pénal. Cependant, il ne découle pas de ce constat descriptif que l'on puisse définir le contenu des interdictions comme des normes strictement juridiques. L'interdiction est un énoncé général et abstrait du droit, mais son contenu peut être moral, fruit d'une délibération ou de la tradition. Le droit peut donc avoir pour fonction de faire reconnaître des devoirs en interdisant certains actes, mais il peut assurer ce rôle en adressant seulement des normes de sanction aux autorités compétentes.

¹⁵ « Hart semble suggérer que les fonctions de prévention et de conduite des comportements assurées par les lois pénales ne pourraient être expliquées sans avoir recours à l'idée que le droit pénal est en premier lieu composé d'"interdictions" et en second lieu seulement de sanctions appliquées à quiconque viole ces "interdits". » Luis DUARTE D'ALMEIDA, « Against "Prohibitions" (First Round) », *op. cit.*, p. 30.

Il est indéniable, en effet, qu'un acte sanctionné pénalement est compris, socialement, comme un acte interdit. Les énoncés du droit pénal, interdictions et annonces de sanction, fournissent des guides pour la pratique et des critères pour évaluer les conduites. Cependant, pour Kelsen, le devoir d'agir conformément à ces interdictions n'appartient pas au « squelette¹⁶ » de l'ordre juridique. Or, cette spécificité n'empêche pas que le devoir d'obéir à la loi soit un effet visé de l'existence du droit. Ce devoir est inhérent à la prétention du droit à posséder une autorité légitime. Autrement dit, le droit pénal est constitué de règles d'incrimination et de sanction, qui sont *prima facie* des normes conditionnelles, et que les individus interprètent comme des normes substantielles parce que le droit s'affirme comme la source dominante de toute norme. On peut très bien soutenir qu'en vertu du principe du règne de la loi (*rule of law*) le droit déclare que la soumission de tous à ses dispositions est obligatoire. Kelsen reconnaît ce principe politique inhérent à l'État de droit, mais on peut interpréter sa thèse comme le fruit d'un scepticisme à l'égard de la normativité de l'interdiction : lorsque l'on se soumet à une interdiction, peut-on clairement savoir si l'on obéit à une règle juridique, à sa conscience morale ou aux conventions sociales ? Peut-on savoir si l'individu y obéit pour la raison qu'il s'agit d'une règle juridique ? Face à cette incertitude, le juriste considère la norme de sanction adressée à un organe d'application comme un critère plus sûr pour distinguer le système juridique d'autres ordres normatifs.

Sanction et interdiction pénales composent donc les deux faces d'une même pièce, selon que l'on considère le droit d'un point de vue externe, comme un système de règles à décrire, ou d'un point de vue interne, comme un ensemble de normes auxquelles on se soumet. Certes, l'affirmation d'un devoir par le droit constitue l'une des dimensions majeures de l'efficacité sociale de l'interdiction. Mais, la reconnaissance des interdictions par les individus repose indirectement sur l'autorité légitime que les tribunaux répressifs prétendent avoir. La peine se présente comme légitime parce qu'elle est prévue par la loi et inscrite dans une procédure normale. Les formules juridiques qui émaillent la procédure possèdent un effet rhétorique, car elles font surgir *a priori* le délit et le crime comme des actes transgressifs et anormaux.

Dans la théorie de Kelsen, la norme de sanction constitue donc le point de référence de l'interprétation. Les magistrats du parquet comme les juges argumentent leurs décisions en ayant en vue l'application de la loi, c'est-à-dire la déclaration de (non-)culpabilité, la condamnation, le non-lieu ou l'abandon des poursuites. Pour motiver leurs décisions, ils

¹⁶ C'est la métaphore utilisée par E. Picavet, éclairante à l'égard du positivisme de Kelsen, qui distingue le vrai droit de ses usages contingents. Emmanuel PICAUVET, *Kelsen et Hart, La norme et la conduite*, op. cit., p. 61.

identifient les principes, les valeurs et les normes qui ont acquis, par convention, un caractère dominant dans une communauté. En ce sens, l'énoncé des interdictions formalise les mœurs d'une société, comme elles peuvent instituer une hiérarchie entre certaines valeurs, à travers la dépenalisation d'actes pourtant réprouvés par la morale commune, ou l'incrimination de conduites néanmoins acceptées. Dans ce passage de la *Théorie générale du droit et de l'État*, Kelsen souligne, il me semble, ce rapport de réciprocité par l'usage final de l'adverbe « ainsi » :

Le droit autorise une conduite qui, en tout autre circonstance, doit être considérée comme "interdite" : qu'une chose soit interdite par le droit signifie que cette chose est la condition même d'un acte de contrainte, d'une sanction. L'individu qui, autorisé en cela par l'ordre juridique, applique la mesure de contrainte (la sanction) fait acte d'agent de cet ordre ou, ce qui revient au même, il agit en qualité d'organe de la communauté *ainsi* constituée¹⁷.

Si les conventions sociales constituent une source du droit, ce dernier les stabilise en retour en les cristallisant au fil des précédents et des décisions judiciaires, en leur donnant la forme homogène et cohérente de « valeurs fondamentales », comme il peut en être fait mention dans les réquisitoires¹⁸. En reconnaissant la fonction normative des interdictions et, comme on vient de le voir, de l'application des peines, il semble alors que l'on en revienne aux analyses de Lord Devlin sur la mise en œuvre de la morale collective par le droit : la protection des valeurs et normes dominantes justifierait même la punition de ceux qui les offensent. Or, je voudrais au contraire montrer que la fonction normative de la peine permet de nuancer ce type de justification conservatrice, qui exagère, il me semble, la fonction expressive de la peine.

¹⁷ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 72 (je souligne).

¹⁸ Rejetant la conception de l'État compris comme sujet instaurateur du droit, Kelsen l'identifie à l'exercice institutionnel de la contrainte. La notion d'intérêt général définie à la source de la puissance publique est par conséquent, selon lui, un signifiant vide : « Il n'y a absolument aucun "intérêt général" mais toujours et seulement des intérêts de groupes qui, d'une manière quelconque, parviennent à mettre de leur côté la puissance de l'État, la volonté de l'État. » Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*, cité et traduit dans Christoph Schönberger, « De l'État comme substance à l'État comme fonction : les débuts de la théorie pure du droit dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre* », in Olivier Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen, Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 56. Comme le précise C. Schönberger, « l'État n'est pas une substance qui précéderait le droit, mais une fonction dont la société se sert pour mettre en œuvre le droit ». *Ibid.*, p. 56.

1.2. La peine est-elle un instrument de contrôle comme un autre ?

L'opacité des normes pénales

Il semble difficile de limiter *a priori* les effets normatifs de l'interdiction : elle n'est pas seulement un commandement auquel les individus sont incités à obéir par la menace de peines. Elle a aussi pour rôle de fournir des repères pratiques aux individus ainsi que des critères pour juger la conduite des autres. La prétention de la loi pénale à être légitime renvoie à la capacité du droit à formuler des interdictions auxquelles les individus doivent se conformer dans leurs comportements extérieurs, mais auxquelles ils peuvent également consentir et adhérer moralement. *De facto*, le droit pénal est au cœur des conflits normatifs et axiologiques d'une société, et il paraît abstrait de l'assigner au rôle minimal de neutralisation des contraintes non-consenties que subissent les individus. Au cours des analyses précédentes, j'ai en effet tenté de mettre l'accent sur la manière spécifique – mais souvent minorée par la philosophie pénale – dont le droit pénal détermine les représentations et conduites sociales en déclarant des actes comme étant interdits. Or, l'analyse de l'interdiction en matière pénale rencontre plusieurs difficultés : la primauté de la sanction parmi les énoncés juridiques en matière pénale ; le caractère général et abstrait des interdictions ; l'individualisation des peines appliquées par rapport au maximum définie par la loi. C'est pourquoi, si l'on considère le rapport entre l'interdiction et la peine particulière que recevra un infracteur, on pourra conclure à la relative indétermination du droit pénal, malgré le principe de légalité et d'interprétation stricte de la loi pénale¹⁹. Cependant, même si les interdictions demeurent des règles générales et abstraites, il paraît abusif d'affirmer qu'elles sont indéterminées²⁰. Simplement, leur signification normative appelle à être reconnue, ce qui peut être l'objet des

¹⁹ Mathieu Carpentier soutient que cette indétermination vient de la comparaison possible entre la norme juridictionnelle, la décision, et la norme supérieure, la norme de sanction, que le juge applique, y compris en matière pénale : « La norme supérieure générale ne règle pas toutes ses modalités d'application, et elle laisse bien entendu une large marge d'appréciation du juge : par exemple lorsqu'elle ne donne pour la peine qu'un *maximum* ou qu'un ordre de grandeur. [...] Il s'agit, selon Kelsen, d'une indétermination intentionnelle du droit. » Mathieu CARPENTIER, *Norme et exception : Essai sur la défaisabilité en droit*, *op. cit.*, p. 573.

²⁰ La thèse de l'indétermination des règles est difficilement transposable au cas du droit pénal, car le principe de légalité impose au législateur la textualité et l'accessibilité de la loi pénale, et au juge son interprétation stricte. Mais on peut préciser que cette thèse a été formulée en premier lieu par Hart à propos des « cas difficiles » d'interprétation, et radicalisée par les *Critical Legal Studies*, comme un motif de critique envers la supposée neutralité axiologique et politique du droit. Voir : Christophe BEAL, « Le problème de l'indétermination des règles juridiques dans les *Critical Legal Studies* », in Hourya BENTOUHAMI *et. al.*, *Le Souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, Paris, Sens&Tonka, 2009, p. 135-149.

mises en gardes, rappels tacites à la loi, proverbes et expressions qui sont répétées quotidiennement, et souvent de façon non-intentionnelle, qui font passer le contenu de la loi dans les mœurs ordinaires. Or, l'interdiction, même si elle n'obéit pas au modèle du commandement direct, ne peut pas être conçue comme une injonction indépendante de l'éventualité de la peine.

Le droit pénal moderne ne formule pas deux impératifs distincts, l'un enjoignant les individus de s'abstenir de violer l'interdit, l'autre imposant une punition en cas de violation. On rétorquera qu'il s'agit d'une remarque triviale : conformément au principe du règne de la loi (*rule of law*), la loi pénale présuppose l'inviolabilité des interdictions qu'elle pose. Le droit pénal formule explicitement une norme de sanction, mais comme elle est attachée à une incrimination, il faut reconnaître que le devoir de se conformer à l'interdiction, c'est-à-dire à une norme de conduite négative, est impliqué dans l'énoncé de la sanction. Tout se passe comme si l'énoncé indépendant et impératif de l'interdiction était intégré à celui de la sanction. Selon la lettre de la loi, la norme d'inviolabilité du droit est donc tacite, et se présente comme une convention présupposée par l'affirmation du règne de la loi (*rule of law*)²¹. Cependant, l'histoire du droit montre qu'il n'en a pas toujours été ainsi. L'historien et juriste Yan Thomas le rappelle dans son étude sur le rapport entre inviolabilité et sanction dans le droit romain²². Il distingue deux modèles dans l'énonciation juridique de l'interdiction, l'un est polarisé par la norme de sanction, l'autre par l'inviolabilité de l'injonction légale. Or, avant que l'interdiction ne se trouve subordonnée à la norme conditionnelle de la sanction, notamment dans les codifications révolutionnaires et impériales, le droit romain formulait ces deux impératifs comme deux normes distinctes. Ainsi, dans la formulation antique :

La loi ne sanctionne pas tant une transgression qu'elle aurait de la sorte inscrite en elle et dont elle aurait fait une hypothèse intrinsèquement légale, qu'elle ne sanctionne le fait, par hypothèse extérieur à elle, et présenté du point de vue de cette extériorité même, d'avoir attenté à ses prescriptions, *adversus ea*, de s'être, de l'extérieur, dressé contre elle, *adversus legem*. D'un point de vue formulaire, [...] la loi punit ce qui a été perpétré ou tramé contre elle. C'est moins telle ou telle conduite qui est visée, que toute conduite contraire à la loi comme telle. La sanction n'est alors plus la suite directe d'un événement dont l'éventualité serait légalement admise. Elle se présente au contraire comme une défense générale et abstraite d'enfreindre les injonctions légales en tant qu'elles sont des injonctions. Elle ne frappe pas celui qui, ayant adopté une conduite à laquelle la loi attache la conséquence d'une peine, se serait mis dans une

²¹ Voir : Celia WELLS et Oliver QUICK, *Lacey, Wells and Quick: Reconstructing Criminal Law: Text and Materials* [1990], Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

²² Yan THOMAS, *Les Opérations du droit*, Paris, Seuil/Gallimard, 2011, chapitre « De la "sanction" et de la "sainteté" des lois à Rome. Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité » (d'abord publié dans *Droits*, vol. 18, 1993, p. 135-151).

situation d'illégalité contenue dans la loi elle-même. Elle frappe au contraire celui qui, ayant agi contre la loi et s'étant dressé contre elle, s'est placé, si l'on peut dire, hors la loi²³.

Ainsi, dans la tradition romaniste, l'interdiction est directement saisie comme l'objet d'une injonction, c'est-à-dire comme un acte de violation. Cette spécificité laisse penser que la méconnaissance ou la transgression de la loi est prévue *a priori* par un droit ouvert sur sa propre extériorité. Par contraste, dans la loi moderne, la violation est assimilée à une réaction de l'ordre juridique : elle est l'antécédent d'une sanction. En matière pénale, l'incrimination est formulée comme la condition de la peine. Elle demeure donc comprise dans le système clos du droit. Ce détour par l'histoire du droit permet de faire davantage ressortir le caractère performatif de l'interdiction, qui se réalise à travers la définition de l'éventualité d'une peine. C'est pourquoi l'appel à l'obéissance de la loi pénale, bien qu'elle attache explicitement une peine à une infraction, se traduit autant par un devoir de conduite que par une menace de punition. Or, cette menace est d'autant plus forte subjectivement que l'application des peines admet des variations dans le *quantum* et les modalités des peines selon les affaires. Certes, le principe d'interprétation stricte en matière pénale proscrit l'application de la loi pénale par extension, par analogie ou par induction²⁴. Mais, l'application de la peine est soumise à un principe d'individualisation. Cette possibilité permet d'adapter la peine aux circonstances particulières de l'acte, tout en prenant en compte les antécédents et les chances de réinsertion de l'infracteur. Mais, cette relative incertitude sur la décision peut aussi avoir pour effet d'entretenir l'obéissance envers la loi²⁵. Si l'individualisation des peines répond à une tension entre l'application mécanique de la loi et le respect des droits individuels, elle renforce en même temps le caractère comminatoire de la sanction. C'est ce que souligne Jean Carbonnier :

[...] toutes les lois pénales ont, en somme, un caractère comminatoire, en ce sens qu'il n'est jamais assuré qu'elles seront appliquées au maximum de leur rigueur [...]. Les juristes affirment volontiers que c'est la certitude de la répression qui fait l'efficacité d'un système pénal. Conception un peu grosse : en fait, l'incertitude y suffit bien. Et mieux²⁶.

²³ Yan THOMAS, *Les Opérations du droit*, *op. cit.*, p. 85-86. Voir du même auteur : Yan THOMAS, « *Sanctio*. Les défenses de la loi », *L'écrit du temps*, vol. 19, 1988, p. 61-84.

²⁴ Il s'agit de formes d'interprétation extensive, alors qu'en matière pénale, l'application des textes doit être stricte et l'interprétation *restrictive*. « La définition légale des infractions s'impose aux juges », CA Paris. 9 décembre 1992 : *Gaz. Pal.* 1992. 2. *Somm.* 526 ; « Les juges ne peuvent procéder par extension, analogie ou induction », C. Cass. Crim. 9 Août 1913 : *DP* 1917. 1. 69 et C. Cass. Crim. 29 Septembre 1992: *Bull. crim.* n° 287. Néanmoins, si une règle défavorable à la personne poursuivie doit être interprétée de manière restrictive, rien n'interdit le juge d'interpréter de manière compréhensive une règle qui lui sera favorable.

²⁵ « Si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces normes. » Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 453.

²⁶ Jean CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 147.

On doit donc toujours supposer que lorsqu'ils interprètent le contenu d'une interdiction, les individus songent aussi à la possibilité d'être punis, et que cette possibilité est d'autant plus menaçante qu'elle est floue. Cette inquiétude n'est peut-être pas ce qui motive leur obéissance à la loi, mais elle est inexorable. On peut y voir une raison supplémentaire de défendre le modèle élaboré par L. Duarte D'Almeida à propos des énoncés juridiques en matière pénale. Selon lui, les sanctions constituent les normes authentiques du droit pénal et le devoir (moral) de respecter l'interdiction un effet perlocutoire de ces normes. Il est néanmoins impensable d'étendre cette thèse à toutes les branches du droit. L'adoption d'un modèle unique et systématique d'individuation des règles juridiques, « exprimant la quintessence du droit²⁷ » selon l'expression de Hart, ne peut être maintenue face à la diversité du contenu des règles, de leur mode de formation et enfin de leur champ d'application. Cette étude de l'interdiction aboutit donc à trancher entre deux modèles au sein de la jurisprudence analytique : un positivisme exclusif, incarné par la position radicale de Kelsen, et un positivisme inclusif, ou modéré, défendu par Hart. Le juriste autrichien se limite à décrire les conditions normatives de la peine. Le théoricien britannique inclut au contraire les effets sociaux de la loi pénale, dont la déclaration appelle obéissance. Il incorpore également dans sa théorie le fait que les normes supérieures de l'édifice juridique sont en réalité des conventions sociales sédimentées, c'est-à-dire des valeurs, des principes ou des normes sociales auxquels les juges se réfèrent parce qu'ils font l'objet d'un consensus, et non parce qu'ils leur paraissent être justes ou bons.

Pour Hart, la théorie kelsenienne se focalise sur la norme pénale comme acte de contrainte, sans tenir compte de ce que j'ai nommé sa fonction normative, c'est-à-dire le fait qu'elle affirme et protège des normes de conduite et des valeurs morales. En incluant dans le spectre d'application du droit l'ensemble des individus, et non pas seulement les organes d'application, le positivisme inclusif serait seul capable d'expliquer le fait que le consentement envers l'interdiction puisse être une raison d'y obéir, à côté de la peur de la punition. La prétention des interdictions à disposer d'une autorité légitime se comprend par référence à l'effet pratique et psychologique de leur déclaration, et non pas uniquement en retrouvant leurs sources.

Objet d'une interprétation continue, tant de la part des organes judiciaires que des particuliers, les normes pénales affirment les préférences et valeurs dominantes au sein d'une société. S'il est clair qu'à travers l'incrimination et la sanction, le droit pénal confère ainsi à

²⁷ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 57.

certaines actes un statut de modèles de comportement, faut-il alors en déduire pour autant que la loi pénale épouse un contenu moral substantiel, qu'elle convertit des principes en règles juridique ? Le positivisme exclusif s'oppose à cette thèse : le juge pénal ne se réfère pas à certaines conceptions du bien et certains critères de justice parce qu'il a la conviction de leur valeur morale ; il s'appuie d'abord sur ces principes pour leur valeur conventionnelle, en tant qu'injonctions socialement dominantes dans une société, à un moment de son histoire. Comme le précise Hart, pour un positiviste « dur » ou radical (ce qu'il n'est pas) :

Quel que soit le statut des jugements moraux, lorsque le droit exige que les juridictions appliquent des critères moraux pour déterminer ce qu'est le droit, il confère ainsi aux juridictions un pouvoir de libre appréciation et leur enjoint de l'exercer conformément à leur meilleur jugement moral en créant ce qui est du droit nouveau ; il ne convertit pas ainsi la morale en un droit déjà existant²⁸.

Hart fait ici référence aux positions défendues par Joseph Raz : le droit pénal s'appuie sur des valeurs et des normes de conduite non pas parce qu'elles sont justes ou légitimes, mais parce qu'elles sont largement considérées comme telles. Définir les conventions sociales comme l'une des sources du droit, c'est donc concevoir la création du droit comme un exercice d'évaluation et d'argumentation, qui obéit avant tout au souci de maintenir la cohérence objective entre ses différentes sources : les règles générales et abstraites, la matière jurisprudentielle abondante, les coutumes et conventions sociales.

Un droit de punir dépassionné : la théorie économique de la peine

Une fois que l'on a reconnu la fonction normative du droit pénal dans son ensemble, il convient de savoir quelles définitions de l'institution pénale apparaissent alors soit trop restrictives, soit trop larges. Plusieurs auteurs postulent que la peine constitue fondamentalement une technique de contrôle social, à l'instar de Bedau et Kelly par exemple²⁹, ou que la dissuasion se limite à menacer de faire usage de la force, comme Gibbs³⁰. Ces définitions apparaissent néanmoins trop indéterminées. Les interdictions se distinguent des normes de sanction par le fait qu'elles sont formulées à l'intention des

²⁸ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 272. Hart se réfère ici à la position de Raz, qu'il cite en note. Joseph RAZ, « Dworkin : A new link in the Chain », *Californian Law Review*, vol. 74, n° 3, 1986, p. 1110, 1115-1116.

²⁹ « un système de peines régi par le droit est fondamentalement une technique de contrôle social. » Hugo A. BEDAU et Kelly ERIN, s. v. « Punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, op. cit.

³⁰ Jack P. GIBBS, *Crime, Punishment, and Deterrence*, New York, Elsevier, 1975.

citoyens, et qu'elles prétendent être dotées d'une autorité légitime. Deux définitions de la peine semblent alors devoir être nuancées :

- celle qui en fait le véhicule de la colère et de l'indignation de la communauté, qui repose sur une définition homogène et solidaire de la société, comme le présuppose l'affirmation de la fonction expressive de la peine analysée au chapitre II.

- celle qui réduit au contraire la peine à un instrument de coercition, sans prétentions à l'égard de la manifestation ou de la conservation de la morale collective, et dont l'une des versions caractéristiques a été formulée par la théorie économique de la peine.

La peine a été précédemment définie comme une institution expressive, véhiculant les réactions de la sensibilité collective. Cependant, l'idée que l'infliction d'une peine manifeste un ressentiment et un blâme publics n'apparaît valable que dans certains cas, tels que les crimes de sang ou les violences personnelles qui sont en effet des *mala in se* avant d'être des *mala prohibita*. Or, comme le rappelle Antony Duff, la majorité des infractions sont en effet de nature légale et ne renvoient pas directement à un mal naturel ou moral évident :

Nombre [des infractions pénales] sont des infractions "régulatrices", qui consistent en la violation d'une réglementation légale plutôt qu'en un comportement qui pourrait être considéré comme préjudiciable indépendamment de la loi [*pre-legally wrongful*] ; nombre d'entre elles engagent des comportements assez éloignés du préjudice [*mischief*] qui pourrait vraisemblablement concerner la loi ; et nombre d'entre elles imposent une responsabilité "stricte" dans le sens où l'on peut être condamné sans preuve d'intention, de connaissance ou d'imprudence selon les éléments de l'infraction³¹.

Ainsi, dans les cas de la mendicité, de l'euthanasie ou des techniques de gestation par autrui, l'incrimination participe d'une volonté politique ou de la défense de valeurs qui ne font pas l'unanimité, bien qu'elles puissent être celles du groupe socio-culturel majoritaire. Dans ces cas, l'interdiction et la répression révèlent le parti-pris de l'État et exigent alors une justification publique. L'incrimination de discours offensants, comme on peut le voir à travers les restrictions à la liberté d'expression en France, restreint l'indépendance individuelle au nom du bien collectif : si l'on estime que la prolifération de ces discours exerce une violence psychique et symbolique sur certains groupes, en raison des assignations de genre ou de race qu'ils véhiculent, alors l'incrimination de ces discours prend parti pour l'autonomie

³¹ Antony DUFF, s. v. « Theories of Criminal Law », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, été 2013, [En ligne] URL : <https://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/criminal-law/>, consulté le 30 juillet 2014. Voir également : Jeremy HORDER, « Bureaucratic "Criminal" Law: Too Much of a Bad Thing? », in Antony DUFF *et al.* (dir.), *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 101-132 ; Marcus D. DUBBER, « Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 91, 2001, p. 829-996 ; Andrew ASHWORTH et Meredith BLAKE, « The Presumption of Innocence in English Criminal Law », *Criminal Law Review*, 1996, p. 306-317 ; Andrew P. SIMESTER (dir.), *Appraising Strict Liability*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

morale des individus, et ne protègent plus seulement leur liberté individuelle. Le droit pénal tranche ainsi entre deux conceptions de la liberté : l'une est collective et fonde la condamnation des formes de domination qui peuvent s'exercer sur les individus malgré eux, l'autre est individuelle et impose de réprimer seulement les contraintes non-consenties à l'indépendance.

Cette tension ne résulte pas seulement de l'affrontement au sein de la théorie politique normative entre des conceptions antagonistes de la peine, issues du libéralisme politique ou du néo-républicanisme³². La préservation de la sécurité des personnes, la maximisation de la liberté individuelle ou encore la lutte contre les formes masquées de domination malgré le consentement des individus constituent chacune différents motifs d'incrimination, de poursuites et de condamnation. Ces valeurs coexistent donc dans le droit pénal positif, ce qui a conduit à nuancer l'affirmation de la fonction expressive de la peine : selon cette thèse, la manifestation d'une indignation publique est un trait définitionnel de la peine. Or, dès lors que les interdictions sont l'objet d'un conflit, il semble abusif d'affirmer que la communauté partage une même colère et qu'elle réagit d'une seule voix contre le condamné.

Ensuite, si on affirme la fonction normative de la peine, alors les conceptions qui définissent la peine comme une pure technique de régulation, dont seuls les usages doivent être évalués, apparaissent fortement indéterminées. Ces conceptions présument que la maximisation de la liberté individuelle est l'objectif premier de la coercition étatique, et que la peine n'a ni vocation à réaffirmer l'autorité de la loi ni à raffermir la moralité collective. Elles appliquent alors un modèle économique pour montrer que la répression n'est acceptable que si elle fait baisser le taux de criminalité. Néanmoins, si ces théories rendent raison des critères de distribution des peines, elles ne justifient pas pourquoi l'incrimination devrait uniquement servir à protéger la liberté individuelle ni pourquoi il faut *a priori* définir l'individu comme être rationnel maximisant son utilité. Ce faisant, elles portent d'abord sur la distribution des peines, et non sur les critères de l'incrimination. Elles minimisent ainsi la fonction normative des interdictions qui ont pour effet d'affirmer des valeurs et des normes en dépit des conflits dont elles sont l'objet. C'est ce que l'on peut retenir de la théorie économique de la peine développée par Gary Becker.

³² Ces questions soulèvent de nombreux problèmes : on peut se référer à Philip PETTIT, « Republican Theory and Criminal Punishment », *Utilitas*, vol. 9, n°1, 1997, p. 59-79 ; Philip PETTIT et John BRAITHWAITE, « Not Just Deserts, even in Sentencing », *Current Issues In Criminal Justice*, vol. 4, n° 3, 1993, p. 225-239 ; Philip PETTIT et John BRAITHWAITE, « The Three Rs of Republic Sentencing », *Current Issues In Criminal Justice*, vol. 5, n°3, 1994, p. 318-325 ; Christophe BEAL, « Vulnérabilité et non-domination : quels enjeux pour la justice pénale ? », *Raison publique*, vol. 14, 2011, p. 175-190.

Dans un article de 1968³³, 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 abstrait l'État ainsi que la morale positive des bénéficiaires de la répression. La peine n'a pas pour fonction de prémunir l'autorité publique des risques de sédition contenus en germe dans le crime, ni par conséquent de combattre le criminel comme un ennemi du corps social. Elle n'a pas non plus pour vocation de conserver la morale commune en corrigeant les éléments déviants. Cette théorie de la peine se présente donc comme amoral et apolitique. Elle vise seulement à supprimer les restrictions à la liberté individuelle et aux relations contractuelles que nouent les individus. 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 investissent. Pour réduire cette activité, il faut donc en alourdir le coût pour ses usagers. Il s'agit de modifier l'environnement du jeu et non les dispositions des joueurs.

Dans ce cadre, l'usage de l'instrument pénal est donc abstrait des conflits normatifs et axiologiques qui traversent la société. Il se présente seulement comme le moyen neutre et rationnel de contrebalancer l'offre de crimes, assimilés ici à un acte préjudiciable aux relations entre individus privés. Elle vise à réduire l'attractivité du crime en alourdissant son coût éventuel pour les individus. Les fonctions de communication morale, de correction ou de réhabilitation deviennent donc contingentes à sa justification. La peine prend ainsi la forme d'une mesure d'incitation, et non plus de coercition³⁴. Comme le montre Michel Foucault dans la leçon du 21 mars 1979 de la *Naissance de la biopolitique*, cette théorie minimaliste de la peine présuppose d'assimiler tout rapport social à une relation contractuelle entre individus privés, qui agissent sur la base d'un calcul de coûts, selon un modèle tiré des théories du choix rationnel. Dans ces conditions, « la surface de contact, [...] le principe de régulation du pouvoir sur l'individu [...] ne va être que cette espèce de grille de l'*homo oeconomicus*³⁵ » et non plus la défense d'un bien public, ni même la protection de droits considérés comme fondamentaux. Avant d'être un vice, une déviance ou un préjudice, le crime est un coût pour

³³ Gary BECKER, « Crime and punishment : an economic approach », *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, p. 196-217. La théorie économique de la peine est aussi défendue par Richard Posner : Richard A. POSNER, « An Economic Theory of the Criminal Law », *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, p. 1193-1231.

³⁴ Stéphane Legrand insiste sur ce point, en expliquant que la peine est l'instrument « qui au lieu de *normer* le marché du crime au nom d'un principe de réduction maximale des comportements infractionnels [...], pourra le *normaliser*, c'est-à-dire lui permettre de se régler lui-même conformément à sa nature de marché ». Stéphane LEGRAND, « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », *Raisons politiques*, vol. 28, Presses de Sciences Po, 2007, p. 46. Voir également Léon LOISEAU, « Un art libéral de punir ? », *Labyrinthe*, vol. 22, n° 3, 2005, p. 77-86, [En ligne] URL : <http://labyrinthe.revues.org/1036>, consulté le 17 mai 2017.

³⁵ Michel FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France, 1978-1979*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004, p. 258.

la société. Dès lors, la différence pertinente entre l'infraction routière et le meurtre prémédité n'est pas la gravité morale de l'acte mais sa fréquence.

Mérites et limites de la théorie économique de la peine

On peut faire l'hypothèse qu'une telle grille lecture économique des phénomènes criminels pointe avec force les limites des politiques inspirées de la doctrine pénale de la « tolérance zéro », qui criminalisent toute forme de désordre, selon la logique du carreau cassé³⁶. Comme le souligne Foucault, selon la théorie économique de la peine, la disparition totale de la criminalité n'est plus un objectif souhaitable. La répression de toute l'offre de crimes représente, en effet, un investissement trop coûteux comparativement au ratio entre préjudice et difficulté de la mise en œuvre des poursuites de certains crimes, notamment les infractions invisibles comme le montre Raphaële Parizot à propos du blanchiment d'argent³⁷. Ainsi, selon Foucault, la théorie économique de la peine permet de reconnaître que « la société n'a pas un besoin indéfini de conformité. La société n'a aucunement besoin d'obéir à un système disciplinaire exhaustif³⁸. » Or, la doctrine de la « tolérance zéro » soutient au contraire qu'il faut punir en priorité et plus sévèrement les infractions les moins graves mais les plus visibles, afin de détruire le terreau du crime. Cette doctrine fait écho aux peurs sociales qui peuvent être instrumentalisées à des fins stratégiques et électorales. Néanmoins, elle demeure inefficace.

Comme le rappelle Philip Pettit³⁹, les discours sécuritaires et répressifs dont la doctrine de « tolérance zéro » est une déclinaison ne tiennent pas compte du surcroît de souffrance et d'injustice que l'institution pénale peut engendrer. La répression et la sécurité

³⁶ 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 », *Michigan Law Review*, vol. 97, 1998, p. 291-389 ; et du même auteur, *Illusion of Order, The False Promise of Broken Windows Policing*, Harvard, Harvard University Press, 2004.

³⁷ « D'une criminalité individuelle ou occasionnellement collective pour un acte délinquant "directement sensible" et débordant rarement les frontières d'un État, on est passé à une criminalité plus systématiquement collective pour des actes délinquants beaucoup plus imperceptibles et se jouant des frontières. [...] la forme moderne de la délinquance est l'organisation. » Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ, 2010, p. 4-5.

³⁸ Michel FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, op. cit., p. 261.

³⁹ Philip PETTIT, *Republicanism. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, trad. de l'angl. par P. Savidan et J-F. Spitz, Paris, Gallimard, 2004, p. 260 et suiv.

constituent des thèmes porteurs pour les représentants politiques⁴⁰. Or, si l'appel à la répression satisfait les passions présumées d'un sujet abstrait comme « l'opinion publique », ce mot d'ordre peut nuire à l'intérêt commun comme à celui des criminels. Selon Pettit, il est prouvé en effet 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, en particulier celles et ceux qui sont incarcérés. Or, en soumettant les politiques pénales à l'opinion publique et en criminalisant en priorité l'objet des peurs collectives les plus médiatisées, c'est-à-dire le plus souvent les périphéries urbaines pauvres⁴¹, ces doctrines font peu de cas de critères de justice comme la proportionnalité des peines et l'égalité de traitement des individus. Dans leur application, elles conduisent en effet à ce que les infractions dissimulées, mais néanmoins coûteuses et préjudiciables à la communauté comme la « criminalité en col blanc » ou la corruption d'État, fassent l'objet d'une relative impunité.

La théorie économique de la peine rappelle que la mise en œuvre d'une répression sans failles, à l'instar de la doctrine de la « tolérance zéro », est non seulement inefficace mais aussi très dispendieuse. Armée du seul souci de l'efficacité, cette théorie permet donc de pointer l'incohérence et l'irrationalité des politiques sécuritaires et répressives. Néanmoins, elle tend à minorer le caractère normatif du droit pénal. Elle ne rend pas compte justement du succès des doctrines répressives et de leur caractère symptomatique : les promoteurs de telles politiques sécuritaires ou répressives défendent certes des intérêts matériels mais ils protègent aussi des valeurs⁴². Or, si la théorie économique possède un grand mérite au plan normatif, en restreignant la peine à un usage minimal et incitatif, dans son application critique, elle souligne seulement l'inefficacité des doctrines répressives et l'irrationalité des demandes collectives de sécurité.

En critiquant les discours qui légitiment un surcroît de punition au nom des crimes plus graves qu'engendrerait l'indifférence aux infractions mineures, la théorie économique manque néanmoins le lien entre l'affirmation de politiques répressives inefficaces et le pouvoir symbolique de l'État. Elle omet que ce dernier possède en effet le pouvoir d'appliquer des mesures pourtant discutables, d'obtenir une forme d'adhésion de la part des

⁴⁰ 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 6, « Crime Complex: The Culture of High Crime Societies », p. 139-165.

⁴¹ Voir Alvaro PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la judiciarisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, vol. 33, n°1, printemps 2001, p. 179-204.

⁴² Voir Christos BOUKALAS, Mark NEOCLEOUS et Claude SERFATI, *Critique de la sécurité. Accumulation capitaliste et pacification sociale*, Paris, Eterotopia, « À présent », 2017.

individus, et d’instaurer de nouveaux partages entre déviance et normalité au sein de la société : certains codes vestimentaires, certaines attitudes comme le vagabondage ou le fait de « traîner » dans l’espace urbain deviennent des signes avant-coureurs de désordre et de délinquance⁴³. Elle n’explique pas les valeurs et les normes sur lesquelles reposent ces discours, et n’a pas prétention à le faire. Or, montrer que l’attachement collectif pour une sécurité de plus en plus accrue est irrationnelle, et que les politiques pénales qui l’instrumentalisent sont inefficaces, rend-il cet attachement moins fort et ces politiques moins prégnantes ? Comme j’ai essayé de le montrer dans ce chapitre, l’efficacité du droit pénal est aussi affaire de croyance collective. Il me semble donc que l’une des limites de la théorie économique réside dans le fait qu’elle restreint arbitrairement la fonction normative du droit pénal, en limitant la punition à l’exercice de la contrainte.

Conclusion de la section 1

L’autorité de la loi en général et de la loi pénale en particulier tient pour une part à ce que celles-ci ne formulent pas les raisons d’arrière-fond qui les justifient. Il semble néanmoins difficile de définir la loi pénale comme un commandement clair assorti d’une menace inexorable. La loi pénale comporte en effet deux versants : un versant punitif, qui vise à intimider les individus, et un versant prohibitif, qui impose un devoir d’obéissance. À travers ces deux aspects, elle ne se réduit pas seulement à l’exercice de la contrainte en cas de transgression. Elle 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 normes – un devoir d’obéissance et un devoir de punition. Or, dans sa généralité et son abstraction, la loi pénale ne résout pas le désaccord qui peut porter sur son contenu. Même si le sens des normes pénales est clairement et précisément déterminé et que leur interprétation est stricte, dans les faits elles ne font pas forcément l’objet d’une reconnaissance et d’un accord unanimes. C’est qui nous a conduit à remettre en cause la validité de la théorie économique, en raison de son

⁴³ La prétention de l’institution pénale à être légitime dérive ainsi de l’affirmation de l’État à détenir un point de vue surplombant et normatif sur les rapports sociaux. Comme l’explique Christian Lazzeri : « Pour produire des effets de distinction, de classification, de verdict, de certification, de nomination et en général de production et de traitement d’un problème public, l’État doit apparaître comme un point de vue dominant tous les points de vue sociaux partiels et comme un point de vue supérieur aux points de vue en lutte : il doit pour cela parler au nom de l’universel du groupe [...] » Christian LAZZERI, « Institutionnaliser la reconnaissance. Ou comment classer les institutions ? », *Raisons politiques*, vol. 61, n° 1, 2016, p. 102-103.

écart avec la réalité des pratiques pénales, qui ont pour effet d'imposer des normes et des valeurs dans un contexte pluraliste.

Section 2. Les limites de la peine

Le droit pénal est au cœur des conflits normatifs et axiologiques d'une société, et même s'il joue un rôle minimal de neutralisation des contraintes non-consenties, il affirme alors le pouvoir de l'État à sauvegarder la liberté individuelle. C'est pourquoi l'affirmation selon laquelle la peine vise un objectif unique, qu'il s'agisse de prévenir le danger, de purger la colère, de réhabiliter des marginaux, de corriger des déviants ou d'éliminer un mal, relève d'une justification et non d'une description de la peine. Au plan descriptif, l'affirmation de la fonction normative du droit pénal conduit, il me semble, à admettre que l'institution pénale supporte des fonctions très diverses. Une même sanction pénale peut donner prise à divers usages qui débordent de loin les intentions du législateur comme celles du juge : la peine renvoie à une pratique institutionnelle complexe, faisant intervenir plusieurs acteurs, et non à une décision individuelle et unilatérale comme dans le cas de la punition parentale⁴⁴.

J'interrogerai dans une PREMIERE SOUS-SECTION l'un des problèmes soulevés précédemment par la critique de la théorie économique de la peine : l'écart entre nos conceptions théoriques la peine et sa réalité en fait. Dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, je m'intéresserai aux théories normatives qui ont cherché à rendre compte alors de la variété des peines et des motifs d'incrimination, en insistant sur le besoin de sérier les problèmes de justification soulevés par la peine au sein d'une théorie mixte, mêlant arguments conséquentialistes et rétributivistes.

⁴⁴ Cette spécificité fragilise donc les théories paternalistes qui justifient la peine sur le modèle de la punition et assimilent le rôle de l'État à une autorité parentale, comme le rappellent A. Duff et D. Garland : « Le système pénal ne fonctionne pas comme une famille heureuse, ni même comme une église de pécheurs, et le condamné repent est l'exception plutôt que la règle. La peine produit souvent du ressentiment, de l'amertume et de l'aliénation plutôt qu'une réconciliation morale. » David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 93.

2.1. Justification et définition

Peine de jure, peine de facto

La complexité institutionnelle de la peine, dont la procédure inclut plusieurs phases allant de la poursuite à l'exécution, produit des effets matériels et symboliques qui s'ajoutent aux intentions de celles et ceux qui punissent. Il faut donc distinguer les effets intentionnels et les effets prévus de la sanction⁴⁵. Une peine peut être prononcée dans le but de rétribuer l'individu pour sa faute ou de réguler la vie sociale sans intention de véhiculer le drame de la dénonciation publique. Mais elle peut se lester, au cours de son exécution, d'autres dimensions : par exemple, lorsqu'à une peine de réclusion criminelle s'ajoutent des sanctions disciplinaires comme des mesures d'isolement, une décision du juge de l'application des peines rejetant une réduction ou un aménagement de peine ou encore une rétention de sûreté. Toutes ces mesures relèvent de décisions judiciaires ou administratives. Elles ne sont pas des peines au sens juridique du terme, mais constituent bien des formes de privation des droits et d'infliction de souffrances délibérées. Elles sont donc des pratiques intentionnelles et relèvent du fonctionnement normal et légal de l'institution pénale. Il faut donc les distinguer des mauvais traitements, exercés de la part des codétenus ou du personnel pénitentiaire que l'individu peut subir en détention. Ces actes peuvent alourdir l'épreuve subie par l'individu, mais ils constituent des infractions à la loi pénale ou aux règlements des établissements pénitentiaires, et relèvent uniquement des effets prévus, par exemple lorsque les conditions de détention se dégradent.

L'hypothèse du débordement des effets visés de la peine par ses effets prévus condamne-t-elle toute condamnation pénale à une certaine part d'illégitimité ? Il paraît délicat de tenir le punisseur responsable de toutes les conséquences de sa décision, y compris des actes violents ou arbitraires que peut subir le détenu, étant donné que ces derniers ne relèvent pas de son intention. Cependant, comme il paraît délicat d'affirmer que ces mauvais traitements sont acceptables à quelque égard que ce soit, la justification générale de l'institution pénale doit en tenir compte. Cette dernière ne peut pas se limiter aux conséquences intentionnelles décidées par le juge au moment de la condamnation. Elle doit

⁴⁵ Pour rappel, la distinction entre les effets visés ou intentionnels d'une action et ses conséquences simplement prévues et donc non-intentionnelles est établie par Elizabeth Anscombe en 1958. Elizabeth ANSCOMBE, « La philosophie morale moderne », trad. de l'angl. par G. Ginvert et P. Ducray, *Klêsis*, vol. 9, 2008, [En ligne] URL : <http://www.revue-klesis.org/pdf/Anscombe-Klesis-La-philosophie-morale-moderne.pdf>, consulté le 4 mai 2016.

prendre en compte l'ensemble des décisions, des mesures et des contraintes qui peuvent s'ajouter au cours de l'exécution des peines, mais aussi les conditions concrètes dans lesquelles les peines sont exécutées, qui charrient des souffrances et des verdicts sociaux négatifs supplémentaires à l'égard de l'individu puni⁴⁶.

On peut analyser ce phénomène à travers un exemple. En cas d'irresponsabilité pénale du prévenu dont le discernement est considéré comme ayant été aboli au moment des faits⁴⁷, l'internement en hôpital psychiatrique n'est pas considéré comme une peine, puisque la sanction pénale présuppose la responsabilité de l'infracteur⁴⁸. L'individu pourra cependant être poursuivi au civil et condamné à verser des dommages-intérêts aux victimes. Mais, la décision administrative d'internement est exécutée d'office par le Procureur, sans le consentement de l'individu interné, à qui on impose des soins au nom du danger qu'il représente pour la société. De tels traitements sortent donc formellement du cadre de la peine, puisqu'ils n'appartiennent pas aux dispositions de la répression pénale, mais ils s'en approchent en réalité fortement : il s'agit bien là d'un traitement pénible infligé à un individu contre sa volonté, en raison d'un comportement perçu comme nuisible. Que la clause de culpabilité n'ait pas été remplie ne change rien. Or, exclure d'avance du spectre de justification de la *peine* le traitement administratif des individus irresponsables mais jugés dangereux ne fait que déplacer le problème. Ces traitements sont afflictifs et désocialisent les individus qui y sont soumis. Le problème de la justification de la peine ne peut pas passer sous silence ces cas, en soutenant qu'ils ne relèvent pas du droit pénal.

Si l'on définit la peine comme la rétribution d'une faute, alors la punition de l'innocent apparaît être une contradiction dans les termes. Or, cette affirmation n'est valable qu'en droit. En fait, il est tout à fait possible que des innocents soient punis, non pas parce qu'ils sont rétribués, mais parce qu'ils sont contraints dans leurs droits et leur liberté pour avoir commis un acte que l'État cherche à prévenir. La justification de la peine doit donc être précédée de la question suivante : est-il permis de soumettre des individus, qu'ils soient

⁴⁶ C'est ce que rappelle Christian Lazzeri dans le cadre de son analyse des institutions publiques comme vecteurs de distribution d'estime sociale en réponse aux demandes des individus. En voulant corriger les situations d'inégale attribution d'estime, tout en restant attachées aux demandes des individus les plus visibles, les institutions publiques peuvent renforcer certaines formes d'exclusion sociale. Comme il le précise en effet, l'un des obstacles à la vocation correctrice des institutions « s'explique par l'enfermement des agents dans des verdicts négatifs persistants et qui produisent des effets performatifs négatifs à la manière du casier judiciaire des délinquants ou des verdicts sans appel de l'institution scolaire. » Christian LAZZERI, « Institutionnaliser la reconnaissance. Ou comment classer les institutions ? », *op. cit.*, p. 90.

⁴⁷ Art. 122-1 du CP (loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales) : « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. »

⁴⁸ L'absence de procès ne compte pas ici, car il y a effectivement des peines sans procès, comme l'ensemble des peines contraventionnelles.

déclarés coupables par un tribunal ou non, à de tels traitements ? La difficulté à déterminer à quel moment un acte de contrainte entre dans le champ de la justification de la peine – et devrait appeler en conséquence un régime juridique distinct – constitue un argument pour ne pas présupposer une certaine définition de la peine. On pourrait rétorquer à cet argument que la punition de l'innocent est exclue *a priori* des exigences de justification parce qu'il s'agit d'un acte de violence arbitraire, extérieur au concept de peine⁴⁹. Cet argument repose néanmoins sur une stipulation : en pratique, des actes jugés nuisibles ou répréhensibles sont traités à l'aide de mesures qui ressemblent à des peines bien qu'elles ne relèvent pas du droit pénal. Par exemple, l'usage et l'extension de la rétention administrative associent *de facto* la gestion publique des personnes migrantes à une forme de criminalisation. Il faut donc résister aux tentations d'une définition moralement arrangeante de la peine, qui permettrait de trancher théoriquement les cas épineux de la punition de l'innocent, de l'irresponsable, de l'irrégulier en affirmant qu'ils ne relèvent pas du domaine pénal.

L'invocation du « stop définitionnel » (Hart)

Comme le souligne Hart dans son étude de philosophie pénale, appliquer un « stop définitionnel⁵⁰ » à la discussion pour trancher les cas les moins évidents de punition constitue une stratégie aussi fallacieuse que fautive. En présupposant une bonne définition de la peine, qui exclut logiquement la punition de l'innocent, on écarte d'emblée les situations dans lesquelles une réflexion normative sur la peine et sur sa justification est précisément requise. Pour qu'un acte de coercition soit une peine en son sens standard⁵¹, cinq critères doivent être remplis :

- il doit être *afflictif*, soit inclure l'infliction d'une souffrance,
- *légal*, soit réagir à une offense définie par la loi,
- *individuel*, soit viser uniquement l'individu reconnu coupable,
- *intentionnel*, c'est-à-dire être délibéré et procéder d'une volonté,

⁴⁹ Certains auteurs rejettent par principe le problème déroutant de la punition de l'innocent en prétendant que celle-ci est logiquement exclue du concept de peine. C'est ce que fait Morris lorsqu'il affirme que : « l'institution humaine de la peine présuppose, entre autres choses bien entendu, que certains comportements ont été considérés comme préjudiciables, [que] des privations sont imposées au malfaiteur [et] que le contexte rend évident que la privation n'est pas une taxe imposée à une conduite ou une sorte de compensation pour les individus lésés, mais une réponse au fait d'avoir fait ce que l'on n'avait pas le droit de faire. » Herbert MORRIS, « A Paternalistic Theory Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁰ « Il est important d'énumérer les cas qui dérogent au standard [de la peine] principalement pour empêcher l'utilisation de ce que j'appelle le "stop définitionnel" dans les discussions sur la peine. » Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, *op. cit.*, p. 5.

⁵¹ Je synthétise ici les définitions de Hart et de Bedau : *Ibid.*, p. 4-5.

- et *autorisé*, au sens où le punisseur est habilité par le système juridique qui a posé la règle transgressée.

Or, comme le montrent les exemples précédents, l'institution pénale peut abriter des formes de punition qui apparaissent secondaires et marginales aux yeux de la vocation première de l'institution pénale. Cependant, il s'agit bien de formes délibérées d'infliction de souffrance, et les évacuer du spectre de la théorie normative constituerait non seulement un coup de force sémantique, mais aussi une stratégie dommageable pour la protection des individus qui subissent de telles sanctions administratives ou civiles à vocation punitive⁵². Les punitions extra-juridiques ou extra-pénales, imposées de manière diffuse, en dehors du contrôle d'une juridiction criminelle, ne peuvent pas être écartées *a priori* du spectre de la justification au prétexte qu'elles ne satisfont pas aux conditions logiques du concept de peine. C'est la thèse que soutient Hart :

Ce stop définitionnel [...] nous empêcherait d'enquêter sur cela même que le scepticisme moderne remet le plus en question : le statut rationnel et moral de la préférence que nous accordons à un système pénal en vertu duquel des mesures pénibles pour les individus doivent être prises contre eux uniquement quand ils ont commis une infraction. Pourquoi préférons-nous cela à d'autres formes d'hygiène sociale que nous pourrions employer pour prévenir les comportements antisociaux, et que nous employons effectivement dans des circonstances particulières, parfois avec réticence ? Aucune analyse de la peine ne peut évacuer cette question par une définition⁵³.

Le rejet de l'invocation du « stop définitionnel » conduit à se doter d'un concept de peine suffisamment souple pour embrasser les différentes formes de punitions institutionnelles qui ne sont ni pénales, ni même juridiques. Il faut donc distinguer deux formes de stops définitionnels :

- le premier relève de la distinction précédente entre conséquences intentionnelles et conséquences prévues : ce qu'est une peine ne se limite pas à ce que le punisseur a l'intention qu'elle soit et à ce qu'il exprime dans le prononcé de la sanction – la question peut ainsi être de savoir si une justification authentique doit rendre compte de tous les effets réels de la peine, ou si elle peut se limiter à ses effets visés.

- Le second stop concerne la tendance à limiter la justification de la peine au cas de figure légitime, c'est-à-dire à la punition d'un individu effectivement coupable. Or, le problème est qu'une telle justification écarte *a priori* les éventuelles erreurs judiciaires et exclut de son spectre les mesures punitives non-pénales.

⁵² C'est ce que montre Raphaëlle Théry à travers l'analyse de plusieurs arrêts de la Cour suprême des États-Unis. Voir : Raphaëlle THERY, *Libéralisme pénal, principes, contradictions, et enjeux d'une institution non idéale*, Thèse de doctorat dirigée par Bernard Harcourt et Patrick Savidan, EHESS, décembre 2015, p. 99-100. Je remercie vivement Raphaëlle Théry pour ses éclaircissements sur ce point.

⁵³ Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, op. cit., p. 6.

Le rejet du stop définitionnel invite donc à ne pas réduire l'effectivité de l'institution pénale aux peines qui sont appliquées par les tribunaux répressifs. Comme le défend Hart dans la citation ci-dessus, il faut inclure dans la justification tous les types de contraintes juridiques, imposées délibérément en réaction à un comportement nuisible. Les sanctions qui alourdissent la peine comme les mesures disciplinaires décidées au cours de l'exécution, ou les mesures administratives contre un prévenu déclaré irresponsable doivent donc aussi faire l'objet de la justification. De même, les formes plus informelles de coercition que les agents chargés du maintien de l'ordre mettent en œuvre doivent aussi figurer dans le spectre de la justification. L'effectivité de la loi pénale se mesure en effet également aux interdictions dont elle est la source. C'est la raison pour laquelle on ne peut pas discriminer ce qui relève du champ de la justification du droit pénal à partir d'une simple analyse des conditions d'application de la peine. Les actes qui participent de l'interpellation et de l'assujettissement des individus aux interdictions doivent y être intégrés. Il faut ainsi faire place – aux côtés de la fonction répressive de la loi – aux pratiques coercitives qui visent l'obéissance et qui prennent forme au sein ou dans les marges de l'institution pénale mais ne passent pas par l'infliction d'une peine.

Parmi les formes d'incitation à l'obéissance, certaines sont formellement indépendantes de l'institution pénale mais reconduisent le contenu du droit, comme les campagnes de prévention ou les disciplines mises en œuvre dans les champs de l'éducation, du travail ou de la santé. D'autres sont au contraire inhérentes au droit pénal mais ne sont pas reconnues comme des peines : on peut penser au contrôle social qui prolonge la contrainte sur le condamné au-delà de sa peine, ou qui s'applique aux individus jugés subversifs, suspects ou considérés dangereux, comme les assignations à résidence ou les mesures de rétentions administrative⁵⁴. Ainsi, à côté de la peine elle-même, prolifèrent dans et autour de l'institution pénale des pratiques coercitives qui en minent la légitimité. Éclairées par plusieurs travaux en sociologie du droit⁵⁵, ces pratiques amènent à penser que la justification de l'institution pénale en général, étant données les pratiques pénales en vigueur et leurs effets prévus, ne peut pas être réduite à la justification de la condamnation d'un individu en particulier : si le juge ne peut pas prendre en compte tous les effets réels de sa décision sur la vie du condamné et doit

⁵⁴ Comme l'ont montré certains travaux classiques en socio-histoire dans la lignée de l'étude fondatrice de Louis Chevalier sur la criminalité parisienne au XIX^e siècle : Louis CHEVALIER, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX^e siècle*, Paris, Plon, 2002. Voir également Nils CHRISTIE, *L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident*, Paris, Autrement, 2003, « Introduction ».

⁵⁵ Je renvoie ici à Antoinette CHAUVENET, « Privation de liberté et violence : le despotisme ordinaire en prison », *Déviance et Société*, vol. 30, n° 3, 2006, p. 373-388 ; Antoinette CHAUVENET, Corinne ROSTAING et Françoise ORLIC, *La violence carcérale en question*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

s'en tenir aux effets intentionnels de la condamnation, il n'en va pas de même à l'égard de la décision politique de conserver une institution comme la peine, et notamment la prison, dans les démocraties libérales contemporaines. Le respect de la loi pénale implique tout un ensemble de techniques de contrôle et de surveillance que l'on ne peut pas détacher de l'existence du droit pénal, car elles visent à garantir l'obéissance aux interdictions qu'il définit. La loi pénale n'a pas seulement vocation à définir un certain type de sanctions qui doivent être appliquées lorsqu'il y a transgression. Elle affirme aussi un devoir de conformité à l'égard des interdictions. Ses agents peuvent ainsi chercher à évaluer l'obéissance des individus et à les inciter à se conformer à la loi par des mesures alternatives aux poursuites pénales, comme le rappel à la loi⁵⁶. La théorie normative se doit d'en rendre compte pour savoir si l'infliction d'une contrainte en réponse à un comportement nuisible par une autorité étatique est acceptable.

Le statut conventionnel de la punition

La critique du stop définitionnel amène à penser qu'une définition substantielle de la peine est non seulement stipulative mais aussi arbitraire. Peut-on alors aller jusqu'à dire que les traits distinctifs du droit pénal – ses dimensions afflictive et infamante – sont conventionnels et non pas matériels, et qu'en droit n'importe quel type de sanction pourrait jouer le rôle d'une peine ? Cette question subvertit la frontière établie dans le droit positif entre répression et réparation. On pourrait croire que des sanctions réparatrices seraient à même de garantir l'autorité du droit, puisqu'elles constituent des actes de contrainte, sans pour autant englober les caractères afflictifs et expressifs des peines. En théorie, rien n'empêche qu'un système de mesures réparatrices et compensatoires assure les fonctions dissuasives et rétributives de la peine. Son efficacité ne semble dépendre que des conventions sociales et de la sensibilité collective. La contrainte de réparation suppose une transgression au même titre que la peine.

Certes, par un effet de contraste, la peine semble se distinguer de toute fonction de réparation ou de compensation. Dans le cadre d'une procédure mixte qui associe un versant pénal et un versant civil, le paiement de dommages-intérêts n'a pas pour fonction d'infliger une souffrance et de véhiculer une réprobation, puisqu'une peine est prévue à cet effet. Dans le contexte de cette procédure bipartite, la sanction pénale s'entend comme une réaction à une

⁵⁶ CPP art. 41-1 (loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, art. 1).

transgression d'une certaine gravité et comme la défense d'interdits tenus pour fondamentaux. Mais si l'arsenal des sanctions se limitait à imposer exclusivement des sanctions compensatoires, nul doute alors que ces dernières prendraient la valeur de peines, c'est-à-dire d'une privation ou d'une diminution des capacités du condamné, véhiculant une réprobation collective et réaffirmant un modèle de conduite. Les fonctions couramment assumées par la peine peuvent être transférées à tout type de sanction attachée à la commission d'actes légalement répréhensibles. Par hypothèse, dans un système qui n'admettrait que des sanctions réparatrices, dire de l'individu qui est condamné à une sanction qu'il n'est pas puni apparaît étrange : il s'agit d'un tour de passe-passe sémantique qui présuppose la distinction entre peine et réparation qu'un tel système aurait justement aboli. Du moment que la sanction est infligée de manière coercitive, en réaction à un acte défini comme sa condition, elle se charge d'un caractère punitif, qu'elle soit positivement reconnue comme une peine ou non. Toute norme conditionnelle qui vise à contraindre son patient, à une privation ou à une réparation, peut posséder une dimension punitive. Que cette dernière inflige une obligation de réparation ou une privation de droits n'est pas décisif, et dépend seulement des conventions en vigueur.

On rétorquera néanmoins que, si une réparation peut être punitive, il reste que du point de vue de la souffrance impliquée par l'infliction d'une contrainte physique – lorsque la peine revient à entraver le corps – apparaît sans commune mesure avec une peine pécuniaire ou une obligation de réparation. C'est ce que souligne Lévinas, dont l'analyse de la peine dans *Difficile liberté* aborde ce problème. « La blessure d'argent n'est pas mortelle⁵⁷ » rappelle-t-il. Fournissant ici un argument pour défendre l'exigence de rétribution pénale, l'auteur souligne les limites morales d'un système de peines symboliques ou pécuniaires. La contrainte de réparation parfaite offre un avantage trop certain aux individus issus des franges économiquement privilégiées de la société. Elle paraît injuste si la peine doit équivaloir la blessure causée à la victime. L'objectif de réparation est une condition nécessaire mais non suffisante à la rétribution du crime, car elle laisse ouverte la possibilité que la sanction ne soit pas suffisamment afflictive et que la victime ne soit pas reconnue à hauteur du tort subi. L'axiome « œil pour œil, dent pour dent » impose ainsi que l'équilibre ne soit retrouvé que par le partage du tort commis, en infligeant au criminel le même préjudice qu'il a imposé à la victime. La différence entre les deux est que le premier était un tort alors que le second est une punition.

⁵⁷ Emmanuel LEVINAS, *Difficile liberté. Essais sur le Judaïsme*, Paris, Albin Michel, 1963, p. 196.

Cette thèse réactive un argument rétributiviste : la peine se fonde sur une exigence d'expiation imposée au criminel, qu'il ne pourra satisfaire qu'en éprouvant lui-même la souffrance subie par la victime. Cette souffrance est conçue comme un bien intrinsèque et non comme un moyen de réaliser une fin extrinsèque comme la dissuasion des délinquants, la réhabilitation du condamné ou l'élimination du risque. La croyance dans les vertus de la souffrance, supposément absente de la sanction réparatrice, se fonde sur une confiance forte en l'expiation. Mais, cette justification de la vertu intrinsèque de la souffrance constitue en effet un point sensible : en quoi, davantage que la réparation, une justice qui punit en faisant souffrir « préserve-t-elle l'homme qu'elle veut sauver⁵⁸ » ? Devant l'inconfort ressenti face à une telle justification, Lévinas se retient de lier souffrance du criminel et respect de la victime, et relègue cette idée au rang d'une hypothèse impossible à réaliser. Il paraît en effet étrange, voire malsain, de vouloir que les souffrances s'équilibrent parfaitement, mais cette aspiration demeure incoercible :

[...] si l'argent ou les excuses pouvaient tout réparer et nous laisser une conscience tranquille, le mouvement [qui nous apporte le monde sans violence] irait à contresens. Oui, œil pour œil. Et toute l'éternité, et tout l'argent du monde ne peuvent guérir l'outrage qu'on fait à l'homme. Blessure qui saigne pour tous les temps, comme s'il fallait la même souffrance pour arrêter cette éternelle hémorragie⁵⁹.

Ce que révèle ce passage, c'est qu'une description adéquate de la peine doit tenir compte du fait que la fonction de la peine est conditionnée par des conventions et des représentations sociales. Même dans un système juridique dans lequel le concept de « peine » n'existe pas, rien n'empêche qu'une contrainte de réparation assume le rôle de véhiculer le blâme public et qu'elle soit présentée comme un mal. Comment la théorie normative peut-elle alors tenir compte du statut conventionnel de la peine, comme du fait que de nombreuses sanctions possèdent un caractère punitif sans pour autant être des peines, comme les exemples des mesures administratives ou des sanctions réparatrices l'ont montré ? En réponse au problème du « stop définitionnel » qu'il a soulevé, Hart soutient que la justification de la peine doit procéder en plusieurs temps : elle doit d'abord isoler les finalités acceptables que l'institution pénale, ou toute autre forme de réaction étatique aux comportements définis comme nuisibles, doivent chercher à réaliser ; puis, elle doit évaluer les conditions d'application des sanctions prévues par ces institutions contre les auteurs de ces comportements, que ces conditions impliquent une clause de culpabilité ou non. Cette théorie de la peine combine un principe d'utilité au plan général au respect des libertés individuelles

⁵⁸ *Ibid.*, p. 178-179.

⁵⁹ *Ibid.*

au plan procédural, et mêle ainsi arguments conséquentialistes et rétributivistes dans une même théorie. Peut-elle alors dénouer la contradiction entre la demande de sécurité et l'exigence du respect des droits, et convenir ainsi au pluralisme moral des démocraties libérales ?

2.2. Une justification compréhensive ? Les théories mixtes de la peine

Les théories mixtes de la peine (Hart)

Les théories mixtes de la peine ont émergé en réponse à plusieurs tensions : l'exigence de qualifier moralement la faute du criminel peut contrevenir à la pleine reconnaissance du tort subi par la victime en cas d'excuse, et le besoin social de prévenir le crime peut s'opposer aux garanties accordées à l'individu contre le pouvoir coercitif de l'État. Comment justifier l'institution pénale dans ces conditions ? Peut-elle être autre chose qu'une institution conservatrice qui impose les normes et valeurs du groupe socio-culturel dominant aux autres ? En réponse à ces problèmes, la stratégie de Hart consiste à sérier les exigences de justification qui portent sur l'institution pénale, en distinguant notamment ce qui relève de sa fonction générale et ce qui concerne ses conditions d'application particulière. C'est pourquoi il est préférable que l'institution pénale soit fondée sur un mélange des différentes justifications traditionnelles de la peine, et notamment du conséquentialisme et du rétributivisme.

Pour calquer le pluralisme moral d'une société et demeurer fidèle aux conflits normatifs qui la traversent, l'institution pénale doit satisfaire des critères de justification de natures différentes. Les théories mixtes sont conçues comme une réponse à ce problème élaborée à partir de la pratique des juges qui ont à rendre compte de valeurs et de normes qui peuvent également être contradictoires. Elles prétendent que le pluralisme de la société est respecté si la peine répond elle-même à des exigences différentes : la protection des intérêts du plus grand nombre et le respect des libertés individuelles. Cette théorie de la justification de la peine prétend ainsi tirer parti de principes d'utilité et de justice hétérogènes, en accordant le respect des droits individuels à la poursuite du bien collectif.

Les théories mixtes ont été notamment défendues par Hart et Rawls⁶⁰. Elles distinguent plusieurs niveaux de justification et soutiennent que si d'un côté le but général de l'institution pénale est l'utilité sociale et qu'elle doit assurer la prévention des actes nuisibles et préjudiciables, d'un autre côté les conditions d'application de la peine doivent notamment garantir que seul l'individu reconnu coupable puisse être puni. Ces théories reconnaissent donc la recherche du bonheur du plus grand nombre comme le but général de la peine, et la défense de la liberté individuelle comme une contrainte à la poursuite de ce but. Ce faisant, elles hybrident deux formes de justification hétérogènes : un argument conséquentialiste pour justifier l'existence de l'instrument pénal, et un critère rétributiviste pour autoriser à titre minimal la punition d'un individu.

La théorie de Hart est mixte en ce qu'elle propose de distinguer les exigences justificatoires selon les différentes étapes de la chaîne pénale : l'incrimination et les poursuites, l'imputation de responsabilité et la détermination de la sentence n'obéissent pas aux mêmes critères. Dans *Punishment and responsibility*, le théoricien montre ainsi que la justification de la peine donne prise à la séparation de plusieurs seuils de justification⁶¹. La théorie normative doit, selon lui, respecter l'écart qui subsiste entre :

- l'évaluation de l'objectif général de l'institution pénale, c'est-à-dire des finalités qu'elle poursuit ;
- l'examen de ses conditions d'application, qui interroge la manière dont on identifie l'individu puni ;
- la justification de ses modalités, c'est-à-dire le type et le *quantum* de la peine.

Il faut donc distinguer le critère qui permet d'évaluer la fonction générale de l'institution pénale, celui qui doit servir à en contrôler la mise en œuvre particulière, et enfin celui qui permet d'en fixer la sévérité et les modalités. La justification de l'institution pénale dépend ainsi de son utilité pour prévenir les actes nuisibles, par comparaison avec d'autres formes de contrôle étatique ou de régulation sociale, mais elle doit néanmoins intégrer des règles déontologiques, découlant du respect de principes de justice comme le mérite, la proportionnalité et la parcimonie. À travers ces garanties procédurales, l'institution pénale prétend assurer le respect des libertés individuelles. Hart sépare donc le plan de l'incrimination de celui de la punition : la question de savoir si l'immoralité ou la dangerosité d'un acte constitue une condition suffisante à son incrimination est indépendante de celle

⁶⁰ Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, *op. cit.*, p. 234-235 ; John RAWLS, « Deux concepts de règles », trad. et présenté par Vincent Boyer, *Philosophie*, vol. 133, mars 2017, p. 12-36.

⁶¹ Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, *op. cit.*, p. 25.

visant à déterminer si et comment il faut en punir l'auteur. Suivant la typologie des justifications sur laquelle s'appuient les théories mixtes, il est nécessaire d'isoler les exigences portant sur les bénéfices de l'institution de celles relatives à son imputation. Ainsi, le *harm principle* ne se situe-t-il pas au même plan que le respect des garanties procédurales comme la présomption d'innocence⁶². Le contenu des incriminations dépend des finalités que remplit l'institution pénale et ne relève pas des mêmes exigences que l'imputation de la responsabilité pénale.

Ces distinctions dans la théorie de la justification appellent l'adoption d'un modèle mixte selon Hart. Ce modèle se présente comme une troisième voie entre le rétributivisme et le conséquentialisme⁶³. Les théories mixtes de la peine affirment que la peine est légitimée à l'aune de ses effets préventifs, mais qu'elle doit intégrer des contraintes de procédure secondaires, justifiées d'un point de vue rétributiviste comme la présomption d'innocence, la procédure accusatoire ou le droit à une défense. La pratique générale de la peine est exercée pour son utilité sociale, mais l'acte de punir obéit quant à lui à l'exigence de rétribution. Ces théories semblent épouser la représentation ordinaire de l'institution pénale. De fait, si au sein des démocraties libérales contemporaines, la punition légale paraît communément acceptée pour sa fonction dissuasive et neutralisatrice, ses modalités concrètes d'application sont régulièrement jugées excessives ou insuffisantes, dégradantes ou trop indulgentes. Or, le présupposé commun à ces discours contradictoires reste que la peine constitue une technique de contrôle social indispensable à la vie collective, et que seule la mise en œuvre doit en être réformée. Je voudrais approfondir ce point, en montrant que la valeur des règles de procédure en matière pénale engage en réalité la justification générale de l'institution pénale⁶⁴, contrairement aux distinctions établies par Hart.

⁶² Pour approfondir ce point, voir Pierre-Olivier SUR, « Répression pénale et libertés », *Pouvoirs*, vol. 130, n° 3, 2009, p. 49-64, [En ligne] URL : <http://www.revue-pouvoirs.fr/Repression-penale-et-libertes.html>, consulté le 05 juin 2013.

⁶³ Je renvoie ici aux travaux de : Alan GOLDMAN, « Toward a New Theory of Punishment », *Law and Philosophy*, vol. 1, n° 1, 1982, p. 57-76 ; David HOEKEMA, *Rights and Wrongs: Coercion, Punishment, and the State*, Selinsgrove, Susquehanna University Press, 1986 ; Jean HAMPTON, « The Moral Education Theory of Punishment », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 13, n° 84, 1984, p. 208-238 ; C. L. TEN, *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford, Clarendon Press, 1987 ; Andrew VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

⁶⁴ La procédure pénale serait donc décisive à la description et à l'évaluation du droit. Comme le souligne J-P Cléro : « La procédure est la logique et, sans aucune ironie, la véritable métaphysique du droit. [...] la procédure est l'essence du droit et [le] jusnaturalisme ne saurait s'y substituer. » Jean-Pierre CLÉRO, « Une pesée utilitariste de la présomption d'innocence », in (coll.), *La présomption d'innocence* [publ. par l'Institut de criminologie de Paris], Paris, Eska, « Essais de philosophie pénale et de criminologie », 2004, p. 73 (note) et p. 75.

Procédure pénale et contraintes secondaires

Dans la théorie mixte de la peine, la procédure d'application de la peine obéit à des contraintes secondaires : ces dernières ne visent pas à rendre l'institution pénale plus efficace à l'égard de son objectif de prévention, mais à garantir le respect de principes de justice comme le mérite et la non-punition de l'innocent. Malgré l'évidence apparente de ces contraintes à l'application d'une peine, leur défense peut varier en fonction de la valeur qui leur est conférée. Si l'on estime que ces contraintes possèdent une valeur morale absolue, ou substantielle, alors on suppose que la peine doit constituer la rétribution d'une faute qu'il faut avoir prouvé en premier lieu et que la procédure pénale doit permettre d'établir publiquement le caractère répréhensible de l'acte et doit le communiquer à l'accusé. Mais, si l'on soutient au contraire que ces contraintes possèdent une valeur morale purement instrumentale, alors on soumet l'utilité générale de la peine au respect des droits individuels contre la contrainte de l'État. Parce qu'elle défend la seconde option, la théorie « mixte » de Hart peut en fait être assimilée à la variante libérale du conséquentialisme pénal : la peine sert à prévenir les actes socialement nuisibles dans la limite du respect de la liberté négative des individus.

Cette justification conséquentialiste des règles de procédure en matière pénale se retrouve également dans le libéralisme pénal de Hugo A. Bedau et Erin Kelly. Les philosophes soutiennent ainsi l'implémentation de contraintes procédurales au sein de la procédure pénale : justifier l'institution pénale requiert de concilier des considérations conséquentialistes avec des règles déontologiques⁶⁵. Ils s'opposent ainsi à toute théorie moniste de la justification de la peine : « L'irréductible complexité juridique de la justification défie toutes les formes de ce que l'on pourrait appeler un fondationalisme linéaire – qu'il soit *top-down* (descendant) ou *bottom-up* (ascendant) ⁶⁶. » Comme le soutenait Hart précédemment, la justification de la peine suppose une théorie complexe, segmentée en plusieurs niveaux⁶⁷. Or, Bedau et Kelly insistent également sur le caractère idéal des fonctions générales de la peine, par opposition au caractère non-idéal de la procédure pénale : l'institution pénale assume une fonction préventive, et fait partie des conditions de légitimité de l'ordre social, en ce qu'elle contribue à l'obéissance et protège des principes normatifs tels que la sécurité collective, la liberté individuelle ou l'autonomie morale. En revanche,

⁶⁵ « une part essentielle de la théorie de la peine repose sur une articulation attentive entre les normes qui produisent ces contraintes sur la pratique de la peine et leurs propres fonctions. » Hugo A. BEDAU et Erin KELLY, s. v. « Punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, op. cit.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ « La pratique de la peine, pour le formuler autrement, repose sur une pluralité de valeurs, et non pas sur une valeur unique à l'exclusion de toutes les autres. » *Ibid.*

l'application d'une peine suppose des conditions non-idéales : la commission d'une infraction signifie que l'obéissance fait défaut et que ces principes sont contestés, intentionnellement ou non ; de plus, comme la peine est une institution humaine complexe, on ne peut pas présumer l'infailibilité et la cohérence des agents qui interviennent aux différentes étapes de la chaîne pénale. Il n'est pas possible d'exclure *a priori* les erreurs judiciaires : le système judiciaire peut rencontrer des défaillances et ses agents peuvent se tromper malgré les garanties prises afin d'encadrer par exemple l'instruction des charges ou l'administration des preuves.

Pour toutes ces raisons, l'application de la peine doit obéir à des contraintes de procédure, dont la justification oscille néanmoins entre inspiration utilitariste et déontologique : l'individu a-t-il droit à un procès équitable garantissant un jugement équitable afin que l'institution pénale ne soit pas discréditée et qu'elle demeure généralement efficace ? Ou bien parce qu'une société qui accepterait de sacrifier les droits individuels sur l'autel de la sécurité serait jugée profondément injuste ?

Les tenants du libéralisme politique avancé comme John Rawls soutiennent la seconde option. La procédure pénale est certes une instance de justice imparfaite, parce qu'elle suppose un contexte de désobéissance et de désaccord sur les valeurs et les normes de la part des individus, mais elle ne peut pas prétendre être autre chose : les critères d'application de la peine sont purement procéduraux. Il est impossible d'en déterminer sa valeur morale autrement qu'en fixant *a priori* les règles de procédure de l'institution pénale, de manière à ce qu'elle garantisse la liberté et l'égalité des individus. À la différence d'une institution dont les règles sont définies collectivement, le jugement pénal suppose la désobéissance d'un individu ou d'un groupe envers les règles communes. La procédure suppose un contexte de désaccord. Elle ne peut donc pas être fondée sur un consensus substantiel à l'égard des finalités de l'institution pénale sans nier les droits de l'accusé : la commission d'une infraction suppose un conflit sur les valeurs et les normes d'une société, qui concernent par recoupement le contenu du droit et sa prétention à être légitime. Il y a en effet de fortes chances pour que le malfaiteur ne reconnaisse pas, voire conteste ouvertement les mœurs et les conventions de la communauté.

Or, pour un libéral, ce désaccord ne doit pas mener à condamner plus sévèrement l'individu : il doit être puni à cause du caractère préjudiciable de son acte, et non en raison du désaccord dont il est porteur. Seules des règles de procédure déontologiques comme la présomption d'innocence, la procédure accusatoire ou le droit à une défense peuvent garantir cette exigence de justice. Ce n'est qu'au travers d'une procédure équitable et d'un jugement impartial, que l'application de la peine peut être compatible avec la reconnaissance des

libertés individuelles, tout en assurant l'ensemble des individus de la soumission des autres aux règles communes. Par conséquent, ce qui se présentait comme une théorie mixte de la peine s'apparente finalement à une version libérale et déontologique du conséquentialisme pénal, orienté vers la défense de l'équité sociale.

La fonction délibérative du procès

La justification libérale d'une procédure pénale fondée sur des règles déontologiques relève d'une conception conséquentialiste de la justice pénale, qui doit servir à protéger la liberté individuelle et l'équité sociale. Elle insiste sur la capacité à punir tout en préservant le pluralisme des conceptions du bien au sein d'une même société, c'est-à-dire à éviter toute conception moralisante et conservatrice de la peine. Dans sa prétention à tenir compte du conflit et du désaccord qui a présidé à l'infraction, une procédure pénale libérale débouche sur une conception délibérative du procès. On peut néanmoins s'interroger sur la valeur de la délibération placée ainsi au cœur de la procédure pénale. Comme l'explique Antony Duff, trois types de justification du procès sont envisageables⁶⁸ :

- une justification instrumentale et purement conséquentialiste, qui définit le procès comme un outil permettant d'assurer la fonction préventive de la peine en assurant à la communauté que les vrais délinquants sont mis hors d'état de nuire ;

- un modèle « mixte », qui souscrit à cet objectif de prévention mais incorpore des contraintes de procédure modelées sur la base de règles déontologiques ;

- enfin, un modèle « non-conséquentialiste », qui vise à faire du procès une institution garantissant la reconnaissance de l'autonomie morale de chaque citoyen.

De nombreux travaux se sont ainsi intéressés aux conditions et aux finalités du procès pénal, en soulignant les écarts entre ces trois modèles⁶⁹. Une alternative fondamentale semble en émerger : le procès est-il un instrument pour établir l'innocence ou la culpabilité d'un individu, tout en limitant néanmoins le pouvoir potentiellement intrusif de l'État à l'aide de garanties procédurales ? Ou bien est-il le vecteur de la reconnaissance morale de l'individu, par la possibilité qui lui est offerte de se défendre et de répondre des actes qui lui sont reprochés de manière autonome ?

⁶⁸ Antony DUFF, *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 99-143.

⁶⁹ Voir : Robert P. BURNS, *A Theory of the Trial*, Princeton, Princeton University Press, 1999 ; Antony DUFF *et al.*, *The Trial on Trial: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, t. III, Oxford, Hart Publishing, 2007 ; Andrew ASHWORTH et Mike REDMAYNE, *The Criminal Process*, Oxford, Oxford University Press, 2010 [1994].

Antony Duff souligne que, dans le premier cas, le risque de confiscation des garanties procédurales reste inéliminable. La recherche de sécurité peut amener à rogner sur les droits individuels. L'auteur prend l'exemple du système des *Children's Hearings*⁷⁰, les organismes chargés en Écosse de la délinquance des mineurs⁷¹. Cette institution est composée d'un panel de représentants de la société civile rassemblés pour déterminer les mesures adaptées à la situation du mineur auditionné, en accord avec son projet et en concertation avec sa famille. La décision peut être révisée sous l'égide du système judiciaire régulier. Le système des *Children's Hearings* a été institué en 1968 et mis en œuvre en 1971 pour remplacer les tribunaux répressifs adaptés aux délinquants de moins de 16 ans et, dans certains cas, de 18 ans⁷². Il assume les fonctions d'une institution aussi bien préventive que protectrice, puisque les audiences concernent les auteurs d'infractions comme les jeunes en manque de soin ou d'attention, notamment parentale. La convocation du mineur peut être motivée dès que l'individu est considéré hors du contrôle de ses parents ou tuteurs, victime d'une infraction, de blessures ou d'abus, susceptible de subir un préjudice grave pour sa santé ou son développement, consommateur de drogues, d'alcool ou de produits solvants ; ou bien lorsqu'il est suspecté d'avoir commis une infraction, qu'il est défaillant auprès de son école, ou qu'il fait l'objet d'une notification de comportement antisocial par une autorité administrative⁷³. À l'issue de la concertation, les *Children's Hearings* peuvent soumettre le mineur à diverses obligations : mesures de contrôle social, suivi socio-éducatif, programmes de réhabilitation, placement en foyer ou en famille d'accueil.

Duff soutient que cette institution souffre d'une double illégitimité : elle sanctionne moins des actes que des propensions à agir, car les procédures d'administration de la preuve sur lesquelles elle repose ont un spectre plus large. En outre, elle indexe les obligations qui sont imposées au mineur à un objectif de correction, ce qui laisse ouverte la possibilité de réviser et d'étendre la durée du contrôle imposé. Pour Duff, l'iniqité procédurale de cette instance déteint alors sur la légitimité de ses motifs : elle soumet l'individu à une exigence de correction envers des objectifs qu'il ne maîtrise pas, qui dépassent la lettre de la loi et qui peuvent être assimilés à une discipline sociale tournée vers l'adaptation aux cadres de vie

⁷⁰ Je maintiens l'expression originale *Children's hearings* car ces organismes sont propres au système écossais.

⁷¹ Antony DUFF, *Trials and Punishments*, op. cit., p. 99-143.

⁷² Créé par le *Social Work (Scotland) Act* de 1968, les règles des *Children's hearings* ont subi des réformes substantielles depuis le *Children's Hearings (Scotland) Act* de 2011.

⁷³ *Children's Hearings (Scotland) Act*, 2011, section 67, [En ligne] URL : <http://www.legislation.gov.uk/asp/2011/1/section/67>, consulté le 10 novembre 2016.

dominants⁷⁴. Une institution de jugement conforme au règne de la loi (*rule of law*), assurant la sécurité juridique des individus et la protection de leurs droits est préférable à d'autres formes de contrôle social, même dans le cas de la justice pour mineurs. Selon lui, une procédure pénale libérale n'est peut-être pas le moyen le plus efficace de prévenir la délinquance, mais elle doit être privilégiée en ce qu'elle assure la reconnaissance de l'égalité des citoyens. Ce n'est qu'à la condition de protéger le statut de l'individu comme sujet moral que la contrainte à laquelle il est soumis peut être justifiée, et la minorité ne doit pas constituer un cas dérogatoire à ce principe. Cette analyse montre à nouveau que le choix du type de procédure est déterminant pour la justification d'ensemble de l'institution pénale : Duff défend ici une version libérale du rétributivisme, en excluant toute justification de la peine pour ses effets préventifs. Il semble donc que la procédure de jugement de chaque affaire particulière emporte et rejoue la justification de l'institution pénale en son entier, contrairement à ce que prétendaient les théories mixtes de la peine.

Conclusion de la section 2

On a insisté sur un problème faisant obstacle à la validité des théories de la justification de peine : l'écart qui réside entre nos définitions logiques et stipulatives de la peine, et la réalité des peines appliquées en fait. Il paraît tentant d'exclure *a priori* la punition de l'innocent du concept de peine, mais cette décision ne tient pas compte de la possibilité d'un usage de la peine qui ferait l'économie de la reconnaissance de la culpabilité des individus. La stratégie du « stop définitionnel » a été critiquée pour cette raison à l'aide des arguments de Hart. En outre, de nombreuses sanctions possèdent une fonction punitive sans pour autant être des peines au sens propre. Les théories normatives doivent en tenir compte, et c'est ce à quoi les théories mixtes de la peine tentent de répondre. Ces théories distinguent la justification des buts généraux de l'institution pénale de la justification de ses conditions particulières d'application. Tout l'enjeu pour ces théories est alors de parvenir à montrer que les principes auxquels obéit la procédure pénale sont distincts de ceux auxquels répond l'existence même de la peine. Or, comme on l'a observé, les différents modèles de procès

⁷⁴ Voir Lesley MCARA, « La justice des mineurs en Ecosse : pressions convergentes et singularités culturelles », *Déviante et Société*, vol. 33, n° 3, 2009, p. 383-398 ; Lesley MCARA, « The Scottish juvenile justice system: policy and practice », in John A. WINTERDYK (dir.), *Juvenile justice systems : international perspectives*, Toronto, Canadian Scholars Press, 2002, p. 441-476.

emportent une justification globale de la peine : si le procès est un instrument pour prévenir le crime, alors la justification de la peine sera intégralement conséquentialiste ; si le procès vise à rétablir l'autonomie et à préserver les droits de l'accusé, sa justification demeure rétributiviste. Duff soutient cette dernière forme de procédure pénale. C'est sur la validité d'une conception rétributiviste de la peine que je voudrais consacrer la prochaine section, en cherchant à savoir si la communication du tort commis à l'attention du condamné peut être une raison de punir et de justifier la peine comme institution paternaliste.

Section 3. La raison de la punition : éducation morale et intériorisation des normes

La fonction normative de la peine enveloppe deux phénomènes : la légitimation de l'État qui manifeste son autorité et son monopole dans l'exercice de la contrainte à travers la peine ; le fait qu'au-delà de l'infliction de souffrances ou de l'expression du ressentiment collectif, la procédure pénale se soucie d'amener le condamné à se rendre compte du caractère fautif de son acte et à changer. Le premier phénomène est lié à la stabilisation du pouvoir dans les démocraties libérales et au rôle que joue l'institution pénale à cet égard ; il sera étudié dans le prochain chapitre. Le second phénomène concerne les prétentions de la peine à agir sur les dispositions du condamné, que l'on peut interpréter de deux manières incompatibles : soit on considère que la peine communique à l'infraacteur le caractère fautif de son acte par la souffrance qu'elle lui inflige, ce qui tend à justifier la peine comme une institution paternaliste qui réaffirme l'autonomie morale de l'individu en garantissant son droit à être puni ; soit, au contraire, on associe la peine à des mesures thérapeutiques et correctrices qui visent la réhabilitation du condamné, et écartent la peine de deux écueils, les rétributions cruelles et les mesures exemplaires irrespectueuses de la personne du condamné. Je voudrais confronter ces deux manières de concevoir la fonction normative de la peine sur l'individu puni.

Dans une PREMIERE SOUS-SECTION, je chercherai tout d'abord à montrer que la théorie paternaliste de la peine, qui justifie la peine comme un droit du condamné qu'il faut honorer en vertu de son autonomie morale, est moralement valide mais irréalisable. Cependant, je voudrais insister sur la valeur critique de cette théorie, qui fournit un point d'appui pour souligner la manière dont certains programmes de réhabilitation instrumentalisent le consentement des individus, notamment en détention, et s'apparentent à une forme de domination de la part de l'administration pénitentiaire. Le paternalisme pénal permet ainsi de révéler les effets psychologiques pernicioeux des procédures qui incitent le condamné à adhérer à sa peine. Dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, on pourra néanmoins souligner le caractère idéal de cette justification de la peine, qui suppose en effet que la loi fait l'objet d'une adhésion forte de la part des individus, et que la peine a vocation à le rappeler à celles et ceux qui s'en seraient détournés. Or, en réalité, l'identification des individus à l'ordre juridique est beaucoup plus complexe, et peut déboucher sur des formes d'incertitude et de crainte d'être puni, qui entretiennent la culpabilité du sujet de droit.

3.1. Éducation morale et paternalisme pénal

La théorie paternaliste de la peine (Morris)

Dans un article de 1981⁷⁵, intitulé « A Paternalistic Theory of Punishment », 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 ou l'État punissent l'enfant ou le délinquant pour son bien. La peine élève le délinquant à l'autonomie morale, parce qu'à travers une souffrance qui a valeur de rétribution, c'est la nature de tort de son acte qui lui est communiquée. La seule raison qui autorise que l'on punisse est ainsi que le criminel s'aperçoive qu'il a violé des valeurs partagées. Il ne s'agit donc ni de le dissuader, ni de le corriger, ni de lui faire expier sa faute ni de venger les victimes ou la société. La théorie paternaliste de la peine se fonde sur une conception rétributiviste de la peine : la peine répond à la faute commise volontairement par l'individu et permet d'en respecter le statut moral, c'est-à-dire la qualité de personne, si elle communique le caractère de tort de l'acte commis. Morris formule cet argument dans un article de 1970, « Persons and Punishment », à l'encontre du conséquentialisme pénal. Dans sa version utilitariste, cette théorie justifie selon lui l'instrumentalisation de la souffrance du condamné afin de dissuader les délinquants potentiels, et *in fine* la punition d'un individu pour l'exemple⁷⁶. Cet article a fortement joué en faveur du regain d'intérêt pour le rétributivisme qui a marqué les années 1970. Mais dans l'article de 1981, il insiste sur le versant positif du paternalisme pénal, et développe la fonction d'éducation morale que la peine assure dans ce cadre. Il défend ainsi que le caractère rétributif de la peine constitue une contrainte logique au concept de peine :

pour qu'une personne soit punie, il doit y avoir une intention – généralement prise pour acquise – de transmettre au malfaiteur, et dans les cas de punition pour atteinte aux règles d'une communauté aussi aux autres, que la privation est imposée à cause du tort commis. [...] La théorie paternaliste que je présente repose essentiellement sur l'idée de la peine comme acte de communication complexe [...] ⁷⁷.

Dans les cas de la punition parentale et de la peine légale, la sanction communique à l'enfant ou au délinquant la nature transgressive et mauvaise de son acte. Elle doit l'amener à

⁷⁵ Herbert MORRIS, « A Paternalistic Theory of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, *op. cit.*, p. 96.

⁷⁶ Herbert MORRIS, « Persons and Punishment », *The Monist*, vol. 52, n° 4, 1968, p. 475-501.

⁷⁷ Herbert MORRIS, « A Paternalistic Theory of Punishment », *op. cit.*, p. 97.

comprendre que, pour son propre bien comme pour celui de la communauté dont il dépend, il ne doit pas recommencer. L'infracteur est ainsi puni dans l'espoir qu'il se rende compte que le crime a violé des valeurs partagées, et qu'il choisisse à l'avenir de ne plus les enfreindre. La peine est donc imposée dans l'intérêt du condamné comme de la communauté⁷⁸. La visée n'est cependant pas de corriger le condamné ni de dissuader les délinquants d'enfreindre la loi, mais de faire comprendre à l'infracteur la nature de son acte à l'aune de ses conséquences désagréables. Comme le précise Morris, sa théorie est « paternaliste » en ce qu'elle calque l'attitude de bienveillance et de sollicitude qui motive la punition de l'enfant par le parent, tout en la transférant au plan des relations entre adultes⁷⁹.

L'auteur n'en revient donc pas à un rétributivisme austère et implacable, arcbuté sur l'équivalence des souffrances subies par la victime et le criminel. Il souligne ainsi la valeur intrinsèque de principes comme la proportionnalité des peines, la culpabilité comme condition nécessaire de la responsabilité pénale et le respect des droits de l'accusé au cours du jugement. Ces principes sont décisifs parce qu'ils permettent de clarifier la signification morale de la peine : le condamné doit en effet être convaincu de sa culpabilité, en ressentir du remords et comprendre par lui-même le caractère fautif de son acte. La peine vise donc à persuader le condamné du tort qu'il a commis en lui permettant de retrouver la capacité d'adhérer librement aux valeurs de la communauté. Les peines qui ont au contraire pour vocation de faire du condamné un exemple et un instrument d'intimidation – tout comme les procédures qui lui dénie la capacité de se défendre et de répondre de ses actes – apparaissent donc antinomiques à l'ambition persuasive du paternalisme. Elles ne parviennent pas à fournir au condamné les raisons qu'il peut comprendre et qui justifient sa punition et le devoir d'obéissance envers la loi. Autrement dit, en s'imposant sans tenir compte du consentement possible du condamné, ce type de pratiques pénales nient les conditions de l'accord libre et raisonnable dont la loi peut faire l'objet.

⁷⁸ Cet argument est partagé par d'autres défenseurs de la fonction éducative de la peine. Je renvoie ici à : Jean HAMPTON, « The Moral Education Theory of Punishment », *op. cit.*, p. 208-238 ; Antony DUFF, *Trials and Punishments*, *op. cit.* Pour une critique de ces théories, voir : John DEIGH, « On The Right To Be Punished: Some Doubts », *Ethics*, vol. 94, n° 2, 1984, p. 191-211 ; Jeffrie G. MURPHY, « Retributivism, Moral Education and the Liberal State », *Criminal Justice Ethics*, vol. 4, n° 1, 1985, p. 3-11 ; Russ SHAFER-LANDAU, « Can punishment Morally Educate ? », *Law and Philosophy*, vol. 10, n° 2, 1991, p. 189-219 ; Andrew VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, *op. cit.* ; Uma NARAYAN, « Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, n° 2, 1993, p. 166-182.

⁷⁹ Herbert MORRIS, « A Paternalistic Theory of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, *op. cit.*, p. 96.

La peine comme reconnaissance de l'autonomie personnelle

La thèse de Morris donne une extension maximale au paternalisme. Celui-ci ne porte plus sur une partie spécifique de la législation pénale, comme à l'égard de la justification de la répression des crimes sans victime, dans lesquels l'individu ne nuit qu'à lui-même. Ici, c'est la justification générale de la peine qui est paternaliste, et non une certaine frange des incriminations. Punir, écrit Morris, est une pratique communicative accomplie pour le bien du délinquant potentiel ou actuel. Il identifie ce bien à l'autonomie personnelle, c'est-à-dire la capacité à prévoir, répondre et déterminer librement sa conduite :

C'est un bien moral, dès lors, que l'on se sente contrit, que l'on ressente une culpabilité appropriée au méfait, que l'on soit repentant, que l'on soit soucieux de soi-même et que l'on renforce sa perception de soi en tant qu'être responsable. Ainsi, en dernière instance, le bien moral que vise le paternalisme que je propose est un individu autonome, librement attaché au bien, aux relations aux autres qui soutiennent et donnent du sens à la vie⁸⁰.

Morris ne s'en tient pas à réactiver l'argument rétributiviste du droit du criminel à être puni. Il montre également que la peine contribue ainsi à étendre la liberté morale des individus, en développant les capacités psychologiques dont elle dépend : l'empathie, c'est-à-dire la capacité à se mettre à la place d'autrui pour considérer ses actes et leurs conséquences, et la sensibilité morale, la faculté permettant à l'individu d'éprouver culpabilité et remords devant le tort qu'il a commis. Cette théorie constitue donc une variante rétributiviste des théories communicatives déjà abordées⁸¹. Néanmoins, l'accent est mis ici sur les sentiments moraux que la punition vise à déclencher, et non plus sur le message de réprobation et de colère qu'elle véhicule : c'est pourquoi il me semble que cette théorie de la peine insiste davantage sur la fonction normative du droit pénal – c'est-à-dire sa capacité à faire naître des attitudes et à forger les dispositions morales des individus – qu'à les soumettre à l'expression d'un verdict populaire négatif. La capacité des pratiques pénales à susciter de telles dispositions, attitudes et réactions affectives, dépend alors de la manière dont elles sont menées.

L'objectif de communication morale impose en effet des contraintes aux moyens employés pour punir, et il fournit un critère pour rejeter les techniques punitives qui privent le condamné de la capacité de se représenter le caractère répréhensible de son comportement et de répondre des charges qui pèsent sur lui. Les peines apparaîtront inacceptables si la procédure d'application néglige de faire appel au condamné comme sujet de raison mais aussi

⁸⁰ *Ibid.*, p. 99-100.

⁸¹ Voir *supra*, chap. II, section 2.

de parole : s'il le souhaite, il doit pouvoir comprendre, interpréter et donner les raisons de son acte⁸². Le retour à l'autonomie personnelle passe selon Morris par une prise de conscience menée en première personne. L'obéissance découle d'un apprentissage et non d'un dressage, le point de bascule entre les deux étant fixé par la capacité du condamné à comprendre l'obligation à laquelle il est soumis et envers laquelle il possède un devoir d'obéissance. C'est pourquoi Morris rejette comme étant illégitimes les pratiques pénales qui détruisent la capacité du condamné à discerner le bien du mal et à s'obliger, autrement dit qui nie sa rationalité pratique⁸³.

La théorie paternaliste défendue par Morris affronte néanmoins un profond paradoxe : l'autonomie morale peut-elle être réaffirmée à travers l'infliction d'une contrainte ? Le moyen employé n'est-il pas contradictoire avec la finalité visée ? On pourra en effet estimer que l'analogie entre la punition parentale et la peine légale que défend Morris est la source de cette difficulté puisqu'elle atteint ses limites dès lors que l'on veut justifier la peine : le droit et l'institution pénale ne sont pas des autorités parentales, leurs intentions ne sont pas aussi claires et univoques que la règle décidée par un parent. Le philosophe fonde cette analogie à partir du rôle symétrique que joue selon lui la souffrance dans les cas de la punition et de la peine⁸⁴ :

Logiquement attachée à la notion de tort, se trouve le concept de réponse pénible que l'on est en droit d'infliger en raison de la conduite préjudiciable. Deuxièmement, une réponse punitive transmet aux enfants la profondeur de l'attachement parental aux valeurs qui sous-tendent les limites imposées [...]. On peut reconnaître la place de la punition dans le développement moral des enfants et [...] se demander ce que tout cela a à voir avec les punitions légales des adultes. [...] Toutefois, la punition a dans la société une place qui est analogue à son rôle dans la famille⁸⁵.

Or, si la punition parentale peut intervenir dans un contexte de communication claire, où les injonctions et commandements des parents sont intelligibles pour l'enfant, la complexité du droit pénal donne à la connaissance supposée des règles qu'ont les individus et *a fortiori* les infracteurs le statut d'une fiction. En outre, même si la loi est censée garantir la

⁸² Herbert MORRIS, « A Paternalistic Theory of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, *op. cit.*, p. 100.

⁸³ Morris reprend ici la conception kantienne de la personne morale, inscrite dans la formulation de l'impératif catégorique des *Fondements de la métaphysique des mœurs*. L'homme existe comme fin en soi et ne peut jamais être traité comme un moyen pour une fin qui resterait extérieure à sa propre représentation : « [...] l'homme n'est pas une chose ; il n'est pas par conséquent un objet qui puisse être traité *simplement* comme un moyen ; mais il doit dans toutes ses actions être toujours considéré comme une fin en soi. Ainsi je ne puis disposer en rien de l'homme en ma personne, soit pour le mutiler, soit pour l'endommager, soit pour le tuer. » Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs* [1785]. Voir : Herbert MORRIS, « Persons and Punishment », *op. cit.*, p. 475-501.

⁸⁴ Je renvoie ici à l'article cité par Morris : Herbert FINGARETTE, « Punishment and Suffering », *Proceedings of the American Philosophical Association*, vol. 50, n° 6, 1977, p. 499-525.

⁸⁵ Herbert MORRIS, « A Paternalistic Theory of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, *op. cit.*, p. 101 et 104.

cohérence des normes pénales, il n'est pas possible de présumer que l'autorité répressive s'exprime en réalité d'une seule voix, ou que les décisions de ses agents sont subsumées dans une même intentionnalité collective. Pour répondre à cette objection, Morris insiste alors sur la fonction éducative de l'institution pénale : les comportements répréhensibles font l'objet d'une interdiction, et l'application de la peine a vocation à incarner aux yeux du condamné la nature répréhensible du tort commis, au-delà de l'interdiction formelle dont il est l'objet. Si la déclaration de la loi pénale ne suffit pas à la reconnaissance morale des comportements défendus par les individus, la peine démontre à celui à qui elle est imposée que son acte constitue un tort aux yeux de la communauté. Selon Morris, à travers l'interdiction d'un côté et la peine de l'autre, le droit s'adresse à l'individu comme à un sujet conscient et volontaire : ce dernier est capable de comprendre l'énoncé des règles et de déterminer sa conduite en vertu de leur sens.

Cette réponse révèle que la théorie paternaliste présuppose un état idéal où la loi est pleinement légitime et doit faire l'objet d'une pleine acceptation de la part des individus. Pour que la peine puisse assurer sa fonction d'éducation morale et apparaître de façon acceptable comme une institution paternaliste, il faut en premier lieu que l'incrimination soit légitime aux yeux de tous. Une telle justification de la peine comme maximisation de l'autonomie personnelle suppose donc que les délits et les crimes qualifient au fond des actes qui contraignent l'autonomie des personnes, c'est-à-dire des contraintes illégitimes, qui ne respectent pas la capacité des individus à déterminer leur conduite par eux-mêmes. La peine réprime donc un manque d'attention et de respect pour la liberté morale des agents, et elle apparaît pour Morris comme la seule manière de communiquer ce tort au condamné. La théorie paternaliste de la peine s'appuie ainsi sur une conception de la société comme communauté morale, dans laquelle chaque individu doit être reconnu comme une personne à part entière. Chaque individu est un sujet doué de désirs et libre de les réaliser dans les limites de la capacité des autres à faire de même. C'est pourquoi la punition rappelle le condamné aux qualités d'empathie et d'attention aux autres dont dépend l'harmonie sociale⁸⁶. La peine impose l'infliction d'une souffrance dans l'intérêt du condamné, elle l'amène à comprendre pourquoi il doit se repentir.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 99-100.

Intrusion et discipline

Il y aurait à redire sur la validité de cette théorie paternaliste de la peine, mais je voudrais davantage insister sur son versant critique. En tant que théorie normative applicable uniquement dans des conditions idéales de légitimité des institutions, elle permet d'insister sur les injustices des institutions pénales actuelles. Par comparaison, elle révèle le caractère inacceptable de différents dispositifs : les formes de condamnation qui ne tiennent pas compte des inégalités de départ entre les individus ; les procédures qui n'offrent pas à l'accusé la possibilité de se défendre et de répondre de ses actes s'il le souhaite, ou qui le soumettent délibérément à des traitements dégradants⁸⁷ ; les peines qui ne laissent pas de place à l'autonomie du condamné, en autorisant par exemple l'exploitation économique en détention⁸⁸, ou qui indexent la durée de la sanction à sa réforme morale, selon des critères psychologiques et comportementaux qui l'objectivent comme être déviant. L'une des questions serait bien sûr de savoir comment traduire ces injustices en motif de lutte politique. Mais avant d'en venir à cet enjeu, je voudrais souligner le fait que cette théorie paternaliste peut fournir un point d'appui à la critique des pratiques pénales dans les sociétés libérales contemporaines, comme l'exprime Morris :

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 [...]. Des peines de prison excessivement longues et les conditions inhumaines dans lesquelles elles sont exécutées par exemple, peuvent être critiquées de façon efficace avec une conception claire de la valeur du bien que définit la théorie paternaliste⁸⁹.

Morris insiste sur la valeur restaurative ou réparatrice de la peine telle qu'il la conçoit. L'acte de punir, autant au travers de la punition parentale que de la peine légale, est destiné à permettre la « de purger la culpabilité et, idéalement, de restaurer des relations endommagées⁹⁰ ». En défendant la peine au nom de la maximisation de l'autonomie

⁸⁷ « Les peines qui visent à dégrader ou à brutaliser une personne ne sont pas propices à l'éveil moral, mais seulement à l'amertume et au ressentiment. » *Ibid.*, p. 108.

⁸⁸ Je renvoie à Keally MCBRIDE, *Punishment and Political Order*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2007, notamment le chapitre 6, « *Hitched to the Post. Prison Labor, Choice, and Citizenship* », p. 127-146 ; Sharon DOLOVICH, « Stat punishment and Private Prisons », *Duke Law Journal*, vol. 55, n° 3, 2005, p. 441-548 ; Angela DAVIS, *Une lutte sans trêve*, Paris, La Fabrique, 2016, notamment le chapitre 3, « Le complexe industrialo-carcéral », p. 51-64.

⁸⁹ Herbert MORRIS, « A Paternalistic Theory of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, *op. cit.*, p. 107-108.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 104.

personnelle du condamné, cette théorie exclue donc *a priori* les peines avilissantes ou les procédures aliénantes, qui visent à conformer le condamné à des standards moraux ou sociaux qui sont sans rapport avec le respect de la liberté morale d'autrui. Le paternalisme de Morris fournit donc un rempart moral au développement de certaines formes intrusives de réhabilitation.

La réhabilitation ne se définit pas seulement comme le rétablissement des droits dont l'individu a été déchu, mais comme une alliance de mesures thérapeutiques et correctrices qui visent la retour du condamné à la vie sociale légitime, c'est-à-dire affranchie de ses tendances criminelles. Comme justification de la peine, elle implique donc deux objectifs : la réinsertion du condamné et la lutte contre la récidive. L'idéal réhabilitatif s'oppose à deux écueils des justifications traditionnelles de la peine : le soupçon de cruauté du rétributivisme, et le caractère immoral du conséquentialisme qui légitime l'instrumentalisation de la souffrance du condamné comme moyen d'intimidation collective. L'un des problèmes que rencontre la fonction réhabilitatrice de la peine repose sur son manque de résultats réels : peu de condamnés parviennent à se réinsérer, ce qui rend cette théorie suspecte de légitimer une extension des contraintes et des souffrances qui leur sont imposées au nom de fins incertaines. En outre, cette fonction repose sur une conception utilitariste, et non pas déontologique, de la réadaptation de l'individu : la réhabilitation ne vise pas à étendre l'autonomie personnelle de l'individu, mais à le conformer aux normes contingentes de la société dans laquelle il vit.

De façon paradoxale, la théorie paternaliste fournit des arguments en ce sens : en justifiant une intrusion sur la liberté d'action de l'individu, cette théorie disqualifie en même temps les contraintes abusives sur son autonomie⁹¹. Elle aboutit donc à une critique morale – adossée une conception rétributiviste de la peine – de l'idéal réhabilitatif⁹², qui autorise des peines excessives au nom de la conformation du condamné aux cadres dominants de la vie sociale. La valeur attachée à la dignité morale de l'individu dans le paternalisme de Morris associe donc, par contraste et de façon critique, la réhabilitation à une forme de normalisation sociale. Il explique ainsi que

le but [de la théorie paternaliste] n'est pas le repentir à tout prix, si cela a un sens, mais le repentir librement acquis, et non pas une simple disposition à se conformer aux normes ; deuxièmement, la peine prévue pour le méfait doit refléter les jugements sur la gravité du mal accompli ; une telle peine ne peut pas se concentrer sur les intentions ultimes de la personne et

⁹¹ « J'ai proposé une théorie qui justifie l'intrusion en force dans la vie des gens. Mais c'est aussi une théorie paternaliste atypique, car elle interdit certains types d'intrusion. » *Ibid.*, p. 110.

⁹² Seuls les individus reconnus coupables d'une infraction peuvent être punis : « Une théorie paternaliste, compte tenu du bien tel qu'il a été défini, défendrait des principes qui sont des préceptes familiers au rétributivisme : que seul le coupable peut être puni et qu'il doit être puni, enfin que la punition infligée reflète le degré de culpabilité. Le manquement aux exigences du rétributivisme empêcherait la mise en œuvre du projet paternaliste. » *Ibid.*

ne pas prendre en compte la potentielle confusion morale qui résulterait de la répétition de peines excessives. [...] cette théorie considérerait comme moralement inacceptable une réponse, conditionnelle ou autre, qui ne viserait pas uniquement l'aversion pour les torts, mais l'effacement de la capacité à décider librement de pouvoir commettre un tort. Ce qui doit être visé, c'est que les individus punis deviennent des êtres autonomes et non pas des automates. Il doit y avoir une liberté de désobéir, car le coût moral est trop élevé si l'on devait tout faire pour être immunisé de toute tentation et garantir une obéissance inconditionnelle⁹³.

À la lumière de la théorie paternaliste, on comprend que certaines pratiques pénales asservissent le condamné au nom de la conformité sociale, et l'assujettissent paradoxalement en vue de le responsabiliser. De nombreux travaux ont mis en valeur les formes de pouvoir reconduites par l'institution pénale, et en particulier par l'institution carcérale, malgré un discours centré sur la réinsertion et la réhabilitation des condamnés. Certaines pratiques pénales, en milieu ouvert et, de manière plus frappante, en milieu fermé, ont ainsi été décrites depuis les années 1970 comme favorables à l'initiative individuelle du condamné tout en le maintenant dans un rapport de dépendance à l'égard des services socio-judiciaires. L'« ouverture⁹⁴ » de la prison, selon l'expression défendue alors, a abouti à requalifier le travail pénitentiaire, à multiplier les activités socio-culturelles ou à reconnaître les droits des détenus⁹⁵. Mais selon plusieurs études, ces évolutions ne signifient pas que l'institution a abandonné son caractère coercitif⁹⁶.

On peut s'intéresser au cas de l'exercice du pouvoir par l'administration pénitentiaire, qui, selon le sociologue Gilles Chantraine instrumentalise les programmes de réhabilitation à des fins sécuritaires, afin de gérer la population à risque dont elle a la charge. Comme il le montre à partir d'un terrain en milieu pénitentiaire canadien, la prison a notamment été contrainte « d'inclure la critique juridique dans son propre fonctionnement⁹⁷ », de composer avec la poussée des droits, l'ouverture de la communication avec le milieu ouvert et la

⁹³ *Ibid.*, p. 106.

⁹⁴ Gilles CHANTRAINE, « La prison post-disciplinaire », *Déviance et Société*, vol. 30, n° 3, 2006, p. 278.

⁹⁵ Liora ISRAËL, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, p. 129. Pour une critique de l'idée selon laquelle la judiciarisation des revendications et le recours à la grammaire juridique aboutiraient inévitablement à une perte d'autonomie civique, voir : Michael MC CANN, *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.

⁹⁶ Je renvoie notamment aux travaux des sociologues et criminologues Gilles Chantraine et Dan Kaminski : Gilles CHANTRAINE, « Du progrès carcéral », *Vacarme*, vol. 36, été 2006, [En ligne] URL : <http://www.vacarme.org/article673.html>, consulté le 11 février 2014 ; Gilles CHANTRAINE, « La prison post-disciplinaire », *op. cit.*, p. 273-288 ; Gilles CHANTRAINE et Dan KAMINSKI, « La politique des droits en prison », *Champ pénal/ Penal Field*, 2007, [En ligne] URL : <http://champpenal.revues.org/2581>, consulté le 20 mai 2016 ; Dan KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in Françoise DIGNEFFE et Thierry MOREAU (dir.), *Responsabilité et responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck/Larcier, « Perspectives criminologiques », 2006 ; Jean BERARD et Gilles CHANTRAINE, *Bastille Nation. French Penal Politics and the Punitive Turn*, Carleton, Red Quill Books Edition, 2013 ; Dan KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, *op. cit.* ; Dan KAMINSKI, « Chronique de criminologie. Pour une criminologie de la condamnation », *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, n° 4, 2014, p. 486-504 ; Dan KAMINSKI (dir.), *La flexibilité des sanctions*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

⁹⁷ Gilles CHANTRAINE, « La prison post-disciplinaire », *op. cit.*, p. 277.

multiplication de pétitions provenant des détenus. En parallèle, l'administration pénitentiaire a accru la place des intervenants et des observateurs extérieurs à la prison : éducateurs spécialisés, agents de libération conditionnelle, chercheurs, journalistes, représentants associatifs, avocats, psychologues, médecins, enquêteurs, etc. Or, comme le conclut G. Chantraine, « c'est précisément cette adaptation à son environnement et cette gouvernementalisation de l'institution qui lui ont permis de garder intact son principe structurel de sûreté et sa vocation première : garder⁹⁸ ». Ainsi, les aménagements des règlements intérieurs des établissements, « le managérialisme, l'usage polymorphe de la catégorie fluide du risque, ses hybridations avec les notions de "dangerosité" et de "besoin", l'essor de peines alternatives⁹⁹ » manifestent que le pouvoir de l'administration s'est réadapté à un contexte marqué par la hausse de la population carcérale et la « judiciarisation de l'opinion publique¹⁰⁰ ».

C'est dans le but de saisir l'évolution du fonctionnement des établissements pénitentiaires, notamment dans les établissements nord-américains et européens depuis les années 1970, que Gilles Chantraine forge la catégorie de « prison post-disciplinaire »¹⁰¹. Plusieurs phénomènes témoignent des contradictions de cette évolution, dans laquelle un gain d'indépendance peut aussi signifier une situation de dépendance accrue : les droits des détenus sont davantage respectés¹⁰², mais les risques liés à leur dangerosité font l'objet d'une évaluation constante¹⁰³ ; la communication entre les prisonniers et le personnel pénitentiaire s'est améliorée mais elle peut être instrumentalisée par l'administration pénitentiaire pour dissoudre les formes de solidarité et diviser les détenus entre des *leaders* d'un côté et des groupes « émulés¹⁰⁴ » selon leurs intérêts opposés de l'autre¹⁰⁵ ; les ateliers de formation culturelle et professionnelle se sont développés mais leur suivi assidu peut conditionner

⁹⁸ *Ibid.*, p. 278.

⁹⁹ Gilles CHANTRAINE et Philippe MARY, « Prisons et mutations pénales, nouvelles perspectives d'analyse », *Déviante et Société*, vol. 30, n° 3, 2006, p. 268.

¹⁰⁰ Je renvoie sur ce point à Alvaro PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la judiciarisation de l'opinion publique », *op. cit.*

¹⁰¹ G. Chantraine emprunte, pour l'appliquer à la prison, le concept de « post-disciplinaire » à R. Castel. Chez celui-ci, ce concept recouvre un type d'ordre « qui ne passerait plus par l'imposition des contraintes, mais par l'aménagement et le management du facteur humain en fonction des figures nouvelles sous lesquelles se présente la nécessité sociale » : Robert CASTEL, *La gestion des risques : de l'antipsychiatrie à l'après-psychanalyse*, Paris, Minuit, 1981, p. 210.

¹⁰² Pour une analyse du cas des prisons belges, voir Philippe MARY, Frédérique BARTHOLEYNS et Juliette BEGHIN, « La prison en Belgique : de l'institution totale aux droits des détenus ? », *Déviante et Société*, vol. 30, n° 3, 2006, p. 389-404.

¹⁰³ Gilles CHANTRAINE et Philippe MARY, « Prisons et mutations pénales, nouvelles perspectives d'analyse », *op. cit.*, p. 269.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

l'obtention d'aménagements de peine¹⁰⁶. Enfin, l'État peut lui-même être tenu pour responsable de conditions d'enfermement dégradées, sanctionné, mais en échange la multiplication de ces opportunités de suivi et de formation tend à responsabiliser le condamné incité à construire son parcours de peine.¹⁰⁷

Ainsi, la prison vise « toujours la création d'un sujet discipliné mais surtout [...] cette discipline implique désormais la production d'un sujet responsable et capable d'identifier ses sources de risques, ses ressources et les situations qui peuvent produire un comportement criminel¹⁰⁸ ». La multiplication des instances de jugement et d'évaluation augment donc le risque que le condamné soit soumis à un pouvoir arbitraire, parce que ce dernier ne se cantonne plus à la simple coercition, mais passe aussi par la menace, la surveillance, la responsabilisation ou encore l'incitation¹⁰⁹. Cette description de l'autorité en milieu fermé fait des programmes de réhabilitation le cheval de Troie du pouvoir sécuritaire de l'administration¹¹⁰. Plusieurs travaux en criminologie élèvent ces programmes au rang d'indices d'une « nouvelle pénalité actuarielle¹¹¹ » qui saisit le criminel sous l'angle des risques statistiques qu'il représente grâce à des méthodes issues de la finance et de l'assurance¹¹².

La théorie paternaliste de Morris fournit un point d'appui normatif à la critique des formes de domination et de dépendance à travers lesquelles le condamné est soumis à des objectifs de réinsertion dont il ne décide pas et qui sont indexés aux standards de sociabilité, de travail et de valorisation dominants. L'exigence de réhabilitation tend à intensifier le

¹⁰⁶ Les modalités d'obtention des libérations conditionnelles se lient à des formes d'expertise qui ont fait émerger la notion d'« évolutivité du risque » : le personnel pénitentiaire, les médecins, psychologues, membres des services d'insertion et de probation, identifient alors les besoins du criminel afin de lui proposer un parcours de peine, et de décrire les prérequis à toute demande de libération conditionnelle. L'identification de ces besoins est réalisée par l'individu lui-même, tandis que l'expert n'entre en jeu que pour en valider les initiatives personnelles. Voir Gilles CHANTRAINE, « La prison post-disciplinaire », *op. cit.*, p. 282.

¹⁰⁷ Stéphane LEGRAND, *Les normes chez Foucault*, Paris, Presses Universitaires de France, « Pratiques théoriques », 2007, p. 298 et suiv.

¹⁰⁸ Gilles CHANTRAINE, « Du progrès carcéral », *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁹ Christian Lazzari analyse de façon plus générale les formes de dépendance et de domination qui deviennent insaisissables si l'on se restreint à une conception négative de la liberté, comme absence d'obstacles à l'action de l'agent : « À côté d'une forme de dépendance qui comporte une interférence coercitive effective dans l'action du dominé, il peut donc exister une interférence potentielle susceptible de restreindre ses capacités de choix, interférence qui enveloppe aussi bien le cas de la menace proférée que celui du pouvoir dont dispose le dominant d'interférer même sans aucune menace, en se contentant de surveiller la conduite du dominé. » Christian LAZZARI, « Repenser le concept républicain de domination », *Diacritica*, vol. 24, n° 2, 2010, p. 134.

¹¹⁰ Dan KAMINSKI, Sonia SNACKEN et Michel VAN DE KERCHOVE, « Mutations dans le champ des peines et de leur exécution », *Déviante et Société*, vol. 31, n° 4, 2007, p. 487-504 ; Virginie GAUTRON et Jean-Noël RETIERE, « Le traitement pénal aujourd'hui : juger ou gérer ? Présentation du dossier », *Droit et société*, vol. 88, n° 3, 2014, p. 579-590.

¹¹¹ Philippe MARY, « Pénalité et gestion des risques : vers une justice "actuarielle" en Europe ? », *Déviante et Société*, vol. 25, n° 1, 2001, p. 33-51.

¹¹² Gilles CHANTRAINE, « Du progrès carcéral », *op. cit.*, p. 2.

contrôle et l'évaluation de son comportement, ce qui apparaît illégitime aux yeux d'une conception rétributiviste de la peine, qui fait du respect de l'autonomie personnelle la raison mais aussi la limite de la contrainte méritée. Cette critique repose néanmoins sur une justification idéale de la peine : elle suppose que la loi pénale et le contenu de l'incrimination sont légitimes, et qu'ils sont potentiellement acceptés par tous, l'individu puni étant seulement celui qui n'a pas encore voulu le reconnaître¹¹³. Si la théorie paternaliste permet donc de critiquer certaines formes d'assujettissement liées à la fonction réhabilitative de la peine, elle ne justifie pas le fait que les interdictions peuvent être obéies non pas pour les valeurs qu'elles protègent, mais parce qu'elles apparaissent comme purement menaçantes¹¹⁴. Morris postule que l'obéissance à la loi pénale peut découler du consentement général, ce qui relève d'une conception idéale des rapports entre le droit et la société civile. Je voudrais donc conclure ce chapitre sur une autre manière de concevoir l'obéissance dans les États de droit : dans sa prétention à délimiter le permis et le défendu en dernière instance, le droit peut avoir pour effet psychologique d'alimenter la culpabilité des sujets, qui savent que les interdictions sont subordonnées à l'éventualité de la peine, et se sentent *a priori* menacés par la loi. Or, si l'obéissance sous la menace de la peine peut entretenir l'individu dans une forme de dépendance à la loi pénale et, au-delà, à l'État, la justification de la fonction normative de la peine, l'appel à l'obéissance qu'elle implique, doit-elle en tenir compte ? Est-il acceptable que le droit de punir implique aussi un droit de menacer, selon la formule de Quinn¹¹⁵ ?

¹¹³ On peut ajouter que la théorie paternaliste présume la capacité des individus à se reconnaître comme auteurs de leurs actes et à en répondre en se défendant, ce qui ne peut être le fruit que d'une certaine éducation morale. C'est ce que souligne Magali Bessone : « La difficulté qui demeure alors est celle d'une éducation morale : il faut que les locuteurs reconnaissent la légitimité de l'espace discursif et maîtrisent le jeu de la discipline argumentative. » Magali BESSONE, « Ressentiment et sentiment d'injustice : quels enjeux pour la justice pénale ? » in Antoine GRANDJEAN et Florent GUENARD (dir.), *Le Ressentiment, passion sociale*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012, p. 198.

¹¹⁴ Bien que Morris note la dimension menaçante de la loi pénale : « l'annonce de la norme et la prévision de la peine dans l'éventualité où cette norme serait violée est en elle-même l'avertissement. » Herbert MORRIS, « A Paternalistic Theory of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, *op. cit.*, p. 105-106.

¹¹⁵ C'est le problème abordé dans l'article de Warren QUINN, « The right to threaten and the Right to Punish, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, n° 4, 1985, p. 327-373.

3.2. L'intériorisation de la punition

Responsabilité et assujettissement (Kelsen et Freud)

Le principe de légalité¹¹⁶ affirme qu'il n'existe « nul crime, nulle peine, sans loi ». Il figure dans la majorité des systèmes pénaux et assure tout à la fois la validité du droit pénal – qui assure la sécurité juridique des citoyens par un texte d'incrimination accessible et intelligible – et la légalité de son application particulière, en imposant la non-rétroactivité de la loi pénale. Il rappelle le caractère public et étatique de l'action en matière pénale : les poursuites sont déclenchées par les agents administratifs ou judiciaires, gardiens des intérêts de la société, du respect de l'ordre public et de l'application de la loi. L'action suppose l'évaluation de l'opportunité des poursuites, au vu du contexte de l'infraction, de ses effets sociaux et des conséquences de son éventuelle répression¹¹⁷. Ces principes sont inhérents au règne de la loi dans un État de droit, c'est-à-dire au caractère suprême de la loi dans la régulation des rapports sociaux et la protection des individus.

Ces principes impliquent l'obligation de respecter les lois dont font partie les interdictions. L'institution juridique, que l'on peut définir comme l'ensemble des agents qui formulent, promulguent et appliquent les lois, en ressort symboliquement légitimée : à travers ses fonctions législative et judiciaire, l'État est le gardien des libertés individuelles et du bien

¹¹⁶ Art. 111-3 du CP (loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal) : « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention. » Le principe de légalité des délits et des peines est considéré comme un principe fondamental du droit interne comme du droit international. Il est exprimé par l'adage « nul crime, nulle peine, sans loi » (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*) et a été défendu par Cesare Beccaria dans le *Traité des délits et des peines* (1764). Il figure aujourd'hui dans les textes normatifs nationaux (Constitution, Déclaration des droits de l'homme, CP art. 111-3) et internationaux (Déclaration universelle des droits de l'homme, Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques).

¹¹⁷ Le principe de l'opportunité des poursuites récuse l'existence d'une responsabilité pénale objective, c'est-à-dire la possibilité d'imputer une peine en invoquant une causalité strictement matérielle, au-delà des cas de maladresse, de négligence ou d'imprudence. « L'idéal individualiste de la justice exige qu'une sanction soit attachée à la conduite d'un individu seulement si l'effet nuisible de la conduite a été prévu ou voulu par cet individu, s'il a eu l'intention de nuire à autrui par sa conduite ; son intention est alors dite "mauvaise". » Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 116. Ainsi la loi pénale ne peut-elle admettre la possibilité d'une culpabilité irréfragable. Je renvoie ici à : George P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little Brown, 1978 ; Paul H. ROBINSON, *Structure and Function in Criminal Law*, *op. cit.* ; Victor TADROS, *Criminal Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; Antony DUFF, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007 ; John GARDNER, *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

collectif. La fonction normative de la loi pénale¹¹⁸, c'est-à-dire sa capacité à guider le comportement et à légitimer certaines raisons de s'abstenir des actes interdits, ne se limite donc pas à imposer une peine dans les cas prévus par la loi. Cette fonction comprend aussi la légitimation des modèles de conduite dont la transgression est réprimée, et qui, par là-même, sont affirmés comme étant obligatoires. Le droit pénal n'oblige donc pas seulement les agents publics à appliquer la sanction prévue en cas de transgression, il impose des valeurs et des normes par la force de la dissuasion ou par l'appel au consentement. Autrement dit, le fait qu'une peine soit attachée à un certain comportement rappelle qu'il y a une raison légitime de ne pas s'engager dans ce comportement.

J'ai essayé de montrer précédemment que les énoncés juridiques, y compris en matière pénale, n'obéissent pas à la forme impérative d'un commandement assorti de menaces. Au contraire, ils ne sont pas adressés aux individus, et leur contenu est l'objet d'une reconnaissance générale et d'une interprétation dans certains cas plus flous. Le devoir d'obéir à la loi peut donc être défini comme le produit d'une évaluation personnelle, qui peut déboucher sur des attitudes diverses, allant de l'adhésion pleine et entière à la loi jusqu'au rejet de ses normes, en passant par la prudence calculée. En effet, dans un droit pénal libéral, la loi émet des normes qui ne portent que sur le comportement extérieur des individus, et non sur leurs dispositions internes. Les individus sont donc libres d'obéir à la loi pour les raisons qui leur plaisent. Le devoir moral d'obéir à la loi pénale, c'est-à-dire la manière dont l'individu se représente et éprouve la pression de l'interdiction, n'est pas stipulé par la lettre de la loi. Il se dégage de l'esprit de la loi et donc de la manière dont l'individu l'interprète.

L'efficacité du droit pénal apparaît cependant subordonnée à la menace de la peine, bien qu'elle ne s'y réduise pas. On peut obéir à l'interdiction en s'en tenant à son autorité juridique, mais la référence à l'éventualité de la peine détermine-t-elle alors le type de l'obéissance dans un État de droit ? Le devoir d'obéir s'impose-t-il brutalement aux individus ou découle-t-il d'un consentement premier ? Étienne Balibar analyse les échanges entre Kelsen et Freud autour du double problème de la validité du droit et de la constitution du Surmoi¹¹⁹. Selon lui, leur rencontre, tant théorique que personnelle, a marqué la genèse de la

¹¹⁸ Je reprends ici le sens de « norme » proposé par Neil MacCormick : « Le terme “norme” sera pris ici comme terme générique recouvrant toute “proposition de devoir-être” implicite ou explicite censée jouer le rôle de jugement au sein du raisonnement pratique. » Neil MACCORMICK, « Norms, Institutions, and Institutional Facts », *Law and Philosophy*, vol. 17, n° 3, 1998, p. 303.

¹¹⁹ Étienne BALIBAR, *Citoyen Sujet et autres essais d'anthropologie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 383-438. On trouve une première version du même texte dans : Étienne BALIBAR, « Freud et Kelsen, 1922. L'invention du Surmoi », in Étienne BALIBAR, Carlos HERRERA et Bertrand OGILVIE (dir.), « Le Surmoi, genèse politique », *Incidence*, n° 3, automne 2007, p. 21-72.

Théorie pure du droit du premier et l'élaboration de la « deuxième topique¹²⁰ » du second. À partir de cette confrontation, É. Balibar formule plusieurs hypothèses sur le rapport entre obéissance et sanction :

- les normes pénales maintiennent le sujet dans une forme de passivité qui fait obstacle à la reconnaissance du droit comme fruit de l'obligation politique. En effet, la reconnaissance de l'obligation d'obéir à la loi est indissociable de la possibilité d'être puni. L'obéissance des individus est d'autant plus forte qu'elle est obtenue spontanément, parce qu'ils associent l'ensemble des normes juridiques au pouvoir de contrainte du droit incarné par sa branche pénale. Tout se passe comme si l'un des effets structurels du règne de la loi (*rule of law*) était donc d'individualiser le sujet dans la crainte de la sanction.

- En outre, en n'explicitant pas les justifications de fond au nom desquels les individus sont punis, le droit pénal entretient à l'excès la responsabilité du sujet, qui se soumet spontanément par la crainte de mal agir que lui impose un sentiment de culpabilité intransitif. Ainsi, en oblitérant la formulation des valeurs et des normes dont la peine sanctionne la violation, le droit répressif s'adresse au sujet non plus comme membre d'une communauté de droits égaux, mais comme individu isolé, interpellé individuellement par l'énoncé anonyme et impersonnel de la loi. Dans l'expérience de la loi, l'individu interprète les conduites donnant lieu à une peine et intériorise dans la solitude de son psychisme et le silence de sa conscience sa propre responsabilité.

Je voudrais revenir sur ces deux hypothèses, qui mènent É. Balibar à conclure que le droit repose sur une « articulation inconsciente de la culpabilité à l'obéissance et à la contrainte¹²¹ ».

Sujet de droit, individu punissable

Ces hypothèses impliquent d'accorder toute son importance aux normes de sanction du droit, dont le caractère décisif pour distinguer le droit d'autres ordres normatifs comme la religion ou la morale enracine le psychisme individuel dans une culpabilité première et constituante. Le sujet de droit est indissociablement un délinquant en puissance, ce qui conduit à définir la culpabilité comme un état objectif, et non pas comme un sentiment

¹²⁰ Hans Kelsen, « La notion d'État et la psychologie sociale. A propos de la théorie freudienne des foules » [1922], trad. de l'allemand par J.-L. Schlegel, *Hermès*, n° 2, 1988, p. 134-165 ; Sigmund Freud, « Psychologie des foules et analyse du moi » [1921], dans *Essais de psychanalyse*, Paris, Petite Bibliothèque Payot, 2001.

¹²¹ Étienne Balibar, *Citoyen Sujet et autres essais d'anthropologie politique*, op. cit., p. 386.

inhérent à une certaine conduite dans un État de droit. É. Balibar interprète cette assimilation implacable comme l'un des signes des ambivalences du droit pénal moderne.

Les doctrines pénales du XVIII^e siècle – des réformateurs aux pénalistes post-révolutionnaires en passant par les philanthropes – ont en effet attaché une importance décisive à la clarté et à la publicité des énoncés répressifs : l'une des conditions de l'utilité du système pénal est la connaissance par l'ensemble des citoyens des interdictions et des sanctions encourues, suivant les différentes classes d'infractions. À ce besoin d'une loi pénale claire, publique et déterminée répond le principe de légalité des peines, qui impose l'accessibilité, la textualité et l'interprétation stricte de la loi par le juge. Dans ce contexte, la sanction constitue la contrepartie nécessaire des droits qui sont reconnus à l'individu. Si le droit pénal apparaît *prima facie* comme un ensemble de sanctions, c'est du point de vue de l'individu soumis aux règles. Sous un autre rapport, il est l'expression de la volonté générale qui institue souverainement les interdits qui vont régir la vie collective. C'est pourquoi l'équivalence entre peines et infractions est déterminée, prévisible et publique : elle a pour fonction de rappeler les conséquences de la violation des devoirs inhérents à la reconnaissance des droits du sujet politique.

Or, É. Balibar tire ces implications de l'État de droit et de « la corrélation entre droits et obligations¹²² » du côté des motifs de la soumission à l'obligation politique : la soumission de l'individu à la loi peut s'expliquer par l'intériorisation par lui de l'éventualité d'une peine. Cette intériorisation engendre néanmoins une culpabilité excessive. En somme, la loi ne cesse de limiter l'autonomie personnelle qu'elle promet, en faisant de la crainte de violer la norme l'une des conditions de son efficacité ; et, en raison du caractère spontané et largement inconscient de cette crainte, la loi pénale crée une forme de dépendance. Autrement dit, la reconnaissance des droits du sujet politique entretient silencieusement sa culpabilité comme individu réel.

On rétorquera que si la loi pénale engendre une telle forme inconsciente d'assujettissement par culpabilisation, ce phénomène est un effet contingent, imprévisible et surtout particulier. Il n'est pas possible d'en faire l'une des conditions psychiques de l'efficacité sociale de l'interdit juridique. Au contraire, Étienne Balibar défend la validité d'un lien conceptuel entre la loi pénale et la culpabilité morale, entre l'éventualité de la peine et la

¹²² Je reprends ici l'expression de Jean-François Kervégan, selon lequel « la corrélation entre droits et obligations ne concerne qu'une seule espèce de droits subjectifs, les *claim-rights* », qui sont des droits au sens de revendications opposables. Par contraste, les libertés, au sens des droits de ne pas être empêché de faire quelque chose, ne sont pas attachées à des obligations positives, mais seulement à « une obligation négative (un *no-right*), l'interdiction d'en contrecarrer l'exercice. » Jean-François KERVEGAN, « Avoir des droits : pourquoi, comment, lesquels ? », *op. cit.*, p. 19 et 12.

formation du psychisme individuel. Il défend cette thèse en puisant à la source des échanges entre Kelsen et Freud. Le juriste autrichien trouve selon lui dans la psychologie freudienne une condition *nécessaire* à l'efficacité du droit : l'instance du Surmoi représente l'envers, au plan psychique, de l'État de droit, et joue le rôle du « politique au sein de la théorie de l'inconscient, [et du] psychisme inconscient au sein de la théorie politique¹²³ ». L'individu reconnu comme sujet de droit intériorise la peine comme une contrainte toujours possible¹²⁴ : la loi constitue la condition formelle de l'imputation de cette contrainte, sa volonté en est la condition morale, et ses actes la condition matérielle. L'efficacité dissuasive du droit pénal aurait pour conséquence imprévue de creuser inlassablement la culpabilité du sujet moderne.

Comme le souligne Étienne Balibar, il ne s'agit toutefois pas de faire du Surmoi freudien le prolongement de « l'État dans la tête », selon l'expression de Bourdieu citant Thomas Bernhard¹²⁵. La coercition légale ne produit pas l'instance psychique du Surmoi, pas plus que celui-ci ne serait le décalque de l'autorité légale dans la psyché individuelle. Le Surmoi apparaît au contraire comme un complément à l'efficacité du droit, comme la condition psychique à la force menaçante de la peine. Revenant à l'explication des motifs de l'obéissance, Étienne Balibar conclut ainsi que le Surmoi et l'État, le domaine psychique et le domaine juridique, ont besoin l'un de l'autre et sont appelés l'un par l'autre :

Freud a proposé en quelque sorte à Kelsen, non pas comme on le croit trop souvent une refondation du concept kantien de l'« impératif catégorique » en tant que structure de l'inconscient, qui rétablirait selon une autre modalité la dépendance du droit par rapport à la moralité, mais une analyse des effets ambivalents que produit dans l'inconscient du sujet le couplage de l'idée de droit avec celle de la contrainte étatique. Sans un tel couplage, aucune norme sociale ne serait effective, mais le respect des normes n'engendrerait pas non plus cet « excédent » de culpabilité (*Schuldgefühl*) et ce « besoin de punition » (*Strafbedürfnis*) que Freud décrit comme caractéristiques de la « sévérité » ou « cruauté » du Surmoi [...]¹²⁶.

Selon Étienne Balibar, la seconde topique freudienne fournit à Kelsen les ressources théoriques pour associer à l'assujettissement à la loi une culpabilité intransitive, sans objet, et pour cette raison constituante¹²⁷. Si le recul de la conflictualité sociale implique de refouler les

¹²³ *Ibid.*, p. 384.

¹²⁴ L'individu est toujours dans un rapport incertain à la contrainte chez Freud, car comme le rappelle Stéphane Haber, Freud « est fondamentalement resté un penseur de la différence et même du conflit entre le social et le psychique (l'individuel) – d'un conflit qui, d'ailleurs, trouve des résonances jusque dans ce psychisme lui-même et contribue grandement à sa constitution. » Stéphane HABER, *Freud sociologue*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2012, p. 15-16.

¹²⁵ Pierre BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France, 1989-1992*, Paris, Seuil/Raisons d'agir, 2012, p. 339. Bourdieu cite au même endroit l'expression du romancier autrichien Thomas Bernhard, « Nous sommes tous étatisés », tirée du roman *Les Maîtres anciens* (trad. de l'alle. par G. Lambrichs, 1988).

¹²⁶ Étienne BALIBAR, *Citoyen Sujet et autres essais d'anthropologie politique*, *op. cit.*, p. 411-412.

¹²⁷ On peut donc souligner le caractère structural de cette conception de la culpabilité comme production de subjectivité. Stéphane Haber souligne les limites d'une conception aussi surplombante du Surmoi : « Certes Freud interprète l'intériorisation surmoïque à la fois comme un phénomène d'obéissance ou de soumission et comme la constitution d'une forme particulière de subjectivité, de moi. Mais c'est le travail (forcément incertain

pulsions agressives, alors le respect des interdictions s'explique par un « désir commun des sujets, qui sont à l'origine de ce qui les assujettit¹²⁸ », que l'on peut traduire, par extrapolation, en un désir de punition. La culpabilité ne désigne plus seulement ce sentiment de la faute qui peut déboucher sur un état mêlant angoisse, peur et honte, mais elle représente l'une des conditions objectives à l'efficacité de la loi. La reconnaissance du sujet de droit implique des obligations qui sont autant de situations génératrices de responsabilité pénale, qui sont valides indépendamment du fait que les individus enfreignent ou non la loi. Autrement dit, la « punissabilité » formelle du sujet juridique maintient la culpabilité morale dans le psychisme individuel, parce qu'elle délimite *a priori* les cadres dans lesquels les individus peuvent encourir une peine. En se focalisant sur la sanction et la contrainte, au lieu du sens de l'interdiction, le psychisme paranoïaque inverse selon Étienne Balibar le cours des événements ordinaires : délits et crimes cessent d'être la cause de la culpabilité pour en devenir la conséquence ; comme « le sentiment de culpabilité est identiquement un besoin de punition, et donc un appel à la transgression¹²⁹ », ce besoin de punition pousse l'individu à passer à l'acte ; le Surmoi alimente le sentiment de culpabilité et la cruauté de ses sentences symboliques « semble ne devoir jamais éteindre la dette du criminel¹³⁰ ».

Le raisonnement me paraît donc être le suivant : en tant que membre d'une communauté politique, l'individu relève d'une juridiction qui peut intégrer un volet répressif. Le droit définit des obligations et des interdictions auxquelles sont attachées des sanctions, notamment pénales. Or, l'institution juridique le fait à travers des normes qui sont générales, abstraites et posées *a priori*, c'est-à-dire antérieures aux actes et intentions des individus qui seront qualifiés en retour comme infractions. La connaissance du contenu de la loi par les individus vise à identifier les comportements auxquels ils sont tenus, mais elle peut aussi consister à reconnaître les valeurs et normes de conduite protégées par le droit. Parmi ces valeurs et ces normes, certaines apparaissent fondamentales parce que leur transgression entraîne une sanction violente, accomplie au nom du public : une peine. Néanmoins, devant le caractère latent et implicite de ces valeurs et normes, l'individu peut demeurer au stade de la menace de punition, incapable d'identifier les raisons de l'interdiction qu'elle sanctionne : la

d'ailleurs) de la domination et de la contrainte, ainsi que ses conséquences douloureuses, qui se voient soulignés chez lui [...]. Nous sommes loin de la vision, qui pourrait s'inspirer de certains textes de Foucault, de sujets produits en série par un système presque sans failles, des sujets supposés inaptes à se saisir du lien qui rattache leurs souffrances vécues aux situations sociales objectives – une vision qui, par ailleurs, s'exempterait de la tâche de préciser le contenu de ses engagements critico-normatifs. » Stéphane HABER, *Freud et la théorie sociale*, Paris, La Dispute, 2012, p. 218, note 73.

¹²⁸ Étienne BALIBAR, *Citoyen Sujet et autres essais d'anthropologie politique*, op. cit., p. 392.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 430.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 415.

reconnaissance de sa « punissabilité » fait écran à la représentation des valeurs, des principes et des intérêts que le droit protège, et dégénère en une culpabilité infinie. L'antériorité apparente de l'éventualité de la peine sur la justification des interdits enlise la conscience dans un jugement sur soi interminable. En conséquence, les sentences des autorités répressives, en cas de condamnation, n'épousent jamais tout à fait les exigences de la conscience morale et ne cessent d'apparaître par comparaison comme insuffisantes ou excessives. Ainsi, comme le souligne Étienne Balibar, le fantasme de l'individu qui aborde l'État par sa face répressive est psychologiquement incoercible : « [Les individus] ne peuvent pas ne pas de demander si l'État n'est pas injuste envers eux, si sa bienveillance déclarée ne cache pas une cruauté profonde, ou ne risque pas de se retourner en cruauté¹³¹. » Or, et c'est la conclusion de l'auteur, en tentant de résorber en vain l'écart entre responsabilité juridique et culpabilité morale, l'examen de conscience fait obstacle à l'exercice de la liberté morale et de l'autonomie collective : la reconnaissance de l'individu comme sujet de droits et de devoirs a pour effet psychologique de séparer le moi de la communauté politique¹³², selon un processus « de dés-identification et de dés-assimilation, ou *d'individualisation*, [qui rend] chaque sujet “responsable” d'une faute qui serait la sienne propre¹³³ ».

Soumettre par la faute

La critique d'Étienne Balibar met l'accent sur la manière spécifique, mais souvent minorée par la philosophie du droit, dont le droit pénal, qui abrite des sanctions applicables mais aussi et surtout menaçantes, détermine les représentations et les conduites sociales. La reconnaissance de soi comme sujet de droit est inversement une source d'individualisation : chaque citoyen, reconnu comme personnalité juridique à part entière, est renvoyé au devoir de régler librement son comportement en fonction des droits et des devoirs dont il est doté à part égale, alors que les ressources matérielles et symboliques dont il dispose pour y parvenir sont en fait inégales :

[...] la citoyenneté est un “double rapport”, dans lequel les citoyens se lient entre eux selon deux modalités simultanées, dont l'une affirme leur souveraineté collective [...], cependant que l'autre individualise leur obéissance à la norme du pouvoir politique, en construisant du même

¹³¹ *Ibid.*, p. 402.

¹³² On peut donc souligner que l'identification à la loi n'est pas une reconnaissance mutuelle mais une méconnaissance, car la seule chose qui soit partagée par les individus est un idéal. C'est ce que montre Bruno Karsenti en revenant sur le concept d'identification chez Freud. Voir Bruno KARSENTI, « Identification et reconnaissances. Remarques freudiennes », in Julia CHRIST et Florian NICODEME (dir.), *L'injustice sociale. Quelles voies pour la critique ?*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 159.

¹³³ Étienne BALIBAR, *Citoyen Sujet et autres essais d'anthropologie politique*, op. cit., p. 417-418.

coup les modèles de leur “identité” et de leur “subjectivité” (y compris, bien entendu, dans les formes de la désobéissance et de la transgression)¹³⁴.

C'est ce qui mène Étienne Balibar à retourner la formule de Louis Althusser sur les phénomènes d'assujettissement produits non pas par la coercition ou par la menace, mais par les discours, la distribution d'estime ou de mépris par les institutions publiques, les verdicts symboliques entre groupes, l'incitation et la réprobation dans les relations entre individus, c'est-à-dire par l'idéologie¹³⁵ : la soumission aux règles juridiques, dès lors que le système juridique inclut le droit de punir, a pour condition d'« interpellier les sujets en individus et ainsi [de produire] leur isolement, leur solitude (et leur angoisse de solitude) au sein de la foule¹³⁶. » Chez Althusser, l'interpellation des individus en sujets mène les premiers à affirmer comme allant de soi la reconnaissance commune de leurs droits subjectifs, sans prendre garde au caractère historique et contingent de cette assignation. Pour Étienne Balibar au contraire, l'attribution d'une personnalité juridique a pour effet d'isoler et d'abstraire l'individu de ses relations sociales concrètes. C'est à lui seul que revient l'obligation de négocier sa conduite future en fonction des droits qui lui sont reconnus et des sanctions qu'il encourt s'il cause du tort à autrui¹³⁷.

En faisant de l'éventualité de la sanction l'une des origines de la culpabilité, l'auteur montre que, tout en étant formellement le fruit de la volonté générale, le droit moderne peut avoir pour soubassement psychologique une adhésion volontaire mais pas intentionnelle de la part des sujets. Ceux-ci n'obéissent pas par ignorance ou par contrainte, ils le font par eux-mêmes, mais sans prendre garde au fait que leur culpabilité découle en partie de leur reconnaissance comme sujet de droit, et qu'elle les pousse à obéir de façon irréfléchie. L'auteur met ainsi en lumière certains traits invariants des phénomènes de dépendance collective dans les sociétés qui se réfléchissent dans la forme de l'État de droit :

[...] s'il n'y avait pas de délits les sanctions n'auraient jamais lieu de se produire, et le caractère contraignant du droit demeurerait une pure fiction. On peut donc concevoir que le délit, qui ne le contredit pas mais *l'affirme* comme norme obligatoire, est pratiquement nécessaire à son existence. Et on peut voir dans “l'appartenance” des individus à l'ordre

¹³⁴ *Ibid.*, p. 7.

¹³⁵ « *L'idéologie interpelle les individus en sujets*. Cette thèse revient tout simplement à expliciter notre dernière proposition : il n'y a d'idéologie que par le sujet et que pour des sujets [...]. » Louis ALTHUSSER, « Idéologie et Appareils idéologiques d'État », dans *Positions (1964-1975)*, *op. cit.*, p. 172.

¹³⁶ Étienne BALIBAR, *Citoyen Sujet et autres essais d'anthropologie politique*, *op. cit.*, p. 418.

¹³⁷ Étienne Balibar rejoint ici la critique du caractère individualisé de la responsabilité pénale, pointé par Didier Fassin : « En mettant l'individu seul face à son acte, la société s'exonère elle-même de sa responsabilité dans la production et la construction sociales des illégalismes, si l'on entend par production la façon dont les contextes et les situations les favorisent et par construction la manière de les distinguer et de les réprimer. » Didier FASSIN, *Punir, une passion contemporaine*, Paris, Seuil, 2017, p. 145.

juridique, toujours déjà donnée avec lui et constamment vérifiée (aussi longtemps du moins que cet ordre se perpétue), *l'effet de subjectivité* propre de la sanction¹³⁸.

En rapprochant la théorie de la sanction de Kelsen au thème du Surmoi freudien, Étienne Balibar met en valeur le caractère inconscient et irréfléchi de cet « effet de subjectivité » : l'obéissance est d'autant plus efficace qu'elle relève d'habitudes ancrées dans le psychisme individuel. L'individu infère des peines applicables et définies par le droit positif un domaine d'interdictions et de comportements défendus, qu'ils perçoient comme allant de soi. En étant formellement identifié à un sujet de droit et indissociablement à un délinquant potentiel, l'individu porte donc le fardeau d'une culpabilité inexorable, inhérente à son existence sous le règne de la loi (*rule of law*)¹³⁹. Cette analyse des soubassements psychologiques de l'État de droit révèle ainsi les ressorts cachés et largement inconscients de la légitimation du droit, qui entretient les sujets dans une forme de dépendance irréfléchie.

Si l'on suit Étienne Balibar, l'obéissance générale dont jouit la loi pénale repose sur des motifs affectifs et psychologiques, et non pas seulement sur l'évaluation rationnelle des normes. C'est en ce sens que l'on peut alors parler d'une forme de dépendance collective : l'individu consent à obéir à la loi pénale et à être puni, sans identifier les raisons qu'il a de s'y soumettre et sans que celles et ceux qui punissent n'ait l'obligation de les expliciter. Ces raisons sont en effet censées être évidentes en matière pénale, transparentes à l'énoncé des sanctions encourues. Cette dépendance se présente comme un effet inévitable de l'efficacité sociale des interdictions : le Surmoi compense à l'aide de sa propre sévérité l'absence de justification publique des incriminations légales et l'incertitude que l'individu a d'être puni. Mieux, c'est cette incertitude et cette affirmation auto-évidente de la norme comme norme qui alimentent la sévérité du Surmoi¹⁴⁰. On répondra que le premier phénomène découle de la raison d'être du droit, qui formule des normes précisément afin de couper court à la multiplication des raisons, des points de vue et des évaluations qui peuvent fragiliser l'obligation politique et nuire à la solidarité d'une société. Le second phénomène concerne de façon distincte l'incertitude de l'individu eu égard à l'éventualité d'être puni en cas

¹³⁸ Étienne BALIBAR, *Citoyen Sujet et autres essais d'anthropologie politique*, op. cit., p. 421.

¹³⁹ On pourrait insister sur les accents nietzschéens de cette thèse, où la responsabilité et la liberté morale ont pour genèse une volonté première de punir : « Partout où l'on cherche des responsabilités, c'est généralement l'instinct de *punir* et de *juger* qui est à l'œuvre. On a dégagé le devenir de son innocence lorsque l'on ramène un état de fait quelconque à la volonté, à des intentions, à des actes de responsabilité : la doctrine de la volonté a été principalement inventée à fin de punir, c'est-à-dire *avec l'intention de trouver coupable*. » Friedrich NIETZSCHE, *Le Crépuscule des idoles* suivi de *Le cas Wagner* [1888], trad. de l'alle. par Henri Albert, Paris, Flammarion, « GF Flammarion » 1985, p. 110.

¹⁴⁰ Selon la lecture de Stéphane Haber, il y a donc une sociologie chez Freud, mais une sociologie qui, à la différence de celle de Durkheim ou de Weber, « porterait sur un social pensé, en quelque sorte, à la mesure de l'individu vulnérable pour lequel l'objectivité sociale centrale n'est jamais absolument sienne, mais qu'il doit pourtant accepter et à laquelle il doit s'adapter. » Stéphane HABER, *Freud sociologue*, op. cit., p. 19.

d'infraction, incertitude qui touche aux modalités de la sentence comme au *quantum* de la peine. L'application de la peine est marquée par un coefficient d'incertitude qui renforce le caractère dissuasif du système pénale en son entier. C'est ce qu'explique Jean Carbonnier en traitant du caractère comminatoire de la sanction en matière pénale :

Sauf dans les législations qui refusent au juge répressif le moindre pouvoir quant à la fixation de la peine, toutes les lois pénales ont, en somme, un caractère comminatoire, en ce sens qu'il n'est jamais assuré qu'elles seront appliquées au maximum de leur rigueur [...]. Les juristes affirment volontiers que c'est la certitude de la répression qui fait l'efficacité d'un système pénal. Conception un peu grosse : en fait, l'incertitude y suffit bien. Et mieux. Car, s'il fallait appliquer intégralement, chaque fois qu'elles sont encourues, toutes les sanctions prévues par les lois pénales, on introduirait dans la société un flot de pénalités qu'elle ne supporterait pas. Le comminatoire, c'est-à-dire l'incertitude de l'effectivité, permet une économie de moyens pénaux, qui est fort salubre¹⁴¹.

Toutefois, la thèse de l'efficacité dissuasive de la peine liée à l'incertitude d'être puni concerne l'application du droit pénal et non plus sa forme générale. À l'égard des effets d'assujettissement de l'identification des individus aux normes juridiques et au sujet de droit, on peut toutefois objecter que rien ne permet d'affirmer que le Surmoi tire sa sévérité uniquement du droit et non d'autres sources de normativité¹⁴² : les mœurs en vigueur, les dogmes religieux, les hiérarchies socio-économiques, etc. L'instance psychique du Surmoi peut être le relais, dans le for interne, de sanctions hétérogènes. Les hypothèses de psychologie sociale exposées par Étienne Balibar ne semblent pas offrir de critères suffisants pour distinguer le pouvoir juridique des autres formes de dépendance. De plus, le « besoin de punition » entraîné par la culpabilité n'explique pas comment la peur des sanctions peut se muer en une adhésion et une acceptation du contenu de la loi. Enfin, si l'hypothèse de la « soif de soumission¹⁴³ » éclaire l'identification des individus aux règles générales et abstraites du droit pénal, elle ne rend pas compte de leur force normative intrinsèque, c'est-à-dire de leur prétention à affirmer des interdictions légitimes. Dès lors, en insistant sur la genèse psychique de l'obéissance, cette critique ne perd-elle pas de vue la spécificité de la peine parmi les différentes formes de sanction ? En outre, distingue-t-elle suffisamment le caractère juridique de la dépendance de l'individu à la loi et à l'État ? S'il l'on peut donner toute sa place à l'obéissance par culpabilisation pour comprendre la prétention du droit pénal à être légitime, il convient de compléter cette thèse par une analyse des pratiques liées à l'application des peines, qui manifestent aussi la fonction normative de la peine.

¹⁴¹ Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 147 (je souligne).

¹⁴² Il faut souligner l'importance des phénomènes d'identification dans la construction du sujet de droit. Sur le concept freudien d'identification, « premier de tous les liens affectifs », voir Bruno KARSENTI, « Identification et reconnaissances. Remarques freudiennes », in Julia CHRIST et Florian NICODEME (dir.), *L'injustice sociale. Quelles voies pour la critique ?*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 151.

¹⁴³ Sigmund FREUD, « Psychologie des foules et analyse du moi », dans *Essais de psychanalyse*, op. cit., p. 219.

Conclusion de la Deuxième partie

On a cherché jusque-là à interroger les traits définitionnels de la peine, et d'en évaluer les répercussions au plan normatif, à l'égard des tentatives de justification de la punition légale. J'ai insisté dans cette partie sur le fait que la peine n'est pas un mode de réponse à une indignation sociale préexistante, mais qu'au contraire elle la met en forme, la stabilise, l'entretient voire la provoque. On ne peut pas supposer un consensus moral antérieur et extérieur à la mise en œuvre du droit pénal. La peine apparaît donc irréductible à un instrument de contrôle social parce qu'elle exerce un type spécifique de contrainte : elle est afflictive et la souffrance qu'elle inflige a valeur de rétribution avant de jouer éventuellement un rôle dissuasif à l'égard du public ; et elle possède une dimension *infamante*, car dans de nombreux cas elle véhicule des sentiments négatifs à l'encontre du condamné, exprime l'indignation, la colère et la réprobation de la communauté. Cependant, il me semble que cette dernière dimension doit être nuancée étant donné le pluralisme et la complexité des sociétés libérales contemporaines. C'est ce que j'ai essayé de montrer dans cette deuxième partie, en soutenant qu'il fallait adjoindre un troisième trait aux deux précédents, que l'on a défini comme la fonction normative de la peine. La peine réagit à la survenue d'un acte défendu, c'est-à-dire à la transgression d'une interdiction, dont la valeur est réaffirmée de façon vigoureuse par la sanction. Ce faisant, le droit pénal impose des normes de conduite et des valeurs qui ne font pas nécessairement l'unanimité et prétend résoudre certains conflits normatifs et axiologiques qui traversent la société. La fonction normative du droit pénal renvoie certes à la capacité générale du droit à déterminer les conduites en imposant des modèles de comportements. Elle paraît même découler de la nature de la peine, qui réagit à la violation d'une règle et en rétablit par là l'autorité. Cette dimension passe donc pour évidente, mais ses modalités et ses répercussions au plan normatif demeurent obscures.

On pourrait ainsi penser que la définition de la loi pénale dépend davantage des perceptions sociales que les individus et groupes en ont, et qu'il faut prendre au sérieux la manière dont les autorités publiques usent de la menace de la peine pour adresser des ordres et soumettre les individus. On peut considérer en effet que la distinction entre la diversité des motifs d'obéissance et la soumission sous la menace est purement arbitraire. Soutenir que la loi pénale ne constitue pas un commandement adressé par l'État aux individus, *a fortiori* si leur reconnaissance comme sujets de droit est défailante, relève d'une pure décision théorique : ce n'est que dans sa formulation explicite que la loi pénale est générale et abstraite, que ses normes sont implicites et qu'elle laisse le sujet libre d'interpréter son

contenu normatif. Rien n'empêche qu'en réalité elle soit appliquée à la manière d'un commandement adressé à un individu ou à un groupe particuliers, qu'elle soit employée pour exercer un contrôle ciblé sur certaines populations, en renfort de mesures d'exception ou d'autres techniques sécuritaires.

À côté de la dimension prescriptive de la loi se joue le pouvoir qu'exerce la peine, la discipline qu'elle met en place, les rapports de dépendance sur lesquels elle débouche peut-être. Le souci pour les conditions de validité et d'effectivité de la peine ne doit pas masquer le fait que la peine constitue une institution publique qui, au plan de son effectivité, participe à une distribution de droits, de verdicts de réprobation ou de reconnaissance, d'inclusion ou d'exclusion, qu'elle entame fortement les droits et la vie des individus¹⁴⁴. Elle produit une discipline sociale, en présupposant la responsabilité et la conformité des individus à la loi, lorsqu'elle ne nourrit pas, de fait, des relations de dépendance matérielle ou symbolique. En insistant sur les conditions de l'interprétation de la loi pénale et sur la contingence des motifs de l'obéissance, la théorie du droit doit être complétée par une description des effets de pouvoir que l'institution pénale catalyse, et, d'un point de vue critique, des formes de dépendance qu'elle reconduit ou renforce à l'égard des condamnés, mais aussi de tous les sujets de droit qui sont par définition potentiellement punissables.

¹⁴⁴ Les institutions publiques « peuvent en effet recourir à des pratiques de distribution de droits, de nominations, de promotions, de classements, de récompenses, de certifications et de réparations qui remplissent différents objectifs : on peut avoir affaire à la recherche de l'attachement des citoyens aux institutions publiques comme dans certaines théories de la justice, ou bien à des stratégies institutionnelles de production d'une discipline sociale qui complète et équilibre le recours à la coercition comme le montrent aussi bien l'histoire de l'État que sa sociologie. » Christian LAZZERI, « Institutionnaliser la reconnaissance. Ou comment classer les institutions ? », *op. cit.*, p. 96-97.

Troisième partie. Les pratiques punitives

Le droit est réaction contre le non-droit

– Hans Kelsen

L'œuvre de Michel Foucault a profondément renouvelé le regard porté sur l'institution pénale. Il a non seulement montré que la pénalité, qui rassemble l'ensemble des règles, institutions et discours qui ont trait aux pratiques pénales, faisait apparaître la nature du pouvoir derrière les déclarations formelles de la loi, mais aussi que les justifications fournies pour légitimer les peines avaient pour effet de démultiplier les manières dont le pouvoir peut s'exercer. La critique des principes de liberté et d'égalité formelles inscrits dans le droit à la fin du XVIII^e siècle s'enracine ainsi dans une théorie du pouvoir disséminé à toutes les échelles de la vie sociale :

Historiquement, le processus par lequel la bourgeoisie est devenue au cours du XVIII^e siècle la classe politiquement dominante s'est abrité derrière la mise en place d'un cadre juridique explicite, codé, formellement égalitaire, et [...] si, d'une façon formelle, le régime représentatif permet que directement ou indirectement, avec ou sans relais, la volonté de tous forme l'instance fondamentale de la souveraineté, les disciplines donnent, à la base, garantie de la soumission des forces et des corps. Les disciplines réelles et corporelles ont constitué le sous-sol des libertés formelles et juridiques. [...] Les "Lumières" qui ont découvert les libertés ont aussi inventé les disciplines¹.

L'importance donnée par Foucault aux disciplines qui cannibalisent tous les rapports sociaux invitent néanmoins à s'interroger sur l'objet de sa théorie dans *Surveiller et punir* : est-il encore question de la peine ? ou même de l'une de ses formes d'application, la prison, comme l'indique le sous-titre du livre de 1975, « Naissance de la prison » ?

¹ Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des Histoires », 1975, p. 258.

L'un des problèmes d'une théorie qui insiste autant sur les effets d'assujettissement et de domination exercés par l'institution pénale concerne son manque de distinction. Si la critique aboutit à définir l'obéissance à la loi pénale comme une soumission à laquelle les dominés participent eux-mêmes volontairement, le risque est en effet grand de rendre indiscernables les cas d'obéissance légitime et les véritables relations de domination². Peut-on ainsi penser l'ensemble des rapports sociaux sous la forme d'un asservissement généralisé, et y dissoudre la spécificité de l'obéissance juridique et son rapport à la menace et à l'autorité prétendument légitimes de l'institution pénale ? En outre, si l'efficacité de la loi pénale est expliquée par le fait que les individus intériorisent des normes de conduite et des représentations malgré eux, alors le caractère spécifiquement *juridique* de ces relations de domination risque de nous échapper. En effet, l'intériorisation et la reproduction inconsciente des normes sociales ne sont pas des phénomènes propres à l'efficacité sociale de la peine, mais concernent toute la vie sociale. Jusqu'à quel point peut-on alors affirmer que les effets de dépendance exercés par l'institution pénale possèdent une spécificité, liée aux caractères distinctifs de la peine ?

On essaiera de résoudre ces questions dans cette partie en abordant les grandes opérations à travers lesquelles la peine est mise en œuvre, au premier rang desquelles on compte : l'imputation de la responsabilité pénale, la qualification des conduites délictuelles ou criminelles et enfin l'application des peines et leur individualisation.

Le CHAPITRE V portera sur les deux premières : l'imputation de la responsabilité pénale, la qualification des délits et des crimes. On commencera par se demander si l'attribution de la responsabilité pénale écrase inévitablement l'autonomie du sujet, celui-ci étant constitué passivement par le droit en individu punissable. On abordera ensuite le problème de la qualification. Comme l'écrit Foucault :

Les trafics d'armes, ceux d'alcool dans les pays de prohibition, ou plus récemment ceux de drogue montreraient de la même façon ce fonctionnement de la "délinquance utile" : l'existence d'un interdit légal crée autour de lui un champ de pratiques illégalistes, sur lequel on parvient à exercer un contrôle et à tirer un profit illicite par le relais d'éléments eux-mêmes illégalistes mais rendus maniables par leur organisation en délinquance. Celle-ci est un instrument pour gérer et exploiter les illégalismes³.

La sociologie du droit se concentre sur les catégories d'infraction en assimilant leur construction à une réaction de défense de la part de la conscience sociale ou des groupes

² C'est l'un des reproches que fait Ian Shapiro à la conception foucauldienne de la domination. Voir sur ce point : Ian SHAPIRO, « On Non-domination », *University of Toronto Law Journal*, vol. 62, 2012, p. 313 et suiv. ; Ian SHAPIRO, *Democratic Justice*, New Haven, Yale University Press, 1999, chapitre 3 ; Ian SHAPIRO, *Politics Against Domination*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2016.

³ *Ibid.*, p. 285.

dominants. La catégorie du crime y est une production historique issue d'un rapport de pouvoir et un moyen de contrôle social. Mais comment exhumer la causalité matérielle qui engendre la catégorisation des actes criminels ? Pour répondre à ce manque, deux hypothèses s'ouvrent, selon que l'explication choisie fait appel à la culture et aux préférences d'une société, ou à ses structures matérielles. L'alternative passe donc entre une conception sociologique du système pénal comme entreprise de contrôle social et les approches marxistes, qui font de la pénalité l'une des conditions du maintien des hiérarchies sociales, et notamment des rapports d'exploitation économique.

Le CHAPITRE VI portera sur l'application des peines et leur individualisation. On abordera la discussion à partir du rapport de Foucault aux différentes approches marxistes du droit, qui s'opposent sur la question de savoir si le droit pénal est un instrument, une manière d'exprimer ou une condition de la reproduction des structures sociales. La question est ainsi de savoir si la formation de l'État de droit s'enracine dans un ensemble de normes diffuses, ayant pour vocation de discipliner les individus et de reproduire les rapports d'exploitation. Ce chapitre permettra de soulever une difficulté liée à la pertinence de la critique du droit. Certes, le crime relève d'un travail de qualification relatif à un contexte historique. Sa définition obéit à des conditions formelles, inhérentes au mode de production du droit en vigueur, et reflète la manière dont la société est hiérarchisée, symboliquement et matériellement. Enfin, le droit pénal a pour effet d'assigner des rôles et des statuts aux individus en fixant la frontière entre normalité et déviance. Mais ces thèses ne jouent qu'au plan descriptif de la connaissance des institutions pénales existantes, et ne sont pas décisives pour trancher, au plan normatif, entre les différentes options que représentent l'extension, la limitation ou l'abolition du système des peines. Que gagne-t-on ainsi à reconnaître que les opérations juridiques de définition des infractions et d'application des peines sont des phénomènes socialement construits, possédant des effets pratiques et symboliques sur les individus ? Deux tâches doivent donc être combinées : la première est descriptive, et consiste à étudier les rapports de force et de domination dans lesquels s'inscrit le régime des peines, ainsi que leurs effets potentiels sur les politiques criminelles ; la seconde est normative, et vise à évaluer l'articulation possible des finalités de la peine à la réduction des inégalités sociales, c'est-à-dire à savoir si la justice pénale est compatible avec les exigences de la justice sociale.

CHAPITRE V. LA SPHERE DE RESPONSABILITE PENALE

qui sera juge de la conversion des condamnés ? on peut juger un fait : mais qui descendra dans la conscience des détenus, pour y voir son repentir ?

– Alexis de Tocqueville et Gustave de Beaumont

Pour les défenseurs de la peine comme entreprise de communication morale, le fait que les standards de comportement que vise la loi ne sont pas objectivement imposés mais reconnus subjectivement est à porter au crédit de l'institution pénale : de cette manière l'individu peut exercer son autonomie et affirmer son statut de membre d'une communauté de droits et de devoirs. Cependant, au plan empirique, cette justification de la peine fait face à trois problèmes inhérents au contexte actuel des démocraties libérales : les individus ne disposent pas des mêmes ressources matérielles et symboliques ; leur intégration sociale n'est ni homogène ni égalitaire ; enfin, il n'est pas certain que les valeurs et principes tenus pour fondamentaux fassent l'objet d'un accord collectif. La défense de la justice pénale suppose en effet que ces valeurs et principes existent et sont partagés, et que la peine en est l'indice ou le véhicule. Idéalement, le droit pénal s'adresse directement aux individus et il exige de leur part une attention spécifique, étant donné le caractère fondamental des interdictions qu'il affirme.

L'institution pénale possède une voix propre. Elle délivre un message public. C'est pourquoi il faut aussi concevoir sa force normative d'un point de vue pratique, selon ses effets sociaux. Le pouvoir symbolique de la norme juridique, sa force illocutoire, sa capacité à fournir des critères de jugement et la croyance en sa légitimité constituent les différentes faces de sa fonction normative. La sociologie insiste sur la force, matérielle et symbolique, des normes pénales : la peine exercerait une contrainte sociale, quelles que soient les intentions des individus, indépendamment de leur point de vue particulier. Elle insiste sur le caractère

construit et solidaire des crimes et des peines : le crime constituerait un phénomène normal, fonctionnel aux rapports sociaux, défini par le type de réactions qu'il suscite. C'est pourquoi l'attribution de responsabilité constitue une opération qu'il faut mettre en relation avec les finalités sociales de l'institution pénale.

Dans la PREMIERE SECTION du chapitre, on s'intéressera alors au problème de la construction de la responsabilité pénale, et à la différence entre culpabilité morale et juridique. On opposera dans la DEUXIEME SECTION différentes conceptions de la responsabilité, issues des traditions du libéralisme politique et de la « Défense sociale nouvelle ». Dans la TROISIEME SECTION, on sera alors amené à discuter les théories criminologiques qui font de la peine un instrument de contrôle social et qui analysent l'attribution de responsabilité à travers les stratégies de criminalisation. On insistera sur le caractère performatif de la qualification du crime. Qu'en penser cependant si les règles juridiques ne sont mobilisables que par certains groupes sociaux et si le contenu de la loi ne défend que des intérêts particuliers ? Le crime n'est alors plus seulement déterminé par l'état de la sensibilité collective, dont le droit serait le symbole positif, mais joue comme une catégorie opératoire dans l'exercice du pouvoir. Symétriquement, la peine constitue davantage un instrument d'oppression, utilisé pour assigner des statuts et disqualifier des comportements qu'une garantie de justice.

Section 1. La responsabilité pénale : entre droit et morale

Les analyses d'Étienne Balibar sur lesquelles nous avons conclu la précédente partie mettaient en valeur l'individualisation du sujet de droit, qui perçoit la menace de la punition comme un appel à l'obéissance en tant qu'il serait toujours ouvert à une faute potentielle. L'auteur souligne les effets psychologiques de la force illocutoire des interdictions pénales, qui interpellent les sujets moralement, parce que les actes non conformes sont qualifiés par la loi de mauvais, et que la peine s'applique d'abord à des sujets individualisés dans leur culpabilité. Pour développer le versant pratique et social de l'application du droit, je voudrais aborder désormais les techniques d'imputation en matière pénale, en essayant d'en saisir les causes et les effets sociaux sur la manière dont le droit pénal concourt à individualiser les relations sociales et à mettre en ordre les conflits éligibles à une réaction pénale.

En effet, aux yeux du droit pénal, pour que l'infraction soit constituée, il faut une loi, un acte mais aussi une intention mauvaise. L'infraction pénale constitue dans la majorité des cas une faute intentionnelle : le délinquant aurait pu agir autrement et choisir de ne pas violer la loi, ce qui justifie que sa responsabilité soit individualisée et que la peine lui soit imputée en personne. La reconnaissance d'une intention mauvaise à l'origine de l'acte criminel est communément tenue pour une première raison de punir : si l'individu a enfreint la loi librement, alors la peine n'est pas une réaction arbitraire, mais une exigence adéquate au mérite individuel ou à l'utilité sociale. Dans une PREMIERE SOUS-SECTION, je distinguerai néanmoins le sens moral du sens juridique de la responsabilité. Dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, j'en viendrai alors au statut central de la responsabilité pénale, définie comme « punissabilité » formelle, dans la reconnaissance des droits subjectifs.

1.1. Responsabilités morale et juridique

La responsabilité comme exigence morale

Je voudrais commencer par distinguer deux définitions de la responsabilité : la responsabilité comme disposition morale d'un agent, et comme catégorie juridique inhérente à

l'imputation d'un système de règles. Le propos sera délibérément synthétique, car le but est d'abord de mettre en valeur les spécificités de la responsabilité pénale comme notion juridique. Je ne rendrai donc pas compte de la complexité des débats que soulève la notion de responsabilité dans les théories éthiques.

On pense communément les rapports entre crime, droit et sanction sous un ordre chronologique. Le crime serait le déni d'une règle de droit posée antérieurement à la survenue de l'acte lui-même, auquel vient ensuite répondre la peine. La sanction vient donc clore la séquence de contestation du droit initié par le crime. Une première condition demeure néanmoins encore dans l'ombre : la capacité des individus à se donner des règles, soit par eux-mêmes soit par le truchement d'une autorité désignée, et à les respecter. Eu égard à la protection de leur indépendance ou à la réalisation de l'autonomie collective, la peine apparaît comme une clause d'autocontrainte : pour s'affranchir des entraves à la liberté venant d'autrui et ne pas être sous la coupe des plus puissants, le droit impose les mêmes obligations à tous. Pour garantir l'obéissance commune à ces obligations, des peines sont prévues, qui peuvent autant jouer un rôle d'instruments de dissuasion que constituer la rétribution de l'agent à hauteur des avantages qu'il s'est indûment arrogé relativement aux autres. Dans ce cadre, la peine est présentée comme une condition de l'obligation politique : pour faire société, les hommes se soumettent à des obligations communes, assorties de contraintes pour celles et ceux qui se dédisent en chemin et manquent à leur promesse.

Faire de la peine l'une des conditions de l'obligation politique et du maintien de l'ordre social implique une conception morale de la responsabilité pénale. L'acte répréhensible qui justifie la peine est imputée à un agent libre d'honorer son engagement envers les autres ou non. Autrement dit, il est possible de montrer que ce dernier a agi volontairement. L'infraction est un acte libre, imputable à un sujet, dont la peine constitue la conséquence. Elle n'est donc pas seulement un effet conditionné du monde phénoménal, mais aussi l'action d'un sujet, résultant d'une volonté capable de s'autodéterminer, c'est-à-dire d'agir en vertu d'une règle que l'agent se représente et se donne à lui-même. Il n'est donc pas poussé au crime par des contraintes irrépessibles, qu'elles soient internes ou externes. L'acte répréhensible constitue une action fautive parce qu'il est rapporté d'une part à l'obligation qu'avait l'agent de ne pas enfreindre l'interdiction, et d'autre part à sa capacité de se représenter cette obligation pour en faire le motif de son action. C'est à ce double titre que l'acte répréhensible peut être imputé à un individu et qu'il peut être contraint d'en répondre. Le crime découle d'une volonté libre.

En quel sens engage-t-il alors la responsabilité morale de l'agent ? Le concept moral de responsabilité comprend deux éléments : la capacité d'être l'auteur de ses actes et la possibilité d'en répondre. Il implique que la conduite de l'agent n'est donc pas entièrement conditionnée par l'ordre causal des faits, physiques ou mentaux. Elle est aussi morale, au sens où elle découle de la capacité de l'agent à agir en vue de fins qu'il se représente et choisit par lui-même. L'agent est un sujet moral au sens où il peut être la source, par ses représentations et sa capacité d'initiative, de sa conduite – ce qui ne règle pas la question de savoir s'il l'est toujours. La notion morale de responsabilité met l'accent sur la possession de certaines dispositions psychologiques : la représentation, le libre-arbitre et la volonté. Dans ce cadre, l'infraction pénale se trouve ainsi identifiée à une transgression intentionnelle : l'agent était capable de se représenter l'interdiction à suivre et il aurait pu en faire le motif de son action. Elle découle d'un acte libre, dont le caractère intentionnel est d'autant plus marqué qu'il est prémédité. Il s'agit donc d'un comportement moral, au sens où l'agent était, ou aurait dû être, capable de savoir ce qu'il faisait.

Cette conception morale de la responsabilité pénale est au fondement de la théorie rétributiviste de la peine défendue par Kant. Cette théorie implique trois thèses :

- punir est moralement permis, en raison de la culpabilité de l'individu, et non pas des conséquences bénéfiques qui peuvent en découler¹ ;
- punir est un devoir, inconditionné et absolu ;
- le mode et le *quantum* de la peine découlent du type et de la gravité du crime.

En son principe, la loi incarne en effet une maxime morale universalisable, mais elle ne porte que sur les conduites des individus. On distingue les champs de la morale et du droit en faisant de la conformité extérieure des comportements l'objet de la contrainte juridique. Mais, l'imputation de la sanction, inhérente à l'efficacité du droit, suppose la liberté morale de l'agent. À côté du comportement qui constitue l'élément matériel de l'infraction, l'intention permet de qualifier cette infraction comme une transgression volontaire. Le crime est un acte qui contredit la loi en son principe, comme règle générale dont l'individu tire une protection pour autant qu'il consent à la respecter. À travers les individus particuliers qui en sont victimes, le crime lèse la prétention à l'universalité des valeurs d'une communauté, et notamment la dignité de la personne comme sujet moral. La loi vise à assurer l'égalité de droits entre chaque membre de la société, c'est pourquoi l'individu doit s'y conformer ; les

¹ « [...] la justice cesse d'être une justice, dès qu'elle se donne pour un quelconque prix. » Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs*, 1^{re} partie, *Doctrine du droit* [1795], *op. cit.*, p. 215. Je m'appuie plus largement sur la 1^{re} section, E. « Du droit de punir et de gracier » de la 1^{re} partie de la *Doctrine du droit*, p. 214-218.

droits subjectifs de chacun ne peuvent être reconnus que si tous s'engagent à les respecter. La violation de cette exigence de respect mutuel rend la punition de l'infracteur autorisée. Or, ce qui rend cette punition obligatoire, c'est que seule la peine permet de réaffirmer la dignité morale de l'individu, capable d'agir librement et de répondre de ses actes parce qu'il en est l'auteur.

Pour le formuler autrement : la peine doit être infligée au criminel pour la seule raison qu'il a commis un crime ; elle n'est jamais un moyen pour réaliser un autre but ; bien qu'elle soit une prérogative du souverain, il serait immoral de l'adoucir, voire de gracier le criminel. Si l'on se tourne maintenant vers la distribution des peines, le mode et le degré du châtement sont déduits de la nature du crime lui-même. Il y a commune mesure entre l'acte et sa sanction. La proportionnalité des infractions et des peines se fonde sur un strict principe de réciprocité, le talion, afin de frapper le criminel d'une souffrance égale au préjudice subi par la victime. Tout écart à la loi du talion contient en puissance les germes de l'injustice, rappelle Kant². Son respect doit être rigoureux et inflexible. Il ne peut pas faire l'objet d'un compromis en vue des avantages que le condamné, la victime, l'État ou le public pourraient en tirer. La conséquence du rétributivisme substantiel – qui, on peut le rappeler, déduit l'obligation de punir de la culpabilité de l'agent – est de tenir pour punissable tout acte de violation intentionnelle du droit, parce qu'il constitue une faute morale.

Dans ce cadre, la peine est la conséquence logique du crime. En contrevenant à la loi, l'agent a nié les conditions de l'obligation politique à laquelle il s'était soumis, il a contesté la loi et par implication la reconnaissance de ses droits, et enfin il a contredit sa propre liberté. C'est pourquoi la peine découle analytiquement du crime et constitue un devoir : un « impératif catégorique³ » précise Kant. La reconnaissance de la liberté morale de l'agent ne peut passer que par l'application de la peine prévue. Toute tergiversation à l'égard de l'obligation de punir l'infracteur, en vue notamment d'évaluer les effets que la peine aurait sur l'individu, les délinquants potentiels ou le public, est immorale. Les évaluations conséquentialistes négligent en effet le devoir de reconnaître la dignité du condamné comme fin en soi et personne morale, et soumettent au contraire l'individu à une finalité extérieure au

² « Seule la *loi du talion*, mais bien entendu à la barre du tribunal (et non dans un jugement privé), peut fournir avec précision la qualité et la quantité de la peine ; toutes les autres sont chancelantes et ne peuvent, en raison des considérations étrangères qui s'y mêlent, s'accorder avec la sentence de la pure et stricte justice. » Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs*, I^e partie, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 215.

³ « La loi pénale est un impératif catégorique, et malheur à celui qui se glisse dans les anneaux serpentins de l'eudémonisme pour trouver quelque chose qui, par l'avantage qu'il promet, le délivrerait de la peine ou l'atténuerait ». Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs*, I^e partie, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 214.

champ de sa raison pratique⁴. Dans le prolongement du rétributivisme kantien, Hegel va jusqu'à affirmer que la peine est voulue par le criminel, parce qu'elle est impliquée dans les conséquences intentionnelles de son acte⁵ : elle n'est pas voulue au sens psychologique où elle serait réellement désirée par l'individu, mais au sens logique, parce qu'elle est appelée par le développement rationnel des conséquences de ses choix⁶. La peine vient donc réaffirmer l'universalité de l'acte du criminel et rétablit son honneur de sujet libre⁷. Je voudrais maintenant insister sur les différences qui marquent l'écart entre cette conception morale de la responsabilité et son pendant dans le champ juridique.

La fonction opératoire de la responsabilité juridique

La responsabilité comme catégorie juridique constitue d'abord un instrument d'application du droit, et en particulier les obligations auxquelles des personnes, physiques ou morales, sont assujetties⁸. Être responsable en matière civile c'est ainsi être soumis à l'obligation de réparer le dommage causé ; en matière pénale, c'est être contraint à subir une peine⁹. Les systèmes juridiques d'inspiration libérale attachent néanmoins des conditions à l'imputation de la responsabilité pénale, qui pourraient la rapprocher de son équivalent moral. Pour qu'un individu soit reconnu coupable, il faut notamment prouver que l'acte qui lui est reproché était volontaire et intentionnel : volontaire au sens où il demeurerait sous le contrôle de l'agent, qui n'a pas agi de façon contrainte ou automatique ; et intentionnel, c'est-à-dire que l'agent était en mesure de savoir que sa conduite était interdite et punie par la loi. Par exemple, la majorité des systèmes juridiques distinguent l'action entièrement réalisée, la

⁴ « La peine juridique [...] ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée, *pour la seule raison qu'il a commis un crime* ; en effet l'homme ne peut jamais être traité simplement comme un moyen pour les fins d'autrui et être confondu avec les objets du droit réel ; c'est contre quoi il est protégé par sa personnalité innée [...]. » *Ibid.*

⁵ Sur la volonté d'être puni impliquée par l'acte criminel, voir Georg W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, en particulier les §82, 91, 100 et 132.

⁶ Voir Michaël FESSEL, « Penser la peine. Contrainte et crime dans les *Principes de la philosophie du droit* de Hegel », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 40, n° 4, 2003, p. 536.

⁷ Bruno Karsenti éclaire ainsi la théorie hégélienne de la peine : « Punir le criminel, dit Hegel, c'est l'honorer comme personne, comme être raisonnable qui veut que le principe de son action soit reconnu comme universel. Or cela implique la peine. De sorte que l'on peut dire que le crime se veut lui-même et, dans le même temps, veut sa punition. Ou encore : punir le criminel, c'est lui permettre de se punir. » Bruno KARSENTI, *La Société en personnes. Études durkheimiennes*, Paris, Economica, « Études sociologiques », 2006, p. 63.

⁸ Je suis ici la définition de Raphaële Parizot : « La théorie de la responsabilité pénale dessine les contours de l'infraction, contours entendus de façon suffisamment large pour permettre de stigmatiser les comportements les plus dangereux, tout en garantissant, par le biais du principe de légalité, les libertés individuelles. » Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ, 2010, p. 4.

⁹ Paul RICOEUR, *Le Juste*, Paris, Esprit, 1995, p. 41.

tentative, c'est-à-dire l'action commencée mais interrompue ou qui a échoué, et enfin la négligence, autrement dit le manque de prudence et d'attention aux règles. L'intention criminelle peut être qualifiée à ces trois degrés d'action. Une responsabilité distincte est donc imputable dans les trois cas. La doctrine estime dans le cas de la négligence par exemple que l'individu aurait dû anticiper les conditions susceptibles d'entraîner un préjudice ou un tort et qu'il s'est volontairement mis dans les dispositions d'enfreindre la loi¹⁰. L'action, la tentative ou la négligence relèvent certes de régime de responsabilité différents mais ils sont imputables à l'agent eu égard au règle qu'il avait le devoir de respecter. Or, on le constate, l'application de la responsabilité pénale ne procède pas de la même façon que son équivalent moral : en droit, on ne part pas des dispositions psychologiques ou des aptitudes morales de l'individu pour ensuite évaluer son comportement au regard de la loi. La qualification de l'élément moral de l'infraction, c'est-à-dire de l'intention criminelle, se fait de manière rétrospective : on part du constat matériel de la commission d'un acte infractionnel pour savoir par rebours et négativement s'il y a des raisons de croire que l'individu n'a pas agi volontairement. La responsabilité pénale ne témoigne pas de la liberté morale de l'agent mais de son assujettissement à des obligations définies par la loi.

Si ces obligations ont en premier lieu pour vocation de protéger la liberté individuelle et l'égalité de droits des individus, comme c'est le cas dans un État de droit libéral, alors la responsabilité pénale aura pour fonction de compenser les actes préjudiciables à la liberté d'autrui ou bien nuisibles à l'égalité de tous. La responsabilité pénale constitue donc un outil dans la manière dont le droit réaffirme et protège certaines valeurs et certaines normes. Elle joue un rôle régulateur dans la reconnaissance de la liberté et de l'égalité des agents, qui nous renvoie à la fonction normative du droit pénal¹¹. C'est ce que souligne Hart dans sa défense d'un droit de punir libéral : rendre la monnaie de sa pièce à l'infacteur vise à réaffirmer des règles juridiques mais aussi à rétablir activement le caractère équitable des conditions de la vie sociale. La responsabilité pénale tout comme l'intention criminelle ne doivent pas être entendues *prima facie* en un sens psychologique ou moral. Elles sont définies à l'aune des normes du système juridique qui en déterminent le statut opératoire, parce qu'elles sont des catégories fonctionnelles à l'application de ce système, et non des concepts moraux ou naturels. Hart rappelle ainsi la corrélation entre les obligations objectives qui pèsent sur les individus et les droits subjectifs qui leur sont reconnus :

¹⁰ Pour une critique de cette conception de l'imputation criminelle, voir : Alf ROSS, *On Guilt, Punishment and Responsibility*, Londres, Stevens & Sons, 1975.

¹¹ Certains auteurs vont ainsi jusqu'à interpréter la théorie kantienne de la peine de manière conséquentialiste. Voir : Bertrand GUILLARME, *Penser la peine*, *op. cit.*

les individus ne possèdent pas cette liberté “naturellement”, c’est-à-dire indépendamment des institutions légales [...], la société offre aux individus, y compris le criminel, la protection des lois dans des conditions équitables, non seulement parce qu’ils consistent dans un cadre de droits et de devoirs réciproques, mais parce que dans ce cadre, on offre à chaque individu la chance équitable de choisir entre respecter la loi protégeant la société ou accepter de payer la peine¹².

Hart note que les conditions d’application de la peine dérivent des normes juridiques et des préférences morales d’une société donnée. Dans un État libéral attaché à l’équité sociale, la peine est justifiée parce que l’individu avait le choix de ne pas enfreindre la loi. Elle est donc la contrepartie d’un acte qu’il a voulu. On pourrait croire que l’on revient alors à une conception rétributiviste de la peine, qui est infligée au criminel parce qu’il l’a mérité. Néanmoins, une autre lecture de ce passage permet d’insister sur la capacité de l’institution pénale à affirmer l’équité sociale comme un principe de justice souhaitable de manière générale, et donc la peine comme un outil nécessaire à l’affirmation de ce principe politique. La loi est décrite par Hart comme étant équitable parce qu’elle suppose l’égalité de droits et de devoirs des individus et parce qu’elle consiste en un système de sanctions définies *a priori*, qui annonce aux délinquants potentiels ce qu’il en coûte d’enfreindre une interdiction. L’équité sociale repose ainsi sur la réciprocité des droits et des devoirs pour tous, mais aussi dans le caractère légal et public de la peine. On peut souligner le caractère formel de l’équité de départ protégé par le droit : la loi telle qu’elle est déclarée ne tient pas compte en effet des disparités sociales qui contredisent cette équité formelle. L’imputation de la responsabilité pénale vise les actes contraires aux règles juridiques qui protègent la justice sociale, et ce n’est que dans un second temps qu’elle se réfère aux dispositions morales des individus et aux circonstances particulières de l’acte.

Pour résumer, deux manières d’analyser les rapports entre liberté et responsabilité pénale doivent donc être distinguées. Selon un premier modèle cohérent avec les intuitions morales les plus communes, un individu est puni parce qu’il est reconnu coupable d’une faute : sa culpabilité est prouvée si l’on peut montrer qu’il était conscient et libre d’agir comme il l’a fait. Autrement dit, sa « punissabilité » découle du fait qu’il aurait pu agir autrement. La responsabilité se définit ici comme une exigence morale, à laquelle une certaine classe d’êtres, en priorité les humains, peut prétendre parce qu’ils disposent des aptitudes mentales pour le faire, au premier rang desquelles on compte le libre-arbitre et la volonté. Dans ce cadre, l’infraction est un déni du droit, dont la gravité dérive de la nature du préjudice commis, manifesté en retour par la sévérité de la peine qui lui est attachée. La peine se présente donc comme la conséquence de l’acte illicite. La « punissabilité » de l’individu

¹² Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, op. cit., p. 23.

s'enracine donc dans la culpabilité morale de l'individu, qui peut se définir comme sentiment de la faute.

Le second modèle inverse cette logique intuitive du rapport entre liberté et responsabilité pénale. Si l'on s'en tient au concept juridique de la responsabilité, il faut admettre que la reconnaissance de la culpabilité d'un individu est établie en vue de savoir si la peine prévue de manière générale lui est imputable en particulier. En ce sens juridique, la culpabilité désigne « la relation que le délinquant entretient ou entretenait à un tort qu'il a déjà commis¹³ » : elle constitue un critère objectif pour déterminer le *quantum* de la peine à appliquer à partir du maximum fixé par la loi ; elle joue ainsi comme une contrainte secondaire au plan de la distribution des peines, empêchant la condamnation de l'individu dont on n'a pas prouvé la culpabilité. De ce point de vue, un comportement sera défini comme une infraction parce qu'il contredit une règle juridique, et il contredit une règle juridique parce qu'une sanction lui est attachée. Dès lors la sanction peut être redéfinie comme la condition de l'interdiction : l'éventualité de la peine est la condition de la définition du crime. On ne fait pas autre chose ici que de décrire la nécessité pour toute autorité répressive de définir ses propres conditions d'applications et de circonscrire *a priori* la matière infractionnelle qu'elle a pour mission de réprimer.

Selon ce second modèle, on inverse donc le rapport de condition entre le crime et la peine. La sanction pénale constitue, au plan formel, une conséquence normative dont l'antécédent factuel est l'infraction. De manière circulaire, on pourrait dire que la peine est autant la condition de l'infraction, que l'infraction est la condition de la peine. Cependant, pour sortir de cette circularité, il faut distinguer deux plans : comme le formule le principe de légalité, l'éventualité de la peine est une condition de la *validité* de l'infraction, alors que la définition de l'infraction est une condition de l'*effectivité* de la peine, ce qu'impose le principe d'interprétation restreinte en matière pénale. Autrement dit, l'interdiction est dépourvue de force contraignante si une sanction ne lui est pas attachée, et la peine n'a pas de valeur normative si elle n'est pas assignée à une infraction déterminée d'avance. Dans le cas contraire, elle consisterait en une mesure coercitive directe, c'est-à-dire un acte d'hostilité de la part de l'État. On a donc inversé la logique intuitive du rapport entre crime et peine : d'un point de vue strictement juridique, l'infraction n'est pas le déni mais la condition de la sanction pénale.

¹³ John GARDNER, « Introduction », in Herbert L.A. Hart, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, *op. cit.*, p. 7.

Liberté et imputation

Ce renversement permet d'insister sur la nature normative et non pas descriptive du jugement pénal. Il s'agit d'un acte de volonté, qui assure l'effectivité des règles d'une société, et non pas, comme on pourrait le croire, un acte de connaissance, visant à saisir la nature intrinsèquement mauvaise des actes poursuivis. La culpabilité au sens juridique n'est pas donnée avec l'acte criminel, elle est établie au cours d'une procédure de jugement qui procède par étapes et obéit à des contraintes institutionnelles d'instruction et d'administration de la preuve. Elle désigne donc un statut normatif : face à tous les éléments rassemblés durant le procès à l'encontre de l'accusé, l'autorité habilitée déclare l'individu coupable ; elle affirme donc que tout concorde à montrer qu'il doit l'être. En droit, la responsabilité repose donc sur deux conditions : *l'imputabilité*, qui porte sur la possibilité de tenir l'individu pour l'auteur de son acte, en étudiant les circonstances de l'acte et les dispositions subjectives de l'individu au moment des faits ; et la *culpabilité*, qui concerne le caractère répréhensible de cet acte au regard du système de règles en vigueur. Si ces deux conditions sont satisfaites, alors la responsabilité pénale de l'individu est constituée : autrement dit, la peine peut lui être infligée.

On peut néanmoins objecter que cette distinction entre une conception positive et relativiste d'une part, naturelle et cognitiviste d'autre part, du jugement pénal est purement spéculative. Le jugement pénal vise certes à reconstruire la version la plus fiable des faits, étayée de preuves et de témoignages, en la confrontant aux règles juridiques valides. Mais il s'appuie aussi sur les conventions morales dominantes : c'est tout l'objet du débat contradictoire dans la procédure accusatoire, dont les échanges font inévitablement référence à l'état des mœurs, de la sensibilité collective ou des acquis culturels d'une société, de même que les réquisitoires et les plaidoiries. La frontière entre une notion technique et opératoire de responsabilité, qui consisterait en un statut normatif, et sa version morale serait donc plus floue que les distinctions précédentes le font croire, parce que les procédures juridiques relaient les conventions et les préférences d'une communauté, ainsi que les réactions d'offense et d'indignation à l'égard du crime.

Il me semble néanmoins que cet argument minore la fonction normative du jugement pénal, qui peut avoir pour effet de trancher des conflits insolubles d'un point de vue moral. Certes, les conditions de l'imputation sont à mettre en continuité avec les valeurs d'une société : les garanties de procédure consacrent par exemple la valeur de la liberté individuelle contre l'intrusion de l'État, ce qui constitue une valeur transversale à la société. Mais l'institution pénale participe également à l'élaboration des valeurs d'une communauté. C'est

précisément parce que l'imputation est une norme et que l'établissement de culpabilité est l'instrument de son application effective, que l'on peut interpréter les pratiques pénales comme « un discours normatif muet [...], un mode d'expression de valeurs¹⁴ » selon l'expression d'Ulysse Korolitski.

C'est ce que montre Robert Musil dans *L'Homme sans qualité* à propos du cas de responsabilité restreinte de Moosbrügger¹⁵. Alors que ce dernier est reconnu coupable d'être l'assassin d'une prostituée, les expertises psychiatriques ne parviennent pas à se prononcer clairement pour la normalité ou la déficience mentale de l'individu. Or, ce que met en relief cette insoluble confusion, c'est selon Musil l'irréductible écart qui réside entre les faits de la nature et les décisions de la jurisprudence. Si l'ordre de la nature admet toute une palette de degrés dans les dispositions et les capacités que les individus possèdent, l'ordre judiciaire vise au contraire à trancher les cas d'incertitude de manière exclusive, en décidant si ce dernier est condamnable ou non. Musil montre ainsi que la continuité du mouvement de génération naturelle, élevée au rang de principe par Leibniz¹⁶, s'oppose au principe logique du tiers exclu, formulé par Aristote¹⁷ auquel obéissent les décisions de justice.

La nature a une curieuse prédilection pour la production en série de tels cas ; *natura non fecit saltus*, elle ne fait pas de sauts, elle aime les transitions et sur une grande échelle également elle maintient le monde dans un état de transition entre l'imbécilité et la santé. Mais la jurisprudence n'en tient pas compte. Elle dit : *non datur tertium sive medium inter duo contradictoria*, c'est-à-dire : ou bien l'homme est en mesure d'agir illégalement, ou il ne l'est pas, car entre deux contraires il n'y a pas de troisième ou de moyen terme¹⁸.

Cet écart entre les dispositions psychiques des individus et l'univocité de la responsabilité pénale atteste du rôle normatif du système pénal par rapport à des cas difficiles à trancher. De ce fait, le droit pénal a plus largement un rôle dans la fixation des valeurs d'une communauté. Par l'application de la responsabilité pénale, les tribunaux règlent des problèmes pratiques concernant le libre-arbitre et la liberté des individus : bien qu'en réalité de nombreux facteurs, naturels ou culturels, puissent rendre délicate la détermination du caractère libre et conscient d'un acte, la décision de justice vise à clore l'hésitation. Eu égard à ce rôle pratique, on peut donc souligner la fonction normative du jugement, qui dit ce qui

¹⁴ Ulysse KOROLITSKI, *Punir le racisme ? Liberté d'expression, démocratie et discours racistes*, op. cit., p. 416.

¹⁵ Robert MUSIL, *L'Homme sans qualité* [1930-32], t. I, trad. de l'allemand par Ph. Jaccottet, Paris, Seuil, 2004.

¹⁶ « C'est-à-dire : la nature ne crée ni espèces ni genres absolument tranchés ; il y a toujours entre eux quelque intermédiaire qui les relie l'un à l'autre. » Gottfried W. LEIBNIZ, *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, t. IV, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, p. 16.

¹⁷ « Mais d'autre part, il n'est pas possible non plus qu'il y ait un intermédiaire d'une contradiction, mais il est nécessaire ou bien d'affirmer ou bien de nier une seule chose, quelle qu'elle soit, d'une seule chose. » ARISTOTE, *Métaphysique*, trad. par M.-P. Duminil et A. Jaulin, Paris, Flammarion, 2008, livre 4 (correspondant au livre Γ, 1011b20-25).

¹⁸ Robert MUSIL, *L'Homme sans qualité*, t. I, op. cit., p. 333-336.

doit être pour interrompre les conflits concernant ce qui est. Le jugement auquel aboutit l'institution pénale appartient ainsi à la sphère du devoir-être et non de l'être. Son statut est normatif et non pas scientifique. Il ne porte pas sur les causes de l'acte mais sur sa valeur au regard d'une règle. Comme le rappelle Musil, la confusion entre les deux plans mène à une constante déception¹⁹ :

Les tribunaux ressemblent à des caves où dort la sagesse de nos arrière-grands-pères ; on ouvre ces bouteilles, et l'on pleurerait presque à découvrir à quel point l'effort de précision de l'homme, lorsqu'il arrive au dernier degré de fermentation avant la perfection, est imbuvable²⁰.

Je voudrais par conséquent insister sur la spécificité du mode d'imputation juridique, qui se démarque d'une connaissance des causes du crime, l'enjeu étant de préciser le statut normatif de la responsabilité pénale.

1.2. La critique du réalisme en matière pénale

Imputation et personnalité juridique

Les références précédentes à l'analyse du cas Moosbrügger dans le roman de Musil permettent d'insister sur l'écart qui sépare l'ordre causal des faits et l'ordre normatif de l'imputation. L'auteur met en valeur le caractère réfléchissant, et non pas déterminant, du jugement pénal : l'imputation ne cherche pas à connaître fidèlement les causes qui ont entraîné la commission de l'acte criminel mais plutôt à évaluer les raisons de cet acte à l'aune des règles juridiques et au-delà des valeurs et normes que le droit protège. La qualification du crime, comme acte engageant la responsabilité de l'individu, a pour condition qu'une norme pénale ait été au préalable posée. Au plan juridique et formel, la « punissabilité » de l'individu semble donc devancer sa reconnaissance comme sujet de droit. C'est ainsi que Musil écrit :

Ou bien l'homme est en mesure d'agir illégalement, ou il ne l'est pas, car entre deux contraires il n'y a pas de troisième ou de moyen terme. Grâce à cette capacité, il devient punissable ;

¹⁹ Je suis ici les analyses de Bruno Karsenti sur cet exemple emprunté à Musil, qui conclut que : « Cette confusion entre science et droit est pour Musil l'écueil par excellence de la question de la responsabilité pénale, thème des recherches entreprises par le père d'Ulrich au sein du comité dont il fait partie pour la réforme du Code pénal. La traduction moderne de cette confusion est l'accouplement contre-nature de l'expert et du juge, le premier n'ayant finalement d'autre recours que de devenir l'"ange de réserve" du second. » Bruno KARSENTI, « "Nul n'est censé ignorer la loi". Le droit pénal, de Durkheim à Fauconnet », *Archives de Philosophie*, vol. 67, n° 4, 2008, p. 571 (note 33).

²⁰ Robert MUSIL, *L'Homme sans qualité*, t. I, *op. cit.*, p. 333-336.

grâce à sa qualité d'homme punissable, il devient personne juridique, et en tant que personne juridique, il a droit aux bienfaits suprapersonnels de la loi²¹.

Ce passage peut être reconstituée ainsi : (1) par définition la règle juridique implique que les conduites effectives peuvent être conformes ou non-conformes à la norme qu'elle émet ; (2) toute règle juridique présuppose la possibilité de sa violation, ce qui se traduit par l'éventualité d'une sanction (Musil parle peut-être trop vite de « peine ») ; (3) la validité de la règle juridique détermine donc la « punissabilité » de celles et ceux qui y désobéissent ; (4) or, la reconnaissance des droits subjectifs des individus sont conditionnées par des obligations objectives valides²² ; (5) ainsi, être un sujet de droit est indissociablement un état de « punissabilité ».

Musil souligne ici la primauté des règles objectives sur les droits subjectifs. Cette thèse a deux corollaires : d'une part, les actes définis comme des délits ou des crimes ne le sont pas en raison de leurs propriétés naturelles ou matérielles, mais ils sont qualifiés comme tels en regard d'une norme valide, qui instaure un partage entre actes licites et illicites et assigne à la commission des seconds l'éventualité d'une sanction ; d'autre part, la reconnaissance de véritables droits subjectifs suppose la validité d'un droit objectif, qui impose des obligations en cas de non-respect de ces droits subjectifs²³. Par conséquent, les libertés fondamentales ne sont pas des droits au sens strict d'une revendication opposable, parce qu'elles ne sont pas corrélées à des obligations positives incombant à un individu ou une autorité en particulier ; elles sont seulement protégées par des obligations négatives, c'est-à-dire des interdictions, qui imposent des sanctions à celles et ceux qui empêcheraient l'exercice de ces libertés²⁴.

Face à cette thèse, une crainte peut surgir : et si les individus se voyaient reconnaître des droits afin de pouvoir être soumis à des obligations et être rendus punissables en cas de

²¹ *Ibid.*

²² Il faut préciser que les droits dont parle Musil sont des *claim-rights*, c'est-à-dire des revendications opposables. Comme le précise Jean-François Kervégan : « Avoir un droit au sens le plus strict du terme, un droit opposable (un *claim-right*), c'est être en mesure d'émettre une revendication dont le corrélat est, de la part de tiers, une obligation (*duty*) [...] » Jean-François KERVEGAN, « Avoir des droits : pourquoi, comment, lesquels ? », *op. cit.*, p. 9.

²³ C'est ce que montre Bruno Karsenti à partir de son commentaire de la théorie de la responsabilité de Fauconnet : « la qualité d'être punissable est première ; c'est d'elle que procède *l'existence juridique*, distincte de l'existence purement naturelle. » Bruno KARSENTI, « “Nul n'est censé ignorer la loi”. Le droit pénal, de Durkheim à Fauconnet », *op. cit.*, p. 557-581.

²⁴ Je suis ici à nouveau l'analyse de Jean-François Kervégan : « les libertés fondamentales consignées dans les textes déclaratoires (liberté de croyance, d'expression, de résidence, etc.) bref les droits humains jugés les plus fondamentaux (ceux qu'on nomme parfois les droits de l'homme de première génération), qui sont pour la plupart des combinaisons de libertés et d'immunités, ne sont pas des droits au sens étroit (des *claim-rights*), car il est impossible de définir une obligation positive qui leur soit corrélative et de déterminer à qui incomberait cette obligation. » Jean-François KERVEGAN, « Avoir des droits : pourquoi, comment, lesquels ? », *op. cit.*, p. 12.

d'insoumission ? et si les conditions d'imputation de la peine étaient moins des garanties contre les abus possibles du système pénal, mais au contraire le moyen de légitimer le besoin de punir des autorités, afin d'apaiser le ressentiment et la soif de vengeance de la communauté ? La primauté de la « punissabilité » sur la reconnaissance des droits subjectifs chez Musil peut en effet être source d'angoisse pour le sujet de droit. Cependant, cette thèse suppose de détacher le droit du contexte social dans lequel il s'inscrit pour s'en tenir seulement à l'analyse de sa structure logique.

Certes, de nombreuses obligations ou interdictions sont attachées à des sanctions, et leur violation suppose un acte de contrainte contre l'individu reconnu fautif. Dans un État de droit, la loi prévoit à l'avance les conditions et les conséquences de sa violation comme les obligations qui peuvent être imposées en cas de non-respect des droits subjectifs. Les cadres et les motifs de la responsabilité pénale sont donc définis *a priori*, à travers des normes générales et abstraites. Mais il y a un pas avant de pouvoir déduire de ces constats la thèse selon laquelle le droit *constitue* le sujet en individu punissable²⁵. Reconnaître que l'obligation de punir est formellement première et l'établissement de la culpabilité seconde, que des règles encadrent *a priori* l'attribution de responsabilité à l'infacteur, permet en effet d'éclairer les conditions dans lesquelles le droit est appliqué. On ne peut toutefois pas en déduire que les individus qui sont formellement des points d'imputation du droit et qui peuvent subir une peine, sont façonnés par leur condition juridique et leur assujettissement à la loi. Il me semble néanmoins que l'argument de Musil est plus équivoque qu'il n'en a l'air au premier abord. C'est sur cette équivocité que je voudrais revenir.

De la « punissabilité » objective à la reconnaissance des droits subjectifs

On peut s'interroger sur le sens du lien que Musil forge entre la « punissabilité » et la reconnaissance du sujet de droit, et notamment sur la modalité du verbe « devenir » dans le passage que je me permets de citer à nouveau : « grâce à sa qualité d'homme punissable, [l'homme] *devient* personne juridique, et en tant que personne juridique, il a droit aux bienfaits suprapersonnels de la loi.²⁶ » Le verbe « devenir » désigne-t-il une succession logique ou chronologique ? Dans le premier sens, Musil retrouve la thèse du normativisme kelsenien de la primauté du droit objectif sur les droits subjectifs dans l'édifice normatif,

²⁵ Voir *supra*, chap. IV, section 3.

²⁶ Robert MUSIL, *L'Homme sans qualité*, t. I, *op. cit.*, p. 333-336.

c'est-à-dire de la priorité des obligations objectives sur les prérogatives, les avantages ou les pouvoirs dont peut se prévaloir une personne physique ou morale en tant que sujet de droit. Autrement dit, les libertés individuelles n'existeraient qu'à la condition que l'État soit obligé de les protéger, en punissant notamment ceux qui les violent. Il s'agit donc d'une primauté *logique*. Cependant, dans le second sens, le rapport indique un lien *chronologique* : dans la construction de la loi, le droit pénal aurait été premier, rendant en effet l'individu punissable avant de lui accorder progressivement des droits. Il est en effet nécessaire de définir des normes objectives pour reconnaître des droits aux individus. Le règne de la loi s'affirme à travers des obligations communes, émises afin de protéger les individus des torts qu'ils peuvent commettre les uns contre les autres. C'est alors dans un second temps que la loi reconnaît des droits subjectifs aux individus, qui sont autant de garanties contre l'ingérence de l'État sur la liberté individuelle dans sa poursuite de la sécurité collective. C'est cette seconde lecture du lien entre « punissabilité » et reconnaissance des droits subjectifs que je voudrais développer maintenant.

John Stuart Mill résume le besoin de corriger les risques d'intrusion de l'État sur la liberté individuelle, une fois posé son rôle de préservation de la sécurité collective, à l'aide d'une image :

Pour éviter que d'innombrables vautours ne fondent sur les membres les plus faibles de la communauté, il avait bien fallu charger un aigle, plus puissant celui-là, de les tenir en respect. Mais comme le roi des oiseaux n'était pas moins enclin que les charognards inférieurs à fondre sur le troupeau, on vivait perpétuellement dans la crainte de son bec et de ses serres. Aussi le but des patriotes était-il d'imposer des limites, supportables pour la communauté, au pouvoir du gouvernant : c'est cette limitation qu'ils nommaient liberté²⁷.

Mill soutient que la reconnaissance des droits subjectifs, identifiés ici aux libertés individuelles, doit être conçue comme un rempart contre l'autorité potentiellement abusive du souverain. Bien que sa fonction soit d'assurer la sécurité collective, le souverain jouit d'un pouvoir immense sur les individus. Il convient donc de le limiter si l'on veut s'assurer qu'un tel pouvoir ne dégénère pas en une oppression plus grande pour les sujets que s'ils n'étaient pas soumis à une autorité supérieure. L'émergence des droits subjectifs intervient donc comme un correctif au pouvoir du souverain d'imposer des obligations aux individus. Selon cette explication, les droits ont ainsi émergé à la suite de l'affirmation du pouvoir de contrainte, et donc de sanction, du souverain. Cette thèse du détachement progressif des droits subjectifs à l'égard du droit objectif, des libertés à l'égard de la « punissabilité » revient non seulement à faire du pouvoir de sanction de l'État la condition historique, et non plus logique,

²⁷ John Stuart MILL, *De la liberté, op. cit.*, p. 62.

de la distribution des droits subjectifs, mais aussi à affirmer que la protection des libertés individuelles suffit à préserver l'autonomie morale des individus²⁸. Dans un droit pénal libéral, des garanties sont donc concédées aux individus pour les préserver des abus d'un pouvoir fortement attentatoire envers leurs libertés. L'imputabilité repose sur des conditions subjectives qui visent à vérifier le caractère volontaire et intentionnel de l'infraction, et à servir de rempart contre la violence de l'État ou de la vindicte populaire.

J'ai insisté sur deux manières de comprendre la primauté des obligations et de la « punissabilité » qui en découle sur la reconnaissance des droits subjectifs. La première conçoit cette antécédence de manière logique : la validité des droits subjectifs dépend de l'existence d'un ordre public et de son pouvoir de contrainte, notamment de nature pénale. La seconde la définit de manière chronologique : certes, la responsabilité pénale a conditionné l'émergence historique des droits, mais ceux-ci ont une force normative intrinsèque, et sont valides, indépendamment du pouvoir de l'État à les protéger en soumettant celles et ceux qui s'y opposent à subir des contraintes. L'enjeu de cette opposition a donné lieu à des débats considérables autour d'une question centrale : faut-il accorder aux droits un caractère moral fondamental et naturel, pour en faire les conditions de légitimité de l'ordre social²⁹ ? Je m'intéresserai à une conception déflationniste des concepts impliqués par cette question : le réalisme juridique dans sa variante scandinave³⁰, incarnée notamment par l'approche du juriste et philosophe du droit Alf Ross.

Pour ce dernier, la tentative de saisir la normativité de la peine implique de se détacher de l'étude des fonctions politiques ou des principes moraux qu'elle est censée incarner. Il défend ainsi qu'il faut s'en tenir à une analyse logique des énoncés normatifs, associée à une description des catégories qu'ils mobilisent, et qu'il faut rejeter les notions métaphysiques et mystificatrices de « valeur », de « liberté » et de « droits naturels³¹ ». Au lieu de chercher à expliquer la nature des droits fondamentaux, Ross soutient qu'il faut d'abord décrire la manière donc les règles juridiques mobilisent de telles catégories pour produire des effets sociaux. C'est donc à partir de l'observation des opérations du droit que l'on peut comprendre la valeur des énoncés faisant référence aux droits subjectifs : la validité d'une norme juridique est selon Ross identifiée à son efficacité. La question suivante est alors : comment décrire les

²⁸ Pour cette dernière thèse, voir Ian CARTER, *A Measure of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

²⁹ Voir Herbert L.A. HART, « Existe-t-il des droits naturels? », trad. de l'angl. par Ch. Girard, *Klesis*, vol. 21, 2011.

³⁰ Sur la version américaine du réalisme juridique, incarnée par Holmes, voir *supra* chap. III, section 1.

³¹ Voir Alf ROSS, « Du Droit et de la justice » [1959], in Christophe BEAL (dir.), *Philosophie du droit : norme, validité et interprétation*, *op. cit.*

effets sociaux de l'imputation d'une peine ? En quoi l'application de la responsabilité pénale conditionne-t-elle l'efficacité sociale du droit ?

Une conception réaliste de la responsabilité

Au sens juridique, la responsabilité suppose deux types d'obligation : l'obligation, pour le sujet de droit, de se soumettre aux interdictions déduites de la loi, autrement dit un devoir d'obéissance ; et l'obligation, pour les autorités judiciaires, de requérir et d'appliquer la sanction prévue en cas de désobéissance. Alf Ross distingue ces deux types d'obligation (*accountability* et *liability*³²), en soulignant leur caractère pragmatique : la responsabilité pénale confirme l'attribution par le droit de capacités ou de pouvoirs (*ability*) aux individus, qui ne sont pas donnés avec les traits naturels de l'individu. Ross souligne ainsi le caractère performatif du droit dans la reconnaissance des droits subjectifs. Ces deux obligations délimitent la sphère de « punissabilité » des comportements de manière publique. L'individu ne peut être reconnu coupable d'une faute par l'autorité étatique que parce qu'il était auparavant comptable de ses actes à l'égard des autres. La menace de la responsabilité pénale participe plus largement du maintien de l'obéissance collective et donc de l'efficacité sociale du droit.

Pour Ross, la double obligation à la racine de la responsabilité juridique naît tout entière d'une corrélation objective, établie selon un rapport d'imputation, entre un acte matériel, l'infraction, et sa conséquence légale, la peine. L'analyse de la norme pénale en vient donc à faire l'économie de toute référence à des normes de conduite ou à des prescriptions énoncées par une interdiction formulée implicitement par la loi. Le droit pénal énonce et applique la règle selon laquelle si un acte infractionnel a lieu, alors une conséquence négative doit suivre pour l'agent, sans pour autant qu'il soit explicitement prescrit de ne pas commettre cet acte, par exemple de ne pas tuer, de ne pas rouler à droite en France, de porter assistance à personne en danger, etc. Il faut alors reconnaître, poursuit Ross, que le droit pénal, dans sa forme, n'abrite que des normes de sanction qui impliquent des interdictions primaires sans les adresser explicitement aux individus. Les normes pénales se réduisent à des normes de sanction, qui obligent les agents criminels à répondre de leurs actes et à en subir les conséquences prévues par la loi :

puisque l'emprisonnement est une réaction de désapprobation et donc une peine, dire que la loi ordonne aux tribunaux de mettre en prison le coupable d'un homicide involontaire, c'est dire

³² Alf ROSS, *On Guilt, Punishment and Responsibility*, *op. cit.*, p. 15.

que l'homicide involontaire est interdit. Cette dernière norme est impliquée par la première destinée aux tribunaux ; d'un point de vue logique, elle n'a pas d'existence indépendante [...] Les normes primaires, d'un point de vue logique, ne contiennent rien qui ne soit déjà impliqué par les normes secondaires, bien que le contraire ne soit pas vrai³³.

À l'égard de la définition de la peine, Ross soutient alors que cette sanction spécifique peut tout autant être identifiée à une rétribution ou à un « acte de défense à retardement³⁴ » comme on voudra, au sens où il s'agit là d'interprétations morales portant sur une même technique de coercition, dont la nature n'est pas déterminée par l'intention de celui ou celle qui punit. L'énoncé de la sanction escamote en effet la formulation impérative de l'interdit, si bien que l'intention de punir est indéterminée et que l'on ne peut donc pas s'y référer pour identifier la finalité de la peine. Pour le juriste, la validité du droit dépend de son efficacité, et cette dernière se mesure à l'activité réelle des tribunaux et non pas au sentiment d'obligation qu'éprouvent les individus à l'égard de la loi pénale. Ainsi, que la loi pénale soit interprétée comme la source d'interdictions par les individus n'est pas décisif à l'imputation de la responsabilité en cas d'infraction. Or, dans le cas d'une société dont les membres se conforment généralement à la loi, les tribunaux n'exercent plus leur fonction répressive et la validité des règles juridiques s'estompe. On ne peut plus deviner si c'est le droit qui est efficace, ou si la conformité des comportements s'explique par la vigueur de la morale commune ou en raison de l'état de fait des hiérarchies et des rapports de force. C'est la raison pour laquelle déterminer la nature de la norme d'interdiction, qui oscille entre une norme juridique impliquée par la sanction, une injonction morale ou une contrainte de fait, est une entreprise insoluble³⁵. C'est ce qu'il explique dans le raisonnement suivant, que je me permets de citer en entier :

[...] lorsqu'il s'agit de déterminer la validité de normes juridiques, seuls importent les phénomènes juridiques au sens strict – à savoir l'application du droit par les tribunaux. Contrairement aux idées généralement admises, il faut souligner que le droit est constitué de normes qui régissent le comportement des tribunaux et non celui des personnes privées. L'effectivité qui conditionne la validité des normes ne peut donc être recherchée que dans l'application judiciaire du droit et non pas dans le droit en vigueur pour les personnes privées. Si, par exemple, l'avortement est interdit, le véritable contenu du droit consiste dans une

³³ Alf ROSS, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 91-92.

³⁴ Alf ROSS, *On Guilt, Punishment and Responsibility*, *op. cit.*, p. 29.

³⁵ Ross précise ainsi que : « Chercher le fondement de la validité du droit dans les décisions des tribunaux c'est suivre un raisonnement qui peut paraître circulaire. On peut en effet avancer que la compétence de juge n'est pas simplement une qualité de fait, mais qu'on ne peut l'attribuer qu'en se référant au droit valide, en particulier aux règles du droit public qui régissent l'organisation des tribunaux et la nomination des juges. [...] Fondamentalement, la validité est une qualité attribuée à la totalité du système. Tester la validité c'est déterminer si le système dans son ensemble, lorsqu'il est utilisé comme schéma d'interprétation, nous permet de comprendre ce que font les juges, mais aussi qu'ils le font avec la compétence de "juges". Il n'y a aucun point d'Archimède pour cette vérification, aucune partie du droit qui puisse être vérifiée avant une autre partie. » Alf ROSS, « Du Droit et de la justice », in Christophe Béal (dir.), *Philosophie du droit : norme, validité et interprétation*, *op. cit.*, p. 142-143.

directive adressée au juge selon laquelle il doit, dans certaines conditions, punir l'avortement. Le critère décisif pour savoir si cette interdiction est du droit valide ne peut être que le fait qu'elle est effectivement appliquée par les tribunaux en cas d'infractions et de poursuites. Que les gens respectent cette interdiction ou qu'ils l'ignorent fréquemment ne change rien. De là vient ce paradoxe apparent selon lequel plus une règle est effectivement respectée sans que la justice ait à intervenir, plus il est difficile de déterminer si cette règle est valide, car les tribunaux ont alors moins l'occasion de manifester leurs réactions³⁶.

Deux sens de la responsabilité doivent être distingués selon Ross : l'imputabilité particulière de l'individu soupçonné d'avoir commis une infraction, qui est déterminée au cours de la procédure de jugement ; et la « punissabilité » générale qui s'en dégage, c'est-à-dire la connaissance que l'on sera puni si l'on commet un acte interdit pénalement par la loi et qui prétend constituer une raison de l'obéissance à la loi³⁷. Ross soutient dans le passage précédent que la responsabilité comme « punissabilité » est entièrement subordonnée à l'activité des tribunaux qui imputent légitimement des peines aux infracteurs. Il insiste donc sur les effets sociaux des pratiques judiciaires observables.

Comme le précise Ross en note de ce passage, les « tribunaux » désignent au sens large toutes les autorités qui participent à la mise en œuvre du pouvoir de répression : la police doit donc compter à côté des agents des tribunaux eux-mêmes. Comme il le rappelle en effet, « si la police s'abstient régulièrement d'enquêter sur certaines infractions, ou si l'autorité chargée des poursuites s'abstient régulièrement d'engager des poursuites, le droit pénal perd son caractère de droit valide, même s'il est appliqué par les tribunaux à de rares occasions³⁸ ». La loi pénale oblige les institutions judiciaires et policières à réprimer les infractions, limitent le cadre de leur force et empêchent qu'elles ne dévient vers des formes d'action discrétionnaires et abusives qui sont illégales. Mais, pour être valide, la loi dépend en même temps d'institutions et d'autorités, comme les forces de police administrative et judiciaire, qui pré-qualifient les actes qui devront relever de la sphère pénale³⁹. Cette contradiction constitue, au plan théorique, un nœud gordien : la validité de la loi pénale se vérifie dans l'action d'autorités policières et judiciaires qui peuvent potentiellement échapper au contrôle légal. Cette tension ne peut être tranchée qu'au plan des usages que les normes pénales rendent possibles. De ce point de vue, l'évaluation des valeurs et principes qui déterminent les incriminations comme la procédure pénale est décisive dans le cadre des démocraties libérales, si l'on souhaite que les règles de distribution et l'application effective

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Alf ROSS, *On Guilt, Punishment and Responsibility*, *op. cit.*, p. 14.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Sur ce point, je renvoie à la généalogie historique de la police que propose Paolo Napoli : Paolo NAPOLI, *Naissance de la police moderne. Pouvoirs, normes, société*, Paris, La Découverte, 2003.

des peines n'entrent pas en contradiction avec les fonctions générales de l'institution pénale, notamment aux yeux du public.

Conclusion de la section 1

Si la « punissabilité » n'est pas un état de fait qui découle de qualités morales prises en un sens matériel, comme traits de la nature humaine, il faut admettre que son statut est normatif, et qu'elle dérive des normes pénales en vigueur. Ce n'est pas parce que l'individu est ou peut être responsable de ses actes qu'il doit être puni en cas d'infraction ; c'est parce qu'il doit en être responsable qu'il peut être puni. La normativité de la peine repose donc sur l'inversion, vis-à-vis de nos intuitions morales, de la capacité et du devoir : ce n'est pas la possession de certaines qualités morales qui rendent les individus aptes à remplir des devoirs ; au contraire, les normes sont posées par l'autorité publique de manière à refléter les conventions, préférences et principes moraux d'une société, et la capacité des individus à y obéir ou non en est déduite. La punition légale a donc pour finalité l'affirmation de la validité de nos règles.

Section 2. L'attribution de la responsabilité

On a jusque-là tenté de proposer une théorie des traits saillants de la peine, et de déterminer la force obligatoire des normes pénales, leurs destinataires réels, ainsi que les limites de leur efficacité sociale. Je me suis intéressé précédemment au problème de la responsabilité pénale à partir de ce qui la génère, la qualification de l'infraction, et de ses conditions normatives. Il nous faut maintenant nous tourner vers les approches qui entendent saisir la qualification du crime⁴⁰ et la responsabilité pénale comme opérations sociales. La sociologie du droit permet de mettre en regard les fonctions sociales de la peine et ses prétentions à la légitimité, dans l'horizon de la question qui taraude les approches normatives de la peine : si le crime est inévitable, à quoi bon punir ? Cette question renvoie la réalité des pratiques pénales aux fonctions morales qui leur sont assignées, visant notamment à la réforme des délinquants. Cet objectif se manifeste autant dans le mouvement d'individualisation des peines initié depuis la fin du XIX^e siècle que dans les espoirs après-guerre de faire de la peine un instrument de prévention et non plus de punition. C'est ce qu'appellent de leurs vœux les doctrines de la « Défense sociale ».

Je distinguerai dans la PREMIERE SOUS-SECTION la conception libérale de la responsabilité pénale de celle impliquée par la doctrine de la « Défense sociale nouvelle » de Marc Ancel. Je reviendrai dans la DEUXIEME SOUS-SECTION sur la critique que Durkheim et ses héritiers ont formulé de l'École positiviste italienne, qui constitue l'une des sources de la Défense sociale. La sociologie durkheimienne voit dans le crime un phénomène normal, fonctionnel à tout ordre social, qui s'amenuise toutefois devant l'attachement accru aux droits individuels, dans le contexte moderne. Si la peine est un châtement qui expie la faute pour autant qu'il permet de raffermir la morale collective, son spectre d'intervention et son intensité sont-ils voués à reculer à mesure que la sensibilité morale se concentre sur la valeur de l'individu et le respect de sa sphère d'intérêts ? Les justifications libérales de la peine ne sont-elles donc que le reflet d'une évolution historique nécessaire ?

⁴⁰ Sur la qualification en droit, je renvoie à l'article d'Olivier CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits, Revue française de théorie juridique*, vol. 18, 1993, p. 3-16.

2.1. Libéralisme et défense sociale

Le statut architectonique de la responsabilité

Affirmer l'écart qui sépare la responsabilité en son sens juridique et en son sens moral implique trois thèses :

- au plan de la procédure pénale, la reconnaissance des droits individuels permet de fonder l'exigence de garanties contre le pouvoir punitif de l'État. Mais l'extension de ces garanties est solidaire de la portée conférée aux droits subjectifs : il faut par exemple trancher la question de savoir s'ils sont suffisants pour garantir l'indépendance des individus, ou si l'État doit aussi garantir l'individu contre les formes de dépendance ou de domination qui peuvent l'assujettir, en assurant par exemple des droits de la défense substantiels.

- le jugement pénal n'est pas un jugement de connaissance mais un acte de volonté, qui consiste à conférer un statut à un individu au regard des preuves reçues au cours du procès et des règles en vigueur. Dans un État de droit libéral, l'application d'une peine n'est pas une condamnation morale du vice. De même, si la loi pénale protège la morale commune, ce n'est pas pour sa valeur intrinsèque mais pour son caractère conventionnel.

- Les catégories juridiques ne doivent pas être naturalisées : la culpabilité établie par l'institution judiciaire n'exprime pas une vérité morale sur un individu considéré comme intrinsèquement vicieux ou déviant⁴¹.

Ces thèses débouchent alors sur deux conclusions distinctes : la tentation de faire du mérite, dans la distribution des peines, un usage normatif, fixant absolument le *quantum* de la peine à partir de la perception du mal commis et obligeant à punir l'individu reconnu coupable, n'est pas acceptable. Par implication, le rétributivisme ne peut pas fournir une justification générale de l'institution pénale. Le fait qu'un individu mérite d'être puni étant donnée sa culpabilité constitue en effet une raison nécessaire mais non pas suffisante de le punir : le *quantum* de la peine ne peut être décidé que de façon procédurale et conventionnelle, et non pas de manière intuitive ou selon un pur calcul d'utilité. C'est ce que rappellent Hugo A. Bedau et Erin Kelly :

⁴¹ On peut toutefois le soutenir si l'on admet que la vérité morale est conventionnelle. Mais, à strictement parler, vouloir atteindre par le jugement pénal une connaissance exacte des faits, d'après un usage déterminant de la qualification, ou bien prétendre que le verdict peut parvenir à la réconciliation morale des victimes et délinquants, constituent des erreurs logiques.

aucune autre conception des peines méritées ne peut être défendue ; et il faut résister à l'illusion persistante d'un critère indépendant pour déterminer le mérite, fondé en dernière instance sur l'intuition ou encore sur des calculs utilitaires. D'après cette analyse du mérite, toute personne à la fois passible de et éligible à une peine mérite d'être punie, et *ceteris paribus* devrait être punie⁴².

La notion de mérite ne constitue donc un critère acceptable à la distribution des peines si et seulement s'il est intégré au cadre d'une justice purement procédurale. Une telle forme institutionnelle de justice suppose des règles déterminant le système des preuves et de leur admissibilité, garantissant la présomption d'innocence ou les conditions du débat contradictoire. Ces règles manifestent par elles-mêmes l'attachement du système judiciaire aux libertés individuelles. L'une de leur justification est qu'il est moralement préférable qu'un coupable soit relaxé plutôt qu'un innocent puni. Ainsi, dans le cas d'un coupable condamné au terme d'une procédure inéquitable, l'inégalité de traitement est manifeste. Si le verdict est annulé en appel, celui-ci bénéficiera d'une garantie de procédure dont l'objectif général est en fait d'éviter la punition de l'innocent. Cette situation pourra apparaître moralement dérangeante, mais non pas injuste selon Ronald Dworkin⁴³. Interprétées comme une défense des libertés individuelles, les garanties constituent donc des règles procédurales mais elles découlent de la cohérence du droit pénal avec les libertés fondamentales affirmées par le système juridique tout entier. Ce faisant, elles ont pour effet de légitimer l'application du système pénal.

On peut insister sur la spécificité d'un système pénal qui attache des garanties procédurales aux individus accusés en le comparant à trois autres modèles. Les tensions et différences entre ces trois modèles-types n'ont pas empêché leur persistance historique et leur entrelacement dans le droit positif aujourd'hui⁴⁴ :

- le premier modèle est celui de la médiation par un tiers, incarné par un juge dont le rôle de condamnation a été supplanté par un rôle d'arbitrage ;

- le second modèle correspond à la procédure inquisitoire, qui confère des pouvoirs conséquents et une large indépendance à l'enquête de police et à l'instruction ;

⁴² Hugo A. BEDAU et Erin KELLY, s. v. « Punishment », in Edward N. Zalta (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, op. cit. La suite du texte dit : « Il semble y avoir un net contraste entre le rôle que le pardon des auteurs de torts peut jouer proprement dans nos vies personnelles, et le rôle étroit ou même inexistant qu'il devrait jouer dans un système pénal. Dans ce dernier, la compassion méritée, bien qu'il s'agisse d'un oxymore, peut avoir un rôle à jouer, mais cela n'est pas la même chose que de mériter d'être pardonné ou d'être excusé. »

⁴³ Voir Ronald M. DWORKIN, « Principle, Policy, Procedure », in Colin F.H. TAPPER (dir.), *Crime, Proof, and Punishment*, London, Butterworths, 1981.

⁴⁴ Denis SALAS, *Du Procès pénal*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 30 et suiv.

- le dernier modèle est celui du procès équitable, qui accordent des droits de la défense, inscrit le procès dans un débat contradictoire, maintient l'égalité des armes entre victime et accusé, et assure la publicité de la procédure.

Loïc Cadiet, Jacques Normand et Soraya Amrani-Mekki montrent qu'en droit pénal français, la procédure repose sur un mixte de ces trois modèles, nécessairement source de tensions⁴⁵ : le principe de légalité comme les droits de la défense sont autant de limites aux excès de la toute-puissance étatique et à l'arbitraire des juges, mais l'introduction de mesures restauratives confère au juge un rôle de plus en plus marqué d'arbitrage au sujet des demandes des victimes. Dès lors, « la solution du litige est appréhendée comme le résultat de la coopération du juge et des parties dans la définition des termes du litige et du déroulement de l'instance⁴⁶ ». Les auteurs cités défendent la prééminence du modèle du procès équitable :

La publicité, la motivation et la possibilité de contester des décisions devant des juridictions hiérarchiquement supérieures sont autant d'éléments permettant d'asseoir l'autorité et la légitimité de la justice. [...] elles constituent les éléments nécessaires à la construction d'une jurisprudence [...] tout aussi nécessaire que la loi [et qui requièrent] que la décision soit connue (publicité), justifiée (motivation) et éprouvée ou imposée par une juridiction hiérarchiquement supérieure (voie de recours). Ces autres droits sont donc des garanties du procès équitable, mais constituent également les piliers du système judiciaire et juridique⁴⁷.

Deux modèles de procédure pénale : le libéralisme et la « Défense sociale nouvelle » (Ancel)

Les garanties du procès équitable sont les piliers d'un système judiciaire et juridique libéral. Si elle assure aux individus des garanties fortes contre des peines arbitraires ou excessives, la procédure pénale ressortit à une conception libérale de la loi, dont la finalité et l'application visent *in fine* à maximiser la liberté individuelle et formelle. C'est pourquoi la responsabilité en matière pénale paraît être au cœur du débat sur les fonctions de l'institution pénale en son ensemble. Hart insiste sur la procédure pour établir la responsabilité de l'accusé, et défend qu'elle doit être une contrainte à la distribution de la peine. Il souligne la valeur déontologique d'une institution pénale fondée sur la reconnaissance de la responsabilité individuelle.

Notre système n'impose de contrainte qu'à partir du moment où une agression a eu lieu et que l'on a la preuve qu'elle découle de la disposition mentale appropriée [*mens rea*]. Mais ce risque n'est pas pris par hasard. C'est le prix à payer pour reconnaître de manière générale que

⁴⁵ Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 559.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 665.

le destin d'un homme dépend de ses choix, et c'est ce qui conduit à privilégier l'autonomie comme une vertu sociale de premier ordre. [Cela serait impossible] si les hommes étaient traités comme de simples choses disposées à être modifiées, déterminées à l'avance, réformées et manipulées⁴⁸.

Hart insiste donc sur les mérites d'une procédure pénale libérale. Pour en faire davantage ressortir les spécificités, je voudrais analyser par contraste un modèle de procédure antithétique. Ce modèle prône un système de mesures de sûreté qui rejette la procédure accusatoire pour se consacrer à la prévention des individus reconnus comme dangereux. Le droit pénal ne doit pas seulement avoir pour vocation de juger le criminel, mais aussi de comprendre les causes de son acte et de l'aider à changer. On retrouve un tel modèle dans la théorie de la « Défense sociale nouvelle ».

Les doctrines de la défense sociale ont été développées par Adolphe Prins⁴⁹ et Filippo Gramatica⁵⁰ au début du XX^e siècle. Elles ont ensuite été renouvelées par le magistrat et théoricien du droit Marc Ancel. De manière générale, les politiques criminelles de défense sociale fournissent un exemple de doctrines qui identifient le crime à la dangerosité, et la peine au traitement du condamné. Ces doctrines assouplissent les règles de procédure en évitant d'identifier la sentence à la rétribution méritée par l'individu reconnu coupable, parce qu'elle subordonne la durée et les modalités de la peine à sa réadaptation sociale. Néanmoins, les principes de protection et de rééducation n'ont pas la même importance dans toutes ces théories. Chez Prins et Gramatica, la dangerosité du délinquant est le critère de l'incrimination, tandis que la peine vise avant tout la protection de l'ordre public. La doctrine de Marc Ancel infléchit ce dernier principe pour faire du traitement du condamné l'instrument de sa réformation et de sa responsabilisation. Les règles de procédure pénale, et notamment le cadre et la fonction du procès, s'en trouvent ainsi modifiés. C'est ce qui ressort de la lecture des propositions d'Ansel pour réformer l'institution pénale conformément à la doctrine de la « Défense sociale nouvelle ».

Selon Ancel, la qualification ne doit plus porter sur l'acte fautif mais sur le comportement général de l'individu⁵¹. Ainsi, en cas d'infraction, l'individu n'est plus

⁴⁸ Herbert L.A. Hart, *Punishment and the Elimination of Responsibility*, Londres, University of London/Athlone Press, 1962, p. 182-183.

⁴⁹ Adolphe PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1899 ; Adolphe PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, Misch et Thron, 1910. Prins ne reprend pas le déterminisme des criminologues italiens, mais fonde lui aussi l'incrimination et la sanction sur le critère de la dangerosité, ce qui l'amène à défendre un système de sanctions à durée indéterminée.

⁵⁰ Filippo GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1963.

⁵¹ Ce que l'on peut observer également dans la postérité de certaines notions de défense sociale dans celle de « situation-problème » destinée à remplacer la catégorie légale du « crime ». Voir : Louk HULSMAN, « Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation », in René CASSIN et Maurice ROLLAND (dir.), *Aspects nouveaux*

seulement poursuivi pour les faits qu'il aurait commis mais plus largement pour ses dispositions antisociales⁵². Deux conséquences en découlent : la remise en cause de la culpabilité matérielle et de la légalité des infractions ; la redéfinition de la culpabilité comme état mental et non plus comme statut normatif.

les doctrines de la défense sociale ne rejettent pas *a priori* les notions de libre arbitre et de responsabilité, mais elles réintroduisent également, dans la politique criminelle d'abord et dans le droit pénal ensuite, une série de valeurs morales que le Positivisme prétendait ignorer [...]. La défense sociale nouvelle, en réexaminant la notion de responsabilité, en arrive tout naturellement à rechercher chez l'individu le sentiment de l'obligation morale⁵³.

Néanmoins, la peine de défense sociale vise le redressement du comportement individuel, mais n'aboutit pas à une forme de reconditionnement. La réadaptation sociale doit en effet s'effectuer, selon lui, par l'intermédiaire du consentement du condamné envers la sanction qui lui incombe. La doctrine d'Ansel met ainsi à distance la fonction thérapeutique de la peine. C'est ce que l'on peut observer à l'aune des aménagements qu'Ansel apporte au rôle et aux modalités du procès pénal.

Le procès de défense sociale

Ansel décrit ainsi les traits idéaux d'un véritable « procès de défense sociale », instrument clef de la mise en œuvre de la politique criminelle idoine :

La prise en considération de la personnalité du délinquant constitue le premier trait de cette attitude nouvelle envers le délinquant, caractéristique de la défense sociale nouvelle. [...] le délinquant doit être intégré dans le procès pénal qui jusqu'alors était uniquement le jugement d'un acte [...], on n'entend pas ou on n'entend plus, comme ont voulu le faire certains positivistes de la première époque, ne prendre le fait en considération que comme signe contingent, et peut-être même négligeable, d'une périculosité qui, seule, serait en fin de compte réservée à l'examen du juge. Le juge continue à juger l'acte qualifié d'infraction, mais il le fait non seulement d'après le critère objectif de la loi, mais en fonction des éléments relatifs à son auteur⁵⁴.

La poursuite d'un objectif de défense sociale exige du juge qu'il puisse accéder à des informations concernant le prévenu avant le commencement même du procès. Il ne s'agit pas de s'enquérir des circonstances de l'acte, des antécédents judiciaires de l'individu ou de ses conditions de vie socio-économiques, de manière à individualiser la peine le cas échéant, mais d'introduire dans la procédure un « examen pré-judiciaire » portant sur la « constitution

de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ansel, t. II, Études de science pénale et de politique criminelle, Paris, Pedone, 1975.

⁵² Marc Ansel emprunte cette notion à Filippo GRAMATICA, *Principes de défense sociale, op. cit.*

⁵³ Marc ANCEL, *La Défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 1981, p. 213-214.

⁵⁴ Marc ANCEL, *La Défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste, op. cit.*, p. 214.

biologique » du prévenu, ses « réactions psychologiques », son « histoire personnelle », sa « situation » et son « environnement social⁵⁵ ». Dans ce but, Ancel préconise la refonte du pouvoir judiciaire, éclaté entre les magistrats chargés de l'instruction, du jugement proprement dit et de l'application de la peine, en un juge unique, intervenant à toutes les étapes. Il supprime également le droit du prévenu à accéder à son dossier avant le tribunal⁵⁶, et prévoit la possibilité de l'exclure de certaines phases du procès. Cette théorie évacue ainsi du procès deux traits liés de manière fondamentale au modèle du procès équitable : le débat contradictoire et la publicité de la procédure. C'est ce que notait déjà en 1952 Séverin-Carlos Versele, sociologue du droit, dans un article sur la théorie de Filippo Gramatica auquel Ancel se réfère à de nombreuses reprises :

M. Gramatica s'est demandé s'il ne convenait pas de rendre tout le procès confidentiel. [...] cet auteur ne fait que pousser à fond la logique d'un système théoriquement parfait, sans doute, mais encore irréalisable en notre époque. Puisqu'il ne s'agirait plus que de choisir, pour chaque antisocial, à l'occasion d'une infraction, le moyen le plus apte à le réintégrer dans la communauté, l'intervention judiciaire deviendrait un acte de diagnostic et de thérapie, pour lequel le secret se justifie⁵⁷.

Cette politique criminelle aboutit-elle à éliminer la responsabilité des conditions d'imputation de la peine ? Ancel transforme la notion sans l'abandonner. La doctrine de la « défense sociale nouvelle » défend en effet une conception psychologique de la responsabilité. Il définit la responsabilité comme « la conscience ou mieux encore la prise de conscience par l'individu de sa personnalité en tant qu'elle s'affirme dans son action⁵⁸ ». Le procès pénal est ainsi présenté comme un instrument de réadaptation et de rééducation du « sentiment de responsabilité [dans le but de] donner à cette réalité psychique toute sa valeur⁵⁹ ». L'institution pénale de défense sociale n'obéit donc pas à une fonction strictement instrumentale. Elle vise en effet à amener l'accusé à reconnaître son autonomie, mais elle s'oppose au modèle de l'institution délibérative du procès équitable. Le point de clivage porte en fait sur la conception de la liberté sous-jacente à ces modèles. À la conception sociale et politique de la liberté présupposée dans le modèle du procès comme arène délibérative, le procès de défense sociale oppose une conception naturelle et individuelle. Dans le premier cas la liberté est le produit d'un certain type de rapports sociaux, dans l'autre, elle est inscrite

⁵⁵ *Ibid.*, p. 214 et suiv.

⁵⁶ « Une autre règle traditionnelle et, dans son principe, amplement justifiée, veut que l'accusé ait connaissance de toutes les pièces produites à son sujet ainsi que tous les témoignages fournis devant le tribunal. Chacun sait cependant que rien n'est plus préjudiciable à la santé morale d'un individu que la prise de connaissance par lui de certains rapports psychiatriques ou du résultat de certains tests », *Ibid.*, p. 212 et suiv.

⁵⁷ Séverin-Carlos VERSELE, « De la contradiction et de la publicité dans une procédure de défense sociale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 4, 1952, p. 578.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 249-250.

⁵⁹ *Ibid.*

dans la nature humaine. Or, en insistant sur la fonction de rééducation du procès, Ancel ne peut pas sortir du paradigme thérapeutique :

la sanction qui peut [être appliquée à l'inculpé], parce qu'elle a pour objet de le rendre conscient des valeurs et des exigences sociales, est bien d'abord une éducation de la responsabilité, ou, si l'on veut même, une thérapeutique de la liberté ; car on cherche à faire de cette notion innée – ou naturelle, mais, chez beaucoup de délinquants, incertaine et fruste – non seulement une liberté vécue, mais une liberté consciente, acceptée avec ses limites nécessaires⁶⁰.

Deux conséquences sont alors à analyser : d'une part, chez Ancel, la sanction pénale est réduite à sa fonction préventive, visant la sûreté publique et la réforme du condamné ; d'autre part, la détermination du *quantum* de la peine n'est pas fixée lors du jugement, mais peut être modulée dans le temps de son exécution, au gré de l'évolution du danger que représente le condamné. Sous ce rapport, la responsabilité ne signifie plus une obligation de répondre d'un acte passé en relation avec une autorité déterminée, mais un devoir, pour le condamné, de rendre compte du changement de ses dispositions présentes et de donner des garanties sur son comportement futur. La responsabilité n'est plus engagée par l'acte du délinquant, au contraire, elle conditionne son avenir et sa réinsertion sociale. C'est pourquoi la « Défense sociale nouvelle » vise moins la reconnaissance de la responsabilité individuelle que la responsabilisation du condamné à l'aune des normes sociales en vigueur.

Les critiques de ce modèle tendent à se concentrer sur le caractère inéquitable d'un tel modèle de procédure pénale. Au nom de la défense de la société, les garanties procédurales et les droits conférés à la défense sont assouplis. Le condamné fait l'objet d'une évaluation continue eu égard à son degré de dangerosité. C'est ce que rappelle François Ost et Michel van de Kerchove :

[Au rebours] d'une application indifférente à la personnalité de la loi pénale, à la mesure seule de la culpabilité, se substitue l'idée que la loi doit être appliquée avec discernement et souplesse, en fonction du cas, des circonstances, de la personnalité variable des auteurs, c'est-à-dire de leur degré de dangerosité sociale⁶¹.

Deux types d'arguments peuvent être développés en opposition à la doctrine de la « Défense sociale nouvelle » : la défense d'une procédure pénale libérale comme on l'a analysée précédemment, promouvant des règles déontologiques afin de garantir les libertés individuelles⁶² ; ou bien la critique du scientisme et de l'anthropologie criminelle sur laquelle se fonde cette doctrine. Cette voie a été frayée par les théories sociologiques qui ont critiqué

⁶⁰ *Ibid.*, p. 255.

⁶¹ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-louis, 1987, p. 66.

⁶² Voir Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law, op. cit.*, p. 182-183.

les prétentions de connaissance positive du crime, liées à l'espoir d'en dégager la nature et les causes. Cette critique a été développée par de nombreux sociologues fonctionnalistes, mais elle prend sa source historiquement dans l'analyse que fait Émile Durkheim du phénomène criminel, à travers la *Division du travail social* ainsi que plusieurs articles postérieurs. Avant d'en venir aux thèses fonctionnalistes les plus récentes, c'est donc sur la conception durkheimienne du crime que je voudrais revenir, en commençant par développer sa critique de l'École positiviste italienne.

2.2. La normalité du crime

Sociologie du droit et anthropologie criminelle (Durkheim)

Dans la *Division du travail social*, Durkheim interroge les prétentions de l'École positiviste italienne sur un double plan : du point de vue de la théorie du crime qu'elle propose et de la justification de l'incrimination qu'elle défend⁶³. L'école positiviste, connue pour avoir posé les jalons de l'anthropologie criminelle, a été fondée par Cesare Lombroso⁶⁴, Enrico Ferri⁶⁵ et Raffaele Garofalo⁶⁶ au cours de la deuxième moitié du XIX^e siècle⁶⁷. Appliquant les hypothèses de la théorie de l'évolution au phénomène du crime, les positivistes italiens abordent le criminel comme un type socio-biologique fixe, marqué par une inadaptation aux conditions normales de la vie sociale et un développement insuffisant. À la source du phénomène criminel se trouve donc des tares, des dégénérescences et des perversions qui conduisent à considérer les conduites délinquantes comme la manifestation nécessaire de « criminels-nés ». Pour corroborer leurs hypothèses, ces auteurs ont élaboré des protocoles expérimentaux originaux, mettant notamment à contribution les récits de soi de la

⁶³ Comme le montre Bruno Karsenti, pour Durkheim « il faut objecter aux criminologues qu'il n'existe pas de crime en soi, mais seulement des actes déterminés comme criminels en fonction de l'altération affective qu'ils provoquent à l'intérieur d'un type social déterminé. » Bruno KARSENTI, *La Société en personnes. Études durkheimiennes*, Paris, Economica, « Études sociologiques », 2006, p. 65.

⁶⁴ Cesare LOMBROSO, *L'homme criminel. Étude anthropologique et psychiatrique*, Paris, Félix Alcan, 1887 [1875].

⁶⁵ Enrico FERRI, *La sociologie criminelle*, trad. de l'ital. par L. Terrien, Paris, Félix Alcan, 1914 [1893].

⁶⁶ Raffaele GAROFALO, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, Félix Alcan, 1890.

⁶⁷ Je ne peux m'en tenir ici qu'à une présentation sommaire des grandes thèses de ce courant fondateur de la criminologie. Pour une étude approfondie, voir : Christian DEBUYST *et al.*, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. I, *Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Bruxelles, Larcier, « Crimen », 2008.

part de détenus. Ainsi, dans ses *Palimpsestes des prisons*, Lombroso examine des écrits de prisonniers et en retire des observations susceptibles d'établir une explication causale de l'émergence du caractère criminel. Le criminologue soumettait les détenus à la tâche de coucher par écrit leur existence, recueillait les cahiers et analysait ensuite les traces récoltées⁶⁸. Le prisonnier était ainsi devenu auteur malgré lui, accusant son caractère, confirmant les conjectures présentées ensuite par Lombroso dans *l'Homme criminel*⁶⁹. Le crime reçoit une définition matérielle, identifiée à certaines altérations biologiques et à une anormalité sociale. Le criminologue repense en conséquence la vocation du droit pénal : instrument de défense de l'ordre public mais aussi de traitement de la périculosité produite par l'indigence et certaines déficiences naturelles, la peine est redéfinie comme une mesure adaptée à l'état du criminel. Aux fonctions rétributive et expiatoire se substituent celles de protection et de réformation.

Dans sa critique des thèses de l'École positiviste italienne, Durkheim aborde tout d'abord la notion de « crime naturel » que ces auteurs défendent. L'approche poursuivie par Garofalo dans sa *Criminologie*⁷⁰ consiste en effet à dégager le dénominateur commun à toutes les infractions existantes pour saisir l'essence du crime⁷¹. Cette méthode est selon Durkheim vouée à l'échec, car elle est erronée en son principe⁷². Recenser quantitativement les traits invariants du crime pour tirer une définition de sa nature est non seulement impossible, mais surtout cette méthode escamote les changements historiques que manifeste le contenu des

⁶⁸ Comme le note Philippe Artières en commentant la méthode de Lombroso : « En rédigeant cette curieuse monographie sur l'univers graphique de l'enfermement, il constitua une formidable fiction d'une extraordinaire efficacité narrative et politique, et acheva de créer son personnage, celui du criminel-né. [...] Avec les *Palimpsestes des prisons*, Lombroso esquisse le caractère de son personnage. Il procède avec la même méthode, celle de l'accumulation [...]. Y disparaît la multitude des auteurs au profit d'un sujet unique, hybride et monstrueux. Ce portrait du criminel-né vient s'inscrire dans la lignée de l'homme moyen de Quételet, un personnage fictif au service du contrôle social. Se met ainsi en place, avec l'invention de ce personnage au portrait palimpsestique, une fiction qui va investir l'ensemble du monde social. » Philippe ARTIERES (dir.), *"Vivent les voleurs !", graffitis et autobiographies de prisonniers, extraits de Palimpsestes des prisons de Cesare Lombroso*, Paris Allia, 2002, p. 11-12. Voir également : Philippe ARTIERES, *À fleur de peau, médecins, tatoueurs et tatoué*, Paris, Allia, 2004.

⁶⁹ Cesare LOMBROSO, *L'homme criminel. Étude anthropologique et psychiatrique*, op. cit.

⁷⁰ Raffaele GAROFALO, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, op. cit.

⁷¹ Pour une lecture inversée et non-naturalisante de Garofalo, on peut suivre l'analyse de Bruno Karsenti : « *La criminologie* de Giuseppe Garofalo ne procède pas en effet d'un parti-pris naturaliste, mais plutôt de ce qui voudrait être une prise conscience historique. [...] Au lieu de dégager une essence du crime et d'insister sur l'identité intemporelle d'une nature criminelle qui traverserait l'histoire sans s'altérer, Garofalo fait l'inverse : il fonde son intervention sur le diagnostic de la situation présente [...]. » Bruno KARSENTI, *La Société en personnes. Études durkheimiennes*, Paris, Economica, « Études sociologiques », 2006, p. 54.

⁷² « Si, quoi qu'on en ait dit, il y a des actions qui ont été universellement regardées comme criminelles, elles sont l'infime minorité, et, par conséquent, une telle méthode ne pourrait nous donner du phénomène qu'une notion singulièrement tronquée, puisqu'elle ne s'appliquerait qu'à des exceptions ». Émile DURKHEIM, *De la division du travail social* [1893], Paris, Presses Universitaires de France, 2007, p. 36. Durkheim ajoute en note : « le crime naturel est pour [Garofalo] celui qui froisse les sentiments qui sont partout à la base du droit pénal, c'est-à-dire la partie invariable du sens moral et celle-là seulement. Mais pourquoi le crime qui froisse quelque sentiment particulier à certains types sociaux serait-il moins crime que les autres ? ».

actes incriminés dans une société. Le sociologue français conclut que seule une définition fonctionnelle du crime est acceptable, logeant le critère de la conduite infractionnelle non dans ses traits internes mais dans le type de réaction qu'elle suscite :

Ces variations du droit répressif prouvent en même temps que ce caractère constant ne saurait se trouver parmi les propriétés intrinsèques des actes imposés ou prohibés par les règles pénales, puisqu'ils présentent une telle diversité, mais dans les rapports qu'ils soutiennent avec quelque condition qui leur est extérieure⁷³.

Durkheim souligne ainsi les écueils de la naturalisation des catégories juridiques : la définition de l'infraction dépend du rapport que la société entretient aux actes incriminés, et non de leurs traits matériels. Les tentatives de définition du crime par nature appartiennent aux théories qui, à l'instar de la philosophie politique, s'attachent à reconstruire les conditions légitimes de la vie sociale et de l'autorité politique, et non à connaître la vie sociale telle qu'elle se déploie en fait. Pour parvenir à élaborer une véritable science du social, Durkheim souligne qu'il convient de se détacher du point de vue de l'individu particulier enfermé dans des perceptions nécessairement limitées, pour saisir au contraire le type et les états de la conscience collective⁷⁴. Or, pour être certain de ne pas projeter ses propres préjugés sous les traits de la conscience collective, le sociologue doit trouver un indice sûr et objectif de la conscience collective : il faut en saisir le contenu à l'aune des faits sociaux qui la manifestent, et du type de contrainte qu'elle exerce sur les individus. Le droit est cet indice. Il représente selon Durkheim le « symbole visible⁷⁵ » de la conscience collective. Or, en tant qu'ensemble de règles, d'institutions et de pratiques qui délimitent les conduites permises ou défendues et qui infligent les sanctions les plus contraignantes de l'ordre juridique selon des conditions prévues *a priori*, le droit pénal exprime avec le plus d'éclat la conscience collective :

la force qui est choquée par le crime [...] est un produit des similitudes sociales les plus essentielles, et elle a pour effet de maintenir la cohésion sociale, qui résulte de ces similitudes. C'est cette force que le droit pénal protège contre tout affaiblissement [...] en nous imposant le respect du symbole qui exprime et résume ces ressemblances en même temps qu'il les garantit⁷⁶.

Durkheim prend donc le point de vue des conditions sociales de la définition du crime, en prenant garde de le circonscrire à partir de l'opération juridique qui préside à

⁷³ Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁴ L'existence de la conscience collective est attestée par toutes les « fonctions judiciaires, gouvernementales, scientifiques, industrielles, en un mot toutes les fonctions spéciales [...] d'ordre psychique » d'une société, qui ne sont ni naturelles ni mentales, mais qui sont des faits sociaux exerçant une contrainte sur les individus et leur conscience collective. Pour Durkheim, le social est irréductible à la somme des consciences individuelles et constitue un plan de réalité antérieur à toute individuation. *Ibid.*, p. 46-47.

⁷⁵ « La solidarité sociale est un phénomène tout moral qui, par lui-même, ne se prête pas à l'observation exacte ni surtout à la mesure [...] il faut donc substituer au fait interne qui nous échappe un fait extérieur qui le symbolise et étudier le premier à travers le second. Ce symbole visible, c'est le droit [...]. » *Ibid.*, p. 28.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 74-75.

l'incrimination et des réactions sociales que les actes incriminés cristallisent. Le crime apparaît alors comme l'ensemble des actes auxquels la société réagit de façon intense, en condamnant l'acte et en exprimant son ressentiment à l'égard du criminel. Durkheim défend donc une définition fonctionnelle et non pas substantielle du crime :

un acte est criminel quand il offense les états forts et définis de la conscience collective. [L'immoralité du crime] ne peut évidemment venir que d'un ou plusieurs caractères communs à toutes les variétés criminologiques ; or le seul qui satisfasse à cette condition, c'est cette opposition qu'il y a entre le crime, quel qu'il soit, et certains sentiments collectifs. C'est donc cette opposition qui fait le crime. En d'autres termes, il ne faut pas dire qu'un acte froisse la conscience commune parce qu'il est criminel, mais qu'il est criminel parce qu'il froisse la conscience commune. Nous ne le réprouvons pas parce qu'il est un crime, mais il est un crime parce que nous le réprouvons⁷⁷.

Cette définition porte sur la fonction des actes incriminés à l'égard de la conscience collective, et non sur leur essence ou leur nature. Ce sont les sentiments et évaluations de la conscience collective qui déterminent le caractère répréhensible des actes interdits. Deux conclusions peuvent en être tirées : le crime est un phénomène normal, fonctionnel et nécessaire à tout ordre social⁷⁸ ; la peine assume une fonction protectrice à l'égard de la cohésion sociale, mais elle implique ce faisant des sanctions à caractère expiatoire. C'est sur cette définition complexe que je souhaiterais m'arrêter.

Sanction restitutive et sanction répressive

La peine est une vengeance graduée et proportionnée grâce à l'intervention d'un tiers, qui est l'instance judiciaire. Elle implique l'expiation, comme purification de l'offense, afin que les « états forts » de la conscience collective soient rétablis et raffermis. Elle mêle donc dans ses effets sociaux visée rétributive et fonction préventive :

En un mot, pour se faire une idée exacte de la peine, il faut réconcilier les deux théories contraires qui en ont été données ; celle qui y voit une expiation et celle qui en fait une arme de défense sociale. Il est certain, en effet, qu'elle a pour fonction de protéger la société, mais c'est parce qu'elle est expiatoire ; et d'autre part, si elle doit être expiatoire, ce n'est pas que, par suite de je ne sais quelle vertu mystique, la douleur rachète la faute, mais c'est qu'elle ne peut produire son effet socialement utile qu'à cette seule condition⁷⁹.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 48.

⁷⁸ « Le crime est normal, parce qu'une société qui en serait exempte est tout à fait impossible ; telle est la première évidence paradoxale que fait surgir la réflexion sociologique. » Émile DURKHEIM, « Le crime, phénomène normal », in Denis SZABO et André NORMANDEAU (dir.), *Déviance et criminalité*, Paris, Armand Colin, 1970, p. 76, version numérique [En ligne] URL :

http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/crime_phenomene_normal/crime_phenomene_normal_texte.html, consulté le 23 juin 2015.

⁷⁹ Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, op. cit., p. 77.

La peine est définie de façon symétrique au crime, comme une réaction passionnelle d'intensité graduée en fonction de la gravité de l'agression et de l'offense. Elle condense et réaffirme les croyances et sentiments qui ont été entamés⁸⁰. Le droit pénal se fonde donc dans l'affectivité collective, sa fonction est de maintenir la cohésion sociale en ravivant les sentiments et l'attachement à la morale commune⁸¹. C'est la raison pour laquelle le système juridique ne peut s'en tenir au modèle de la sanction civile, ou restitutive, visant à rétablir l'équilibre initial bouleversé par l'acte délictueux. Il est indispensable qu'il admette un versant pénal, armé de sanctions répressives, qui exprime les similitudes sociales et participe ainsi au maintien de la cohésion sociale. Le droit repose donc chez Durkheim sur la complémentarité entre deux types de sanction : les sanctions répressives et les sanctions restitutives. La sanction répressive, ou rétributive, est une diminution de l'agent ayant commis une action délictueuse ou criminelle, elle impute une peine et vise le corps du criminel. La sanction restitutive, ou réparatrice, cherche à remettre les choses en état, elle répare et vise à annuler le tort commis.

Pour Durkheim, le droit pénal est marqué dans sa structure par son origine religieuse : il a pour condition la similarité affective et morale des individus ; il ravive et rejoue un consensus fondateur, visant le sentiment commun des règles. Dès lors, dans le contexte des sociétés modernes, au sein desquelles la fonction générale du droit est davantage d'organiser les relations sociales sur la base de l'égalité formelle entre les droits individuels, le droit pénal apparaît comme un reliquat de solidarité par imitation – dite mécanique –, et donc un archaïsme. Durkheim montre ainsi que le droit moderne est marqué par l'atrophie du droit pénal au profit du droit civil, par le recul des pratiques répressives au profit de la réparation et de l'arbitrage des litiges. La modernité juridique consacre le droit restitutif, ou privé, et notamment le droit des obligations, qui définit et prévoit les réparations en cas de défauts ou de manquements au sein des relations contractualisées. Le droit civil a donc pour condition la différenciation des individus, et non leur assimilation dans une même communauté, sous de mêmes règles. Il s'adresse individuellement aux acteurs. Ces différentes évolutions peuvent alors laisser croire en un adoucissement des peines⁸².

⁸⁰ « [...] les sentiments qu'offense le crime sont, au sein d'une même société, les plus universellement collectifs qui soient, puisqu'ils sont même des états particulièrement forts de la conscience commune, il est impossible qu'ils tolèrent la contradiction. » *Ibid.*, p. 67.

⁸¹ « Une simple remise en état de l'ordre troublé ne saurait nous suffire ; il nous faut une satisfaction plus violente. La force contre laquelle le crime vient se heurter est trop intense pour réagir avec tant de modération. D'ailleurs, elle ne pourrait le faire sans s'affaiblir, car c'est grâce à l'intensité de la réaction qu'elle se ressaisit et se maintient au même degré d'énergie. » *Ibid.*

⁸² Voir *supra*, chap. I, section I.

Pour l'expliquer, Durkheim insiste sur le fait que les sociétés modernes sont caractérisées par un attachement de la conscience, des sentiments et des aspirations collectifs à la valeur de l'individu. L'évolution du droit, en ce qu'il reflète la conscience collective, aboutit selon l'auteur à la concentration du système juridique sur les droits subjectifs. En matière pénale, la reconnaissance de l'individu se lit autant dans l'attention accrue aux demandes des victimes que dans la défense des garanties de procédure pour le condamné. L'individualisation permet d'ajuster les peines, dans leurs modalités comme dans leur *quantum*, en prenant en compte le caractère intentionnel, les circonstances de l'acte ainsi que les antécédents et les possibilités de réinsertion du condamné. De même, au plan civil, l'octroi de dommages-intérêts tient compte du dommage matériel et moral subi par les victimes. Mais l'individualisation ne concerne pas seulement la procédure pénale et l'application des peines. La montée en puissance de l'individualisme marque également la sphère de l'incrimination, qui se resserre autour des actes entamant l'intégrité, physique et morale, comme les biens de la personne. Ainsi, les sociétés modernes criminalisent en priorité selon Durkheim les actes qui portent atteinte à l'individu, et de moins en moins ceux qui offensent les valeurs abstraites du groupe. C'est ce qu'il note lorsqu'il énonce la loi des « variations quantitatives » du droit pénal :

L'intensité de la peine est d'autant plus grande que les sociétés appartiennent à un type moins élevé – et que le pouvoir central a un caractère plus absolu. [Aujourd'hui] nous n'hypostasions plus la famille ou la société sous forme d'entités transcendantes et mystiques ; nous n'y voyons plus guère que des groupes d'hommes qui concertent leurs efforts en vue de réaliser des fins humaines. Il en résulte que les crimes dirigés contre ces collectivités participent aux caractères de ceux qui lésent directement des individus, et les peines qui frappent les premiers vont elles-mêmes en s'adoucissant. Telle est la cause qui a déterminé l'affaiblissement progressif des peines⁸³.

Ce passage porte sur la réduction de la sphère d'incrimination dans un contexte social qui consacre la prééminence de l'individu. Durkheim ne traite donc pas d'un réaménagement des modalités ou du principe du droit de punir, mais de son objet. S'il y a un rétrécissement objectif de la sphère pénale, il serait néanmoins erroné d'en tirer la conclusion que « la pénalité tend vers zéro⁸⁴ ». Certes, les infractions qui relèvent d'offenses à des valeurs morales détachées de préjudices matériels ou symboliques ont tendance à sortir de la sphère des incriminations – la solidarité des sociétés modernes repose de moins en moins sur l'identification à une morale substantielle. De même, la répression pénale appelle désormais

⁸³ Émile DURKHEIM, « Deux lois de l'évolution pénale », dans *Journal sociologique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1969, p. 245 et suiv., version numérique [en ligne] URL :

http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/annee_sociologique/an_socio_3/evolution_penale.html, consulté le 23 juin 2015.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 270.

des réponses mesurées et appropriées à la personnalité de l'infracteur et aux circonstances de l'acte. La reconnaissance des droits individuels a donc pour effet d'adoucir les peines. Cependant, elle ne les fait pas disparaître, c'est même le contraire selon Durkheim⁸⁵. L'individu constitue en effet une valeur morale collective, à laquelle les agents sont attachés malgré eux car cette valeur fait le contenu de la conscience collective et conditionne la conscience de soi⁸⁶. En tant que dénominateur commun de la conscience collective, l'individu est donc la valeur défendue par le droit pénal moderne⁸⁷. C'est pourquoi une société sans crime est une contradiction dans les termes : la société suppose un degré minimal d'attachement collectif à des valeurs sans quoi elle se désagrègerait⁸⁸, et l'affermissement de la conscience collective dépend de la répression des conduites qui lui sont contraires⁸⁹. Affirmer ainsi l'irréductibilité et la normalité du crime ne suppose pas de faire l'apologie de la répression pénale comme vecteur de régénération sociale. Comme l'explique Durkheim en conclusion de son article sur le crime :

[...] de ce que le crime est un fait de sociologie normale, il ne suit pas qu'il ne faille pas le haïr. La douleur, elle non plus, n'a rien de désirable, l'individu la haït comme la société haït le crime, et pourtant elle relève de la physiologie normale. Non seulement elle dérive nécessairement de la constitution même de tout être vivant, mais elle joue un rôle utile dans la vie et pour lequel elle ne peut être remplacée. Ce serait donc dénaturer singulièrement notre pensée que de la présenter comme une apologie du crime⁹⁰.

L'analyse de Durkheim met l'accent sur la fonction cohésive de la peine. Affirmer que le crime est un mal dont la société cherche à se défaire est une observation superficielle. En réalité, la réponse au crime constitue plus fondamentalement un moyen mécanique de renforcer la vitalité de l'attachement aux valeurs et aux normes communes. La répression pénale permet en outre de décharger un trop-plein de colère et de raviver la force de la

⁸⁵ « Il n'y a aucune raison de croire que la criminalité humaine doit régresser à son tour ainsi que les peines qui la répriment. Tout fait plutôt prévoir qu'elle prendra de plus en plus de développement, que la liste des actes qui sont qualifiés crimes à ce titre ira en s'allongeant, et leur caractère criminel en s'accroissant. » *Ibid.*, p. 271.

⁸⁶ « S'il [l'individu] est la réalité morale, c'est lui qui doit servir de pôle à la conduite publique comme à la conduite privée. C'est à révéler sa nature que doit tendre l'État. [...] l'individu serait, à certains égards, le produit même de l'État, puisque l'activité de l'État serait essentiellement libératrice de l'individu. » Émile DURKHEIM, *Leçons de sociologie: physique des mœurs et du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950, version numérique [En ligne] URL :

http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/lecons_de_sociologie/lecons_de_sociologie.html, consulté le 23 juin 2015.

⁸⁷ « Parce que le culte de la personne humaine paraît devoir être le seul qui soit appelé à survivre, il faut que ce culte soit celui de l'État comme des particuliers ». *Ibid.*

⁸⁸ « Toute société est une société morale. [...] C'est donc à tort qu'on oppose la société qui dérive de la communauté des croyances à celle qui a pour base la coopération, en n'accordant qu'à la première un caractère moral, et en ne voyant dans la seconde qu'un groupement économique. En réalité, la coopération a, elle aussi, sa moralité intrinsèque. » Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 207-208.

⁸⁹ La peine « est le signe qui atteste que les sentiments collectifs sont toujours collectifs, que la communion des esprits dans la même foi reste tout entière, et, par là, elle répare le mal que le crime a fait à la société. » *Ibid.*, p. 76-77.

⁹⁰ Émile DURKHEIM, « Le crime, phénomène normal », *op. cit.*, p. 86.

conscience collective : la peine serait indissociablement une réaction de défense et un acte de nature expiatoire. Cette redéfinition de la fonction sociale de la peine est exposée par Durkheim dans un article postérieur d'un an à la *Division du travail social* intitulé « Le crime, phénomène normal » :

Si, en effet, le crime est une maladie, la peine en est le remède et ne peut être conçue autrement, aussi toutes les discussions qu'elle soulève portent-elles sur le point de savoir ce qu'elle doit être pour remplir son rôle de remède. Mais si le crime n'a rien de morbide, la peine ne saurait avoir pour objet de le guérir et sa vraie fonction doit être cherchée ailleurs⁹¹.

Deux thèses émergent à ce stade : la normalité du crime et la nature indissociablement expiatoire et défensive de la peine. Ramener le crime au type de réaction qu'il suscite et la peine aux sentiments qu'elle raffermi permet d'expliquer pourquoi la responsabilité pénale est socialement requise, pourquoi elle doit être imputée. Mais aucune de ces thèses ne précisent encore quelles sont les modalités et les conditions de la responsabilité pénale⁹². Durkheim démontre l'utilité sociale de la peine, qui possède une fonction cohésive et indissociablement un rôle d'exutoire pour la conscience collective, mais il ne prolonge pas cette analyse au plan des conditions d'application de la responsabilité pénale. La théorie pénale de Durkheim s'attarde davantage sur la fonction sociale de l'incrimination et de la pénalisation que sur les conditions d'application de la peine. Cette tâche est cependant assumée par le sociologue et juriste Paul Fauconnet, qui étudie dans son ouvrage *La Responsabilité*⁹³ les modalités d'imputation de la peine⁹⁴. Je voudrais insister sur ses analyses afin de cerner les causes sociales de l'attribution de la responsabilité pénale et la nature paradoxalement collective de la responsabilité, même quand elle est imputée à un individu particulier.

La cristallisation de la responsabilité (Fauconnet)

La thèse que défend Fauconnet est la suivante : dès lors que les sentiments forts de la conscience collective ont été heurtés, d'un point de vue holiste, le critère est moins de

⁹¹ *Ibid.*, p. 10.

⁹² *A fortiori*, la question de savoir comment la responsabilité pénale *doit* être appliquée n'est pas l'objet de Durkheim : « En disant que la peine, telle qu'elle est, a une raison d'être, nous n'entendons pas qu'elle soit parfaite et ne puisse être améliorée. Il est trop évident, au contraire, qu'étant produite par des causes toutes mécaniques en grande partie, elle ne peut être que très imparfaitement ajustée à son rôle. Il ne s'agit que d'une justification en gros. » Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 77-78.

⁹³ Paul FAUCONNET, *La responsabilité. Étude de sociologie*, Paris, Félix Alcan, « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1928 [1920].

⁹⁴ Je m'appuie dans ma lecture sur l'article de Bruno Karsenti : Bruno KARSENTI, « "Nul n'est censé ignorer la loi". Le droit pénal, de Durkheim à Fauconnet », *op. cit.*

déterminer avec exactitude les conditions de reconnaissance de la culpabilité pour rétribuer l'infacteur, que de décharger les émotions négatives de la communauté, nées de l'identification des individus avec les victimes du crime. Or, cette réaction ne peut avoir lieu que si la sensibilité collective parvient à cristalliser son ressentiment sur des êtres déterminés, auxquels une responsabilité est alors attribuée. La notion d'attribution est décisive ici, car elle permet à Fauconnet de se défaire de l'idée, pourtant intuitive, selon laquelle le jugement pénal réside dans la reconnaissance d'un individu qui serait immédiatement coupable en raison de l'immoralité de son acte. Pour le juriste en effet, le crime ne se définit pas comme la faute d'un coupable, mais d'abord comme une « situation génératrice de responsabilité⁹⁵ ». Fauconnet distingue clairement la responsabilité pénale, qui est un rapport d'imputation objectif, de la responsabilité morale, qui est une aptitude découlant de la capacité à agir de façon intentionnelle et volontaire. La responsabilité pénale est donc un statut normatif, elle n'est pas liée aux dispositions subjectives, morales ou psychologiques, d'une certaine classe d'êtres aptes à être les auteurs de leurs actes et à en répondre nécessairement :

[...] en dressant le tableau des sujets responsables, nous avons constaté que tous les êtres sont aptes à jouer éventuellement le rôle de patients. L'aptitude de l'homme adulte et normal est prééminente, mais il s'en faut qu'elle soit exclusive. Individus, collectivités, enfants, fous, cadavres, animaux, choses, les sanctions peuvent tout atteindre. Leur champ d'application est donc extrêmement large, on peut même dire illimité. Une responsabilité virtuelle aussi étendue est certainement très indéterminée dans son principe : il faut admettre que la responsabilité n'a aucun rapport nécessaire avec les qualités spécifiques de tels ou tels groupes de patients, qu'il y a bien des manières d'être responsable et que les sociétés sont partiellement indifférentes aux choix qu'elles font⁹⁶.

Le juriste inverse ainsi le rapport d'imputation tel qu'il est conçu communément : ce n'est pas parce qu'il est reconnu responsable que l'individu peut être puni, mais c'est parce que le crime doit être puni qu'un individu est rendu responsable. Le patient de la peine se voit donc attribuer la responsabilité de l'acte répréhensible, et le rapport qui le lie à cet acte est symbolique : « Ce sont les êtres jugés aptes à servir de substituts d'un crime et à supporter comme tels la peine de ce crime qui deviennent *responsables*⁹⁷. » La responsabilité pénale ne

⁹⁵ Paul FAUCONNET, *La responsabilité. Étude de sociologie*, op. cit., p. 256.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 218.

⁹⁷ Cette formule clôt un long passage que je restitue ici parce qu'il met en valeur la raison pour laquelle selon Fauconnet la société doit construire la figure du responsable si elle veut se maintenir : « Comment le crime, représentation qui appartient au passé, peut-il être détruit ? Il semble que les sociétés soient enfermées dans une impasse et que le mal créé par le crime soit irréparable. Les sociétés ne s'arrêtent pas dans cette impasse. Elles sont acculées à la nécessité de détruire quelque chose qui, logiquement parlant, est indestructible ; elles ne le peuvent, sans doute, qu'au prix d'une sorte de contradiction ; mais une contradiction coûte peu, lorsqu'elle est la condition du maintien de la vie. Pour se donner ainsi satisfaction, il suffit que la société soit capable de susciter un symbole ou un signe, c'est-à-dire un être dont elle puisse faire, de bonne foi, le substitut du crime passé. La destruction d'un symbole remplacera la destruction du crime qui, en lui-même, ne peut pas être détruit. » *Ibid.*, p. 224-225.

fait donc pas l'objet d'un rapport causal mais d'association. L'impératif de punir ne s'enracine pas dans l'intention criminelle mais dans la nécessité de fournir un substitut au crime passé pour que la société apaise sa colère. Le jugement pénal revient donc, pour Fauconnet, à circonscrire le patient de la peine en retour de l'effroi et du scandale suscités par le crime. Cette théorie souligne ainsi le caractère préalablement indéterminé de la responsabilité⁹⁸. Autrement dit, c'est l'institution pénale qui, à travers l'attribution de responsabilité, assigne à tel individu le statut d'être punissable. La nécessité d'imputer une responsabilité est donc première sur la reconnaissance des conditions psychologiques à l'imputation :

Le fait primaire est donc l'existence d'un réservoir de forces qui n'est autre que la représentation des choses saintes, des valeurs morales. Quand ces forces se déchaînent, la responsabilité est créée, sans qu'il y ait encore de responsable. Elle plane sur tous. Nous avons vu les dieux, les esprits des morts chercher une proie. Il faut qu'ils en trouvent une. Ce n'est pas parce qu'il y a des responsables qu'il y a une responsabilité. La responsabilité préexiste, flottante, et elle se fixe ensuite sur tels ou tels sujets⁹⁹.

La qualification juridique du crime entraîne la recherche d'un patient pour jouer le rôle d'indice, et non de cause, du crime passé. S'il insiste sur le caractère irrémédiablement rétributif de la peine en tant qu'elle réagit à un acte passé ayant atteint la conscience collective, Fauconnet explore *in fine* la constitution des individus en sujet punissable. Le sujet punissable est sélectionné pour jouer le rôle de patient de la peine, son intention et sa volonté sont évaluées dans un second temps, selon la gravité de l'acte commis et la sévérité de la sentence qu'il appelle. Lorsque la restitution de l'équilibre original est impossible, lorsque la réparation par la sanction civile ne suffit pas, alors tout se passe comme si la communauté ne pouvait vouloir autre chose que la punition, c'est-à-dire se saisir d'un corps matériel pour le diminuer dans ses capacités ou des droits afin d'exercer sa colère. La peine est infligée au responsable à la manière d'une réaction dont l'origine est instinctive mais dont la forme est conventionnelle. La punition se déverse sur un point de cristallisation dont les qualités intrinsèques sont finalement indifférentes parce que leur identification varie en fonction des époques et des sociétés. La peine n'est pas orientée « vers un patient qui aurait, en lui-même, comme le monopole de la responsabilité¹⁰⁰ ». L'imputation n'est donc associée à des conditions subjectives que de manière seulement seconde : autrement dit, le sujet punissable est dégagé sur fond d'une responsabilité générale, sa responsabilité individuelle

⁹⁸ *Ibid.*, p. 226.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 232.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 232.

constitue une manière d'excepter les autres individus des réactions affectives de la sensibilité collective¹⁰¹.

Fauconnet prétend décrire alors les causes sociales de l'attribution de responsabilité et soutenir une thèse sur la nature foncièrement collective de toute responsabilité, même quand elle se présente comme le corrélat d'une action individuelle. Cette thèse conduit en effet à penser que l'application de la peine est moins déterminée par la culpabilité réelle du condamné que par le besoin de la conscience collective de se délivrer du ressentiment et de renouveler son attachement aux normes dont le crime contient en germe la contestation. La peine n'affirme donc jamais mieux les normes qu'elle est censée protéger que lorsqu'elle est mise en œuvre et imputée à son patient, ce qui conduit Bruno Karsenti à souligner l'effet pragmatique et productif propre à la peine dans son étude sur Fauconnet¹⁰². Si la peine a donc pour effet structurel de raffermir la vie morale et de maintenir la cohésion sociale, la mise en œuvre de l'institution pénale peut-elle avoir des effets de retour sur le contenu des valeurs et des normes d'une société, ce qui mènerait à affirmer la fonction intrinsèquement normative du droit pénal qui émet des normes en les protégeant ?

Il semble qu'au premier abord la réponse soit négative. La sociologie juridique, en prenant la sanction pénale comme l'indice des valeurs et règles fondamentales d'une société, voit dans l'absence d'interdits explicitement formulés par le droit le signe de leur nature irréductiblement morale. Elle entend rendre compte du fait que le droit manifeste la morale collective, inférant des peines prévues et appliquées par les tribunaux les valeurs et les normes qui sont à la source du droit. Pour Durkheim, si l'objet formel du droit est de lier une sanction à une obligation¹⁰³, ses fonctions sociales sont bien plus étendues. En définissant certains comportements comme délictuels ou criminels et en appliquant des peines, le droit réactive l'attachement de la communauté à certaines prescriptions et en ravive le caractère socialement

¹⁰¹ Fauconnet soutient donc une conception collective et holiste de la responsabilité : « la société tout entière, hommes et choses, devrait toujours être responsable de tous les crimes. Si étrange que cela paraisse, il est bien vrai que la société tend à se juger tout entière responsable de chaque crime et qu'une des fonctions de la peine est précisément de la décharger de cette responsabilité. [...] l'irresponsabilité est la règle, la responsabilité est l'exception. » *Ibid.*, p. 308.

¹⁰² « Si le droit rend visibles [les formes particulières de solidarité], s'il les dispose "à l'observation et à la mesure", s'il permet de les distinguer et de les comparer, ce n'est pas seulement qu'il représente pour le sociologue un instrument commode, au même titre que peut l'être la statistique. Mais c'est qu'il désigne, au sens fort, un procès de constitution. Dans les différentes dimensions qui sont les siennes, il se révèle capable, non pas d'exprimer ou de refléter, mais bien de *produire* des rapports sociaux qui n'existeraient pas sans lui. Adressée en particulier au droit pénal, la question devient alors la suivante : non pas tant, à quelle nécessité sociale renvoie le fait de punir, mais plutôt, qu'est-ce que la peine rend socialement possible ? Comment les sujets sociaux sont-ils configurés, et dans quelles relations se trouvent-ils insérés, dès lors qu'ils sont saisis sous l'angle du régime pénal, entendu comme régime spécifique de sanction ? » Bruno KARSENTI, « "Nul n'est censé ignorer la loi". Le droit pénal, de Durkheim à Fauconnet », *op. cit.*, p. 559.

¹⁰³ « Tout droit écrit a un double objet : prescrire certaines obligations, définir les sanctions qui y sont attachées. », Émile DURKHEIM, *De la Division du travail social*, *op. cit.*, p. 40.

contraignant. C'est pourquoi le juge peut supposer que les obligations défendues par la loi pénale sont partagées et intuitivement connues et qu'il est inutile de les rappeler au moment de la condamnation. Le sociologue écrit ainsi : « En droit pénal, l'axiome "nul n'est censé ignorer la loi" s'applique *sans fiction*.¹⁰⁴ » C'est au livre I *De la Division du travail social*, que Durkheim se livre alors à une herméneutique sociale du droit pénal, qui lui permet de dégager la forme dominante du lien social dans une société et à une époque données, c'est-à-dire le type de solidarité d'une formation sociale.

Peut-on néanmoins en rester à une interprétation littérale de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » et entendre dans l'indicatif de la formule la description factuelle de la connaissance par tous les individus des valeurs et des normes qui sont à la source de la loi pénale ? Cette explication ne rend pas compte du caractère injonctif de l'adage, qui tend plus à affirmer l'exigence d'une conscience claire des règles sociales qu'à la constater. Il n'est pas sûr en effet que les interdictions auxquelles le droit pénal est adossé soient effectivement connues des groupes et communautés qui constituent une société. L'adage ne vise pas à masquer cette incertitude, mais à rappeler que chacun a le devoir de s'y conformer et à affirmer que la méconnaissance de la loi ne peut pas être un motif d'excuse envers l'application du droit. Or, si Durkheim repère la dimension normative de la peine, c'est à la sociologie des opérations juridiques de Fauconnet que revient le mérite de mettre en lumière la manière dont la peine façonne les rapports sociaux. Concentré sur l'interprétation du « symbole visible » de la normativité sociale qu'est le droit, Durkheim élude en effet la difficulté à partir de laquelle Fauconnet pose le problème de la responsabilité pénale. C'est la thèse que formule Bruno Karsenti dans son étude sur la théorie de la responsabilité pénale, qui laisse dans l'ombre les normes sociales qui la conditionnent et légitime néanmoins la punition des individus¹⁰⁵. De ce point de vue, la responsabilité est moins une vertu morale reconnue à l'aune des capacités des individus – comme on l'entend à travers l'expression « avoir le sens

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Je fournis le raisonnement en entier : « [...] en lisant l'adage "nul n'est censé ignorer la loi" au premier degré, Durkheim donne à cette interrogation la tournure particulièrement aiguë d'une inquiétude de principe : si la peine précède l'obligation et rend sa formulation accessoire, ne serait-ce pas, plus profondément, que la peine elle-même *produit* l'obligation ? Durkheim, soulignons-le, se refuse absolument à cette solution. Il y a de l'obligation au principe de l'interdit pénal, comme il y a de l'obligation au principe de l'interdit moral. Cela dit, l'opacité où elle demeure ne laisse pas de soulever ce doute : le droit pénal ne serait-il pas, de façon absurde, *absolument* pénal, les obligations n'ayant d'autre raison que le fait que leur transgression soit punie ? [...] Le droit pénal semble dire : c'est interdit parce que c'est interdit, et résorber ainsi le droit dans l'infliction de la peine. La solution sociologique va consister à éviter cet écueil, à rendre compte de la peine comme de l'expression d'une certaine obligation qui a bien un contenu. Cela dit, il importe de souligner qu'elle commence par susciter cette inquiétude, qu'on peut considérer comme l'inquiétude philosophique présente à la source de toute interrogation sur le droit pénal. » Bruno KARSENTI, « "Nul n'est censé ignorer la loi". Le droit pénal, de Durkheim à Fauconnet », *op. cit.*, p. 563.

des responsabilités » –, qu'un statut juridique construit pour produire des effets sociaux. À travers l'attribution de responsabilité, l'institution pénale protège moins des principes ou des valeurs socialement diffuses, qu'elle n'affirme des normes déterminantes dans la manière dont les individus se conduisent et évaluent leurs conduites.

Conclusion de la section 2

Aborder la peine par sa fonction sociale aboutit, de façon plus originale, à retourner le problème des causes du régime des peines d'une société : si la sensibilité sociale détermine les actes qui vont être sources de réactions pénales, ainsi que l'intensité de ces réactions, il ne faut pas oublier que cette sensibilité sociale se forge elle-même à travers la criminalisation d'actes particuliers et la pénalisation de leurs auteurs. À la dimension expressive de la peine doit donc s'ajouter la dimension normative : la peine permet de réaffirmer des normes sociales et plus fondamentalement elle contribue à les fixer et à les déterminer. C'est cet effet de retour de la distribution des peines sur les sources de l'incrimination que je voudrais cerner davantage désormais : en quel sens les dimensions expressive et normative de la peine peuvent être interprétés, comme l'estime Durkheim, comme des phénomènes réciproques au sein d'une même relation causale ? À quels types de phénomènes renvoie concrètement l'idée que les pratiques pénales détermineraient en retour les normes et sentiments d'une société dont elles sont censées découler ?

Section 3. Responsabilité et criminalisation

Analyser la dimension normative de la peine c'est insister sur sa productivité sociale : les normes pénales ne seraient pas seulement régulatrices, mais aussi constitutives ; elles auraient pour effet de distinguer des groupes au sein d'une société en assignant des rôles et des statuts aux individus, qui les intérioriseraient avant même de décider de se conformer ou non à la loi. Autrement dit, les opérations du droit pénal, de la qualification à l'exécution de la sentence, contribuent à établir des divisions et des hiérarchies sociales en déterminant à l'avance le cadre normatif d'après lequel les individus pensent et agissent. S'il existe donc des normes (morales et juridiques) qui fondent la définition du crime, l'emploi et la circulation de cette catégorie forgent en retour des représentations, qualifient ou disqualifient des conduites, distinguent des groupes de part et d'autre de la frontière du licite et de l'illicite, du normal et du déviant. Chercher à saisir « les normes du crime », c'est faire jouer les deux acceptions du génitif de l'expression : au sens objectif, l'expression désigne les critères de l'incrimination, et au sens subjectif, elle dénote les effets pragmatiques, performatifs et « dramatiques¹⁰⁶ » de la criminalisation. On peut donc insister sur les écarts qui résident entre la définition formelle du crime et la qualification pénale de conduites particulières. Entre sa construction comme catégorie juridique et son application aux actes et aux conduites, le crime se lesterait d'un supplément normatif que je voudrais essayer d'analyser, dans l'espoir de mieux cerner l'aspect stratégique des procédures de criminalisation.

Dans une PREMIERE SOUS-SECTION, je voudrais approfondir cette dimension normative afin de dépasser une conception réductrice de la peine comme pur instrument de contrôle social. Dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, j'essaierai de mettre en lumière le fait que la mise en œuvre du droit pénal est une source de légitimation centrale pour l'État, notamment dans sa prétention à incarner une autorité légitime pour régler les conflits d'une société.

¹⁰⁶ L'expression est de Foucault, qui distingue les dimensions performative et dramatique de certaines pratiques encadrées par la procédure pénale comme l'aveu : « L'aveu, au fond, est de l'ordre de la dramatique ou de la dramaturgie. Si on peut appeler "dramatique" non pas une addition ornementale quelconque, mais tout élément qui, dans une scène, fait apparaître le fondement de la légitimité et de sens de ce qui s'y déroule, alors, je dirais que l'aveu fait partie de la dramatique judiciaire et pénale. » Michel FOUCAULT, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice – cours de Louvain, 1981*, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2012, p. 210.

3.1. Les théories de la criminalisation

La causalité réciproque des interdits et des peines

On a abordé précédemment les conditions sociologiques de l'attribution de la responsabilité pénale. J'ai essayé de montrer que l'imputation n'avait pas pour condition une certaine qualité morale du sujet : ce n'est pas parce qu'il est libre que l'individu est responsable, c'est parce qu'il est tenu pour responsable qu'il est supposé libre. Cette thèse aux accents très nietzschéens¹⁰⁷ conduit à infirmer l'idée que seuls les actes accomplis volontairement sont imputables à l'individu. Loin de désigner l'expérience morale de la faute et de la culpabilité, la responsabilité pénale dépend d'un rapport objectif et externe d'imputation qui circonscrit le patient de la peine et expose par là certaines entités physiques ou morales, comme les individus ou les institutions douées de personnalité juridique, aux sanctions prévues par le droit en vigueur. La responsabilité pénale est donc un statut normatif. On peut le constater face aux problèmes de casuistique que soulèvent les cas où la classe des agents qui mériteraient intuitivement d'être punis est indéterminée et demeure indéterminable : c'est ce qui ressort des situations d'intentionnalité partagée et de responsabilité collective mais fragmentée. Lors des procès des meurtres commandités par la *Cosa Nostra* en Italie, la différence de statuts entre donneurs d'ordres et exécutants oblige l'institution judiciaire à s'adapter au morcèlement de l'action, dont l'intention n'est pas élaborée par celui qui l'accomplit¹⁰⁸. Le problème est que plusieurs individus ont participé à l'infraction. L'institution pénale est alors amenée à répartir la responsabilité sur les différents protagonistes engagés dans l'affaire. Le droit construit ainsi des régimes inédits de responsabilité afin d'avoir un effet sur des phénomènes criminels complexes. L'imputation est ainsi rendue plastique pour assurer l'application, dans des cas qui peuvent exiger à la doctrine et à la jurisprudence de renouveler les catégories classiques sans pour autant en créer de nouvelles.

Ce que mettent en valeur ces exemples, c'est que malgré la complexité de certains phénomènes criminels, qui risquent de déborder une procédure pénale trop rigide, des

¹⁰⁷ Friedrich NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, dans *Œuvres*, *op. cit.*, p. 896-898.

¹⁰⁸ Cet exemple est analysé dans l'introduction de Yazid BEN HOUNET et Deborah PUCCIO-DEN (dir.), *Autour du crime*, Paris, L'Herne, « Cahiers d'anthropologie sociale », 2016.

aménagements sont effectués pour que le droit puisse s'appliquer¹⁰⁹. La plasticité de l'imputation est rendue possible par les aménagements de la jurisprudence, les règles procédurales ainsi que par le caractère général et abstrait de la loi. Cette hypothèse nous amène alors à interroger l'action réciproque de la distribution des peines sur les règles et préférences collectives servant de critères d'incrimination. Si le droit pénal a pour vocation à trancher des cas difficiles, où l'attribution de responsabilité est impossible d'un point de vue ordinaire et profane, alors il faut admettre qu'il exerce une fonction normative : il formule des critères et fixe des standards, permettant de savoir, par exemple, si la commission d'un meurtre est moins grave dès lors que l'on en est qu'un-e exécutant-e et non pas celui ou celle qui l'a imaginé et ordonné. Dans ce cas, le jugement apparaît moins être le reflet de la morale commune qu'un critère pour juger des actions et fixer des standards de conduite.

Durkheim rend compte d'une telle circularité entre le droit et la morale lorsqu'il affirme l'existence de relations de réciprocité entre les valeurs et normes sociales formalisées dans le droit et le système pénale. Certes, les peines sont normalement la conséquence de la transgression d'une interdiction juridique et des valeurs ou des normes qu'elle protège. Mais, la réaction pénale contribue aussi en retour à fixer et à formuler ces valeurs et ces normes, ce que précise Durkheim dans ce passage des *Règles de la méthode sociologique* :

[...] le lien de solidarité qui unit la cause à l'effet a un caractère de réciprocité qui n'a pas été assez reconnu. Sans doute, l'effet ne peut pas exister sans sa cause, mais celle-ci, à son tour, a besoin de son effet. C'est d'elle qu'il tire son énergie, mais aussi il la lui restitue à l'occasion et, par conséquent, ne peut pas disparaître sans qu'elle s'en ressente¹¹⁰. Par exemple, la réaction sociale qui constitue la peine est due à l'intensité des sentiments collectifs que le crime offense ; mais, d'un autre côté, elle a pour fonction utile d'entretenir ces sentiments au même degré d'intensité, car ils ne tarderaient pas à s'énerver si les offenses qu'ils subissent n'étaient pas châtiées¹¹¹. Ainsi, bien loin que la cause des phénomènes sociaux consiste dans une anticipation mentale de la fonction qu'ils sont appelés à remplir, cette fonction consiste, au contraire, au moins dans nombre de cas, à maintenir la cause préexistante d'où ils dérivent¹¹².

¹⁰⁹ Ce qui peut poser problème à l'égard de la sécurité juridique des individus, comme le souligne Raphaële Parizot pour le cas de la répression de la criminalité organisée : « À l'épreuve de la criminalité organisée, la responsabilité pénale prend des proportions inquiétantes. Elle enfle et surtout elle se dilate. [...] En matière de criminalité organisée, cette dilatation est particulièrement flagrante : l'incrimination de l'association de malfaiteurs permet une répression bien avant la réalisation d'un dommage. » Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ, 2010, p. 33-34.

¹¹⁰ Note de Durkheim : « Nous ne voudrions pas soulever ici des questions de philosophie générale qui ne seraient pas à leur place. Remarquons pourtant que, mieux étudiée, cette réciprocité de la cause et de l'effet pourrait fournir un moyen de réconcilier le mécanisme scientifique avec le finalisme qu'impliquent l'existence et surtout la persistance de la vie. »

¹¹¹ Note de Durkheim : « *Division du travail social*, I, II, ch. II, et notamment p. 105 et suivantes. »

¹¹² Émile DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Presses universitaires de France, 1967, [En ligne] URL : http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/regles_methode/regles_methode.html, consulté le 23 octobre 2013, p. 58-59 de la version numérique. Il serait intéressant de rapprocher l'effet de retour des institutions publiques sur la conscience collective du concept d'action réciproque (*Wechselwirkung*) central dans l'œuvre de Marx. Voir Frédéric MONFERRAND, *Marx : ontologie sociale et critique du capitalisme. Une*

La mise en œuvre du droit pénal possède donc un effet sur la conscience collective qui va au-delà d'une force de contrainte externe pour maintenir la cohésion d'une société. Non seulement il en façonne le sens mais il en assure aussi la vigueur. La peine informe ainsi de l'intérieur la vie morale d'une société, en permettant l'affirmation et la cristallisation d'une sensibilité collective. Il est indéniable que la mise en œuvre des politiques criminelles sont moins sources d'intégration que de division et d'exclusion sociales. L'application de la peine n'est alors pas de réintégrer le condamné dans le corps social, mais de le maintenir dans une anormalité dont le caractère de repoussoir assure la cohésion du reste de la communauté. C'est la raison pour laquelle l'expérience d'une peine apparaît toujours en décalage par rapport à la sentence décidée par le juge en première instance, soit parce qu'elle semble être allégée, soit parce qu'elle témoigne au contraire d'une plus grande sévérité. L'institution pénale introduit un supplément normatif afin de répondre aux demandes des individus, qu'il s'agisse de la victime ou du condamné. Elle peut ajouter un surcroît de punition en maintenant le contrôle sur l'individu sanctionné, ou au contraire en retranchant une portion de la condamnation et en aménageant la peine en vue de la réinsertion du condamné. On peut alors s'interroger sur la légitimité d'une telle modulation de la peine. En criminalisant certaines classes d'actes et au-delà certains groupes d'individus, le droit pénal façonne-t-il les conduites et les individualités marginales afin de participer à la reproduction des structures dominantes d'une société ? Entretient-il ce contre quoi il est censé lutter à des fins stratégiques ? On peut en effet le soupçonner devant l'usage de la criminalisation comme outil de gouvernement souligné par le pénaliste et criminologue Louk Hulsman :

la criminalisation peut être utilisée par le législateur comme solution apparente. Souvent le législateur est pressé par l'opinion publique ou par certains groupes d'agir contre un phénomène indésirable sans qu'il dispose des moyens efficaces pour le faire ou sans qu'il soit prêt à payer le prix de cette action. Dans ces conditions il peut criminaliser pour apaiser l'opinion¹¹³.

Criminalisation et criminologie du conflit

La criminalisation constitue l'une des opérations du droit pénal aux effets sociaux les plus saillants. Il me semble qu'elle atteste à ce titre la fonction normative de la peine au sein des démocraties libérales. Elle démontre que l'institution pénale peut être instrumentalisée à

lecture des Manuscrits économique-philosophiques de 1844, Thèse de doctorat dirigée par Stéphane Haber, Université Paris Ouest, avril 2016, p. 223 et suiv.

¹¹³ Louk HULSMAN, « Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation », in René CASSIN et Maurice ROLLAND (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II, *Études de science pénale et de politique criminelle*, op. cit., p. 25.

des fins politiques, pour exclure et disqualifier certains groupes au nom de leurs comportements, en usant d'une définition assouplie de l'infraction comme comportement dangereux. La reconnaissance de la nature politique des phénomènes de criminalisation a cependant été l'objet de vifs débats au sein de la criminologie anglo-saxonne des années 1960-1970. Je voudrais revenir sur ces débats pour mieux cerner le concept de criminalisation qu'ils mettent en jeu. On peut distinguer au préalable deux lignes d'argumentation :

- la « théorie criminologique du conflit » insiste sur l'instrumentalisation du droit pénal dans les conflits entre groupes dominés et dominants au sein d'une même communauté sociale. Des auteurs comme Lewis A. Coser, Austin Turk, Ralf Dahrendorf ou George B. Vold ont ainsi souligné la nature politique des conflits entre groupes¹¹⁴, qui visent la captation de l'autorité publique, en s'inspirant de la théorie du conflit de Max Weber. Ils définissent le droit comme un levier dans l'exercice de l'autorité.

- la « nouvelle criminologie », ou « criminologie critique », a émergé à l'occasion de deux publications marquantes de Ian Taylor, Paul Walton et Jock Young : *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance* et *Critical Criminology*¹¹⁵ ; elle insiste, contrairement à la théorie précédente, sur la nature socio-économique des conflits qui opposent les groupes. Elle ne définit pas le droit comme un instrument au cœur des luttes de pouvoir mais plutôt comme une institution étatique qui masque les rapports de domination d'une société en les traduisant dans la langage formel et impersonnel de la loi.

Je vais d'abord approfondir chacune de ces théories afin de préciser leur définition respective du processus de criminalisation. Les « théories criminologiques du conflit » puisent dans la théorie du conflit social pour définir les sources et la fonction du droit pénal. Ainsi, dans *Criminality and Legal Order*¹¹⁶, Austin Turk enracine les tendances à la déviance et à la conflictualité au sein de groupes prédéterminés. Ces groupes sont définis par la position qu'ils occupent dans la structure sociale, non seulement en fonction de leurs capacités et ressources matérielles, mais surtout d'après le statut qu'ils possèdent dans la distribution de l'autorité¹¹⁷, entre commandement et subordination. Pour Dahrendorf, l'autorité désigne un statut social, et

¹¹⁴ Lewis A. COSER, *The Function of Social Conflict*, Londres, Routledge, 1956 ; George B. VOLD, *Theoretical Criminology*, New York, Oxford University Press, 1979 ; Austin T. TURK, *Criminality and Legal Order*, Chicago, Rand McNally, 1969 ; Ralf DAHRENDORF, « Out of Utopia : toward a reconstruction of sociological analysis », *The American Journal of Sociology*, vol. 64, n° 2, septembre 1958, p. 115-127.

¹¹⁵ Ian TAYLOR, Paul WALTON et Jock YOUNG (dir.), *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance*, Londres, Routledge, 1973 ; Ian TAYLOR, Paul WALTON et Jock YOUNG (dir.), *Critical Criminology*, Londres, Routledge, 1975.

¹¹⁶ Austin T. TURK, *Criminality and Legal Order*, op. cit.

¹¹⁷ Ralf DAHRENDORF, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, Stanford, Stanford University Press, 1959, p. 172 et suiv.

non une faculté individuelle comme le pouvoir, et s'incarne dans des « groupements de domination ». Empruntant la notion à Max Weber¹¹⁸, le théoricien inscrit les rapports de domination dans une structure non pas socio-économique mais politique : l'autorité est détenue par certains individus en vertu des règles traditionnellement acceptées par leurs groupes d'appartenance, dont les membres partagent des valeurs communes. Les conflits sociaux sont donc moins produits par des inégalités dans l'allocation des richesses que par la répartition de l'autorité, qui opposent les tenants du *statu quo* à ceux qui veulent subvertir les hiérarchies en place. La domination qu'exerce un groupe en raison de l'acceptation dont il jouit signifie donc inévitablement que d'autres groupes y sont assujettis. Dès lors, la criminologie du conflit conçoit l'institution pénale comme un instrument dédié à maintenir le rapport de domination favorable aux groupes disposant d'autorité, en captant la capacité d'une communauté à définir les torts légitimes et les réponses qui peuvent y être apportées. C'est pourquoi dans la majorité des affaires traitées par les tribunaux, le droit ne représente pas l'intérêt général d'une communauté d'individus abstraits mais assure au contraire la domination des classes supérieures. Il protège les intérêts concrets des groupes disposant de plus grandes ressources symboliques et de l'appui des institutions publiques. Comme l'écrit Austin Turk :

L'étude de la criminalité devient l'étude des relations entre les statuts et rôles des *autorités* légales – créateurs, interprètes et organes d'application des normes du juste et de l'injuste à l'égard des individus compris dans la collectivité politique – et les statuts et rôles des *sujets* – consentants ou résistants mais jamais auteurs de la création, de l'interprétation ou de l'application de telles lois¹¹⁹.

Dans ce cadre, la criminalisation intervient comme l'un des moyens de créer et d'entretenir l'assujettissement des groupes dominés. Un groupe se constitue selon Turk par l'intégration de valeurs culturelles et la reconnaissance d'une identité commune, qu'elle soit fondée sur des critères culturels, générationnels, ethniques, de genre, etc. La criminalisation intervient dans des situations où les normes des groupes dominants ne sont pas acceptées par les groupes dominés. Deux thèses en découlent : d'une part, la criminalité ne possède pas de réalité substantielle, le crime est la qualification par le groupe dominant des actes de contestation de ses propres normes ; d'autre part, le caractère public et institutionnel de la condamnation pénale a pour effet d'invisibiliser les autres formes de contestation de l'autorité. Pour schématiser, les pratiques pénales sont interprétées par cette criminologie comme une manière de disqualifier et de vider de leur signification politique des conduites

¹¹⁸ Max WEBER, *Économie et société*, t. I, *Les catégories de la sociologie*, trad. de l'alle. par J. Freund, Paris, Pocket, 1995, p. 96.

¹¹⁹ Austin T. TURK, *Criminality and Legal Order*, *op. cit.*, p. 35.

qui sont avant tout des formes de dissidences. Le droit pénal est donc instrumentalisé en tant que levier pour maintenir le rapport d'autorité à l'avantage des groupes dotés d'autorité politique.

Dans le conflit auquel répond le droit pénal, les groupes dominants sont identifiés par le fait qu'ils ont les moyens matériels et symboliques, c'est-à-dire le pouvoir et la légitimité, de déclencher et de conduire l'application de la loi. À l'inverse, les groupes criminalisés sont considérés par les agents du pouvoir judiciaire comme les représentants d'un milieu ou d'un type social soupçonnés par défaut de comportements hostiles à la loi. Le système pénal est l'instrument de groupes disposant déjà d'une autorité, qui peut cibler des foyers de criminalité, comme la « délinquance juvénile », et en faire un marqueur pour distinguer les autres groupes en fonction de leur conformité à la loi. Dès lors l'appartenance au groupe criminalisé peut être mobilisée comme une raison à la condamnation d'une conduite. La loi pénale sert d'outil pour disqualifier certains comportements et asseoir l'autorité de certains groupes sur d'autres.

Le tournant critique de la criminologie

La « nouvelle criminologie », ou « criminologie critique » de Taylor, Walton et Young formule quatre principales critiques contre cette conception mécanique de la conflictualité sociale et du rôle qu'y joue le droit pénal. Elle souligne tout d'abord la *définition indistincte* de la peine sur laquelle s'appuie cette « ancienne criminologie ». Les médiations qui font de la peine une institution complexe, irréductible à la punition parentale, semblent dissoutes dans l'idée que le droit pénal est un instrument de contrôle social. Pour la criminologie critique, la manière dont l'autorité se traduit dans des catégories normatives, dont elle est mise en œuvre par un système hiérarchisé et des agents habilités, doit être saisie dans sa complexité, davantage que ne le fait la criminologie du conflit. De même, les ressorts concrets de la manipulation de l'appareil étatique par les groupes dominants doivent être éclairés. La criminologie critique montre également le caractère tautologique de la théorie du conflit, qui présuppose le fait que la conflictualité sociale se manifeste au sein de cadres institutionnels plutôt qu'elle ne le démontre : pour le premier modèle de criminologie, si le terrain des institutions est à privilégier dans l'analyse des conflits sociaux, c'est que ces derniers ont comme enjeu l'inégale distribution de l'autorité. Or, le problème de ce modèle est qu'il présuppose ce que la théorie se donne pour tâche de démontrer : on admet que la possession

de l'autorité légitime constitue l'enjeu central des conflits sociaux sans le prouver. Or, si une telle hypothèse s'applique en effet aux terrains des luttes entre syndicats et patronats dans la sphère du travail, elle achoppe à rendre compte des différentes dimensions du conflit entre l'individu et l'État au sein de la sphère judiciaire, et elle oublie l'ensemble des conflits sociaux qui ne passent pas par les médiations institutionnelles. Les thèses de la criminologie du conflit passent sous silence l'existence de toute une délinquance qui ne vise pas à contester l'autorité établie : on peut penser à la délinquance routière ou aux violences sexuelles.

Aux yeux de la « nouvelle criminologie », la criminologie du conflit est accusée de valider sans la critiquer une conception déterministe des identités collectives et de leur assignation. Tout se passe comme si le comportement criminel était le strict produit des perceptions sociales formalisées dans l'incrimination et donc *in fine* d'un processus qui assimile l'idéologie du groupe dominant à la source du droit, et identifie la catégorisation d'un groupe comme criminel à une croyance collective¹²⁰. Le crime est conçu comme le produit de circonstances extérieures aux individus, tel un destin qui s'abat malgré eux sur leurs trajectoires. En outre, en réduisant la diversité des conflits sociaux à l'enjeu univoque de la détention de l'autorité politique, la criminologie du conflit enferme l'apparition des conflits dans les cadres de l'État, le droit devenant l'instrument privilégié de l'expression de l'autorité. Ce modèle laisse de côté les formes de pouvoir et de dépendance qui sans être illégales ne sont pas intelligibles dans le langage juridique. Enfin, pour cette théorie, le système pénal apparaît comme un ensemble de règles et de pratiques coercitives, qui distingue des comportements et assigne des statuts, c'est-à-dire comme un instrument qui renforce les divisions et stabilise les hiérarchies sociales mais n'en engendre pas de nouvelles : sa fonction demeure identique à travers l'histoire, quels que soient les groupes qui parviennent à orienter à leur profit les effets matériels et symboliques des processus de criminalisation. Les évolutions dans la politique criminelle et les réformes pénales n'altèrent donc pas fondamentalement la nature du système pénal, qui demeure imperméable aux transformations des hiérarchies sociales elles-mêmes et des titulaires de l'autorité : il reste un instrument de

¹²⁰ Christian Lazzeri développe plusieurs arguments contre une conception « décisionniste » de la catégorisation des groupes : « Même une assignation externe d'identité à une classe d'individus sous la forme d'une propriété attribuée doit présupposer qu'ils possèdent quelque chose en commun ne serait-ce que pour que l'attribution soit collective. On devrait sans cela postuler que cette création du groupe par catégorisation ou auto-catégorisation se produit ex nihilo en vertu d'une sorte de *décisionnisme* qui fait de la réalité sociale préalablement indifférenciée un pur produit de la classification. Dans ce cas, l'identité des groupes sociaux n'est jamais qu'une identité purement construite et le geste nominal qui la crée demeure assez mystérieux en raison de cette absence de support du côté de l'objet. » Christian LAZZERI, « Identité et appartenance sociale », *Tracés*, vol. 13, 2013, p. 92, [En ligne] URL : <http://traces.revues.org/5705>, consulté le 14 octobre 2015.

coercition pour asseoir et légitimer une autorité et disqualifier la contestation dont les titulaires de cette autorité peuvent être l'objet, quelle que soit l'identité des groupes en jeu.

L'ambition de la « nouvelle criminologie » est à cet égard de récuser la dichotomie entre *normes* juridiques et *usage* des normes sur lesquelles repose l'ancienne criminologie du conflit. Elle fournit les bases d'une théorie critique de la « déviance », en examinant la manière dont les impératifs politiques et les intérêts économiques sous-tendent les phénomènes de criminalisation. Pour Taylor, Walton et Young, la criminologie critique vise à dénaturer les justifications associées à la fonction correctrice et réhabilitative de la peine, en exhibant les motifs politiques de la construction de la déviance :

Une théorie réellement sociale de la déviance doit, par nature, rompre entièrement avec le correctionnalisme (et même avec le réformisme social préconisé de la même manière par les tenants de l'École de Chicago, les Mertonniens et la tendance romantique de la criminologie scandinave) précisément parce que [...] les causes du crime doivent être étroitement reliées à la forme prise par les structures sociales de l'époque¹²¹.

Cette criminologie critique récuse la réduction du système pénal à un instrument de disqualification aux mains des groupes dotés d'autorité : d'une part, la conflictualité sociale ne peut pas être ramenée à un rapport mécanique, mettant en tension des groupes préconstitués ; d'autre part, la domination exercée par le droit ne relève pas seulement d'une construction symbolique mais se traduit par des effets réels, comme l'intériorisation par les individus des notions de dangerosité ou de risque mobilisées par les politiques criminelles. Il faut donc chercher à savoir pour ces auteurs dans quelles mesures l'institution pénale, à travers la législation criminelle ou bien l'application des peines, renforce les contradictions entre les intérêts des groupes sociaux.

3.2. Une approche critique de la déviance

Les stratégies de criminalisation

La criminologie critique insiste sur la fonction stratégique des processus de criminalisation et de définition des infractions dans l'émergence des groupes perçus comme dangereux ou délinquants. Les analyses précédentes nous ont ainsi amenés à l'idée que

¹²¹ Ian TAYLOR, Paul WALTON et Jock YOUNG (dir.), *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance*, *op. cit.*, p. 281.

l'incrimination d'une classe d'actes contribue à identifier un groupe comme déviant ou dangereux. Le droit pénal ne constitue pas seulement un instrument dans la lutte pour l'autorité politique au sein d'une communauté, il participe aussi à l'assignation de statuts et de catégories qui forment des appartenances collectives. Il assume une fonction idéologique, au sens où la pénalité segmente la société et engendre des hiérarchies sociales en donnant la couleur du vice, de la déviance ou de l'hostilité sociale aux actes infractionnels. Ainsi, pour la pénaliste australienne Bernadette McSherry, l'un des partages renforcé par les politiques pénales contemporaines dans les démocraties libérales concerne la frontière entre la dangerosité des délinquants et la vulnérabilité des personnes¹²². La dangerosité englobe l'ensemble des comportements qui sont perçus comme une menace pour la sécurité, la sûreté ou la tranquillité des personnes. À l'inverse, la vulnérabilité désigne un état de sensibilité ou d'exposition aux attaques physiques ou atteintes morales venant d'autrui.

Comme le montre également le juriste Peter Ramsay, depuis la seconde moitié du XX^e siècle, certaines tendances et dispositions ont été incriminées de manière inédite à côté des actes plus tangibles. L'incrimination peut porter sur un risque de dangerosité, qui marque moins une conduite sociale identifiable qu'un intérêt à défendre et au-delà l'identification potentielle de victimes¹²³. Elle tend à qualifier une certaine population et non pas une classe d'actes, en associant un risque d'infraction au comportement typique d'un groupe. Pour Ramsay, les législations qui adoptent la dangerosité comme critère d'incrimination sont un symptôme de la contractualisation des rapports sociaux : l'individu dangereux est celui qui exerce potentiellement une contrainte sur les autres, qui peut violer l'égalité formelle et bafouer les termes du contrat tacite qui le lie à autrui en tant qu'ils appartiennent à une même communauté de droits et de devoirs. L'incrimination vise à sécuriser les individus face au risque de violation des intérêts privés. Elle affirme en sous-main la figure abstraite du sujet du contrat, caractérisé par sa liberté formelle et son droit de propriété. Peter Ramsay affirme ainsi que

Le droit privé peut être non seulement compris comme l'institutionnalisation de la liberté abstraite des propriétaires atomisés, mais aussi comme la protection des "expectatives générées par leur interdépendance" [...]. En mettant en œuvre les promesses contractuelles sous la forme d'un droit positif soutenu par l'État, les relations juridiques servent à garantir les

¹²² Bernadette MCSHERRY, « Expanding the Boundaries of Inchoate Crimes: The Growing Reliance on Preparatory Offences », in Bernadette MCSHERRY, Alan NORRIE et Simon BRONITT (dir.), *Regulating Deviance. The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, Portland, Hart Publishing, 2009.

¹²³ « [...] these new substantive offences are one aspect of a wider policy of public protection that is motivated in a specific normative language, that of victim protection. » Peter RAMSAY, « Towards a Critique of the Vulnerable Subject: Pasukanis and Public Protection », *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n° 23, 2013, [En ligne] URL : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2343538, consulté le 25 août 2016.

demandes de protection de ces propriétaires formellement libres et égaux contre la vulnérabilité¹²⁴.

L'accent mis sur la vulnérabilité individuelle serait donc l'autre face de la reconnaissance de la liberté formelle. Or, ce n'est pas tant le fait que les peines soient appliquées ou non qui est ici décisif, mais la force déclarative de l'incrimination, qui exprime la volonté de punir un risque. Associer certaines procédures de droit pénal et de droit civil¹²⁵ pour les soumettre à un même objectif de protection publique répond à deux impératifs : montrer que l'État étend le spectre de sa surveillance ; assurer que les demandes des victimes seront entendues. On peut comprendre dans ce contexte la montée en puissance du modèle transactionnel au sein de la sphère pénale, à travers les procédures de plaider-coupable, ou de « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹²⁶ », qui équivaut au *plea bargaining* des systèmes judiciaires anglo-saxons. En droit français, cette procédure peut être proposée par le procureur de la République dans les cas de délits, en dehors des atteintes à l'intégrité des personnes ou des agressions sexuelles. La personne qui reconnaît les faits qui lui sont reprochés évite ainsi le procès, grâce à un accord avec le procureur et la victime (si elle est identifiée) qui est invitée à comparaître face à l'auteur des faits. Cette procédure fait de la peine l'objet d'un accord commun rendu effectif après homologation par un juge et tend à se généraliser comme le souligne Antoine Garapon¹²⁷. Or, si l'on en revient à l'analyse de Peter Ramsay, ces stratégies révèlent paradoxalement le recul de l'autorité de l'État dans la résolution des conflits des démocraties libérales : il gère des relations privées moins qu'il ne protège des droits fondamentaux. C'est pourquoi une critique de la figure du sujet vulnérable telle qu'elle est instrumentalisée par les politiques pénales est aussi une critique de la reconfiguration du pouvoir de l'État sur la société civile :

Une critique matérialiste de la nouvelle idéologie implique une critique du concept par lequel la loi s'aliène le sujet formel et réussit à occulter à la fois la faiblesse sous-jacente de l'État et

¹²⁴ *Ibid.*, p. 15.

¹²⁵ Peter RAMSAY « The Theory of Vulnerable Autonomy and the Legitimacy of Civil Preventative Orders », in Bernadette MCSHERRY, Alan NORRIE et Simon BRONITT (dir.), *Regulating Deviance. The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, *op. cit.*

¹²⁶ CPP art. 495-7 à 495-16 (loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles).

¹²⁷ C'est ce que souligne Antoine Garapon : « On assiste aujourd'hui à une poussée extraordinaire de la transaction qui se constate aussi bien en matière familiale (divorce par consentement mutuel), qu'en droit du travail (la rupture conventionnelle et, plus récemment encore, l'accord "historique" entre patronat et syndicats), que dans le domaine pénal (la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), le *plea bargaining* à la française) ou dans le droit global [...]. Dans tous ces secteurs, en apparence très éloignés, se vérifie un même souci d'efficacité ainsi qu'une nouvelle place du droit qui se conçoit désormais non plus comme l'architecte garant des droits fondamentaux, mais comme l'ingénieur des relations sociales. » Antoine GARAPON, « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », *Raisons politiques*, vol. 52, n° 4, 2013, p. 39-49.

la capacité des sujets à surmonter collectivement la répression propre à ce même État affaibli : autrement dit, une critique du sujet vulnérable¹²⁸.

On peut alors s'interroger sur l'identité des groupes qui incarnent le « public » protégé par l'État et, en face, celle des populations désignées comme facteurs d'insécurité. Le public défendu par la loi peut en effet émerger de manière plus concrète qu'un sujet juridique formel. L'identification des demandes de la société civile sert alors de point de départ afin de savoir à quelles normes sociales est soumise l'institution pénale, et quels sont les effets d'identification et de catégorisation qui s'exercent en retour sur les populations criminalisées. En décrivant le sujet politique contemporain comme victime potentielle, le sociologue Jonathan Simon rappelle dans *Governing Through Crime* que la reconnaissance publique de certaines formes de vulnérabilité joue un rôle social et politique indéniable. Ces formes de vulnérabilité sont des facteurs de reconnaissance pour certains groupes en même temps qu'elles stigmatisent les groupes perçus comme sources du sentiment d'insécurité :

en rédigeant des lois qui stipulent de manière implicite et de plus en plus explicite que nous sommes des victimes et des victimes potentielles, les législateurs ont défini la victime du crime en sujet politique idéalisé, en sujet modèle, dont les conditions et l'expérience ont fini par représenter le bien général¹²⁹.

L'émergence de la figure générale de la victime procède de politiques pénales particulières et n'est pas plus naturelle¹³⁰ que les représentations sociales et politiques qui recouvrent le statut juridique de l'infracteur. Au plan descriptif, les processus de criminalisation révèlent donc la solidarité du droit pénal aux normes et intérêts d'une société¹³¹, ce qui possède un enjeu politique. On peut en effet interroger au plan normatif les doctrines et politiques criminelles qui subordonnent la peine à la protection des victimes et à la prévention du risque, à travers plusieurs questions : comment savoir où doit s'arrêter la définition de la victime et de l'« ordre public » ? Selon quels critères définir les demandes légitimes de protection autrement qu'en s'appuyant sur la morale commune d'une société et

¹²⁸ Peter RAMSAY, « Towards a Critique of the Vulnerable Subject: Pasukanis and Public Protection », *op. cit.*, p. 22.

¹²⁹ Jonathan SIMON, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, New York, Oxford University Press, 2007, p. 110.

¹³⁰ C'est ce qui amène Denis Salas à caractériser la période contemporaine par la montée en puissance des demandes de réparation. Voir Denis SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, « Littératures », 2005, p. 63 et suiv.

¹³¹ Selon Bruno Karsenti, c'est ce que l'on peut voir déjà dans le projet de Garofalo : « Ce dont Garofalo témoigne mieux que tout autre criminologue, c'est que, si le criminel est un ennemi social, il l'est au deux sens du génitif : au sens d'un ennemi *du social*, de cette configuration particulière qu'a revêtu la société civile pacifiée, lieu d'une vie sociale régulière et sereine. Mais il est aussi l'ennemi *que la réalité sociale engendre elle-même* en se constituant, en apparaissant comme un niveau de réalité spécifique, disposé à l'évaluation et à la mesure. » Bruno KARSENTI, *La Société en personnes. Études durkheimiennes*, Paris, Economica, « Études sociologiques », 2006, p. 56.

d'une époque données ? Peut-on parvenir à une définition équitable de la dangerosité sociale et du risque, qui fournisse un critère sûr pour régler l'incrimination et la distribution des peines ? Les difficultés suscitées par ces questions poussent certains tenants des théories de la justice restaurative ou de l'abolitionnisme à remettre en cause la prééminence de l'État dans la régulation des conflits d'une société.

Abolitionnisme et critique de l'État répressif

La critique du monopole de l'État sur la qualification et la régulation des conflits internes à une communauté est née de deux phénomènes conjoints : le constat du poids grandissant des demandes des victimes au sein des procédures juridictionnelles ; et la reconnaissance des risques d'instrumentalisation du droit pénal et de stigmatisation de certains groupes par la criminalisation de l'insécurité et de ses causes. En réponse à ces problèmes, plusieurs approches ont aujourd'hui le souci de détacher la régulation du crime des règles de l'État de droit, en faisant des demandes individuelles, et non plus de la loi, la source de l'incrimination, et en indexant la résolution du conflit à un accord entre victimes et délinquants. C'est ce que défendent notamment les théoriciens de la justice restaurative¹³², mais aussi les tenants de positions abolitionnistes comme Nils Christie¹³³, Thomas Mathiesen¹³⁴ ou Louk Hulsman¹³⁵. Ces derniers, s'inspirant des thèses de la « criminologie critique » insistent sur le caractère socialement construit de la déviance et la fonction politique de la criminalisation. J'insisterai d'abord sur les différentes formes d'abolitionnisme afin de préciser le lien entre défense d'une justice restaurative et abolition de la centralité de l'État dans la chaîne pénale.

Cette position n'est pas la plus répandue, étant donné que le discours abolitionniste majoritaire porte avant tout sur la prison, évaluée comme une institution à la fois inefficace, coûteuse et dégradante pour les individus enfermés¹³⁶. On peut distinguer plusieurs formes d'abolitionnisme, selon leur objet respectif. Certaines théories se concentrent sur l'abolition de l'enfermement pénal, d'autres sur la répression pénale comme monopole d'État, un

¹³² Pour une synthèse sur les principes de la justice restaurative, voir Robert CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJ Pénal*, vol. 9, 2007, p. 372-375.

¹³³ Nils CHRISTIE, *Crime Control as Industry*, New York, Routledge, 1993.

¹³⁴ Thomas MATHIESEN, *Prison on Trial*, Londres, Sage Publications, 1990.

¹³⁵ Louk HULSMAN, « Critical Criminology and the Concept of Crime », *Contemporary Crises*, vol. 10, n° 1, 1986, p. 63-80.

¹³⁶ Voir par exemple Angela DAVIS, « Racialized punishment and prison abolition », in Joy JAMES (dir.), *The Angela Y. Davis Reader*, Oxford, Blackwell, 1998, p. 96-107.

troisième groupe encore sur la peine comme institution rétributive. Ce n'est pas sur la première forme d'abolitionnisme que je me concentrerai ici, mais sur les théories qui tentent de récuser la peine en son principe étatique et de remettre en cause l'idée selon laquelle la reconnaissance des torts est subordonnée aux institutions publiques et appelle une réponse essentiellement rétributive.

Ce type de théories abolitionnistes combinent deux types d'arguments : un anti-légalisme en matière pénale, en affirmant que la définition du tort doit revenir aux groupes sociaux en conflit, et que la régulation des conflits doit être arrachée des mains de l'État ; et un anti-rétributivisme, à travers une critique de la forme vindicative qu'a pris le traitement du crime dans les démocraties libérales. Comme le second argument peut être soutenu sans que le cadre légal et étatique du traitement des torts soit lui-même rejeté, ces deux arguments aboutissent en réalité à deux formes d'abolitionnisme contradictoires : le premier vise le caractère juridique et étatique de la régulation des conflits mais ne remet pas en cause le besoin de rétribuer le tort commis, tandis que le second s'oppose précisément à un tel besoin de rétribution, tout en maintenant le rôle de l'État dans la conduite des procédures de réparation et de restauration qui doivent se substituer à la rétribution. Je voudrais montrer que la théorie anti-légaliste pose des problèmes de justification, et j'aborderai le défaut de cohérence qui me paraît affecter la théorie anti-rétributiviste dans le chapitre suivant.

La première forme d'abolitionnisme, anti-légaliste, récuse l'usage de la notion du crime et lui substitue la traduction des conduites socialement nuisibles dans les termes du conflit¹³⁷ ou des « situation problématiques¹³⁸ ». La thèse d'Hulsman dans son article de 1986¹³⁹ peut être résumée ainsi : au moins pour toutes les affaires mettant en cause un auteur et une victime, le recours à des procédures d'arbitrage ou de médiation civiles peut se substituer de manière profitable, pour les infracteurs comme les victimes, à la répression pénale. Mais pour parvenir à un tel réaménagement de nos pratiques judiciaires habituelles, il faut décomposer chaque infraction et reconvertir le préjudice, l'offense ou le tort en problème adressé à la communauté. Cette théorie récuse donc le recours à la notion de « crime » parce qu'elle implique logiquement une réponse *punitive*.

Le droit pénal y est en effet présenté comme ajoutant au mal premier causé par le crime une deuxième souffrance, celle du condamné. La catégorie de « crime » possède en outre le défaut de véhiculer une condamnation morale à l'encontre d'individus qui, par leurs

¹³⁷ Nils CHRISTIE, « Conflicts as Property », *British Journal of Criminology*, vol. 17, 1977, p. 1-15.

¹³⁸ Louk HULSMAN, « The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies », *Israel Law Review*, vol. 25, n° 3-4, 1991, p. 686-687.

¹³⁹ Louk HULSMAN, « Critical Criminology and the Concept of Crime », *op. cit.*, p. 63-80.

actes, ont manifesté leur désaccord avec les valeurs dominantes¹⁴⁰. Par l'entremise des incriminations et de l'application des peines, le droit impose donc, de manière artificielle et autoritaire un consensus moral. Ce faisant, il met en œuvre par la force certains standards et préférences morales, alors que l'infraction peut précisément révéler leur manque de légitimité au sein de la communauté. Obtenir l'obéissance de tous à un même système de valeurs est inacceptable, explique Hulsman, parce que le consensus ainsi visé n'est rien d'autre que la défense, réfléchie dans les termes de la morale publique, des intérêts des groupes supérieurs d'une société. Ainsi, dans des sociétés démocratiques soucieuses de l'expression du désaccord et attachées au pluralisme moral, le droit pénal réaffirme des standards de conduite sans tenir compte du potentiel critique des demandes exprimées à travers l'acte réprimé. C'est pourquoi, les procédures de négociation et de restauration apparaissent les plus privilégiées : elles permettent de répondre au besoin de rétribution des victimes, mais ne présupposent pas un ordre de valeurs publiquement accepté que le criminel aurait offensé et en défense duquel il doit être réprimé. Il revient aux parties en conflit de décider de la nature du différend et des termes du conflit qui les opposent, de manière à évaluer conjointement le préjudice subi et les modalités de sa réparation.

Déjudiciariser le traitement des torts ?

Pour Louk Hulsman, l'existence de la peine comme sanction étatique a pour effet d'assigner des rôles préconçus et d'accuser les hiérarchies entre groupes sociaux. Elle fait exister la délinquance comme mode de vie et non plus seulement comme classe d'actes. C'est précisément l'effet de dépendance propre à la punition légale, qui associe les infractions à des trajectoires individuelles, à des biographies ou encore à des milieux, qui constituent autant de prédéterminations à la survenue du crime. C'est sur ce plan que porte la critique abolitionniste : si le fait de subir un tort et d'être puni précipite la vie des victimes et des agresseurs dans un destin commun, faisant peser un lourd fardeau symbolique sur les épaules des individus concernés, il faut que ces catégories publiques soient l'objet d'une acceptation négociée et non pas d'une assignation subie par les individus. C'est ce que défend Hulsman :

Les conflits qui se produisent dans la société entre des personnes ou des groupes sont définis par le système pénal non pas selon les termes des parties concernées par ces conflits, mais en termes de régulation (à travers la législation pénale) et selon les besoins organisationnels du système. Les parties directement impliquées dans un conflit ne peuvent exercer que peu

¹⁴⁰ Herman BIANCHI, *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control*, Bloomington, Indiana University Press, 1994, p. 71-97.

d'influence sur la suite des événements une fois qu'une affaire a été définie comme criminelle et a été prise en charge par le système en tant que telle¹⁴¹.

Hulsman défend une théorie anti-légaliste, qui ne supprime pas tant l'exigence de répondre au mal commis, mais substitue au crime la situation sociale qui l'a engendré, et aux autorités publiques une procédure de médiation entre les individus qui se reconnaissent dans les rôles de victime et d'agresseur. L'abolitionnisme pénal rejoint donc certains arguments de la justice restaurative. En incriminant certaines conduites, l'État subtilise le conflit ou le différend à ceux qui sont concernés au premier chef : les délinquants et les victimes¹⁴². De manière générale, la conflictualité sociale est émaillée de situations où des torts et des dommages sont causés par certains individus à d'autres, ce qui impose qu'une forme de résolution soit recherchée. Davantage, d'un point de vue déontologique, tout tort ou mal commis implique une exigence de réparation. Or, bien que ces termes soient par principe problématiques parce qu'ils préjugent, de l'extérieur, du conflit, c'est aux victimes et délinquants, parties en présence dans le conflit, que revient le droit de fixer les termes de la liquidation de leur différend. En reformulant conflits et différends dans les catégories du droit pénal, comme crimes ou délits, l'État arrache le conflit des mains des protagonistes, pour le transférer dans l'ordre public et institutionnalisé de la justice pénale. Or, dans ce cadre formel, ni les victimes ni les délinquants ne sont amenés à jouer un rôle actif. Le droit pénal nuit donc à la résolution du conflit et contrevient à l'intérêt des victimes et des délinquants, alors que ces derniers pourraient prendre part à la réparation du mal commis. L'un des moyens apportés par cette forme d'abolitionnisme consiste alors à substituer à la justice pénale et aux types de réaction qui la caractérisent des formes de médiation et de restauration des relations sociales abimées par le tort.

Toutefois, cette théorie abolitionniste alliée à la défense d'une justice restaurative soulève deux problèmes :

- en premier lieu, elle doit rendre compte du caractère préférable des relations sociales initiales et justifier pourquoi il faudrait les restaurer. Si le tort est le produit d'un contexte socialement défaillant, dans lequel les individus connaissent de fortes inégalités dans la répartition des richesses, des droits et de l'estime sociale, on voit mal alors quelles relations il y aurait à restaurer. Cette théorie s'appuie sur une conception normative des relations sociales et aboutit *in fine* à justifier une plus grande part de contrôle sur les individus punis au nom de la construction de relations sociales éthiquement satisfaisantes, mais la définition de ces

¹⁴¹ Louk HULSMAN, « Critical Criminology and the Concept of Crime », *art. cit.*, p. 64.

¹⁴² Nils CHRISTIE, « Conflicts as Property », *op. cit.*

relations demeure purement stipulative. La restauration ne vise pas un ensemble de liens qui auraient existé en fait mais des relations qui auraient dû avoir lieu en droit. Ce faisant, la justice restaurative semble supposer une forme de justice sociale, sans tenir compte du caractère irréductiblement contraignant des procédures impliquées par le traitement du conflit.

- Dès lors, en second lieu, le risque est grand de voir l'application de cette forme de justice accroître le caractère coercitif et répressif de la résolution des crimes. Les exigences de restauration peuvent étendre les obligations qui vont peser sur les délinquants au nom d'une conception substantielle de la vie bonne en société. Ces derniers peuvent ainsi être amenés à participer aux commissions de médiation avec les victimes, exprimer leur remords, donner des gages de bonne volonté et affirmer leur désir de réparation. Mais les exigences de restauration peuvent également s'étendre à la victime : entretenir un lien au moins le temps de la médiation publique avec l'agresseur, définir ses besoins de réparation et négocier les conditions à l'octroi d'une forme de réconciliation sociale. C'est pourquoi il me semble que la théorie anti-légaliste, mêlant une critique abolitionniste de l'État répressif à la défense d'un modèle de justice restaurative, pose problème au plan normatif. Elle ne justifie pas en effet l'excès de contrôle que représentent les procédures de réparation qui ont vocation à se substituer à la peine.

Conclusion du chapitre V

La sociologie juridique montre que l'existence d'une institution pénale détermine les conduites sociales d'une manière plus profonde que ne le présentent les approches réalistes en théorie du droit : l'institution pénale possède une force de contrainte *sui generis*, de nature performative¹⁴³, qui joue en-deçà des normes qui la définissent matériellement. Dans cette perspective, les dimensions rétributives et normatives de la peine peuvent apparaître comme des qualités inhérentes aux pratiques punitives, qui relèvent des sanctions (pénales ou non, si l'on s'en tient aux distinctions positives du droit) et de leur mise en œuvre, et non pas des intentions de celles et ceux qui punissent. Dès lors, que peut être le gain critique d'une

¹⁴³ La sociologie de Durkheim a insisté sur la force de contrainte du social, en décrivant la discontinuité entre les phénomènes sociaux et les relations inter-individuelles, ainsi que l'extériorité du « fait social », irréductible à la subjectivité ou à l'intersubjectivité, et la dimension contraignante des phénomènes sociaux à l'égard des individus formant société. Le social, et les institutions comme la justice pénale, exercent une telle force parce qu'ils constituent les relations inter-individuelles moins qu'ils sont constitués par elles. Voir : Claude GAUTIER, *La Force du social. Enquête philosophique sur la sociologie des pratiques de Pierre Bourdieu*, Paris, Cerf, « Passages », 2012, p. 26-37 et 157-161.

approche sociologique, si ce n'est de révéler le caractère normal et socialement fonctionnel des phénomènes criminels et de leur répression ? La sociologie critique met en lumière le fait que la qualification du crime, ainsi que les constructions juridiques aidant à saisir l'intention du délinquant, produisent tout un ensemble de représentations et de croyances, qui vont déterminer en retour les valeurs et les normes d'une communauté pour assurer sa reproduction. La question demeure alors de savoir comment et surtout pourquoi.

Pour le savoir, il semble nécessaire d'associer à l'analyse des fonctions des normes pénales un examen historique de leurs modalités d'exercice. Sous cette hypothèse, c'est en s'intéressant à l'évolution de la manière de punir, du « pouvoir » qui lui est assorti, que la variété des causes et des conditions de la punition légale peuvent se distinguer plus nettement, derrière l'apparente stabilité de ses fonctions. C'est une telle hypothèse que défend Michel Foucault en développant une généalogie critique des pratiques pénales et des discours à travers lesquelles elles sont pensées. Afin de compléter notre examen des opérations du droit pénal, de sa définition générale aux modalités de son individualisation, il convient donc d'interroger les mérites et les limites d'une étude historique des conditions matérielles de la peine. La généalogie critique de Foucault prend pour point de départ non des valeurs ou des principes idéaux, dont on examinerait la légitimité morale, mais les luttes et des expériences. Elle vise à dégager, à partir de l'analyse de l'émergence historique de la prison pour peine, un modèle général du pouvoir punitif¹⁴⁴. La question que l'on posera sera alors la suivante : en insistant sur le caractère symptomatique de l'institution carcérale au sein des sociétés libérales, et en explorant la manière dont les peines s'incarnent dans des discours et des pratiques qui servent à affermir la discipline sociale, une théorie de la « physique du pouvoir¹⁴⁵ » de punir est-elle plus à même de saisir les dimensions les plus oppressives du système des peines que la sociologie du droit ? L'ambition est de montrer comment les politiques criminelles et les peines appliquées entretiennent une discipline, qui est peut-être requise *in fine* pour l'exploitation.

¹⁴⁴ Le début de *Surveiller et punir* rappelle que la généalogie est une percée dans le passé qui a pour origine les luttes du présent : « Que les punitions en général et que la prison relèvent d'une technologie politique du corps, c'est peut-être moins l'histoire qui me l'a enseigné que le présent. Au cours de ces dernières années, des révoltes de prison se sont produites un peu partout dans le monde. Leurs objectifs, leurs mots d'ordre, leur déroulement avaient à coup sûr quelque chose de paradoxal. [...] Ce qui était en jeu, ce n'était pas le cadre trop fruste ou trop aseptique, trop rudimentaire ou trop perfectionné de la prison, c'était sa matérialité dans la mesure où elle est instrument et vecteur de pouvoir ; c'était toute cette technologie du pouvoir sur le corps [...]. C'est de cette prison, avec tous les investissements politiques du corps qu'elle rassemble dans son architecture fermée que je voudrais faire l'histoire. Par un pur anachronisme ? Non, si on entend par là faire l'histoire du passé dans les termes du présent. Oui, si on entend par là faire l'histoire du présent. » Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des Histoires », 1975, p. 34.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 210.

CHAPITRE VI. FORMES JURIDIQUES ET PENALITE

Malgré les différences colossales qui séparent le droit de la Babylone antique et celui des États-Unis d'aujourd'hui, le droit des Ashanti d'Afrique occidentale et celui de la Suisse, cette technique sociale est en essence la même pour tous ces peuples, nonobstant leurs particularités temporelles, spatiales et culturelles : elle consiste à provoquer la conduite individuelle socialement désirée en prévoyant qu'un acte de contrainte doit être appliqué en cas de conduite contraire. Quelles sont les conditions sociales qui rendent cette technique nécessaire, c'est là une question sociologique d'une importance cruciale. J'ignore si nous pouvons y répondre de façon satisfaisante. Et je ne sais pas non plus s'il est possible à l'homme de s'affranchir totalement de cette technique sociale.

– Hans Kelsen

L'hypothèse de l'éventuelle articulation entre les peines et les structures d'une société a été abordée par plusieurs courants au sein de la théorie sociale, des travaux les plus empiriques aux recherches plus spéculatives. Ces travaux interrogent le lien existant entre les institutions socio-économiques et le « régime des peines » d'une société, c'est-à-dire les peines prévues et effectivement distribuées en fonction des infractions constatées. Si considérer que le droit pénal peut être un instrument de l'ordre économique capitaliste à l'époque contemporaine paraît justifié, cette affirmation doit néanmoins être relativisée contre toute forme d'universalisation. Le droit pénal n'est ni seulement un instrument de domination du capitalisme, ni la pure et simple expression des structures socio-économiques dominantes. On peut frayer un chemin entre ces deux options, qui consiste à s'intéresser à l'action réciproque des pratiques répressives et de la fixation des valeurs et des normes d'une société. Ce phénomène donne prise à l'idée d'une causalité réciproque entre pénalisation et criminalisation : dans les faits, l'incrimination ne viserait pas tant les actes violents ou nuisibles, selon des critères idéaux d'équité ou d'utilité, que les actes punissables.

Si le système pénal a avant tout pour fonction de libérer la communauté de ses émotions négatives et d'un ressentiment vigoureux, il est compréhensible, en effet, que soient privilégiées des sanctions qui atteignent leur cible, c'est-à-dire dont le support sensible (l'individu reconnu coupable) est aisé à identifier et rapidement condamnable, et qui vont assurer leur rôle d'exutoire aux yeux du plus grand nombre. L'efficacité de la peine joue autant au plan procédural que substantiel : une bonne incrimination est une règle applicable par les tribunaux et rassurante aux yeux d'une majorité d'individus. Mais si l'utilité de la peine se mesure à son degré de résonance avec la morale dominante et à sa capacité à mettre en œuvre les normes sociales, il reste encore à déterminer la finalité des peines et à savoir si cette finalité transparaît à travers la mise en œuvre du système pénal. Or, contre une explication qui ferait de l'institution pénale un instrument ou un reflet des structures socio-économiques, l'hypothèse de l'interaction de ces deux ordres paraît plus fructueuse. Cette hypothèse permet en effet de rendre compte de l'effectivité du droit au sein des rapports sociaux, sans pour autant tomber dans le double écueil d'une autonomie totale du droit et de l'institution judiciaire à l'égard des rapports sociaux, ou de leur captation intégrale par les groupes en situation de force.

Certes, les règles juridiques peuvent refléter et exprimer diverses *formes* de domination (capitaliste, patriarcale, sexiste et hétérosexiste, raciste, etc.). Mais avant de les exprimer, elles participent à la stabilisation des *rappports* de domination. Néanmoins, comme le champ juridique n'est ni systématique ni cohérent, l'institution pénale peut, sous certaines conditions, devenir un levier stratégique pour relayer les luttes sociales et permettre de contester ces formes de domination. C'est donc à la question de l'autonomie relative du droit pénal à l'égard des rapports sociaux que l'on consacrerait ce chapitre¹. La thèse de l'articulation des peines aux structures socio-économiques vise des phénomènes distincts de ceux décrits précédemment, liés à la dimension expressive et normative de la peine, à son pouvoir de dénonciation mais aussi d'assignation de statuts sociaux.

Dans la PREMIERE SECTION du chapitre, j'interrogerai les apports de la généalogie historique de Michel Foucault pour évaluer les opérations du droit pénal et notamment la fonction de normalisation sociale de la peine : la discipline à laquelle participe l'institution pénale possède-t-elle des traits distinctifs dès lors qu'elle passe par la punition légale ? Dans

¹ Le statut hégémonique du droit est décisif dans le contexte des sociétés libérales contemporaines, davantage que le monopole dont l'État dispose sur la contrainte : « Plus souvent qu'on ne le pense, les procédures juridiques fonctionnent selon un principe d'auto-référentialité indépendant de toute menace de coercition. » Sonja BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », in Hourya BENTOUHAMI *et al.* (dir.), *Le Souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, Paris, Sens&Tonka, 2009, p. 82.

la DEUXIEME SECTION, on abordera le problème de la corrélation entre la pénalité et la structure sociale du marché, pour savoir dans quelle mesure la peine joue un rôle de régulation des institutions économiques de l'échange et du travail. Enfin, dans la TROISIEME SECTION, on abordera le problème de l'ambivalence politique du droit pénal, qui repose sur une forme de responsabilité fortement individualisée² et dépend de sanctions à valeur rétributive : dans ce cadre, quel rôle politique l'arène judiciaire du procès pénal peut-elle jouer à l'égard des demandes sociales et de la reconnaissance des torts ?

² C'est ce que rappelle Raphaële Parizot : « Le délinquant ou auteur est celui qui commet une infraction. Utilisation du singulier dans la partie générale du code [...], énoncé "visible" du principe de personnalité de la responsabilité pénale [...] : l'auteur de l'infraction est clairement individuel. » Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ, 2010, p. 4.

Section 1. Pénalité et domination sociale

S'interroger sur les justifications de l'institution pénale, afin de savoir si une telle institution doit être conservée ou maintenue, pose le problème des raisons pour lesquelles l'État identifie certaines conduites comme mauvaises et y répond par l'infliction de souffrance, la dénonciation et la réaffirmation des valeurs transgressées. Ces raisons participent-elles de critères de justice sociale ou bien d'une forme de violence exercée contre les classes inférieures d'une société ? Les théories qui envisagent les corrélations entre punition et exploitation tranchent en général pour la seconde option : l'institution pénale criminalise certaines conduites afin de donner aux rapports d'exploitation une autorité légitime et d'en assurer ainsi la pérennité. Le droit pénal constitue donc l'une des conditions d'effectivité du mode de production capitaliste des sociétés contemporaines. La tentation est alors grande de faire du droit pénal l'une des figures, avec le travail salarié, l'armée et la police, de la domination institutionnelle. Je montrerai dans une PREMIERE SOUS-SECTION en quoi les analyses de Foucault se démarquent d'une telle approche. Celui-ci s'intéresse moins à la fonction sociale de l'institution carcéral qu'aux types de comportements que ses agents cherchent à promouvoir et à la forme de pouvoir dont elle est plus largement le symptôme. Dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, je soulignerai néanmoins les limites de cette théorie de l'institution pénale comme instrument de discipline social.

1.1. La pénalité, fonction des rapports économiques

Logique instrumentale et logique expressive

Du point de vue des théories critiques qui ont pris la peine comme objet, le constat suivant peut être fait : au moins depuis la fin du XVIII^e siècle³, les institutions légales qui règlent et assurent la répression des conduites prohibées se donnent dans l'horizon historique de leur réforme perpétuelle, si ce n'est de leur abolition. Or, dans cette profusion de discours

³ La Révolution française puis les législations impériales ont posé des principes qui structurent toujours le droit pénal : principes de légalité et de proportionnalité des peines, procédure définissant les droits de la défense, présomption d'innocence notamment.

tenus sur le droit pénal, qu'ils soient l'œuvre de moralistes, de juristes ou de théoriciens, certaines approches critiques du droit ont cherché à se formuler à partir des institutions existantes, pour révéler le caractère utile et même productif de la peine dans une société donnée *malgré ses insuffisances au plan normatif*. Historiquement, dans la lignée de l'évocation par Marx des « bénéfiques secondaires du crime⁴ », cette tradition de la critique immanente des pratiques pénales renvoie d'abord aux œuvres de Georg Rusche et Otto Kirchheimer⁵ d'une part, et d'Evgeny Pasukanis⁶ d'autre part, pour aboutir à celle de Michel Foucault⁷. Ces auteurs ont tous examiné, à travers les années 1920 et 1930 pour les premiers et 1970 pour le second, les différentes institutions de la peine – des règles d'incrimination aux modalités d'exécution de la sanction – comme des fonctions voire des conditions du maintien des structures économiques et des hiérarchies sociales propres aux sociétés capitalistes.

Il n'a pas été question pour ces théories de confronter la définition en droit de la peine à l'échec pratique de son application, et de reconduire ainsi la représentation d'un ordre juridique intact, rationnel et cohérent, en butte avec une réalité sociale traversée par des puissances arbitraires, violentes et oppressives. Au contraire, ces théories fournissent une lecture interne des institutions pénales, tenant compte de leurs variations historiques et des contradictions objectives, entre règles, sources et finalités sociales, qui les habitent. L'enjeu que rencontrent les théories marxistes et post-marxistes de la peine revient notamment à tracer une ligne de crête désormais typique des études critiques du droit⁸ entre : d'un côté, la célébration utopique d'une institution formellement parfaite et impartiale, fondée sur les principes de l'État de droit et le respect de règles de procédures prévues *a priori* ; et de l'autre, la dissolution de son essence normative dans la critique des peines telles qu'elles sont appliquées et des rapports de domination dont elles font l'apologie. Ces théories luttent ainsi contre la tentation de recourir à une normativité méta- ou extra-juridique, notamment morale, qui aurait permis certes d'assumer plus frontalement la critique, mais aurait du même coup déplacé la méthode et peut-être affaibli la portée de cette critique.

Face à cette contrainte, le geste que ces travaux accomplissent consiste généralement à expliquer la forme, la logique et les évolutions du droit répressif en les réinsérant dans le

⁴ Karl MARX, « Bénéfices secondaires du crime », in Denis SZABO et André NORMANDEAU (dir.), *Déviance et criminalité*, *op. cit.*, p. 84-85.

⁵ Georg RUSCHE et Otto KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et "Théorie critique" du régime pénal*, Paris, Cerf, « Passages », 1994.

⁶ Evgeny B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. du russe par J.-P. Brohm, Paris, E.D.I., 1970.

⁷ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*

⁸ Martti KOSKENNIEMI, « Entre Utopie et Apologie : la politique du droit international », in *La Politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 57.

contexte social et économique de la société considérée, afin de faire ressortir les corrélations et de dégager les interactions entre la peine et les structures sociales⁹. Pour répondre à cet objectif¹⁰, le « régime des peines », notion qui désigne les peines applicables en fonction des infractions prévues par la loi, doit être articulé à certaines structures économiques telles que le marché de l'emploi, l'état de la division du travail ou les secteurs productifs dominants. Selon cette hypothèse, la pénalité devient un instrument de l'État destiné à agir sur la production, et notamment sur la force de travail, afin d'en maintenir le rendement, de discipliner les individus et d'absorber les variations démographiques sur le marché du travail. Tout le problème est alors de savoir si cette articulation peut fonctionner comme un invariant transhistorique, ramenant tout système de règles répressif aux fonctions qu'il assure au sein des rapports matériels de production d'une société, ou s'il faut en nuancer la pertinence et en limiter l'usage. Je montrerai que pour éviter de conclure de manière dogmatique et simpliste à une détermination *a priori* des formes juridiques par les changements des infrastructures économiques, il convient de revenir sur la manière dont l'articulation entre régime des peines et structures socio-économiques a été bâtie dans trois types de théories, celles de Pasukanis, de Rusche et Kirchheimer et enfin de Foucault, qui tous défendent à des degrés divers l'idée que la sphère pénale constitue l'une des conditions du maintien de l'appareil de production et des relations sociales qu'il façonne.

À cette fin, deux problèmes peuvent être distingués. Premièrement, si elle procède et émerge d'un certain contexte historique et d'un certain état des rapports de forces au sein de la production, la thèse du pénal comme fonction de l'économique peut-elle valoir en principe pour toute société, pour tout droit répressif ou pour tout contexte économique ? Ou peut-on sinon en extraire un principe heuristique qui doit être, à chaque fois, réajusté selon les différentes configurations historiques ? L'enjeu concerne ici l'épistémologie des sciences sociales. Deuxièmement, si l'on peut affirmer *a posteriori* que cette articulation est devenue manifeste avec les transformations sociales qui ont accompagné la seconde révolution industrielle, il reste encore à montrer en quoi les peines sont utiles à l'appareil de production, et à identifier les contraintes et le contrôle qu'elles exercent effectivement sur le prolétariat. Corrélation n'impliquant pas nécessairement causalité, il faut distinguer deux formes

⁹ L'application du matérialisme historique à la sphère juridique a fait l'objet de nombreuses discussions, mais les bases en sont posées par Marx dans la « Préface » de la *Contribution à la critique de l'économie politique* : « les rapports juridiques – ainsi que les formes de l'État – ne peuvent être compris ni par eux-mêmes, ni par la prétendue évolution générale de l'esprit humain, mais prennent au contraire leurs racines dans les conditions matérielles d'existence ». Karl MARX, *Contribution à la critique de l'économie politique* [1859], Paris, Éditions sociales, 1972, p. 18.

¹⁰ Georg RUSCHE, « Marché du travail et régime des peines. Contribution à la sociologie de la justice pénale », dans Georg RUSCHE et Otto KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale*, *op. cit.*, p. 99-114.

possibles d'articulation entre régimes des peines et structures sociales : d'une part, le modèle de l'instrumentalisation du pénal aux fins de l'exploitation économique, autrement dit le recours aux peines pour soumettre indirectement les individus, par la peur de la répression, aux activités et aux normes de production capitalistes ; et d'autre part, le modèle de l'entr'expression ou plus simplement de l'interaction du pénal et de l'économique, d'après lequel le droit et les structures sociales se conditionnent mutuellement. Selon ce second modèle, en fondant la rétribution pénale sur la dette que le délinquant contracte envers la société, les règles du système répressif expriment alors les dispositions subjectives requises par les relations marchandes et participent à la réification des rapports sociaux. L'enjeu porte ici sur l'ontologie du droit et son autonomie à l'égard de la vie sociale.

Une théorie réductrice de la justice de classe

Après ce premier temps de contextualisation, je vais maintenant préciser les thèses de chacun des auteurs mentionnés avant de revenir plus en détail sur leurs sources et leurs limites. Pour le premier modèle, de type *instrumentaliste*, l'analyse du système pénal doit permettre de découvrir les fonctions que la peine assume dans un contexte social et économique déterminé. Cette fonction peut être de participer indirectement à la formation sous la menace d'une main d'œuvre adaptée aux rapports de production. Le sort réservé au lumpenprolétariat, aux délinquants et individus inemployables constitués en « armée de réserve industrielle¹¹ » du patronat, notamment dans un contexte protectionniste ou mercantiliste, sert d'exemple pour dissuader la population ouvrière d'enfreindre la loi. Dans ce cas, du point de vue de l'expérience subjective, l'individu se rapporte à la loi pénale sur le mode de la soumission par la crainte des châtiments. Le second modèle, *expressiviste*, souligne au contraire que les infractions du droit pénal visent à défendre des injonctions morales et des normes de conduite qui concourent à affirmer la souveraineté individuelle, la liberté contractuelle ainsi qu'un sujet de droit masculin et hétéronormé¹². Le droit pénal donnerait ainsi force et autorité aux conditions formelles du salariat et de l'échange marchand,

¹¹ Karl MARX, *Le Capital*, Livre I, chapitre 25 et *Travail salarié et capital*, dans Karl MARX, *Œuvres*, t. I, *Économie I*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1994, p. 199-229.

¹² Wendy Brown montre ainsi comment les luttes féministes pour la reconnaissance de droits égaux ont été et sont toujours paradoxalement menées « dans un contexte de discours sur les droits spécifiquement masculiniste, un discours qui présume un sujet ontologiquement autonome, auto-suffisant et sans entraves. » Wendy BROWN, « Suffering Rights as Paradoxes », *Constellations*, vol. 7, n° 2, 2000, p. 239. W. Brown renvoie également dans son article à un autre de ses ouvrages : Wendy BROWN, *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, Princeton, Princeton University Press, 1995, notamment le chap. VI « Liberalism's Family Values ».

et renforcerait leur emprise comme modèle dominant des rapports sociaux. Dans ce cas, du point de vue subjectif, l'individu se conforme à la loi pénale par consentement et reconnaît que cette obéissance lui permet de respecter ses devoirs envers autrui et partant de satisfaire ses intérêts particuliers bien compris.

L'articulation entre le régime des peines et les structures sociales recouvre ainsi deux formes possibles qui engagent en définitive la possibilité même de rabattre, au nom de la critique du pouvoir exercé par l'État, la normativité du droit pénal sur l'état de fait des formes d'oppression et d'exploitation qui traversent les sociétés capitalistes. Si l'on gomme les écarts entre ces deux modèles, les institutions pénales constituent dans les deux cas l'instrument direct du maintien d'un rapport de force favorable aux classes supérieures possédant les moyens de production. C'est pourquoi les peines, telles qu'elles sont distribuées et non en leur principe normatif, répondraient à un certain état de la production. L'étude empirique de la codification pénale, des décisions rendues par les juridictions ou de l'exécution des peines doit ainsi être ramenée aux objectifs d'un pouvoir déterminé en dernière instance par les structures économiques. La politique criminelle ne serait qu'une courroie de transmission et au fond un reflet. Or, c'est précisément contre le réductionnisme et les limites d'une telle conception des rapports entre peine et structures sociales que Foucault s'est élevé dans *Surveiller et Punir*¹³, œuvre dans laquelle il écrit que

[...] si on peut parler d'une justice de classe ce n'est pas seulement parce que la loi elle-même ou la manière de l'appliquer servent les intérêts d'une classe, c'est que toute la gestion différentielle des illégalismes par l'intermédiaire de la pénalité fait partie de ces mécanismes de domination. Les châtiments légaux sont à replacer dans une stratégie globale des illégalismes¹⁴.

Ce passage appelle de nombreuses précisions. Il permet d'abord de souligner la proximité mais aussi l'écart qui sépare pour Foucault deux modèles de théorie : une variante économiciste du marxisme, et la théorie politique normative. Pour le comprendre, je reviendrai d'abord sur les thèses de *Surveiller et punir* et ses répercussions en philosophie pénale. L'œuvre publiée en 1975 peut être lue comme une offensive contre les doctrines qui se présentent comme une humanisation des peines, et qui font de la réinsertion et de la réhabilitation des condamnés la fonction de la sanction. Elle prend son origine dans un doute

¹³ L'analyse de Stéphane Haber nous éclaire sur ce point : « Dans *Surveiller et punir*, il est bien question, par exemple, de la production et la gestion de ces mêmes populations surnuméraires et marginales qui, d'après Marx, ont accompagné la constitution du prolétariat industriel. Parfaitement conscient de ces affinités inattendues, Foucault en donnait une explication conjoncturaliste et anti-déterministe : il se trouve que les dynamiques sociopolitiques révélées par l'analyse du pouvoir ont rencontré les transformations induites par la révolution industrielle, selon un principe de simple concomitance. » Stéphane HABER, *Penser le néo-capitalisme. Vie, capital et aliénation*, Paris, Les Prairies ordinaires, « Essais », 2013, p. 215.

¹⁴ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., p. 277.

à l'égard des théories normatives de la justice pénale, qui proposent une définition stipulative de la peine à partir de critères de justice d'ordre déontologique ou d'utilité. Le soupçon de Foucault vise ainsi la prétention partagée par les théories morales à croire en une application directe et rectiligne des définitions normatives à la réalité des pratiques punitives, et à considérer en conséquence l'échec et les effets pernicioeux des politiques criminelles comme des accidents, dus aux erreurs ou aux défaillances des agents de l'État. La circonspection de Foucault à cet égard transparait, de manière rhétorique, dans les questions sur lesquelles s'achève *Surveiller et punir* :

Admettons que la loi soit destinée à définir des infractions, que l'appareil pénal ait pour fonction de les réduire et que la prison soit l'instrument de cette répression ; alors il faut dresser un constat d'échec. [...] Mais peut-être faut-il retourner le problème et se demander à quoi sert l'échec de la prison ; à quoi sont utiles ces différents phénomènes que la critique, continûment, dénonce : maintien de la délinquance, induction de la récidive, transformation de l'infacteur d'occasion en délinquant d'habitude, organisation d'un milieu fermé de délinquance. Peut-être faut-il chercher ce qui se cache sous l'apparent cynisme de l'institution pénale qui, après avoir fait purger leur peine aux condamnés, continue à les suivre par toute une série de marquages (surveillance qui était de droit jadis et qui est de fait aujourd'hui ; passeports des bagnards autrefois, et maintenant casier judiciaire) et qui poursuit ainsi comme "délinquant" celui qui s'est acquitté de sa punition comme infacteur ? Ne peut-on pas voir là plutôt qu'une contradiction, une conséquence¹⁵ ?

Ainsi pour Foucault, plutôt que de chercher à résoudre la contradiction entre les fonctions en droit de la peine et sa réalité en fait, mieux vaut la dissoudre en insistant sur les effets et l'utilité des pratiques punitives actuelles¹⁶. Ainsi, l'écart entre les figures de l'infacteur et du délinquant, entre la loi qui sanctionne un acte et le pouvoir qui redresse un individu, entre l'intention des punisseurs et la réalité sociale du système pénal doit être étudié comme problème politique. D'un point de vue historique, le glissement de l'un à l'autre, opéré par les autorités judiciaires et administratives et théorisé par les doctrines pénales modernes, n'est pas le fruit du hasard. D'une part, il ressortit à un certain exercice du pouvoir, transversal à tout le champ social, c'est-à-dire à une certaine manière de diriger la conduite des individus en fixant les limites des actes permis, en forgeant des modèles et des standards ou en gérant les forces d'une population. D'autre part, cette transformation obéit à une finalité structurelle, c'est-à-dire à la mise en œuvre d'une discipline sociale en vue de l'exploitation des forces productives des sujets. Saisir cette finalité et son caractère fondamentalement arbitraire suppose alors de se détourner des approches normatives de la peine et d'entrer dans

¹⁵*Ibid.*, p. 317.

¹⁶ « Tous les grands mouvements de dérive qui caractérisent la pénalité moderne – la problématisation du criminel derrière son crime, le souci d'une punition qui soit une correction, une thérapeutique, une normalisation, le partage de l'acte de jugement entre diverses instances qui sont censées mesurer, apprécier, diagnostiquer, guérir, transformer les individus – tout cela trahit la pénétration de l'examen disciplinaire dans l'inquisition judiciaire. » *Ibid.*, p. 228.

l'histoire des discours qui n'ont cessé d'en redéfinir les fonctions. Or, si l'analyse de Foucault est d'un grand mérite pour cerner les modalités du droit de punir, elle demeure plus silencieuse à l'endroit de sa finalité générale.

Critique généalogique et critique normative

Pour les commentateurs les moins enthousiastes, la critique foucauldienne n'a eu que de faibles effets sur les politiques criminelles¹⁷. En outre, elle n'a pas pu être exploitée dans le champ des théories normatives de la peine faute de fournir des critères sûrs à sa justification. En raison de son scepticisme fondamental, Foucault est perçu comme un interprète pétri d'un humanisme ambigu, suspicieux à l'égard des tentatives menées pour définir une forme idéale de justice sociale¹⁸ et marqué par une attitude « historiciste, anti-analytique et anti-fondationnaliste¹⁹ ». Ce jugement, dans sa grande généralité, oublie cependant que la démarche de Foucault procède précisément de la prise en compte des intentions mêmes des théories normatives à l'égard de la peine, et de la croyance partagée dans le fait que nos institutions historiques se conformeraient lentement aux critères de justice dégagés par les sociétés modernes. La publication de *Surveiller et punir* a en effet pour contexte politique l'émergence d'un discours virulent contre les vertus thérapeutiques et réformatrices de la peine et en particulier de la détention. L'œuvre aborde la manière dont s'est opérée l'individualisation du criminel en délinquant derrière l'abstraction de l'infracteur : « Depuis 150 ou 200 ans que l'Europe a mis en place ses nouveaux systèmes de pénalité, les juges, peu à peu, mais par un processus qui remonte fort loin, se sont donc mis à juger autre chose que les crimes : l'“âme” des criminels²⁰. »

L'ouvrage entend interroger et à déconstruire l'idée d'un progrès continu dans l'art de punir et d'un adoucissement des châtiments depuis la fin du XVIII^e siècle²¹. Or, si les pratiques punitives ne doivent pas être expliquées à partir des critères qui sont censés en avoir guidé l'accomplissement, c'est que d'autres forces influent sur leur évolution, qui relèvent de la manière dont le pouvoir s'exerce matériellement à une époque donnée. On ne saurait donc

¹⁷ Voir notamment Christopher HARDING et Richard W. IRELAND, *Punishment: Rhetoric, Rule, and Practice*, Londres, Routledge, 1989.

¹⁸ David GARLAND, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, *op. cit.*

¹⁹ Hugo A. BEDAU, « Justice and Punishment: Philosophical Basics », in Brian FORST (dir.), *The Socio-Economics of Crime and Justice*, *op. cit.*, p. 22

²⁰ Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, *op. cit.*, p. 24.

²¹ « Demeure donc un fond “suppliciant” dans les mécanismes modernes de la justice criminelle – un fond qui n'est pas tout à fait maîtrisé, mais qui est enveloppé, de plus en plus largement, par une pénalité de l'incorporel. » *Ibid.*, p. 21.

affirmer que les institutions pénales se déduisent des élaborations conceptuelles de Beccaria ou Bentham, ou encore des idéaux réformateurs des Constituants de la fin du XVIII^e siècle comme des Philanthropes du début du XIX^e siècle. L'institution pénale est gouvernée par d'autres règles que les seuls devoirs de la loi ou de la morale la plus rigoureuse. L'attitude de Foucault à l'égard des prétentions des théories pénales à déterminer les pratiques punitives n'est donc pas marquée par l'indifférence, mais par le soupçon²². Entre les principes au nom desquels on prétend punir avec raison et les modalités concrètes selon lesquelles est appliquée la punition, il demeure un écart dont le philosophe cherche à mesurer la distance.

Si les institutions sociales sont moins configurées par des lois, naturelles ou positives, ou des doctrines morales mais plutôt par des normes historiques, alors les outils théoriques permettant de les saisir doivent être repensés. En effet, avant d'en venir à l'évaluation des raisons légitimes de la peine, l'examen doit d'abord identifier les déterminations qui font dévier les pratiques punitives des principes du droit. L'enjeu est ainsi de revenir sur les conditions d'émergence historique des peines que nous connaissons aujourd'hui, afin d'en manifester l'étrangeté et la contingence par contraste avec des formes de réponse au crime alternatives mais oubliées. C'est ce que note Foucault dans ce passage :

[...] la justice pénale définie au XVIII^e siècle par les réformateurs traçait deux lignes d'objectivation possibles du criminel, mais deux lignes divergentes : l'une, c'était la série des "monstres", moraux ou politiques, tombés hors du pacte social ; l'autre, c'était celle du sujet juridique requalifié par la punition. Or le "délinquant" permet justement de joindre les deux lignes et de constituer sous la caution de la médecine, de la psychologie ou de la criminologie, un individu dans lequel l'infracteur de la loi et l'objet d'une technique savante se superposent – à peu près²³.

Afin de redevenir sensible à la singularité de la conjoncture historique, une méthode différente de la théorie normative comme de la sociologie du droit est requise. C'est le but de la généalogie historique, qui possède d'une part une fonction critique dont la sociologie durkheimienne serait dépourvue selon Foucault²⁴, et qui vise d'autre part à expliquer les contradictions des institutions existantes en revenant sur leurs fonctions et leurs soubassements, sans toutefois les évaluer à la manière des approches normatives fondées sur

²² « Si je n'ai pas parlé du fondement du droit de punir, ce n'est pas que je considère que ce ne soit pas important ; je pense que ce serait, à coup sûr, l'une des tâches les plus fondamentales que de repenser, dans l'articulation entre le droit, la morale et l'institution, le sens que l'on peut donner à la punition légale ». Michel FOUCAULT, « Qu'appelle-t-on punir ? », *Dits et écrits*, t. II, 1970-1975, Paris, Gallimard, 1994, p. 1455-1465.

²³ Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, op. cit., p. 259.

²⁴ « A n'étudier comme l'a fait Durkheim que les formes sociales générales, on risque de poser comme principe de l'adoucissement punitif des processus d'individualisation qui sont plutôt un des effets des nouvelles tactiques de pouvoir et parmi elles des nouveaux mécanismes pénaux. » *Ibid.*, p. 28.

des critères *a priori*. Foucault se démarque donc autant de la sociologie juridique que de la critique normative²⁵.

Cette dernière méthode centrale à la théorie politique implique selon le théoricien une position hors-sol, en surplomb de la réalité sociale, dans le but de dégager les conditions nécessaires et suffisantes à la légitimité de nos institutions²⁶. Au contraire, la critique généalogique, que l'on peut définir comme une mise à distance et une déconstruction du présent par le détour du passé, s'inquiète de l'inévitable contingence des phénomènes sociaux. Elle est animée d'un anti-naturalisme qui, en matière pénale, s'oppose aux conceptions qui présument le caractère instinctif ou coutumier de la peine. L'examen ne porte donc ni sur les fondements moraux de la punition, ni sur les règles qui régissent l'appareil répressif depuis le sommet de l'ordre juridique²⁷. Il s'attache au contraire à saisir les normes qui déterminent l'institution pénale de l'intérieur et qui conditionnent les comportements de ses agents, afin de dégager un modèle général de pouvoir applicable à d'autres institutions. Mais pour certains commentateurs²⁸, la généalogie s'empêche alors par définition de dégager la finalité structurelle du système pénal, ce qui en restreint inévitablement la portée critique.

1.2. Mérites et limites de la critique généalogique

Le pouvoir de la discipline (Foucault)

Si on se représente de manière synoptique son œuvre, Foucault distingue trois grandes formes d'exercice du pouvoir : des lois adressées par un souverain à ses sujets, des normes de conduite qui imposent une discipline aux individus et enfin des contrôles et des régulations

²⁵ Sur la confrontation de Foucault à la sociologie de Durkheim, voir Gildas SALMON, « Foucault et la généalogie de la sociologie », *Archives de Philosophie*, vol. 79, n° 1, 2016, p. 79-102 ; Bruno Karsenti, *D'une philosophie à l'autre. Les sciences sociales et la politique des modernes*, Paris, Gallimard, « NRF Essais », 2013, p. 137 et suiv.

²⁶ Michel FOUCAULT, « Qu'est-ce que les Lumières ? », *Dits et écrits*, t. IV, 1980-1988, Paris, Gallimard, 1994 ; « Qu'est-ce que la critique ? Compte-rendu de la séance du 27 mai 1978 », *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, vol. 84, n° 2, p. 35-63. Sur les deux modèles de critique que sont la critique normative et la critique généalogique, voir Olivier VOIROL, « Critique généalogique et critique normative », in Yves CUSSET et Stéphane HABER (dir.) *Habermas et Foucault : parcours croisés, confrontations, critiques*, Paris, CNRS, 2006.

²⁷ Sur la critique de Kelsen par Foucault, voir Michel FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004, p. 58 et 81-82 ; Arnault SKORNICKI, *La grande soif de l'État. Michel Foucault avec les sciences sociales*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2015, p. 112-119.

²⁸ On retrouve une synthèse de ces commentaires critiques dans l'entretien où Foucault tente d'y répondre : « Précisions sur le pouvoir. Réponses à certaines critiques » [1978], trad. de l'ital. par Ch. Lazzeri, dans Michel FOUCAULT, *Dits et écrits*, t. III, 1976-1979, Paris, Gallimard, 1994.

dont la fonction est de gérer la masse d'une population²⁹. Cette hétérogénéité des modes d'exercice du pouvoir ne s'explique pas par la défense d'une posture relativiste, mais par le refus de faire du pouvoir l'attribut d'un groupe social ou la propriété d'une classe, c'est-à-dire un effet ayant une source unique, réductible à la volonté politique légitime ou à la défense d'intérêts matériels. Foucault récuse ainsi l'idée d'une causalité historique univoque qui déterminerait en dernière instance le fonctionnement des institutions et *a fortiori* la distribution des peines au sein d'une société. La normativité sociale est engendrée à chaque époque par des causes multiples et diverses. Elle repose sur un entrelacement de relations de pouvoir à tous les niveaux de la vie sociale, qui excèdent donc les seuls rapports de l'individu à l'État ou des dominants aux dominés. C'est donc moins le pouvoir en son origine et en sa finalité qui intéresse Foucault que les différentes manières à travers lesquelles « du » pouvoir s'exerce. La question se pose alors de savoir si, en matière pénale, la critique généalogique peut aboutir à autre chose qu'à une analyse comparée des différentes modalités du droit de punir³⁰ : si les thèses de Foucault nous renseignent sur la forme et le contenu des normes pénales, peuvent-elles en éclairer les finalités ? Plus profondément, si le contenu des normes n'est jamais donné d'avance mais toujours ressaisi à l'aune du contexte qui les a vu naître, à quelle critique peut prétendre une approche généalogique ?

Ces interrogations exigent de pénétrer davantage dans le procès d'exposition de *Surveiller et Punir*, dont l'objet est annoncé par le sous-titre de l'œuvre « Naissance de la prison ». Historiquement, la prison acquiert en France un statut légal avec le Code pénal de 1810, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1811. Les conquêtes réformatrices, acquises par les lois des 16 et 24 août 1790 et du premier code pénal du 6 février 1791, y sont conservées :

- création d'un système juridictionnel unique, qui distingue affaires civiles et criminelles ;
 - application du principe de légalité au droit pénal de fond comme de forme ;
- tripartition des niveaux d'infraction en contraventions, délits et crimes ;

²⁹ Olivier Razac synthétise ainsi le triptyque des modes de pouvoir chez Foucault : « un pouvoir de souveraineté qui se caractérise par le point fixe de la loi codant des interdits et fonctionnant au jugement. Un pouvoir disciplinaire qui impose des conduites selon des règles et fonctionne à la surveillance. Et un pouvoir de régulation qui pilote en temps réel le flux de ce qui arrive et qui fonctionne à la gestion. Foucault s'efforce de distinguer ces trois grandes technologies de pouvoir, aussi en les situant chronologiquement [...] : la souveraineté d'Ancien Régime, la discipline moderne de la révolution industrielle et la gestion cybernétique postmoderne de la "troisième révolution industrielle" (informatique). » Olivier RAZAC, « L'hydre pénale à trois têtes », *Multitudes*, vol. 4, n° 51, 2012, p. 22-26, [En ligne] URL : <http://www.cairn.info/revue-multitudes-2012-4-page-22.htm>, consulté le 13 avril 2017.

³⁰ C'est ce à quoi aboutissent les études portant sur les différentes « rationalités » de la peine : Olivier RAZAC et Fabien GOURIOU, « Sous une critique de la criminologie, une critique des rationalités pénales », *Cultures & Conflits*, 2016, [En ligne] URL : <http://conflits.revues.org/18919>, consulté le 13 avril 2017.

- modification de la procédure d'instruction, qui substitue le système des preuves légales à l'intime conviction ;

- instauration d'un *quantum* maximal pour chaque peine ;

- suppression des peines corporelles, remplacées par des condamnations privatives de liberté.

La prison entre ainsi dans l'arsenal pénal et en devient peu à peu l'épicentre, suite à l'abolition successive du bague, de l'exil, de la relégation, des travaux forcés et de la peine de mort. Face à ces transformations, Foucault accorde à l'institution carcérale un statut de premier ordre, matériellement et symboliquement, au point d'y voir le symptôme d'un profond renouvellement de l'exercice du pouvoir³¹.

Cette lecture symptomale de la prison s'explique aussi par la politisation des luttes en milieu fermé. La conjoncture sociale et politique du début des années 1970 peut en effet expliquer la centralité qu'il accorde à la prison. Les établissements pénitentiaires, français et au-delà, sont agités par un mouvement de révoltes, d'émeutes et de mutineries qui manifeste les tiraillements de l'institution : symbole d'une justice humaniste libérée des châtiments et des supplices corporels d'un côté, lieu de souffrance qui entretient la misère et alimente les carrières délinquantes de l'autre. Ces événements attirent l'opinion publique sur le caractère structurel, et non pas accidentel, des violences internes au milieu fermé. À cet égard, l'une des thèses de *Surveiller et punir* revient à montrer que la souffrance ne se résume pas à la douleur et l'inconfort matériel dus à la promiscuité, à l'insécurité et aux diverses privations inhérentes à la détention, mais qu'elle se traduit d'abord et avant tout par une oppression morale et une souffrance psychique :

Au cours de ces dernières années, des révoltes de prison se sont produites un peu partout dans le monde. Leurs objectifs, leurs mots d'ordre, leur déroulement avaient à coup sûr quelque chose de paradoxal [car] c'étaient aussi des révoltes contre les prisons modèles, contre les tranquillisants, contre l'isolement, contre le service médical ou éducatif. Révoltes dont les objectifs n'étaient que matériels ? Révoltes contradictoires, contre la déchéance, mais contre le confort, contre les gardiens, mais contre les psychiatres ? [...] Ce qui était en jeu, ce n'était pas le cadre trop fruste ou trop aseptique, trop rudimentaire ou trop perfectionné de la prison, c'était sa matérialité dans la mesure où elle est instrument et vecteur de pouvoir ; c'était toute cette technologie du pouvoir sur le corps, que la technologie de l'"âme" – celle des éducateurs, des psychologues et des psychiatres – ne parvient ni à masquer ni à compenser, pour la bonne raison qu'elle n'en est qu'un des outils³².

C'est pourquoi certains passages de *Surveiller et Punir* peuvent être lus comme une réponse en filigrane aux thèses défendues par Althusser dans son article de 1970 « Idéologie

³¹ La prison acquiert symboliquement un statut de premier ordre dans l'arsenal des peines, si bien que peine et prison semblent parfois confondues, alors que, d'un point de vue statistique, les amendes et peines pécuniaires font l'objet de la majorité des jugements rendus en France en volume.

³² Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, *op. cit.*, p. 35.

et Appareil idéologique d'État³³ ». Le concept de « relation de pouvoir » enveloppe une critique de la distinction conceptuelle que fait Althusser entre répression et idéologie, et de la scission que cette distinction introduit parmi les diverses formes de domination institutionnelle. La prison est cette institution, entièrement dédiée à première vue au rôle négatif de la répression, qui entend, à travers la logique de l'amendement et de la réforme du détenu, transformer les dispositions subjectives des individus qui lui sont confiés. Elle fournit donc l'exemple d'une institution à l'égard de laquelle la distinction entre le répressif et l'idéologique, la coercition physique et l'emprise psychique, achoppe dans son application aux faits. Foucault tente ainsi de récuser le partage entre des institutions qui auraient d'un côté pour tâche de contrôler les conduites de manière physique et tangible – à l'instar de la police, des tribunaux, de l'armée ou de l'administration pénitentiaire qui exercent toute une série de contraintes sur les individus – et de l'autre côté des institutions qui produiraient symboliquement des manières de percevoir, d'interpréter et d'évaluer – comme l'école, la religion, la famille ou les médias de masse. Il est alors tentant de lire *Surveiller et punir* aussi comme un ouvrage polémique à l'attention du marxisme althussérien³⁴.

Les corps productifs

La critique du couple répression-idéologie est double chez Foucault³⁵ : d'une part, la notion de répression, dans son caractère strictement négatif et limitatif, masque toute une série

³³ Louis ALTHUSSER, « Idéologie et Appareils idéologiques d'État. Notes pour une recherche » [1970], dans *Positions (1964-1975)*, *op. cit.*, p. 67-125.

³⁴ Cependant, les développements ultérieurs de l'œuvre de Foucault, qui s'attachent au concept de gouvernementalité et à l'émergence de la raison politique, amènent à nuancer grandement cette affirmation à l'égard de l'œuvre de Foucault en général. On peut ainsi penser aux parallèles que tissent W. Montag et J. Butler entre les techniques de soi comme formation de la subjectivité chez Foucault et les processus de l'interpellation par l'idéologie chez Althusser : Judith BUTLER, *The Psychic Life of Power. Theories of Subjection*, Stanford, Stanford University Press, 1997 (traduction française : Judith BUTLER, *La vie psychique du pouvoir. L'assujettissement en théories*, Paris, Léo Scheer, 2002) ; Warren MONTAG, « "The Soul is the Prison of the Body" : Althusser and Foucault, 1970-1975 », *Yale French Studies*, vol. 88, 1995, p. 53-77.

³⁵ Le terme de « répression » a été défini précédemment, mais pas celui d'« idéologie ». Le concept d'« idéologie » peut revêtir plusieurs sens : chez Engels, qui lui donne son sens classique, l'idéologie désigne l'ensemble des phénomènes de « fausse conscience » (« L'idéologie est un processus que le soi-disant penseur accomplit sans doute avec conscience, mais avec une conscience fautive. Les forces motrices véritables qui le mettent en mouvement lui restent inconnues, sinon ce ne serait point un processus idéologique », Lettre à Franz Mehring). En tant que structure idéologique, le droit recouvre les processus réels d'un écran de fumée pour masquer les antagonismes sociaux. Mais l'idéologie n'est ici qu'une croyance, une vision du monde, qui échoue à accéder à la réalité. Ce faisant, elle laisse cette dernière inchangée. Plusieurs travaux ont cherché à rompre avec la dichotomie de la représentation et du réel que suppose la définition d'Engels, comme on peut le voir chez Gramsci, les théoriciens de l'École de Francfort ou encore Althusser lui-même. On pourrait également montrer que chez Marx, dans *l'Idéologie allemande*, l'idéologie ne se réduit pas du tout à une « conscience fautive » qui masquerait une réalité vraie, mais qu'elle est l'expression adéquate d'une réalité sociale insatisfaisante. Ainsi, parmi les travaux récents sur le rapport entre idéologie et droit, Susan Marks se réfère à ce concept pour saisir les

de règles incitatives et positives portant sur les forces et les capacités des sujets ; d'autre part, en visant la réforme de l'âme des condamnés par un travail sur leur corps, le pouvoir qui opère au sein de la prison est tour à tour et de manière indissociable contrainte physique et conditionnement idéologique³⁶. Ainsi, l'emploi du couple conceptuel répression-idéologie amène à reconduire une conception métaphysique du pouvoir qui en définit l'exercice comme transcendant à ses effets. Selon cette conception, le pouvoir préexisterait aux phénomènes de domination et d'exploitation qui le manifestent, et serait *in fine* identifiable à la possession du capital. Or, selon Foucault, pour que la domination capitaliste et l'exploitation s'accomplissent, il faut un assujettissement commun des dominants et des dominés, des capitalistes et des prolétaires, qui intervient avant même que l'individu ne s'identifie à un foyer de forces physiques et intellectuelles, à un sujet de besoins et de désirs ou encore à un titulaire de droits et de devoirs : « le corps ne devient force utile que s'il est à la fois corps productif et corps assujetti. Cet assujettissement n'est pas obtenu par les seuls instruments soit de la violence soit de l'idéologie [...] »³⁷ Les individus et les groupes ne se reconnaissent des intérêts, qu'ils soient défendus, favorisés, négligés ou contredits par les institutions, que dans le cadre d'un assujettissement premier. Le pouvoir n'est donc jamais purement négatif, ce qui constitue l'un des axiomes de la pensée de Foucault.

Cette critique du marxisme althussérien s'enracine dans un geste général consistant à insérer l'analyse des règles et pratiques pénales dans une théorie des multiples expériences du pouvoir, dont la source n'est pas assignable et qui n'est la propriété d'aucune classe sociale préconstituée. Néanmoins, ce pouvoir a un nom : il s'exerce à travers la série des disciplines et des normes qui sont émises par des institutions et par leurs agents à l'attention des individus eux-mêmes, en-deçà des lois que le souverain adresse au corps social et au-delà des contrôles qui régulent la masse d'une population. Ainsi, c'est d'abord sous la forme de

« manières par lesquelles le sens sert à établir et à consolider des rapports de domination » (p. 10). Pour elle, en tant que structure cognitive et ensemble de stratégies discursives, le droit comprend plusieurs opérations idéologiques : la *légitimation* fait « apparaître l'autorité comme valide et adéquate » (p. 19) ; la *dissimulation* occulte, masque ou nie les rapports de domination ; l'*unification* subsume les divers rapports sociaux sous une forme harmonieuse et cohérente ; la *réification* transforme le produit des rapports humains en formes éternelles ; enfin, la *naturalisation* a pour effet de donner aux normes sociales une apparence d'évidence et de nécessité. Friedrich ENGELS, « Lettre à Franz Mehring » (14 juillet 1893), dans Karl MARX et Friedrich ENGELS, *Œuvres choisies*, t. III, Moscou, Editions du Progrès, 1970 ; Karl MARX et Friedrich ENGELS, *L'Idéologie allemande*, trad. de l'allemand par G. Fondu et J. Quérier, Paris, Éditions sociales, « Poches », 2014 ; Alan HUNT, « The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law », *Law & Society Review*, vol. 19, 1985, p. 11-37 ; Susan MARKS, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 10-22.

³⁶ « Plutôt que de voir en cette âme les restes réactivés d'une idéologie, on y reconnaîtrait plutôt le corrélatif actuel d'une certaine technologie du pouvoir sur le corps. Il ne faudrait pas dire que l'âme est une illusion, ou un effet idéologique. » Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., p. 34.

³⁷ *Ibid.*, p. 33-34.

normes visant le comportement individuel, et non à travers une loi identique pour tous ou la gestion d'une masse que s'exerce le pouvoir dans sa forme disciplinaire. Comme l'écrit Foucault :

Apparaît, à travers les disciplines, le pouvoir de la Norme. Nouvelle loi de la société moderne ? Disons plutôt que depuis le XVIII^e siècle, il est venu s'ajouter à d'autres pouvoirs en les obligeant à de nouvelles délimitations ; celui de la Loi, celui de la Parole et du Texte, celui de la Tradition. [...] Comme la surveillance et avec elle, la normalisation devient un des grands instruments de pouvoir à la fin de l'âge classique³⁸.

Appliquée au domaine pénal, la thèse est alors la suivante : punir revient à assujettir l'individu dès lors que, sous l'égide de l'individualisation de la peine, le jugement de condamnation ne vise plus seulement à sanctionner son acte mais aussi à normaliser son comportement. Le principe de l'individualisation des peines, défendu par les doctrines pénales du tournant du XIX^e siècle³⁹, a été traditionnellement interprété comme une humanisation du châtiment : il aboutit à des sanctions plus équitables, par opposition à la rigueur sévère d'un système d'équivalences strictes entre infractions et sanctions. Durkheim prolonge cette interprétation pour en faire l'une des lois de l'évolution pénale⁴⁰, ce qui révèle pour Foucault la myopie de son approche :

si, en apparence, la nouvelle législation criminelle se caractérise par un adoucissement des peines, une codification plus nette, une diminution notable de l'arbitraire, un consensus mieux établi à propos du pouvoir de punir (à défaut d'un partage plus réel de son exercice), elle est sous-tendue par un bouleversement dans l'économie traditionnelle des illégalismes et une contrainte rigoureuse pour maintenir leur ajustement nouveau. Il faut concevoir un système pénal comme un appareil pour gérer différenciellement les illégalismes, et non point pour les supprimer tous⁴¹.

Pour le sociologue français, l'individualisation des sanctions manifeste en effet un recul du droit pénal dans la gestion des conflits : dans une société où l'individu est la valeur sociale fondamentale, on incrimine moins les entorses à la tradition et on adapte les sentences aux circonstances de l'acte et aux antécédents du prévenu. Or pour Foucault, l'atrophie du droit pénal est un leurre et masque la dispersion des peines au-delà des limites du droit. La peine se présente moins comme une sanction rétributive que comme une technique qui a pour finalité l'intériorisation des normes par les individus. Pour le philosophe, l'adoucissement des peines n'est qu'apparent et a pour condition la diffusion sociale des disciplines : des institutions aussi diverses que l'école, l'hôpital, l'armée ou l'usine assurent leur légitimité et leur efficacité en définissant par elles-mêmes les déviations qu'elles ont pour

³⁸ *Ibid.*, p. 186.

³⁹ Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris, Alcan, 1898.

⁴⁰ Voir *infra*, chapitre 5, section 2.

⁴¹ Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, *op. cit.*, p. 91.

vocation de redresser, ce qui conduit Foucault à souligner le paradoxe de la peine, qui entretient en fait ce qu'elle réprime en droit. Dans ce cadre, il faut conclure selon lui que

[...] du point de vue d'une économie du pouvoir de punir, et des techniques par lesquelles on veut mettre en circulation, dans tout le corps social, des signes de punition exactement ajustés, sans excès ni lacunes, sans "dépense" inutile de pouvoir mais sans timidité, on voit bien que la codification du système délits-châtiments et la modulation du couple criminel-punition vont de pair et s'appellent l'une l'autre. L'individualisation apparaît comme la visée ultime d'un code exactement adapté⁴².

Au plan des pratiques pénales que l'on peut constater, le décalage formel entre les sanctions annoncées par la loi et les peines appliquées en réalité aux condamnés s'explique par l'immixtion de normes médicales, psychiatriques ou morales dans le droit, qui ne sont pas requalifiées juridiquement⁴³. Au cours du jugement pénal et tout au long de l'exécution de la peine, les règles formelles de la procédure pénale s'hybrident à des mesures d'une autre nature⁴⁴. L'ignorer revient pour Foucault à entretenir une image déformée de l'institution. C'est pourquoi la forme générale du pouvoir qui caractérise la pénalité moderne est disciplinaire, et non plus juridique. Le droit de punir serait le masque qui dissimule au sein de l'institution le « contre-droit⁴⁵ » de la discipline, dont la prison serait l'archétype dans les sociétés contemporaines⁴⁶ :

Aussi régulière et institutionnelle qu'elle soit, la discipline, dans son mécanisme, est un "contre-droit". Et si le juridisme universel de la société moderne semble fixer les limites à l'exercice des pouvoirs, son panoptisme partout répandu y fait fonctionner, au rebours du droit, une machinerie à la fois immense et minuscule qui soutient, renforce, multiplie la dissymétrie des pouvoirs et, rend vaines les limites qu'on lui a tracées. Les disciplines infimes, les panoptismes de tous les jours peuvent bien être au-dessous du niveau d'émergence de grands appareils et des grandes luttes politiques. Elles ont été, dans la généalogie de la société

⁴² *Ibid.*, p. 101.

⁴³ *Ibid.*, p. 27.

⁴⁴ C'est ce qu'analyse précisément Stéphane Legrand dans son ouvrage sur *Les normes chez Foucault* : « Les lois définissent pour chaque délit non une peine, mais un espace des peines ; ce qui pose la question de savoir selon quelles régularités éventuelles, quelles normes de détermination, les peines se distribuent autour de la médiane : à quelles règles obéissent les juges quand ils attribuent des condamnations plus lourdes ou égales à la peine médiane ? L'application de la norme juridique, en tant qu'elle implique un tel espace, ne peut se faire que par la médiation de normes extra-juridiques, obéissant à une autre rationalité. Ces normes extra-juridiques, par exemple médico-psychiatriques, se rencontrent à un triple niveau : dans la détermination de l'imputabilité ; dans celle du degré de la peine réelle parmi l'espace des possibles ; et dans celle de la culpabilité. » Stéphane LEGRAND, *Les normes chez Foucault*, *op. cit.*, p. 253 (note). Stéphane Legrand s'appuie ici sur le livre de Nicolas HERPIN, *L'application de la loi*, Paris, Seuil, 1977.

⁴⁵ Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, *op. cit.*, p. 224.

⁴⁶ « La prison avec toute la technologie corrective dont elle est accompagnée est à replacer là : au point où se fait la torsion du pouvoir codifié de punir, en un pouvoir disciplinaire de surveiller ; au point où les châtements universels des lois viennent s'appliquer sélectivement à certains individus et toujours les mêmes ; au point où la requalification du sujet de droit par la peine devient dressage utile du criminel ; au point où le droit s'inverse et passe à l'extérieur de lui-même, et où le contre-droit devient le contenu effectif et institutionnalisé des formes juridiques. » Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, *op. cit.*, p. 225.

moderne, avec la domination de classe qui la traverse, la contrepartie politique des normes juridiques selon lesquelles on redistribuait le pouvoir⁴⁷.

Les deux limites du modèle disciplinaire

Ces thèses soulèvent néanmoins plusieurs difficultés, touchant à la fonction sociale des peines dont Foucault fait implicitement la critique, et aux présupposés normatifs, et plus précisément rétributivistes, d'une telle critique. Le premier problème découle d'une difficulté logique, inscrite dans la construction de *Surveiller et punir* : pour certains commentateurs, Foucault ferait un usage amphibologique de la notion de discipline. À l'intérieur de la prison, l'âme est un rouage de l'assujettissement des condamnés : la peine vise à la redresser et étend à cette fin la contrainte exercée sur le corps. Mais à l'extérieur, la prison représente la forme concentrée mais aussi le modèle de fonctionnement d'institutions aussi diverses que l'école, la caserne, l'usine ou l'hôpital. Pour résumer, dans l'institution carcérale, l'âme est devenue la prison du corps physique (par sa fonction correctrice, la peine discipline les corps rétifs)⁴⁸, au dehors, la prison est l'âme du corps social (la discipline est le mode d'exercice privilégié du pouvoir). La notion de discipline désigne alors deux choses différentes : la forme propre de la distribution du pouvoir au sein de l'institution pénitentiaire ; mais aussi un modèle général de configuration de la société, sans que l'on sache en réalité comment la société elle-même y réagit⁴⁹. C'est ce que trahissent les concepts employés à la fin de *Surveiller et punir* de « pouvoir disciplinaire », de « société panoptique⁵⁰ » ou encore d'« archipel carcéral⁵¹ », qui expriment tous la thèse d'une diffusion sociale de la prison et du caractère punitif qu'ont pris les normes sociales. L'amphibologie paraît néanmoins être assumée par Foucault dans la manière dont le problème se pose à lui :

⁴⁷ *Ibid.*, p. 225.

⁴⁸ « [“L'âme” du condamné est née] de procédures de punition, de surveillance, de châtiment et de contrainte. [...] On n'a pas substitué à l'âme, illusion des théologiens, un homme réel, objet de savoir, de réflexion philosophique ou d'intervention technique. L'homme dont on nous parle et qu'on invite à libérer est déjà en lui-même l'effet d'un assujettissement bien plus profond que lui. Une “âme” l'habite et le porte à l'existence, qui est elle-même une pièce dans la maîtrise que le pouvoir exerce sur le corps. L'âme, effet et instrument d'une anatomie politique ; l'âme, prison du corps. » *Ibid.*, p. 34.

⁴⁹ Bruno Karsenti montre ainsi que le plan d'immanence de la société brille par son absence chez Foucault et constitue un point aveugle de son travail théorique : Bruno KARSENTI, *D'une philosophie à l'autre. Les sciences sociales et la politique des modernes*, *op. cit.*, p. 171 et suiv.

⁵⁰ Appliqué au départ à l'institution carcérale, le « schéma panoptique, sans s'effacer ni perdre aucune de ses propriétés, est destiné à se diffuser dans le corps social ; il a pour vocation d'y devenir une fonction généralisée ». Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, *op. cit.*, p. 242.

⁵¹ J'ajoute la citation en entier : « En un mot, l'archipel carcéral assure, dans les profondeurs du corps social, la formation de la délinquance à partir des illégalismes ténus, le recouvrement de ceux-ci par celle-là et la mise en place d'une criminalité spécifiée ». *Ibid.*, p. 277.

Que la prison cellulaire, avec ses chronologies scandées, son travail obligatoire, ses instances de surveillance et de notation, avec ses maîtres en normalité, qui relaient et multiplient les fonctions du juge, soit devenue l'instrument moderne de la pénalité, quoi d'étonnant? Quoi d'étonnant si la prison ressemble aux usines, aux écoles, aux casernes, aux hôpitaux, qui tous ressemblent aux prisons⁵² ?

La prison est traversée par des disciplines qui en étendent le modèle à toute la société. Son pouvoir se reproduit symboliquement et matériellement dans toutes les sphères de la vie sociale. Par comparaison et analogie, des institutions hétérogènes dessinent le diagramme d'un pouvoir disciplinaire, d'une même « conduire des conduites », qui s'infiltrer partout et éclaire en retour l'isomorphie des usines, des écoles, des casernes, des hôpitaux et des prisons. La discipline joue donc chez Foucault aux deux bouts du modèle de la société disciplinaire, comme condition et comme résultat, si bien qu'on ne sait plus si c'est le fonctionnement de la prison qui a été imité par les autres institutions sociales, ou si ce sont les impératifs de production et d'utilité sociale qui ont transformé de l'intérieur les pratiques pénales. Cette circularité manifeste selon Stéphane Legrand le besoin de relier plus explicitement l'analyse de la peine par Foucault à une critique matérialiste de la société capitaliste⁵³, comme l'incitent à le penser plusieurs passages du livre de 1975 :

Disons que la discipline est le procédé technique unitaire par lequel la force du corps est aux moindres frais réduite comme force "politique", et maximalisée comme force utile. La croissance d'une économie capitaliste a appelé la modalité spécifique du pouvoir disciplinaire, dont les formules générales, les procédés de soumission des forces et des corps, l'"anatomie politique" en un mot peuvent être mis en œuvre à travers des régimes politiques, des appareils ou des institutions très divers⁵⁴.

La notion de discipline peut-elle être étirée au point de subsumer dans un même concept les mesures correctrices imposées aux détenus et l'ensemble des règles visant à rendre les corps utiles et productifs ? Comment affirmer que des institutions aussi hétérogènes assument une fonction homogène de normalisation, si ce n'est en donnant à la discipline le statut très indéterminé d'une condition nécessaire à l'ordre social ? Travail, éducation, exercice militaire, répression de la délinquance, internement hospitalier, peuvent-ils tous obéir à la même finalité sans fin de la discipline ? Bien que la notion signifie un type de norme et non d'institution, et désigne une espèce de pratique et non de structure, elle émerge ici sous une forme hypostasiée. Assurant l'homogénéité de phénomènes pourtant hétérogènes, elle

⁵² *Ibid.*, p. 229.

⁵³ « [Foucault] a adopté un mode d'exposition lui permettant de présenter le recensement des pratiques disciplinaires sur un mode analytique [...]. Mais il fait comme si ce recensement et ce prélèvement étaient la décomposition d'un "quelque chose" qui existerait en et pour soi indépendamment de l'analyse, *quid* qu'il baptise "technologie disciplinaire". Or, ce *quid* ne peut pas exister, être *une* pratique ; il désigne plutôt le point aveugle de l'analyse foucauldienne. » Stéphane LEGRAND, « Le marxisme oublié de Foucault », *Actuel Marx*, vol. 2, n° 36, 2004, p. 32-33. Voir également Stéphane LEGRAND, *Les normes chez Foucault*, *op. cit.*

⁵⁴ Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, *op. cit.*, p. 258.

met la méthode de Foucault en contradiction avec ses postulats nominalistes⁵⁵. Pour résoudre ce problème, Stéphane Legrand insiste sur la nécessité d'exhumer le référentiel marxiste caché de *Surveiller et punir*⁵⁶. On ne peut faire de la discipline un schéma général pour rendre intelligible le pouvoir que si l'on comprend en quoi les disciplines accompagnent et assurent le développement du mode de production capitaliste : par exemple, si la prison incarne le modèle paroxystique de l'institution disciplinaire c'est parce qu'elle rend possible la séparation, dans l'ordre des représentations, entre un honnête prolétariat, âpre au travail, et un sous-prolétariat oisif et dangereux⁵⁷. Je vais aborder cette hypothèse dans la section suivante, mais je voudrais insister avant sur le fait qu'elle débouche sur un second problème, lié à la définition de la discipline comme « contre-droit ». Foucault sépare en effet la sanction pénale, notion de nature formelle et juridique, des disciplines, réalité matérielle et extra-juridique. Alors que la première serait d'essence rétributive, les secondes obéiraient à une fonction thérapeutique. Présuppose-t-il alors la définition conceptuelle de la peine qu'il prétend dépasser en faisant une généalogie historique de la prison ? S'appuie-t-il implicitement sur une conception rétributiviste de la peine, qu'il faudrait induire de l'observation des conventions sociales ou des instincts humains ? Ce problème fera l'objet de la troisième section de ce chapitre.

Conclusion de la section 1

On peut résumer les avancées de l'analyse. L'individualisation de la peine apparaît couramment comme l'indice d'un adoucissement du pouvoir punitif : « Que le châtiment, si je puis ainsi parler, frappe l'âme plutôt que le corps » promet l'abbé Mably⁵⁸. Pour Foucault, au contraire, elle constitue un symptôme de l'extension de la punitivité au-delà de la sphère pénale, comme le révèle le recours grandissant aux punitions au sein d'institutions aussi diverses que l'hôpital, l'école, l'asile, l'armée, l'usine ou la prison. Ce n'est donc plus à partir de la loi que s'exerce le pouvoir, mais à travers des règlements locaux qui visent la rectitude

⁵⁵ Voir Étienne BALIBAR, « Foucault et Marx. L'enjeu du nominalisme », in [COLLEC.] Association pour le centre Michel Foucault, *Michel Foucault philosophe : rencontre internationale, Paris 9, 10, 11 janvier 1988*, Paris, Seuil, 1989, p. 54-76.

⁵⁶ Stéphane LEGRAND, « Le marxisme oublié de Foucault », *op. cit.*, p. 28.

⁵⁷ « [...] alors que les systèmes juridiques qualifient les sujets de droit, selon des normes universelles, les disciplines caractérisent, classifient, spécialisent ; elles distribuent le long d'une échelle, répartissent autour d'une norme, hiérarchisent les individus les uns par rapport aux autres, et à la limite disqualifient et invalident. » Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir, op. cit.*, p. 259.

⁵⁸ G. de MABLY, *De la législation* (1789), cité par Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir, op. cit.*, p. 22.

des comportements et que Foucault identifie donc à des normes. Une forme de pouvoir *sui generis* se détache ainsi d'institutions hétérogènes, la discipline, qui a pour fin la normalisation des conduites et pour condition la formation au XIX^e siècle de différents savoirs sur l'individu et son milieu (médecine, psychiatrie, pédagogie, criminologie, pharmacologie ou encore psychologie). La peine change alors historiquement de fonction : non plus expier ou venger le souverain menacé, mais rééduquer, guérir et amender le condamné. Médecins, psychologues, psychiatres, éducateurs et aumôniers font leur entrée en prison. L'institution pénale se fait correctrice et s'exerce par l'interpellation du détenu en son âme et conscience. La subjectivité criminelle est remodelée, sa nature déviante justifie le besoin d'enfermer l'infracteur pour le transformer moralement⁵⁹. On retrouve aujourd'hui ce modèle dans la référence aux tendances, aux penchants et à la mentalité du criminel : autant de déterminations psychologiques dont on infère une propension à la récidive, un degré de dangerosité ou des seuils de risque auxquels la peine est censée remédier.

La pénalité, qui désigne autant les règles que le régime des peines, est ainsi analysée du point de vue de ce qu'elle produit socialement et non des causes structurelles qui la déterminent : chez Foucault, la prison est révélatrice d'un type de pouvoir transversal aux institutions qui s'exerce à un niveau plus fondamental que les rapports de domination qu'il conditionne. La démonstration paraît donc suivre un raisonnement métonymique, passant de façon indue des disciplines locales que la peine impose aux détenus au pouvoir disciplinaire qui s'exercerait globalement dans la société. Pour dépasser le caractère amphibologique de ces thèses, il conviendrait alors de rendre compte de la finalité matérielle des peines au sein des sociétés capitalistes. En normalisant l'esprit par la discipline du corps, la peine contribue-t-elle à accorder les aptitudes des individus aux exigences des rapports d'exploitation économique ?

⁵⁹ « [L'âme] est produite en permanence, autour, à la surface, à l'intérieur du corps par le fonctionnement d'un pouvoir qui s'exerce sur ceux qu'on punit. » Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, op. cit., p. 34.

Section 2. Les limites de l'articulation

L'approche de Foucault s'oppose à une certaine sociologie du droit qui voit dans l'institution pénale une forme de *catharsis* sociale, servant à renforcer la conscience collective et à maintenir l'homéostasie du groupe. Contre cette conception irénique et pacificatrice du droit, la critique généalogique n'aboutit pas non plus à faire de la répression du crime le masque idéologique de la domination de classe. Elle insiste au contraire sur la fonction distributive de la peine, qui ne solde pas le conflit mais le déplace, qui ne rétribue pas le criminel mais l'individualise et le réforme comme déviant. L'institution pénale n'aurait pas pour fin de réprimer la délinquance, mais de la coder et de l'entretenir :

Dans cette société panoptique dont l'incarcération est l'armature omniprésente, le délinquant n'est pas hors la loi ; il est, et même dès le départ, dans la loi, au cœur même de la loi, ou du moins en plein milieu de ces mécanismes qui font passer insensiblement de la discipline à la loi, de la déviation à l'infraction [...]. Le délinquant est un produit d'institution⁶⁰.

L'utilité sociale de la « production » du délinquant peut alors être comprise à l'aune de deux types d'effet : la dissuasion, par la valeur négative que reçoit l'acte réprimé, et la normalisation des conduites, qui vise *in fine* à assujettir les individus aux conditions sociales du travail dans les sociétés capitalistes⁶¹. Les disciplines constituent ainsi les conditions idéologiques et pratiques de l'exploitation économique, en imposant à l'individu et à son corps les normes de conduite requises pour qu'il devienne force de production et sujet de l'exploitation.

Par implication, ces thèses affirment le caractère idéologique des théories qui font de l'intérêt général le critère de l'incrimination au sein d'une communauté. La généalogie des manières de punir révèle l'effet mystificateur des discours moralisateurs ou légalistes⁶². La référence aux justifications morales de la peine comme aux règles juridiques qui l'encadrent

⁶⁰ Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, *op. cit.*, p. 308.

⁶¹ Foucault explique ainsi les hypothèses qui le conduisent à soutenir que l'institution pénitentiaire obéit à un mécanisme de gestion différentiel des illégalismes : « Il faudrait alors supposer que la prison et d'une façon générale, sans doute, les châtements ne sont pas destinés à supprimer les infractions ; mais plutôt à les distinguer, à les distribuer, à les utiliser ; qu'ils visent, non pas tellement à rendre dociles ceux qui sont prêts à transgresser les lois, mais qu'ils tendent à aménager la transgression des lois dans une tactique générale des assujettissements. La pénalité serait alors une manière de gérer les illégalismes, de dessiner des limites de tolérance, de donner du champ à certains, de faire pression sur d'autres, d'en exclure une partie, d'en rendre utile une autre, de neutraliser ceux-ci, de tirer profit de ceux-là. Bref, la pénalité ne "réprimerait" pas purement et simplement les illégalismes ; elle les "différencierait", elle en assurerait l'"économie" générale. » *Ibid.*, p. 277.

⁶² Il convient selon Foucault d'« analyser plutôt les "systèmes punitifs concrets", les étudier comme des phénomènes sociaux dont ne peuvent rendre compte la seule armature juridique de la société ni ses choix éthiques fondamentaux. » *Ibid.*, p. 258.

formellement n'offrirait pas un rempart contre le pouvoir disciplinaire et constituerait au contraire une condition à son extension :

[Le panoptisme] n'a pas cessé de travailler en profondeur les structures juridiques de la société, pour faire fonctionner les mécanismes effectifs du pouvoir à l'encontre des cadres formels qu'il s'était donnés. Les "Lumières" qui ont découvert les libertés ont aussi inventé les disciplines⁶³.

Je voudrais interroger l'extension possible de ces thèses à l'institution pénale toute entière, étant donné que l'analyse de Foucault se limite à la genèse de la prison. Dans une PREMIERE SOUS-SECTION, je chercherai à savoir si l'on peut déduire de ces thèses l'idée que la peine contribue indirectement à défendre les intérêts des classes supérieures, malgré les médiations du droit. Je chercherai alors à distinguer, dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, la validité de cette thèse dans le cas des peines *telles qu'elles sont appliquées*.

2.1. L'articulation entre peine et structures sociales

La productivité matérielle des peines

Selon notre dernière hypothèse, les diverses pratiques pénales, de la qualification du crime à l'exécution de la peine en passant par le jugement de condamnation, auraient pour finalité de mettre au travail la masse composite des individus d'une société. Foucault le rappelle sans détour : avec d'autres institutions étatiques, la peine constitue l'une des pièces assurant le « fonctionnement d'un pouvoir qui s'exerce sur ceux qu'on punit – d'une façon plus générale sur ceux qu'on surveille, qu'on dresse et corrige, sur les fous, les enfants, les écoliers, les colonisés, sur ceux qu'on fixe à un appareil de production et qu'on contrôle tout au long de leur existence⁶⁴ ». La spécificité de la sanction pénale se dissout ainsi dans une entreprise générale de contrôle social et d'asservissement de tous aux finalités du mode de production capitaliste. C'est ce dont Foucault entend faire la généalogie dans *Surveiller et punir*, en prenant la prison comme symptôme du type de pouvoir requis par l'exploitation. L'objet du livre de 1975 est donc moins de proposer une critique des pratiques pénales que de révéler la dimension normative de la pénalité : c'est-à-dire sa capacité à instituer des statuts

⁶³ *Ibid.*, p. 224.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 34.

moraux au prétexte de corriger un mal, à assigner des rôles en traitant les déviances et à maintenir l'exploitation des corps en incitant le condamné à se réformer lui-même.

Au plan méthodologique, défendre cette thèse implique deux présupposés : l'analyse des normes juridiques se limite à celles appliquées par les autorités judiciaires ; la détention est largement privilégiée parmi les différents types de sanction pénale. Loin de dissimuler la spécificité de son approche, Foucault s'en explique à plusieurs reprises dans *Surveiller et punir*. Certes, les peines tirent leur validité d'un système de règles juridiques et leur efficacité de la morale commune. Mais on peut également les saisir comme des « techniques de pouvoir », au service d'une « tactique politique ». Pour cela, il faut se concentrer sur l'institution carcérale, dont l'analyse fait ressortir ce qui fait de la peine une « forme sociale complexe », irréductible à un strict instrument de répression. C'est la raison pour laquelle l'objet de Foucault n'est pas la structure légale de la peine, mais le « complexe scientifico-judiciaire⁶⁵ » qui a donné naissance à la prison. Il se démarque néanmoins d'une théorie de la violence d'État, qui se concentrerait sur les pratiques effectives de l'administration pénitentiaire, pour se plonger dans la description des normes sous-jacentes aux doctrines pénales et la criminologie. Ces différents discours concourent à renforcer les partages introduits par la loi au sein du jeu social. À travers ce qui s'apparente donc à une déconstruction de la délinquance comme réalité donnée, Foucault substitue à la catégorie formelle et semble-t-il neutre de crime le concept d'illégalisme. Il met l'accent sur la nature historique et la fonction politique des comportements et des conduites qui se développent et s'entretiennent du fait même de l'existence des frontières entre le permis et le défendu que la loi institue : comme il le soutient, « l'existence d'un interdit légal crée autour de lui un champ de pratiques illégalistes⁶⁶ ».

Ces thèses confinent-elles à la circularité, le droit entretenant ce qu'il est censé réprimer, la qualification du crime servant moins à prévenir les infractions qu'à l'exploiter comme déviance, la loi pénale produisant les conditions sociales de sa propre transgression⁶⁷ ? Foucault semble en effet soutenir par instants une conception intransitive du pouvoir disciplinaire, qui alimente la conflictualité sociale dont il tire sa propre légitimité, et ceci à l'infini : « si les châtements légaux sont faits pour sanctionner les infractions on peut dire que la définition des infractions et leur poursuite sont faites en retour pour entretenir les

⁶⁵ Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, *op. cit.*, p. 27-28.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 285.

⁶⁷ « Dans cette société panoptique dont l'incarcération est l'armature omniprésente, le délinquant n'est pas hors la loi ; il est, et même dès le départ, dans la loi, au cœur même de la loi, ou du moins en plein milieu de ces mécanismes qui font passer insensiblement de la discipline à la loi, de la déviation à l'infraction. » *Ibid.*, p. 308.

mécanismes punitifs et leurs fonctions⁶⁸. » Pour sortir du cercle logique, certains commentaires montrent néanmoins que cette « analytique du pouvoir » est adossée à une théorie de l'infrastructure économique des sociétés capitalistes. Cette lecture inciterait à nuancer les réserves de Foucault⁶⁹ à l'égard des approches marxistes du droit. En outre, si l'on suit S. Legrand, le besoin de révéler les conditions et la finalité matérielles du pouvoir disciplinaire, autrement dit de réactiver le « marxisme oublié » du philosophe, ne serait valable qu'au sujet de *Surveiller et punir*⁷⁰. La dépendance du pénal aux structures économiques est en effet une thèse formulée de manière tout à fait claire dans des travaux antérieurs, notamment au sein d'entretiens et d'articles rassemblés dans les *Dits et écrits* : « Pour que les individus soient une force de travail disponible pour l'appareil de production, il faut un système de contraintes, de coercition et de punition, un système pénal et un système pénitentiaire. Ce n'en sont que des expressions⁷¹. »

Genèse de l'articulation

C'est au travers du cours de 1972-1973, *La Société punitive*⁷², dans lequel Foucault aborde les transformations sociales et les réformes pénales de la France des XVIII^e et XIX^e siècles, que le lien entre pratiques pénales et exploitation est forgé de façon inductive. On peut résumer ainsi les principales hypothèses de ce laboratoire de *Surveiller et punir* : la codification des infractions et des sanctions a eu indirectement pour fonction d'assurer l'adaptation des forces productives aux conditions de travail dans les manufactures, les ateliers, les fabriques et les usines ; les actes qui sont incriminés en priorité sont ceux qui contiennent en germe l'indocilité, la dispersion et l'insoumission des travailleurs ; la loi pénale vise en grande partie à fixer la plus grande force de travail à l'appareil de production ;

⁶⁸ *Ibid.*, p. 258.

⁶⁹ « [...] le système industriel exigeant un marché libre de la main-d'œuvre, la part du travail obligatoire diminuerait au XIX^e siècle dans les mécanismes de punition, et on lui substituerait une détention à fin corrective. Il y a sans doute bien des remarques à faire sur cette corrélation stricte. » *Ibid.*, p. 29-30.

⁷⁰ « La disciplinarisation se présente [dans *La Société punitive*], selon un ordre d'exposition dont on constate qu'il diffère en profondeur de celui qu'adoptera *Surveiller et punir*, comme la condition d'effectivité des rapports juridiques formels qui régissent la relation de travail [...], c'est du point de vue des luttes de classe et de la construction sociale des rapports de production capitalistes, et donc des sujets disposés subjectivement à y figurer, que l'émergence historique de la disciplinarisation est ici pensée. Foucault, d'ailleurs, le dit dans des termes qui ne pourraient pas être plus clairs : le système coercitif est "l'instrument politique du contrôle et du maintien des rapports de production". » Stéphane LEGRAND, « Le marxisme oublié de Foucault », *op. cit.*, p. 37. Voir également Stéphane LEGRAND, *Les normes chez Foucault*, *op. cit.*

⁷¹ Michel FOUCAULT, « Prisons et révoltes dans les prisons » [1973], dans *Dits et écrits*, t. II, 1970-1975, *op. cit.*, p. 430.

⁷² Michel FOUCAULT, *La Société punitive. Cours au Collège de France, 1972-1973*, Paris, Seuil/Gallimard, 2013.

l'activité de la police et des tribunaux cherche d'abord à atteindre les conduites nuisibles au travail et à l'accumulation du capital. Précisions ces hypothèses en revenant sur les exemples que Foucault utilise dans sa démonstration.

Deux types de comportements sont ciblés par les autorités administratives ou judiciaires chargées de réprimer les infractions à la loi : les « illégalismes de prédation » (vol, escroquerie, etc.) et les « illégalismes de dissipation » (crime de sang, viol, coups et blessures, mais aussi ivresse, oisiveté, etc.) à travers lesquels l'ouvrier vole la force de travail au capital, « pille le capital à même sa propre vie qu'il épuise, dérobant par là, non pas la richesse créée mais la condition même du profit⁷³ ». Les institutions pénales et pénitentiaires remplissent en conséquence un double rôle : elles assurent d'un côté la mainmise des classes supérieures sur les moyens de production en protégeant les lieux et les cadres de l'accumulation du capital ; elles exercent de l'autre un contrôle indirect sur les dispositions subjectives de la main d'œuvre, par la défense d'une morale du labeur qui enjoint les travailleurs à se dépenser pour obtenir les gains de leur activité et à ne pas dilapider leur énergie en pure perte. À travers cette double fonction de dissuasion générale et d'édification morale, le droit pénal est défini, sous l'angle du régime des peines, comme un rouage des disciplines qui ordonnent la vie sociale.

On ne saurait cependant rendre raison de ce projet sans exposer ses liens avec les travaux de Georg Rusche et Otto Kirchheimer, respectivement économiste et juriste, membres de la première génération de l'École de Francfort, qui ont publié en 1939 *Peine et structure sociale*⁷⁴. Bien que l'hommage à l'ouvrage soit rare mais appuyé dans *Surveiller et punir*⁷⁵, le rapport entre les deux œuvres est plus étroit qu'il n'y paraît. Il est en effet frappant de voir formulée, en conclusion de l'étude de Rusche et Kirchheimer, la thèse de l'éclipse de la loi pénale derrière la dissémination sociale des pratiques punitives, autrement dit de la désuétude de l'autorité souveraine de la loi au profit des règlements et des normes disciplinaires que les institutions sociales font jouer en commun :

Paradoxalement, le progrès du savoir humain a rendu le problème de la pratique pénale plus compréhensible et plus soluble que jamais, alors que la perspective d'une révision

⁷³ Stéphane LEGRAND, « Le marxisme oublié de Foucault », *op. cit.*, p. 37-38.

⁷⁴ Georg RUSCHE et Otto KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale*, *op. cit.*

⁷⁵ « Du grand livre de Rusche et Kirchheimer, on peut retenir un certain nombre de repères essentiels. [...] les mesures punitives ne sont pas simplement des mécanismes "négatifs" qui permettent de réprimer, d'empêcher, d'exclure, de supprimer [mais] sont liées à toute une série d'effets positifs et utiles qu'elles ont pour charge de soutenir [...]. Dans cette ligne, Rusche et Kirchheimer ont mis en relation les différents régimes punitifs avec les systèmes de production où ils prennent leurs effets [...]. » Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 29-30.

fondamentale de la politique des peines semble avoir reculé vers un futur inaccessible en raison de sa dépendance fonctionnelle par rapport à l'ordre social existant⁷⁶.

Ce constat amer, livré en conclusion par Rusche et Kirchheimer, fait signe vers l'intention même de Foucault d'étudier la prison comme expression de la « société panoptique ». Les théoriciens francfortois ont en effet grandement contribué à construire l'hypothèse selon laquelle le régime des peines serait articulé aux structures économiques d'une société. Afin de résoudre les problèmes descriptifs et normatifs ouverts par *Surveiller et punir*, il est donc utile de revenir sur les limites qu'ils posent eux-mêmes à la validité de cette hypothèse. *Peine et Structure sociale* analyse ce qui se présente comme l'objectif social principal de toute politique criminelle : la prévention du crime, dont les deux versants sont l'intimidation des infracteurs potentiels et la lutte contre la récidive. L'ouvrage propose une critique matérialiste du discours de la dissuasion et de sa fin affichée, la paix sociale. Ce faisant, il formule l'hypothèse de la « dépendance fonctionnelle » des peines à la conjoncture socio-économique, observant des variations dans l'application des peines en fonction de la classe et du statut des prévenus, et une plus ou moins grande sévérité des peines en fonction de l'abondance ou de la rareté de la main d'œuvre.

Dans un article antérieur à l'ouvrage, G. Rusche résume les arguments en faveur de cette hypothèse :

L'expérience nous enseigne que la plupart des crimes sont commis par les membres de couches qui subissent une forte pression sociale et qui sont donc de toute façon désavantagée du point de vue de la satisfaction de leurs intérêts, par rapport aux autres couches sociales. Pour ne point contrevenir à sa fonction, le régime des peines doit être conçu de telle sorte que les couches précisément les plus menacées de devenir criminelles préfèrent rationnellement s'abstenir d'enfreindre la prohibition plutôt que de subir la sanction. [Si] l'on considère la grande masse du travail quotidien des tribunaux répressifs, alors il apparaît clairement que le droit pénal ne vise presque exclusivement que ceux que leur origine, leur misère économique, leur éducation négligée ou leur état d'abandon moral ont poussé au crime [...]. Le régime des peines, pour détourner efficacement du crime ces couches sociales, doit leur apparaître comme infiniment pire que leur condition présente elle-même⁷⁷.

Pour le sociologue, ce qui se présente comme la justification utilitariste de la peine, c'est-à-dire éviter les actes nuisibles dans l'intérêt du plus grand nombre, masque en fait un droit pénal voué à la criminalisation et à la punition des groupes les plus pauvres d'une société. En tant qu'élément de politique criminelle, la dissuasion n'a de sens que dans une situation où les plus basses couches sociales ont peu à perdre si elles enfreignent la loi pour survivre. Dans un contexte de croissance démographique, et partant de forte pression sur la force de travail, la politique criminelle s'arc-boute sur des peines qui combinent blâme moral

⁷⁶ Georg RUSCHE et Otto KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale*, op. cit., p. 373.

⁷⁷ Georg RUSCHE, « Marché du travail et régime des peines. Contribution à la sociologie de la justice pénale » dans Georg RUSCHE et Otto KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale*, op. cit., p. 101-102.

et traitement pénible afin de rendre le sort des plus pauvres préférable à celui du premier condamné. De la comparaison entre fluctuations économiques et histoire des peines, Rusche prétend alors tirer l'axiome de toute politique criminelle efficace : « le régime des peines doit représenter un enfer que [les couches miséreuses] ne sont pas disposées à échanger contre leurs conditions de vie⁷⁸. »

Extension de l'articulation (Rusche et Kirchheimer)

Un tel axiome signifie que le droit pénal ne pourra jamais se passer de sanctions afflictives et infamantes, et que les réformes humanistes qui visent à améliorer le sort des détenus sont inexorablement inhibées à partir d'un certain seuil d'adoucissement. La révision du système pénal achoppera donc toujours sur la nécessité d'intimider ceux qui en raison de leur misère seraient tenter de transgresser la loi. C'est ce que conclut Rusche dans un autre article antérieur à *Peine et structure sociale* où il analyse les émeutes de grande ampleur dans les prisons américaines à la fin des années 1920⁷⁹. Cet axiome reconnaît une dépendance structurelle entre les peines appliquées et la capacité d'une société à fournir à chacun de ses membres des moyens égaux de subsistance. Est-il néanmoins pertinent pour tous les types de faits contentieux ? S'il paraît acceptable concernant l'atteinte aux biens, il n'explique pas les atteintes aux personnes, les escroqueries ou encore les infractions financières, comme le rappelle Rusche. Il prend soin en effet d'écarter de son étude à la fois les cas « des personnes qui ne sont pas soumises aux inhibitions sociales, [des] délits qui n'ont pas de rapport avec la position sociale – tels la diffamation ou les délits politiques, par exemple – [ou encore des] affaires isolées des procès à sensation⁸⁰ ».

Peut-on gommer les particularités du contexte de découverte de cet axiome, pour monter en généralité et en faire une abstraction valable partout et tout le temps ? Rien ne dit qu'une hypothèse forgée pour l'Amérique du Nord des années 1920 ne soit éclairante pour l'Europe occidentale au début du XXI^e siècle. Sous quelles conditions peut-on alors maintenir

⁷⁸ *Ibid.*, p. 112.

⁷⁹ « Le régime américain des peines s'est adapté à la situation nouvelle, sans que l'on ait eu besoin de revenir explicitement sur les réformes pénitentiaires tant admirées. Ce n'est pas la volonté maligne d'un réactionnaire ennemi de l'humanité qui lui a assigné la tâche nouvelle de dissuader les chômeurs affamés de commettre des délits de nécessité et d'écraser leur niveau de vie, au point que la prison est devenue le lieu d'une pression sociale si forte qu'elle effraie non plus seulement le travailleur bien payé, mais même le chômeur non assisté. Le régime des peines a tout simplement endossé cette tâche automatiquement et les réformes humanitaires se sont effondrées sous la violence des faits. » Georg RUSCHE, « Révoltes pénitentiaires ou politique sociale » dans Georg RUSCHE et Otto KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale*, *op. cit.*, p. 94.

⁸⁰ Georg RUSCHE, « Marché du travail et régime des peines. Contribution à la sociologie de la justice pénale », *op. cit.*, p. 101-102.

l'articulation entre régime des peines et capitalisme ? Plus fondamentalement, à quel point peut-on mesurer l'importance des facteurs socio-économiques sur la commission des infractions et leur répression par l'institution pénale⁸¹ ? Si la plus grande masse des infractions concerne la délinquance patrimoniale, les intérêts des acteurs peuvent être pluriels : s'accaparer les ressources matérielles nécessaires à la vie, s'appropriier des biens prestigieux sources de distinction sociale, ou encore, dans une démarche de rébellion contre le mépris social, s'annexer par la force la propriété d'autrui. Certes, de nombreux travaux portant sur le XIX^e siècle comme sur la période contemporaine ont confronté implicitement l'axiome de Rusche aux données empiriques, tentant d'évaluer les relations entre taux de chômage et taux d'incarcération. Mais si l'on s'en tient aux écrits des théoriciens francfortois, certains commentateurs montrent que l'objectif de leur démonstration est ailleurs.

Selon René Lévy et Hartwig Zalander, l'ambition de Rusche et Kirchheimer est moins de dégager les intérêts particuliers qui pèsent sur l'incrimination que de souligner les limites pratiques de l'adoucissement du régime pénal. Leur but n'est pas tant de montrer l'influence des fluctuations du marché du travail sur les politiques criminelles que de mettre en valeur le fait que la peine est progressivement devenu un instrument de la politique sociale. Autrement dit, les discours réformateurs possèdent en matière pénale un fort caractère idéologique⁸² : la conformation des peines aux standards moraux humanistes est un vain projet qui masque les souffrances et les oppressions inhérentes aux pratiques punitives. Admettre cette hypothèse mène à reconnaître que dans le cadre du capitalisme contemporain et d'une société de travailleurs libres, le régime pénal ne vise plus directement à absorber les fluctuations du marché de l'emploi et les surplus de main d'œuvre. Il n'assure ce rôle qu'en l'absence de mesures sociales compensatoires, vouées à endiguer le chômage et la paupérisation des classes inférieures, autrement dit lorsque la justice criminelle est chargée des prérogatives de la justice sociale.

Le régime des peines peut servir d'instrument alternatif à la politique sociale, destiné à contrôler une main d'œuvre importante. Mais ce constat n'est valide que dans un contexte historique limité, lorsque les crises générées par les fluctuations du marché du travail ne sont pas définies comme un problème économique, mais au contraire comme la conséquence d'actes antisociaux. La corrélation entre peine et marché du travail ne possède donc pas de

⁸¹ Voir Philippe ROBERT et Renée ZAUBERMAN, *Mesurer la délinquance*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011.

⁸² « L'enjeu originel n'est pas la catégorie du régime des peines, mais celle de la *réforme* du régime des peines ; deuxièmement, [ce] n'est pas la notion de marché de l'emploi, mais celle de la *politique sociale* face aux crises du marché de l'emploi qui est la notion centrale ; troisièmement, [Rusche] oppose l'idéologie des réformes à la réalité des réformes du régime des peines. » René LEVY et Hartwig ZANDER, « Introduction », in Georg RUSCHE et Otto KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale*, *op. cit.*, p. 56.

validité universelle⁸³. Un rapport causal fixe entre crise de production, chômage et répression pénale supposerait la permanence des infractions et des types d'affaires jugées, ce que dément la grande variété des affaires qui font l'objet de poursuites et d'une condamnation. Le contenu du droit pénal spécial diffère sensiblement à travers l'histoire⁸⁴. En outre, les phénomènes tels que la délinquance en col blanc⁸⁵, par exemple la fraude fiscale, les infractions sans victime directe, à l'instar de l'immigration irrégulière, ou encore les crimes d'État, c'est-à-dire les infractions commises par les agents de l'autorité publique⁸⁶, résistent aux analyses macrosociologiques en termes de conflit de classes. Si l'approche de Rusche laisse volontairement de côté de nombreuses formes de criminalités, elle met en tout cas en lumière la dimension idéologique du discours rééducatif en matière pénale.

2.2. Peine et répression étatique

Une morale pour l'exploitation

La sociologie marxiste fait jouer l'articulation de la peine aux structures sociales sur deux plans : celui de la distribution des peines, qui répondrait à une stratégie d'exploitation, et celui des valeurs exprimées par le droit pénal, qui entretiendraient la morale individualiste et égoïste des sociétés capitalistes. La dépendance du droit aux intérêts matériels des dominants se manifesterait donc non seulement à travers les pratiques pénales mais aussi dans l'espoir qui s'est développé au XIX^e siècle de réhabiliter le délinquant et de le réadapter aux cadres

⁸³ C'est également la conclusion de Mikhaïl Xifaras, qui tisse un autre lien entre le droit et les structures économiques. Il insiste en effet sur les liens entre l'évolution de la société civile comme vaste marché d'échanges et la construction du droit patrimonial privé, évolution qui rejette alors les titulaires d'un « patrimoine vide » dans les marges de l'illégalisme. Mikhaïl XIFARAS, « Illégalismes et droit de la société marchande, de Foucault à Marx », *Multitudes*, vol. 59, n° 2, 2015, p. 142-151.

⁸⁴ Guy CASADAMONT et Pierrette PONCELA, *Il n'a pas de peine juste, op. cit.*, p. 176.

⁸⁵ Edwin H. SUTHERLAND, « Le problème de la criminalité en col blanc », *Champ pénal/Penal field*, vol. 10, 2013, [En ligne] URL : <http://champpenal.revues.org/8534>, consulté le 17 avril 2017. Voir dans le même numéro : Gilles CHANTRAINE et Grégory SALLE, « Un moment d'histoire des sciences humaines et sociales » ; et Pierre LASCOUMES, « Une tache sur le col blanc d'Edwin », *Champ pénal/Penal field*, vol. 10, 2013.

⁸⁶ C'est le reproche que fait Miroslav Imbrisevic dans sa recension du recueil de Michael J. LYNCH et Paul B. STRETESKY (dir.), *Radical and Marxist Theories of Crime*, Ashgate, Farnham, 2011 : « L'une des lacunes de cet ouvrage est le manque de prise en compte des crimes des classes supérieures et des crimes d'État. Par exemple, au cours de la dernière décennie, l'incidence des meurtres extrajudiciaires et extraterritoriaux ciblés, l'utilisation de prisons extraterritoriales et l'application de la torture par certains États ont pris de l'importance. Il aurait été intéressant de voir comment [les théories pénales radicales et marxistes] abordent ces problèmes. » Miroslav IMBRISEVIC, *Marx and Philosophy Review of Books*, 20 septembre 2014, [En ligne] URL : <http://marxandphilosophy.org.uk/reviewofbooks/>, consulté le 17 avril 2017.

d'une vie sociale normale. C'est ce que Foucault tire de sa lecture de *Peine et structure sociale* : « le système industriel exigeant un marché libre de la main-d'œuvre, la part du travail obligatoire diminuerait au XIX^e siècle dans les mécanismes de punition, et on lui substituerait une détention à fin corrective⁸⁷. »

Plusieurs phénomènes liés au capitalisme industriel réorientent la fonction sociale de la peine : libéralisation du travail, recul des corporations, généralisation des rapports marchands au détriment des relations traditionnelles, division et industrialisation des tâches, avènement du marché de l'emploi et défense d'une conception individualiste des libertés contractuelles. Dans ce contexte, l'institution pénale est reconfigurée et amenée à jouer un rôle de plus en plus symbolique, de direction morale, conformément à sa nature normative⁸⁸ : au même titre que d'autres institutions étatiques, le droit répressif participe de la définition et de la reconnaissance des standards moraux d'une société qui sont intériorisés par les individus⁸⁹. Sa fonction n'est plus seulement de détourner le prolétariat de la délinquance à l'aide de contraintes intimidantes. Il contribue à renforcer l'autorité de certaines normes sociales, comme le primat de l'intérêt individuel et la recherche du profit, en rappelant à l'individu que, sur la base d'une justice minimale de la réciprocité, son indépendance ne peut être légitimement garantie que s'il ne contraint pas celle des autres.

C'est pourquoi, dans une veine critique, certains sociologues ont cherché à analyser la manière dont les autorités judiciaires et pénitentiaires promeuvent l'image d'un condamné responsable de sa réhabilitation : par exemple, en cherchant à « faire du sujet coupable un sujet capable⁹⁰ », notamment de gérer son parcours de peine. Les différentes formes de médiation mises en place par les services de réinsertion apparaissent alors comme le corrélat d'un pouvoir qui instrumentalise les droits au nom de la sécurité⁹¹. La requalification de

⁸⁷ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁸ On peut le voir à travers les figures symboliques du criminel, comme l'analyse Stéphane Haber qui voit dans cette morale une forme d'« autostimulation athlétique (jusque dans l'activité prédatrice, délictueuse, guerrière et criminelle, proche des formes d'action valorisées par l'esprit du capitalisme néolibérale) comme paradoxale d'adaptation [...] ». Stéphane HABER, *Freud et la théorie sociale*, Paris, La Dispute, 2012, p. 221.

⁸⁹ « Leur résultat [des procédures juridiques] est un ordre normatif, qui normalise un certain mode de vie et des catégories particulières (comme “les femmes” ou “la famille” ou encore “le travail égal”). Cet ordre normatif encourage des pratiques d'autoconduite. » Sonja BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », in Hourya BENTOUHAMI *et. al.* (dir.), *Le Souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, *op. cit.*, p. 83.

⁹⁰ Dan KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in Françoise DIGNEFFE et Thierry MOREAU (dir.), *Responsabilité et responsabilisation dans la justice pénale*, *op. cit.*, p. 45-64.

⁹¹ C'est ce que note Alain Brossat : « On a affaire ici à une biopolitique plus flexible qui ne se contente plus d'une prise en charge pointilleuse des corps, mais découvre les vertus d'un usage médiateur de la parole : le détenu est sollicité pour de nombreux entretiens destinés à « faire le point » sur sa situation, sur l'évolution de sa perception de ses délits et crimes, sur ses projets d'avenir. [...] Ce faisant, [le détenu] répond au désir de l'institution de s'éloigner de toute perception collective de sa condition pénitentiaire, de toute solidarité de groupe susceptible de nourrir une résistance [...]. » Alain BROSSAT, *Pour en finir avec la prison*, Paris, La

l'individu comme sujet de droit dépend du respect des obligations contractuelles qui le lient à la société. Sous cette hypothèse, l'utilité des pratiques punitives pour maintenir le prolétariat au travail malgré de faibles salaires perd inévitablement de son immédiateté. Dire que le régime des peines ne serait qu'un rouage du système productif n'est donc valable que dans un contexte mercantiliste, lorsque l'État intervient en faveur de l'économie nationale et maintient une forte pression sur les revenus au profit des propriétaires et des marchands. Dans ce cadre, il y a intérêt à user de la peine comme d'une menace qui fixe les individus aux différentes tâches de production. Mais dans un système économique libéral, son utilité à l'égard du contexte économique s'estompe sensiblement.

Les thèses de *Peine et structure sociale* ouvrent deux voies critiques⁹² : examiner comment la peine est devenue un instrument privilégié de dressage des corps dans une société d'individus libres ; ou bien analyser la manière dont l'institution pénale participe à la généralisation des rapports marchands et à la réification du monde social, sous prétexte d'être un outil de régulation neutre mais nécessaire au jeu social. La première voie peut être identifiée à la démarche de Foucault, qui rend compte de la discipline imposée par des normes transversales à différentes institutions sociales⁹³. La seconde prétend fournir une critique générale du droit dans le contexte des sociétés capitalistes : la peine se serait calquée sur un modèle de rationalité économique⁹⁴, dans son application mais aussi en son principe ; sa légitimité reposerait sur son efficacité comme moyen de lutte pour préserver le marché des externalités négatives du crime⁹⁵ ; elle contribuerait à façonner les jugements, les désirs et les

Fabrique, 2001, p. 60-61. Alain Brossat fait référence à la définition de la biopolitique comme pouvoir de gouverner une population chez Foucault : « la liberté n'est pas autre chose que le corrélatif de la mise en place des dispositifs de sécurité. Un dispositif de sécurité ne peut bien marcher, [...] qu'à la condition, justement, que l'on donne quelque chose qui est la liberté, au sens moderne [que ce mot] prend au XVIII^e siècle. » Michel FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004, p. 50.

⁹² C'est ce que montrent dans leur commentaire René Lévy et Hartwig Zander : « Les relations économiques du régime des peines ne pouvaient être que celles d'une "période donnée" : celles de l'économie mercantiliste dont le régime des peines fut, grâce à la catégorie du travail obligatoire, intégré dans la rationalité productive [...] C'est un fait que, dans la modernité, il n'existe plus de relation immédiate et réciproque entre les régimes punitifs et le statut économique de la main d'œuvre [...] Confronté au système de production capitaliste et à son statut de travailleur libre, il fallait soit trouver l'articulation spécifique de la rationalité économique du régime moderne des peines ou emprunter le déplacement vers une "économie politique des corps", soit renoncer à se poser la question du régime des peines en termes économiques et proposer une construction d'objet différente, en termes de fiscalité ou de légitimité. » René LEVY et Hartwig ZANDER, « Introduction », in Georg RUSCHE et Otto KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale*, *op. cit.*, p. 57-60.

⁹³ « Dans nos sociétés, les systèmes punitifs sont à replacer dans une certaine "économie politique" du corps ». Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 30 et 263.

⁹⁴ Voir sur ce point : Loïc WACQUANT, « Les rebuts de la société de marché : toxicomanes, psychopathes et sans-abri dans les prisons de l'Amérique », *Amnis*, vol. 3, Automne 2003, p. 229-44.

⁹⁵ Voir *supra*, chap. IV, sur l'analyse de la théorie économique de la peine.

mœurs pour les adapter au mode d'organisation des « sociétés de marché⁹⁶ ». Ce sont ces hypothèses critiques qu'il nous faut examiner maintenant.

Logique du droit et logique du capital

En insistant sur la liberté accrue des travailleurs sur le marché, Rusche et Kirchheimer délaissent le plan de la dimension afflictive et menaçante de la peine pour s'intéresser à ses fonctions expressive (véhiculant les valeurs établies) et normative (participant au renouvellement des normes d'une société). Entre le milieu du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle, la dissuasion a en effet perdu de son importance dans les doctrines pénales qui se sont resserrées sur la réformation du condamné. L'accent doit être mis sur la forme juridique qui structure le droit pénal ainsi que sur les principes qui lui donnent sa légitimité. Si l'on veut faire une critique des effets idéologiques du droit répressif, ce n'est donc plus sa fonction de prévention générale qui sera décisive. D'instrument pratique voué à absorber les crises du marché du travail, l'institution pénale en est progressivement venue, selon les théoriciens francfortois, à exprimer les valeurs morales des sociétés capitalistes, et notamment de l'individualisme moderne : au plan de l'incrimination, ce sont en priorité les actes contrevenant aux droits et à l'indépendance individuels qui sont visés ; au plan de la peine et de sa finalité, elle est définie comme un moyen pour le condamné de reconnaître son intérêt dans le contexte social auquel il appartient, et de combattre ses penchants antisociaux.

Cette alternative entre une conception instrumentale et expressive du droit fait référence aux deux manières dont Marx théorise et critique la règle juridique : en premier lieu, il insiste dans l'*Idéologie allemande* sur le fait que le contenu des règles juridiques est dérivé de l'état de fait des divisions d'une société, et qu'elles ne peuvent être que le reflet des intérêts dominants⁹⁷ ; en second lieu, il analyse dans le *Capital* la manière dont le droit

⁹⁶ J'emprunte ce qualificatif aux analyses classiques de Karl Polanyi : Karl POLANYI, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 1983 [1944]. Pour l'analyse de cette catégorie, voir la préface de Louis Dumont à l'édition de 1983 du même ouvrage, p. IX.

⁹⁷ Marx et Engels écrivent ainsi : « La vie matérielle des individus, qui ne dépend nullement de leur seule "volonté", leur mode de production et leurs formes d'échanges, qui se conditionnent réciproquement, sont la base réelle de l'État [...]. Ces conditions réelles ne sont pas du tout créées par le pouvoir d'État ; ce sont au contraire elles qui créent ce pouvoir. Les individus qui exercent le pouvoir dans ces conditions ne peuvent donc, abstraction faite de ce que leur pouvoir doit se constituer en État, que donner à leur volonté déterminée par ces conditions précises, l'expression générale d'une volonté d'État, d'une loi – et le contenu de cette expression est toujours donné par les conditions d'une classe, comme il ressort très clairement de l'examen du droit privé et du droit pénal [...]. » Karl MARX et Friedrich ENGELS, *L'Idéologie allemande*, t. I, *op. cit.*, chapitre 3, « Saint Max ».

façonne les pratiques sociales et participe à la domination sociale⁹⁸. Marx offre donc autant une critique de l'idéologie légaliste que des conditions juridiques de l'échange marchand. Selon le second modèle de critique, les peines appliquées tout autant que le système pénal exprimeraient les grandes tendances des sociétés capitalistes, à savoir une morale individualiste et la marchandisation des rapports sociaux. L'ultime formule de l'« Extrait d'une théorie du criminel » d'Horkheimer – « La peine de prison s'efface devant la réalité sociale⁹⁹ » – pourrait être lue d'après ce changement de perspective : à l'instar de la famille, de l'école ou de l'usine, l'institution pénale oriente les dispositions des individus pour qu'ils agissent en sujets libres et responsables, attachés à satisfaire leurs intérêts en respectant les règles de la coopération sociale. Pour assurer cette fonction correctrice, l'institution pénale ne peut plus se contenter d'incarner un pouvoir de coercition externe. Elle doit aussi exprimer le respect des libertés individuelles à même ses procédures, en accordant des garanties aux individus qui sont jugés et qui purgent une peine. C'est ce que manifestent les réformes qui défendent l'individualisation des sanctions au tournant du siècle. Le droit pénal se calque ainsi sur un modèle privatiste hérité du droit civil.

La justification de la punition s'en trouve également modifiée. Le châtiment ne se fonde plus sur un calcul d'utilité, pour savoir quels bénéfices le corps social retirera de la souffrance du coupable. Il s'impose d'abord face au besoin de redonner à l'individu le sentiment de ses obligations sociales, auxquelles il a consenti dès lors qu'il bénéficie de la protection des institutions. La peine ne sert plus seulement à dissuader le public mais surtout à rééduquer le criminel lorsque les premiers cadres de socialisation, la famille, l'école ou le travail, n'y sont pas parvenus. Que doit avoir appris l'individu à l'issue de sa punition ? À obéir à la loi et à l'État dans son comportement public, à reconnaître autrui comme sujet de droits dans ses relations privées. Par exemple, l'idée que le droit isole les actes individuels des facteurs sociaux qui les ont déterminés a ainsi été développée par Tor Kvever en matière de droit pénal international. Les actes répréhensibles sont arrachés des conditions historiques qui ont présidé à leur commission et imputés à des foyers de crise particuliers ou à des individus isolés. Le droit pénal international cherche à rendre raison des « violences conjoncturelles et de leur caractère *anormal*, plutôt que des forces [...] qui se cachent en-deçà et de leur

⁹⁸ Cette thèse apparaît à plusieurs reprises dans le *Capital* : à l'occasion de l'analyse du procès d'échange – pour lequel le droit joue comme condition –, de la journée de travail – le droit permet la codification des luttes de classe – ou encore du salaire comme mystification de l'exploitation. Voir Karl MARX, *Le Capital. Critique de l'économie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, « Quadriges », 1993, p. 96-106, 295-338 et 559-626.

⁹⁹ Présent sous le titre « Extrait d'une théorie de la délinquance » dans Theodor W. ADORNO et Max HORKHEIMER, *Dialectique de la raison*, Paris, Gallimard, « Tel », 1974, p. 243-246.

caractère *normal*¹⁰⁰ ». C'est le procédé idéologique le plus évident du droit : l'abstraction des actes individuels hors de leur contexte d'émergence.

Pour les critiques marxistes qui se sont intéressées à cette dimension expressive du droit, ce discours libéral et abstrait sert de justification à trois phénomènes stratégiques : l'intromission de l'État dans les conflits qui éclatent entre groupes et individus ; la dépolitisation des conflits qui sont traduits en contentieux pénaux ; l'individualisation des parties concernées, qui sont réifiées sous les figures de l'agresseur et de la victime. Ces trois thèses supposent un déplacement de focale. Il importe moins de savoir que le droit est fondamentalement une représentation fautive et mystificatrice du réel que de souligner les effets de ses procédures sur les représentations et les conduites d'un point de vue pragmatique¹⁰¹. Bien que la peine se définisse d'un point de vue logique comme une contrainte externe qui joue un rôle dissuasif, il faut chercher à savoir comment elle suscite une forme d'obéissance à laquelle les individus consentent effectivement : comment le condamné s'identifie-t-il en négatif à la figure du sujet de droit, dont il serait déchu par son acte et qu'il doit reconquérir par la pénitence ? Insister sur la dépendance fonctionnelle du régime des peines avec les structures économiques ne permet pas de répondre à cette question. Pour le savoir, il faut s'intéresser à la force normative du droit pénal dont les énoncés définissent des normes et des valeurs : la loi pénale délimite des comportements et leur confère une qualité morale par la prévision d'une sanction.

Rétribution pénale et circulation marchande (Pasukanis)

Le sujet de droit est devenu historiquement une catégorie sociale centrale, à laquelle les individus des sociétés modernes s'identifient spontanément. Il s'agit d'une construction juridique qui garantit formellement à chaque personne des capacités d'agir égales : conclure un contrat, faire valoir un droit, obtenir une garantie. En retour, elle rend possible l'imputation de sanctions dès lors que les individus sont en infraction avec la loi. L'individu est punissable parce qu'il est membre d'une communauté juridique, et celle-ci lui reconnaît des droits en

¹⁰⁰ Tor KREVER, « International Criminal Law: An Ideology Critique », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, p. 722.

¹⁰¹ Sonja Buckel souligne le caractère décisif de la procédure à l'égard des normes de fond, et la manière dont elle élève le droit au rang d'une abstraction-réelle : « Les spectres juridiques émanent de procédures judiciaires. Celles-ci se caractérisent par une logique propre : un réseau auto-référentiel composé de décisions juridiques, de codes de procédures, de commentaires d'arrêts, d'assignations en justice, de cas exemplaires, de preuves, etc. qui subsume le donné social sous les catégories juridiques. » Sonja BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », in Hourya BENTOUHAMI *et. al.* (dir.), *Le Souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, *op. cit.*, p. 81.

supposant qu'il en respecte les règles objectives. En tant que sujet juridique, l'individu est obligé de répondre de ses actes et de subir une peine en cas de transgression. Le droit repose donc une structure sociale simple, celle de l'équivalence dans la réciprocité : je n'ai de droits que dans la mesure où je m'oblige à respecter ceux des autres, dans le cas contraire ces droits peuvent m'être confisqués (principe substantiel de la réciprocité) ; or, comme l'infraction constitue une violation des droits d'autrui, je dois être sanctionné, autrement dit mes droits doivent m'être confisqués à hauteur de la gravité de cette violation (principe formel de l'équivalence).

Pour une approche matérialiste du droit, cette équivalence dans la réciprocité ne désigne pas seulement la structure logique de l'État de droit, elle est une conséquence historique du déploiement des rapports marchands. Il existerait une isomorphie entre responsabilité pénale et circulation marchande. Cette thèse est exposée par E. Pasukanis dans la *Théorie générale du droit et le marxisme*¹⁰², qui assimile la règle juridique à l'une des conditions du développement des échanges marchands en Occident¹⁰³ : « [l'équivalence] n'est pas une conséquence de l'égarement de quelques criminalistes, mais une conséquence des rapports matériels de la société de production marchande dont elle se nourrit¹⁰⁴. » Plus précisément, lorsqu'il aborde la question de la « violation du droit », le juriste soviétique soutient que la structure du droit pénal reconduit dans son propre langage la forme de l'échange marchand, selon une analogie entre rétribution pénale et compensation financière. La peine solde un contrat de droit privé, que le délinquant, devenu débiteur malgré lui, a inauguré et conclu avec la victime. Les juridictions criminelles ont pour tâche d'organiser la rétribution des crimes et des délits sur le modèle de la circulation des avoirs entre débiteurs et créanciers :

Le délit peut être considéré comme une variété particulière de la circulation dans laquelle le rapport d'échange, c'est-à-dire le rapport contractuel, est fixé après coup, autrement dit après l'action arbitraire de l'une des parties. La proportion entre le délit et la réparation se réduit également à une proportion d'échange [...] La peine proportionnée à la culpabilité représente fondamentalement la même forme que la réparation proportionnée au dommage¹⁰⁵.

Si ces thèses firent la renommée de Pasukanis parmi les juristes soviétiques des années 1920¹⁰⁶, elles furent ensuite oubliées pour être redécouvertes dans les années 1970¹⁰⁷.

¹⁰² Evgeny B. PASUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, op. cit.

¹⁰³ Pour l'analyse des réceptions de l'œuvre principale de Pasukanis, voir Léon LOISEAU, « Directions pour une approche marxiste du droit : la théorie d'E.B. Pasukanis », *Actuel Marx*, n° 16, 2012, [En ligne] URL : <http://actuelmarx.u-paris10.fr/indexm.htm>, consulté le 18 avril 2017.

¹⁰⁴ Evgeny B. PASUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, op. cit., p. 167.

¹⁰⁵ Evgeny B. PASUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, op. cit., p. 155 et 166.

¹⁰⁶ John N. HAZARD, « Pasukanis is No Traitor », *The American Journal of International Law*, vol. 51, n° 2, 1957, p. 385-388.

L'œuvre de Pasukanis a reçu les mêmes critiques que celle de Rusche et Kirchheimer. On lui a reproché de surestimer la systématique interne du droit et de minorer en même temps la part de conflit, politique et stratégique, qui oppose les divers agents de la sphère juridique¹⁰⁸. L'histoire de la justice pénale récuse l'image de tribunaux attachés à restaurer une égalité arithmétique entre individus, fixant le montant de la dette de l'infracteur et les conditions de son rachat. Néanmoins, la référence à Pasukanis a été investie comme un moyen de rappeler Foucault et ses épigones à la radicalité des critiques marxistes du droit : dans leur diversité, ces théories ne se limitent pas à ce qu'il en dit dans *Surveiller et punir* à travers ses références aux théoriciens francfortois ou, en filigrane, à Althusser.

Pasukanis distingue de façon originale les effets structurels des pratiques pénales et leurs tendances conjoncturelles. Si la peine exprime la forme de l'équivalence et mime en cela un échange marchand, dans leur contenu les pratiques judiciaires sont traversées par les intérêts contradictoires des classes sociales, ce qui permet d'envisager la politisation des affaires traitées devant les tribunaux. Le juriste évite ainsi la simplicité d'une lecture purement instrumentale, selon laquelle les classes supérieures soumettraient l'activité des juridictions à leurs intérêts particuliers. Comme le rappelle Léon Loiseau, il y a un pas avant de pouvoir affirmer que le droit pénal prendrait « indûment la *forme* du droit [et n'aurait] en réalité de droit que le nom¹⁰⁹ ». Il faut pour cela quitter l'analyse interne des formes juridiques et s'attacher à décrire l'activité des juridictions actuelles. C'est seulement sous ces conditions que l'on peut alors affirmer que

[...] fondamentalement, c'est-à-dire d'un point de vue purement sociologique, la bourgeoisie assure et maintient sa domination de classe par son système de droit pénal en opprimant les classes exploitées [...]. La juridiction criminelle de l'État bourgeois est la terreur de classe organisée qui ne se distingue des soi-disant mesures exceptionnelles utilisées durant la guerre civile de d'un certain degré¹¹⁰.

Chez le juriste soviétique, le rapport du juridique à l'économique ne concerne donc pas les usages ou les applications du droit, ni les représentations idéologiques qu'il exprime. Il insiste, d'un point de vue pragmatique, sur le fait que les catégories juridiques conditionnent des manières d'agir et uniformise les rapports sociaux. Comme le rappellent Sonja Buckel et Léon Loiseau dans leurs commentaires respectifs, la prégnance du droit se reconnaît historiquement à une certaine forme de subjectivation et un certain type de cohésion

¹⁰⁷ Louis SHELLEY, « The 1929 Dispute on Soviet Criminology », *Soviet Union*, vol. 5, n° 2, 1979, p. 175-185.

¹⁰⁸ Hans Kelsen, *The Communist Theory of Law*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1955 ; Ronnie WARRINGTON, « Pasukanis & the commodity form theory », in Csaba VARGA (dir.), *Marxian Legal Theory*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1993, p. 179-200.

¹⁰⁹ Léon LOISEAU, « Directions pour une approche marxiste du droit : la théorie d'E. B. Pasukanis », *op. cit.*

¹¹⁰ Evgeny B. PASUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, *op. cit.*, p. 160.

sociale¹¹¹ ; le droit fournit dans les sociétés capitalistes les cadres légitimes à la généralisation de l'échange marchand et à sa diffusion comme norme collective¹¹². Pasukanis se démarque ainsi des critiques qui font des règles juridiques un instrument de domination ou un pur reflet des structures matérielles des sociétés capitalistes. En ne tenant pas compte de l'ordre d'engendrement des sphères de la production et du droit au sein de la totalité sociale, il fournit des outils pour mieux saisir les potentielles interactions entre le droit et les structures sociales de manière synchronique, sans chercher à répondre à la question abstraite de savoir lequel produit et détermine l'autre.

Conclusion de la section 2

Affirmer la dépendance fonctionnelle du régime des peines à l'égard des structures sociales implique de considérer le droit comme une forme neutre et immuable, un pur instrument, dépourvu d'effets de retour sur les rapports de force qui l'instrumentalisent. Or, cette conception contredit précisément l'idée que les règles juridiques dépendent, dans leur structure interne, du social. L'hypothèse de la captation univoque du droit pénal par les intérêts des classes supérieures se détruit donc d'elle-même, et peut laisser place à la comparaison du droit et des mœurs, afin de déceler les interactions, analogies et isomorphies qui existent entre les institutions pénales et les rapports sociaux et qui permettent de saisir l'« agentivité¹¹³ » du droit. Le droit et les structures sociales s'expriment réciproquement mais surtout ils se consolident mutuellement, ce que suggère Pasukanis en abordant le problème très foucauldien de la genèse de la prison :

¹¹¹ « L'effet subjectivant du sujet de droit consiste à produire une monade autonome, sans fenêtres, isolée, unitaire, abstraite, critiquée dès le début par les auteurs marxistes aussi bien que par les auteurs féministes. » Sonja BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », in Hourya BENTOUHAMI *et. al.* (dir.), *Le Souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, *op. cit.*, p. 79.

¹¹² « Le juridique est moment : c'est à dire qu'il n'est pas un reflet imaginaire, ou un pur effet de redondance, mais une articulation réelle ». Léon LOISEAU, « Directions pour une approche marxiste du droit : la théorie d'E. B. Pasukanis », *op. cit.* (note 23).

¹¹³ Selon l'expression de Robert KNOX : « [...] la conception marxiste du matérialisme historique définit deux types de phénomènes par lesquels la "structure économique" agit sur le droit, et que l'on peut appeler, pour schématiser, "structure" et "agentivité". D'un côté, prime la logique d'un mode de production donné qui vient à produire des configurations et des formes sociales distinctes, à l'instar du droit. De l'autre, ce sont les luttes des classes, quotidiennes comme "révolutionnaires", qui sont exprimées à travers le droit et agissent dessus en retour. » Robert KNOX, « Théories marxistes du droit international : une introduction », *Période*, 10 février 2016, [En ligne] URL : <http://revueperiode.net/theories-marxistes-du-droit-international-une-introduction/>, consulté le 18 avril 2017. Voir également Robert KNOX, « Marxism, International Law, and Political Strategy », *Leiden Journal of International Law*, 2009, p. 413-436 ; Robert KNOX, « What is to be Done (With Critical Legal Theory)? », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 22, n° 31, 2011.

Pour que l'idée de la possibilité de réparer le délit par un *quantum* de liberté ait pu naître, il a fallu que toutes les formes concrètes de la richesse sociale ait été réduites à la forme la plus abstraite et la plus simple, au travail humain mesuré par le temps. Nous avons ici encore indubitablement un exemple d'interaction entre les différents aspects de la culture. Le capitalisme industriel, la Déclaration des Droits de l'Homme, l'économie politique de Ricardo et le système de la détention temporaire sont des phénomènes qui appartiennent à une seule et même époque historique¹¹⁴.

¹¹⁴ Evgeny B. PASUKANIS., *La Théorie générale du droit et le marxisme*, op. cit., p. 167.

Section 3. L'indépassable rétribution

Contre le réductionnisme instrumental, Pasukanis propose une théorie critique des catégories formelles mobilisées dans les opérations de qualification du crime et d'imputation de la peine. En raison de son caractère rétributif, l'institution pénale est conçue selon le modèle du droit privé : l'État agit en tiers impartial pour solder le conflit entre les particuliers. Cette représentation a pour effet de dépolitiser le contenu du conflit, qui ne porte plus sur le fondement ou la signification des obligations collectives, mais sur la capacité de chacun à s'y tenir. Pasukanis pousse ainsi la logique privatiste de la peine à son paroxysme, afin de montrer que l'institution pénale ne se contente pas de traduire les conflits sociaux pour y répondre, mais qu'elle les qualifie et les stabilise : le conflit devient un tort commis par le délinquant, qui constitue la transgression de règles antécédentes et entraîne un préjudice pour la victime ; les peines appliquées sont proportionnelles à l'infraction de chaque individu jugé, elles varient dans leur *quantum* mais obéissent toutes au même rétributivisme.

Dans une PREMIERE SOUS-SECTION, je voudrais montrer que malgré ces cadres imposés – les conditions de la qualification pénale et le caractère rétributif de la peine – l'institution pénale peut permettre de traduire les demandes et les exigences normatives qui sont en jeu dans les conflits sociaux¹¹⁵. Seulement, l'idée que la norme juridique est disponible pour des appropriations dont l'issue morale ou politique n'est pas déterminée *a priori* implique une dichotomie entre norme et usage de la norme. Dans une DEUXIEME SOUS-SECTION, j'aborderai la controverse entre Kelsen et Pasukanis qui a porté sur cette dichotomie et qui soulève l'enjeu de la continuation des luttes par le droit.

¹¹⁵ C'est ce que Franz Neumann nomme « la fonction éthique du droit ». Franz Leopold NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*, Glencoe, The Free Press, 1957, chapitre I, « Approaches to the Study of Political Power ».

3.1. Matérialisme et théorie du droit

Le rétributivisme présumé (Foucault)

En s'intéressant au pouvoir que les institutions juridiques exercent, la *Théorie générale du droit et le marxisme* tente de saisir l'activité du droit dans son épaisseur et d'éviter les écueils des critiques instrumentaliste et expressiviste. Comme on l'a vu chez Rusche et Kirchheimer, ces critiques présupposent : une conception *formelle* du droit, qui sépare règle juridique et phénomènes sociaux et pense les premières comme un instrument ou une forme des seconds ; mais aussi une conception *référentielle*, qui pose ces phénomènes sociaux comme étant extérieurs à l'ordre juridique et comprend l'intelligibilité de celui-ci relativement à ceux-là. Or, chez Foucault, la définition de la discipline comme « contre-droit » reconduit également une telle conception¹¹⁶. Il sépare le plan formel du châtement légal de celui matériel des disciplines, et insiste sur la nature rétributive du premier à l'opposé de la fonction thérapeutique des secondes :

[...] depuis que fonctionne le nouveau système pénal – celui défini par les grands codes du XVIII^e et du XIX^e siècles –, un processus global a conduit les juges à juger autre chose que les crimes ; ils ont été amenés dans leurs sentences à faire autre chose que juger ; et le pouvoir de juger a été, pour une part, transféré à d'autres instances que les juges de l'infraction. L'opération pénale toute entière s'est chargée d'éléments et de personnages extra-juridiques. On dira qu'il n'y a là rien d'extraordinaire, qu'il est du destin du droit d'absorber peu à peu des éléments qui lui sont étrangers. Mais une chose est singulière dans la justice criminelle moderne : si elle se charge de tant d'éléments extra-juridiques, ce n'est pas pour pouvoir les qualifier juridiquement et les intégrer peu à peu au *strict pouvoir de punir* : c'est au contraire pour pouvoir les faire fonctionner à l'intérieur de l'opération pénale comme éléments non juridiques ; c'est pour éviter à cette opération d'être purement et simplement une punition légale ; c'est pour disculper le juge d'être purement et simplement celui qui châtie [...] ¹¹⁷.

On peut s'interroger ici sur la définition de ce « strict pouvoir de punir », dont la mention sert à faire ressortir l'étrangeté des mesures disciplinaires à l'égard de la peine rétributive. Comment décider des limites de la peine autrement que par une définition stipulative, qui en présuppose la nature rétributive ? Les disciplines sont analysées comme des sources alternatives de pouvoir, par contraste avec la loi et l'autorité souveraine. Le modèle du disciplinaire conserve donc en creux la référence à la conception juridique du pouvoir qu'il est censé dépasser¹¹⁸. Selon Thomas Lemke, la primauté accordée par Foucault à ce modèle

¹¹⁶ C'est le problème que nous avons laissé en suspens à la fin de la première section de ce chapitre, voir *supra*.

¹¹⁷ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 27 (je souligne).

¹¹⁸ « [...] il me semble que cette analytique [du pouvoir] ne peut se constituer qu'à la condition de faire place nette et de s'affranchir d'une certaine représentation du pouvoir, celle que j'appellerais, on verra tout à l'heure, "juridico-discursive". [...] On demeure attaché à une certaine image du pouvoir-loi, du pouvoir souveraineté que

suppose de maintenir la dichotomie loi-norme, ou droit-discipline¹¹⁹ : le pouvoir se formule officiellement dans les termes de la loi alors qu'il s'exerce officieusement au travers des normes. Cette inversion n'explique pas néanmoins pourquoi le droit, s'il a cessé d'être l'un des « opérateurs » réels du pouvoir, continue d'en être un « analyseur¹²⁰ » selon les expressions de Stéphane Legrand. À son tour, Michael Dean se demande : « Comment est-il possible que ce corps sans tête se comporte si souvent *comme* s'il en avait bel et bien une¹²¹ ? » Que ce soit pour attester la régularité des pratiques pénales ou critiquer leur caractère arbitraire, on se représente toujours la vraie peine comme une sanction légale et rétributive. Ce rétributivisme irréductible mais latent est-il un point aveugle de la démonstration de Foucault ? Même si « l'instance qui condamne se glisse parmi toutes celles qui contrôlent, transforment, corrigent, améliorent »¹²², l'écart entre rétribution et discipline est toujours maintenu par le philosophe, ce qui conduit à penser que pour lui la peine est fondamentalement une institution rétributive et un attribut du souverain. L'enjeu n'est pas purement spéculatif ici, car ce problème engage notre capacité à nommer et à critiquer des pratiques répressives qui ne s'exerceraient pas dans la forme légale de la rétribution¹²³.

À ma connaissance, Foucault ne s'explique pas sur ce point. On ne sait pas s'il s'agit d'une définition qu'il assume ou d'un préjugé qui découlerait de nos instincts moraux ou des

les théoriciens du droit et l'institution monarchique ont dessinée. Et c'est de cette image qu'il faut s'affranchir, c'est-à-dire du privilège théorique de la loi et de la souveraineté, si on veut faire une analyse du pouvoir dans le jeu concret et historique de ses procédés. Il faut bâtir une analytique du pouvoir qui ne prendra plus le droit pour modèle et pour code. » Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité* t. I, *La Volonté de Savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 109-119.

¹¹⁹ « [...] même dans sa négation du concept juridico-discursif du pouvoir, il ne sort pas du cadre de cette problématique de légitimation et de loi. [...] en rejetant la thèse du modèle juridique et en adoptant la position opposée, Foucault l'a inversée. Au lieu de décapiter le roi, il n'a fait que renverser la conception qu'il critiquait en remplaçant la loi et le contrat par la guerre et la conquête. En d'autres termes, la "décapitation" ne pouvait être que le premier pas. » Thomas LEMKE, « "Marx sans guillemets" : Foucault, la gouvernementalité et la critique du néolibéralisme », trad. de l'angl. par M. Chemali, *Actuel Marx*, vol. 36, n° 2, 2004, p. 15.

¹²⁰ « Le modèle juridico-discursif devient donc une représentation dominante au moment où il a cessé de correspondre à la réalité qu'il prétend décrire, et réinvestit d'aujourd'hui dans le langage qui n'aurait été propre qu'aux luttes d'hier. Du coup, il peut fonctionner à nouveau comme un opérateur de pouvoir : comme un opérateur de légitimation. Ainsi, si la théorie de la souveraineté et le modèle juridico-discursif ont pu continuer à dominer le champ de l'analyse politique, c'est [parce qu'ils] imposent un langage obligatoire à la formulation de tout discours critique sur les mécanismes de pouvoir, contraignant ce discours à passer par le goulet d'étranglement des revendications formelles de "droit à", et le condamnant donc à manquer les lieux et domaines d'exercice effectif du pouvoir. » Stéphane LEGRAND, *Les normes chez Foucault*, *op. cit.*, p. 39.

¹²¹ C'est la question que pose Dean dans son commentaire (souligné dans le texte) : Michael DEAN, *Critical and Effective Histories. Foucault's Methods and Historical Sociology*, Londres/New York, Routledge, 1994, p. 156.

¹²² Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 310.

¹²³ C'est ce que rappelle Sonja Buckel à l'encontre de l'approche de Foucault : « Lorsque le droit [...] renvoie à la manière dont le pouvoir est légitimé dans les "sociétés modernes", il offre la possibilité de sa critique. En revanche, lorsque émergent dans les entrefilets de ce code officiel du droit des formes subtiles de micro-pouvoir comme les disciplines, qui n'apparaissent pas *stricto sensu* comme des formes de pouvoir, alors la critique est rendue difficile. » Sonja BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », in Hourya BENTOUHAMI *et. al.* (dir.), *Le Souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, *op. cit.*, p. 86.

mœurs des sociétés capitalistes. Cependant, si l'on suit Pasukanis, cet irréductible rétributivisme s'explique par la fonction pratique du droit, qui contribue à façonner l'ensemble des rapports sociaux, y compris le traitement des torts et des offenses, sous la forme de l'échange marchand. Le fait que le mérite individuel soit devenu un critère pour justifier l'imputation de responsabilité pénale n'est pas un hasard historique. Parmi nos critères moraux, le mérite a pris l'aspect d'une évidence intuitive. Mais comme la plupart de nos conventions morales, il est le produit de la généralisation des rapports marchands et de la contractualisation des activités de travail. Le droit, et *a fortiori* l'institution pénale, n'échappent pas au mouvement de marchandisation du monde social. Davantage, ils la nourrissent, en exigeant des individus qu'ils se conduisent comme le requiert l'exploitation capitaliste¹²⁴. Pour Pasukanis, c'est ainsi que s'explique le noyau de rétributivisme contenu dans la peine, et c'est aussi la raison pour laquelle l'isomorphie du droit pénal et de la circulation marchande est inévitable au sein des sociétés capitalistes. Les règles juridiques incarnent les modalités réelles de la production. Elles dérivent du système productif et appartiennent à ses conditions sociales.

Le noyau dur de la peine

La rétribution se fonde sur l'idée d'une symétrie entre infraction et peine : dans sa sévérité et sa détermination, le punisseur imite la gravité et le caractère intentionnel du tort commis. Le *quantum* de la peine se mesure en proportion des dommages effectivement subis par la victime mais aussi de l'agressivité contenue dans l'acte : l'intention de nuire double le dommage subi parce qu'il le charge d'affects négatifs comme le stress, l'effroi ou la terreur qui peuvent marquer durablement les victimes. C'est pourquoi l'élément moral de l'infraction est décisif et doit être pris en compte à mesure du préjudice subi par les victimes. La peine joue donc comme rétribution de l'infraction sous trois aspects : elle remet les infracteurs et les victimes sur un pied d'égalité en diminuant physiquement et moralement les coupables ; elle est le fruit d'une intention de la part du public ; son application réaffirme automatiquement la loi que le délinquant aurait dû respecter. Si l'on suit ces trois affirmations, le droit pénal sert à défendre l'intérêt général. Pour Pasukanis, cette théorie passe à côté de l'élément décisif de la

¹²⁴ « [La forme juridique] permet aux contradictions capitalistes de se maintenir : elle couvre les différences de classe, de genre, etc., et ceci sous les apparences de la subjectivité juridique formellement libre et égale ; de même elle permet un confort juridique pour les échanges de marchandises. » *Ibid.*, p. 83.

procédure pénale, qui n'est déclenchée que si l'État reconnaît l'existence d'un tort et accorde à une personne le statut de victime, que celle-ci le veuille ou non.

Du caractère irréductiblement rétributif de la peine, le juriste en déduit que l'institution pénale ne fait pas autre chose que sauvegarder les intérêts des victimes que l'État choisit de reconnaître. On peut en tirer deux conséquences : d'une part, la justification de la répression et de la punition au nom de l'intérêt général constitue pour Pasukanis une mystification idéologique. Le droit pénal vise à régler des conflits entre individus et groupes particuliers, et il s'en tient, à l'instar du droit civil, à reconnaître en tout justiciable un individu isolé, doué d'intérêt et responsable des obligations qu'il a contractées. D'autre part, dans le cadre des sociétés capitalistes, l'institution pénale est par essence rétributiviste, et la référence au mérite individuel pour justifier la responsabilité pénale et mettre en œuvre le système de peines est amenée à persister. Le criminel doit être puni parce que, de son fait, il s'est mis en dette vis-à-vis de la victime mais aussi de la société toute entière. Les politiques criminelles peuvent bien évaluer l'action publique en fonction de ses effets sur la protection du public ou l'amendement des délinquants. Elles peuvent bien édulcorer en apparence la peine en l'hybridant à des mesures de défense sociale ou de réhabilitation. Mais elles ne pourront jamais faire disparaître son caractère rétributif.

Quels mérites une thèse aussi totalisante possède-t-elle, si la critique du système pénal dépend de la possibilité effective de renverser l'État capitaliste ? Cette question revient à évaluer l'intérêt de l'œuvre de Pasukanis pour une critique théorique du système pénal. Les critiques matérialistes du droit pénal oscillent entre deux positions contradictoires, selon qu'elles reposent, d'un côté, sur une conception statique des règles juridiques comme normes de conduites qui se déploient en fonction de rapports de domination préexistants ; ou, de l'autre côté, sur une conception dynamique du droit et de ses procédures, compris comme des répertoires de règles en transformation constante, disponibles pour la pratique, pour contester sous certaines conditions les formes dominantes d'oppression sociale¹²⁵. Cette ambivalence justifie d'emblée le fait que la détermination de la fonction des peines par les structures économiques ne peut pas être postulée et reconduite aveuglément sans prendre en compte les variations historiques du droit pénal et des infractions qu'il réprime. À cet égard, l'approche de Pasukanis présente deux avantages : sa méthode *structurale*, au sens où ce sont les règles et catégories du droit pénal qui constituent l'objet d'analyse, et sa visée *pragmatique*, en ce

¹²⁵ Sur la conception du droit comme ressource critique contre l'État et les groupes dominants, voir les travaux du courant d'études juridiques « Law and Society ». Pour une synthèse en français, voir notamment Liora ISRAËL, *L'Arme du droit*, *op. cit.*

qu'elle permet d'imaginer le pouvoir de conditionnement que ces règles et catégories exercent en retour sur les conduites. Sa critique prétend interpréter les normes pénales et les formes juridiques comme exprimant les structures matérielles des sociétés capitalistes, mais surtout révéler comment le droit participe de l'extension à toutes les sphères sociales du rapport marchand.

Or, en identifiant la peine à une rétribution, Pasukanis récuse la distinction positiviste entre la nature du droit et les fonctions qu'il assure, et exprime son hostilité envers le normativisme de la science du droit orthodoxe. Plusieurs auteurs se sont inspirés de *La Théorie générale du droit et le marxisme* et ont appliqués la théorie de la forme marchande à diverses branches du droit¹²⁶. Néanmoins, ce dernier point pourrait constituer une faiblesse, car cette théorie reconduit un préjugé rétributiviste en matière pénale. C'est ce reproche qu'a formulé Hans Kelsen à l'encontre du juriste soviétique et de ses épigones. Dans *The Communist theory of law*¹²⁷, il reproche à Pasukanis d'essentialiser le rétributivisme, pour en faire le fondement du droit pénal, sans se rendre compte qu'il ne s'agit que d'une idéologie du droit, c'est-à-dire d'une représentation. Le théoricien autrichien soutient qu'en se concentrant sur l'efficacité du droit comme instrument de répression, les juristes soviétiques s'en tiennent à une analyse sociologique des pratiques judiciaires en régime capitaliste, et passent à côté de la spécificité de la normativité juridique¹²⁸. La critique matérialiste développée par Pasukanis rend bien compte du statut hégémonique qu'a pris le droit dans les sociétés libérales, à l'encontre d'autres sources normatives comme la morale ou la religion. Néanmoins, pour Kelsen, elle ne parvient pas à expliquer la force obligatoire de l'ordre juridique. En outre, en insistant sur les effets sociaux des énoncés valides du droit pénal, cette approche implique de nier la distinction, cardinale pour Kelsen, entre la validité et l'efficacité du droit. Les faiblesses de la critique matérialiste proviennent aux yeux du juriste autrichien de deux écueils : la défense de mesures préventives conçues comme un type de réaction alternatif de la peine, fondées sur une conception déterministe du crime ; sa fidélité aux distinctions positives du droit, notamment entre privé et public, à une conception dualiste du droit et de l'État et au rétributivisme pénal.

¹²⁶ Nicos POULANTZAS, *L'État, le Pouvoir, le Socialisme*, op. cit. ; Paul Q. HIRST, *On Law and Ideology*, New York, Macmillan, 1979 ; Alan NORRIE, « Pasukanis and the "commodity form theory": a reply to Warrington », *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 10, 1982, p. 431 et suiv. ; China MIEVILLE, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, Leiden-Boston, Brill, 2005 ; Michael HEAD, *Evgeny Pasukanis: A Critical Reappraisal*, Londres, Routledge-Cavendish, 2008 ; Etienne BALIBAR, *Citoyen Sujet et autres essais d'anthropologie politique*, op. cit.

¹²⁷ Hans KELSEN, *The Communist Theory of Law*, op. cit.

¹²⁸ Ils passent ainsi successivement en revue les approches du droit de Marx et Engels, Lénine, Stuchka, Reisner, Pasukanis, Vyshinsky, Golunskii et Strogovich.

Kelsen contre Pasukanis

Pour le juriste soviétique, la résolution du crime n'engage pas un problème juridico-morale mais scientifique. C'est pourquoi, à la peine doit se substituer une mesure pédagogique. En lieu et place d'un système rétributif, Pasukanis défend en effet la mise en œuvre de mesures préventives, afin de lutter directement sur les causes sociales du crime : misère, indigence, perversion morale ou folie. Ces mesures n'ont pas vocation à rétablir l'égalité des sujets, à l'aide d'une rétribution équivalente au préjudice subi. Elles prétendent au contraire corriger les déterminations sociales à l'origine des actes nuisibles, en assurant la rééducation des éléments inadaptés. L'action thérapeutique contre le crime peut être imputée à deux classes d'individus : aux délinquants réels qui doivent être corrigés et à ceux qui, en légitimant son acte et en s'identifiant à lui, entretiennent les tendances au crime. À la reconnaissance de la responsabilité individuelle se substitue l'identification des facteurs criminogènes. La procédure d'application se débarrasse ainsi des conditions subjectives de l'imputabilité, en s'amputant de l'élément intentionnel de l'infraction.

Mise à part la profonde méfiance que peut susciter, au plan normatif, un tel programme de défense sociale, Kelsen met en doute la prétention de Pasukanis à affranchir la régulation du crime de la contrainte juridique : pour le juriste soviétique, le recours à des mesures préventives et non à des peines répressives constitue une réponse non pas juridique mais technique au crime. Opposée à l'illusion rétributive, cette doctrine continue néanmoins de prévoir des contraintes, imposées par des autorités, en réaction à des faits définis d'avance comme étant nuisibles. Pour Kelsen, dire qu'il ne s'agit pas là d'un système pénal relève d'une assertion purement nominale, rendue possible parce que Pasukanis présume que la peine est rétributive. Formellement, le droit pénal ne s'apparente pas à autre chose qu'à un ensemble spécifique de relations d'imputation, qui assignent une sanction à la commission d'un acte défini comme délit ou crime par une autorité habilitée. Or, rien n'empêche d'élargir les conditions d'imputabilité de ces sanctions et d'élargir la responsabilité pénale aux agents qui contribuent, volontairement ou non, à alimenter les facteurs criminogènes d'une société. Même s'il prétend être une solution exclusive et alternative à la peine, le système de mesures de défense sociale imaginé par Pasukanis ne fait donc pas autre chose qu'infliger des peines. Pasukanis réintroduit donc subrepticement la référence à la normativité juridique dans la société communiste qu'il théorise. Alors qu'il postule le dépassement du droit dans le processus révolutionnaire, il ne s'aperçoit pas qu'il en maintient le principe : bien qu'elles soient censées se substituer aux peines rétributives du droit, les mesures préventives décrites

par le juriste soviétique perpétuent les fonctions afflictives, condamnationnaires et normatives de la peine¹²⁹. Or pour Kelsen, si Pasukanis se trouve ainsi enferré dans plusieurs antinomies, c'est parce qu'il présuppose un concept déterminé de droit ainsi qu'une définition nominale de la peine issue du rétributivisme libéral.

C'est sur ce point que porte la seconde critique de Kelsen. Pasukanis analyse le caractère abstrait et mystificateur de la rétribution, comme celui de la doctrine de la responsabilité individuelle. À ses yeux, le système juridique accorde réellement aux droits subjectifs la primauté sur le droit objectif, et les obligations légales sont effectivement déduites des relations entre les sujets de droit que la loi met en forme. Ainsi, sans le vouloir, Pasukanis se prend donc au jeu de l'idéologie bourgeoise. Dans le contexte moral des sociétés libérales, on présume toujours la fonction rétributive de la peine : ce préjugé apparaît inexorablement ancré dans nos conventions sociales, et sa critique laisse intacte la confiance dont le droit est l'objet de manière générale. Cependant, révéler que la peine est infligée comme la conséquence d'un contrat conclu entre délinquant et victime, et soldé par un arbitre impartial incarné par l'État, revient à critiquer une idéologie juridique, c'est-à-dire une manière de justifier le système pénal. Or, pour Kelsen, la distinction entre privé et public n'est pas juridique mais politique¹³⁰, en outre l'État et le droit ne constituent pas deux entités distinctes l'une de l'autre. D'un point de vue interne au droit, la peine constitue une norme individuelle, qui dérive des normes de sanction valides au sein d'un ordre juridique donné.

Comment l'État peut-il être défini comme un organe transcendant au droit, voué à assurer le respect de libertés conçues comme fondamentales dans un contexte libéral ? On se représente couramment la puissance publique comme la source du droit, qui émet des règles assorties de menace de sanctions, afin d'autoriser, d'obliger ou d'interdire certains comportements. De ce point de vue, l'État est conçu comme l'organe qui réprime la violation des normes qu'il a pour vocation de faire respecter dans le but de protéger la sécurité collective et les libertés individuelles. La valeur absolue accordée aux droits fondamentaux conduit alors à faire porter les incriminations sur les entraves à ces libertés, et à centrer la

¹²⁹ Il est notable de voir que, dans son commentaire au livre de Pasukanis, Korsch rejoint la critique de Kelsen, mais pour d'autres motifs : « il en ressort au bout du compte l'image générale d'une critique et d'une "théorie" du droit, qui [...] se détournent dans leur réalisation effective et dans leurs résultats de la destruction et du dépassement matérialistes-critiques [...] de l'idéologie juridique et de la réalité socio-économique capitaliste qui lui sert de fondement. Par là il [Pasukanis] est amené à réadmettre et à restaurer l'idéologie juridique et la réalité qui y est voilée. » KORSCH Karl, « En guise d'introduction », in Evgeny B. PASUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, op. cit., p. 21.

¹³⁰ « Il n'y a pas de relation juridique dont l'État ne fait pas – directement ou indirectement – partie, de sorte que tout le droit est dans sa nature même un droit public, dont le dénommé droit privé n'est qu'une partie [...]. Le marxiste Pasukanis accepte la doctrine dualiste de la jurisprudence bourgeoise. » HANS KELSEN, *The Communist Theory of Law*, op. cit., p. 95 et 98.

procédure pénale sur le respect du mérite individuel. Et, il semble aller de soi que l'infracteur soit puni parce qu'il le mérite.

Kelsen admet que l'on puisse interpréter cette conception libérale de la peine comme un ensemble de représentations dérivées des structures matérielles des sociétés capitalistes, requises par la généralisation des rapports marchands. Mais il rappelle qu'une telle critique ne porte pas sur la signification des normes pénales, mais sur une manière parmi d'autres d'en justifier la mise en œuvre, c'est-à-dire sur une idéologie juridique, forgée à des fins de légitimation politique : il s'agit ainsi de défendre la maximisation des libertés et de la sécurité individuelles. Pour le juriste autrichien, le rétributivisme pénal est donc une idéologie du droit parmi d'autres¹³¹, tout autant que la conception scientiste de la peine comme mesure de défense sociale que privilégie Pasukanis. Aux yeux de Kelsen, Pasukanis manque ainsi doublement sa cible : son analyse matérialiste de la peine en reste au plan d'une critique politique du rétributivisme pénal ; sa défense des mesures préventives contre la rétribution pénale aboutit à étendre objectivement les pratiques répressives de l'État, sans s'affranchir d'un cadre juridique. Le juriste soviétique est coincé dans une conception téléologique de la peine, définie à l'aune de ses effets visés. Or, la notion de « peine » doit au contraire désigner l'ensemble des techniques coercitives, dont l'application est prévue par des normes conditionnelles et assumée par une autorité extérieure au contentieux. Rien ne permet d'en postuler la vocation selon les contextes sociaux où elle est employée : « le droit, s'il n'est pas perçu à travers les yeux d'un bourgeois ou d'un prolétaire, d'une idéologie capitaliste ou socialiste, est dans sa nature même une technique¹³². » Au plan normatif, la peine se limite à une technique qui permet d'imposer une contrainte sous des conditions déterminées par la loi. Selon cette théorie de la sanction *lato sensu*, la peine appartient aux conséquences normatives des antécédents factuels prévus par le droit. Cette distinction entre la nature juridique de l'institution pénale et ses fonctions sociales et politiques s'impose du fait de l'autonomie relative du droit pénal face aux pratiques sociales. Dès lors, le droit pénal peut-il constituer une ressource dans la formulation et la résolution des conflits sociaux ?

¹³¹ « la réalité juridique ne fait que [présenter] un acte coercitif, la sanction, comme une réaction contre un certain comportement humain considéré comme indésirable par l'autorité légale. Que cette réaction corresponde à une rétribution est une interprétation de cette réalité en vertu d'une certaine idéologie. » *Ibid.*, p. 101.

¹³² *Ibid.*, p. 105.

3.2. Une critique immanente de la justice pénale

Une histoire des structures répressives

En s'attachant à révéler les interactions entre imputation juridique et échange marchand, Pasukanis confond, selon Kelsen, la signification du droit et la représentation que l'idéologie bourgeoise en produit : l'objet de la critique de Pasukanis serait moins le système de normes juridiques que le légalisme moral qui infuse les mœurs bourgeois ; si cette critique fournit des armes pour remettre en cause le caractère hégémonique du droit dans les sociétés capitalistes et révéler les limites du formalisme juridique, le droit lui-même demeure hors d'atteinte. Kelsen conclut que la théorie du juriste soviétique porte sur une idéologie juridique et non sur le droit lui-même. Cependant, l'intérêt de la critique de la peine livrée par Pasukanis réside dans le fait qu'il récuse explicitement un tel dualisme entre le plan normatif de la structure du droit et le plan descriptif des faits sociaux dans lesquels le droit se trouve immergé. Sa critique repose sur deux arguments : l'un découle de son *matérialisme*, l'autre de son *historicisme*. Concernant le premier, il convient de substituer à la distinction analytique et idéale qui sépare validité et efficacité du droit l'étude concrète de leurs liens dialectiques. D'une part, Pasukanis insiste sur le fait que la connaissance des règles valides, en matière répressive, ne peut être obtenue qu'à l'aune de l'observation de l'activité des tribunaux : l'efficacité doit être entendue comme une condition de la validité des normes juridiques. D'autre part, la législation pénale porte sur des relations d'imputation normatives, à partir desquelles on peut prévoir le comportement des autorités répressives. Le crime est la prémisse factuelle d'une sanction obligatoire, et tout individu peut inférer de l'annonce de la sanction les standards moraux en vigueur.

Concernant le second argument, d'un point de vue généalogique le droit pénal s'enracine dans les instincts de survie et d'auto-défense, ainsi que dans les émotions vindicatives que connaît le vivant animal. Il se stabilise sous l'égide du droit coutumier des systèmes vindicatoires, et dans sa morphologie moderne, reproduit l'équivalence réciproque de l'échange marchand. Le droit pénal bourgeois est donc un avatar des institutions encadrant les pratiques de vengeance. Or, si le droit ancien était fondé sur la responsabilité collective, le droit bourgeois a dissout les liens primitifs et traditionnels entre les individus, pour proclamer le principe de l'intérêt personnel : chacun pour soi. C'est seulement dans le contexte de la société capitaliste que la répression pénale prend la forme d'une relation réciproque entre

deux individus, et aboutit à quantifier formellement la sentence à partir du tort subi¹³³. L'efficacité sociale du droit pénal ne dépend pas seulement des peines appliquées et de l'activité des tribunaux répressifs, elle s'exerce aussi à travers la déclaration des normes pénales à l'aune desquelles les individus infèrent l'interdiction de violer les intérêts d'autrui. Si les énoncés normatifs du droit pénal se réfèrent à des relations sociales, ils le font sur le modèle d'une intersubjectivité formelle¹³⁴. Ils contribuent ainsi à donner à la figure du sujet de droit sa force symbolique : les individus s'y reconnaissent spontanément dès lors qu'ils se savent punissables. La chaîne de l'action pénale, de la qualification du crime à l'exécution de la peine, prend racine dans la pratique rétributive de la *vendetta* et reproduit dans les sociétés capitalistes les rapports d'échange marchands.

Le juriste soviétique voit dans l'institution pénale l'archétype du droit privé et dans la peine le noyau dur de toute sanction. Il interprète la rétribution pénale, qui convertit le tort commis en devoir d'être puni, par analogie avec la transformation du travail concret en valeur abstraite dans l'échange marchand. Mais, de manière originale, il souligne qu'en plus de sa vocation coercitive, la peine exerce une fonction normative, parce que les individus identifient les conduites licites à des comportements normaux : le respect de la loi devient indissociable de l'adhésion à la morale individualiste et aux mœurs dominantes des sociétés capitalistes. Lorsqu'il remonte aux énoncés de sanction eux-mêmes, il observe ainsi que la manière dont les lois pénales sont exprimées individualise les sujets et participe à la reconnaissance de soi et des autres comme sphères de souveraineté indépendantes, protégées par les droits subjectifs. C'est pourquoi la peine se justifie immédiatement comme une rétribution méritée : la sphère d'intérêt de l'infracteur est entamée dans l'exacte mesure où il a entamé celle d'autrui. L'irréductibilité du rétributivisme parmi les doctrines pénales trouve ainsi peut-être une explication.

La peine est irréductiblement rétributive car elle représente, au plan normatif, une norme conditionnelle : si une infraction est commise, une peine doit être infligée. Pour

¹³³ Le droit en général produirait ainsi la forme par laquelle l'échange marchand se généralise et se diffuse à toute la société, ce que résume Karl Korsch en lecteur critique de Pasukanis : « les contenus variables de tous les rapports et normes juridiques en vigueur, mais aussi la forme du droit elle-même dans toutes ses manifestations, ont un caractère "tout aussi" fétiche que la forme de la marchandise en économie politique. Comme celle-ci, le droit appartient dans sa configuration pleinement achevée à la seule époque historique de la production marchande capitaliste¹³³. » Karl KORSCH, « En guise d'introduction », in Evgeny B. PASUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, op. cit., p. 15.

¹³⁴ « Le droit capitaliste moderne [...] opère la subjectivation des individus en en faisant des monades capitalistes-patriarcales et en même temps il les joint ensemble dans une entité externe. Ses procédures sont constituées comme un ordre normatif hégémonique qui apparaît comme universel et comme le produit de procédures apparemment neutres. » Sonja BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », in Hourya BENTOUHAMI et al. (dir.), *Le Souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, op. cit., p. 86.

Pasukanis, c'est ce qui explique que le rétributivisme pénal est un préjugé inéliminable, une idéologie inhérente à la morphologie du droit pénal. Intuitivement, on se représente toujours la peine comme un devoir qui s'impose parce que l'infracteur l'a mérité, et on ne peut pas échapper à ce préjugé. La peine ne peut donc pas cesser d'apparaître comme une rétribution¹³⁵. Kelsen minimise ce point, qui justifie pourtant la continuité selon Pasukanis entre l'imputation juridique au plan descriptif et le rétributivisme pénal au plan normatif. Le rétributivisme serait l'idéologie ordinaire des agents du droit pénal, la gangue dans laquelle les procédures de résolution des conflits sociaux sont prises inextricablement dès lors qu'elles sont définies et organisées par l'État. Comme le principe de rétribution est un présupposé solidement ancré dans nos conventions mais purement intuitif, il est inévitable que l'application de la loi et au-delà l'activité des autorités répressives, des forces de police, des juridictions criminelles et de l'administration pénitentiaire, semblent outrepasser les limites que la loi leur confère en droit. Les pratiques pénales se lestent d'autres dimensions, notamment condamnatoires et autoritaires, qui élèvent la souffrance infligée au condamné bien au-delà du principe de proportionnalité affiché par la rétribution au mérite.

L'intérêt des arguments de Pasukanis réside dans le fait qu'il ouvre la voie à une critique des phénomènes qui relèvent tous, selon lui, de l'étatisation du traitement des actes répréhensibles : dans sa mise en œuvre publique, le système pénal postule la légitimité des incriminations au lieu d'en exhiber les raisons ; il emporte spontanément l'adhésion collective aux valeurs et standards de conduite que la loi incorpore ; il a pour effet structurel de renforcer l'autorité de l'État¹³⁶. Cette analyse revient en creux à récuser les justifications qui fondent le devoir de punir sur la protection de l'intérêt général. Les politiques criminelles qui s'en réclament reposent, selon Pasukanis, sur une distorsion de la réalité : les punisseurs prétendent posséder un point de vue neutre et néanmoins totalisant sur la société, en surplomb des conflits qui la traversent. Le juriste soviétique reprend en ce point la critique par Marx et Engels de la volonté générale comme fondement de l'incrimination¹³⁷. Si la justice pénale ne

¹³⁵ Pasukanis applique ainsi au droit pénal la notion de fétichisme juridique qu'il a élaborée à travers son œuvre, en montrant que « le fétichisme de la marchandise est complété par le fétichisme juridique. » Evgeny B. PASUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, *op. cit.*, p. 107.

¹³⁶ Sonja Buckel repère ce phénomène de clôture normative au sein du raisonnement judiciaire : « L'argumentation juridique se ferme hermétiquement toute seule pour éviter les interminables enquêtes juridiques, et par là elle agit comme une règle qui arrête la recherche de justification [...]. Les opérations du droit visent à camoufler les fondations instables, les doctrines juridiques et la théorie juridique agissant comme s'il existait une base légitime ultime pour justifier leurs différentes décisions. » Sonja BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », *op. cit.*, p. 84.

¹³⁷ « Pas plus que le droit, le crime, c'est-à-dire la lutte de l'individu isolé contre l'état de choses en vigueur, ne résulte du simple bon plaisir. Il est au contraire soumis aux mêmes conditions que la domination existante. Pour voir dans le crime la simple violation du droit, il faut l'imagination fantasque qui fait voir dans le droit et la loi la

peut éviter d'être une institution rétributive, qui présente en droit le mérite individuel comme la condition fondamentale de la responsabilité pénale, elle ne peut être en fait qu'accaparée par les intérêts particuliers des groupes dominants.

Pasukanis révèle les rapports de force antagonistes que le droit pénal a pour effet de masquer. Mais il ne rejette pas pour autant la neutralité autoproclamée de la loi pénale pour en faire une stricte marque de fausse conscience. Son attention se porte davantage sur les effets pratiques d'une telle prétention située au cœur de la norme juridique : si le droit pénal entretient une autonomie relative à l'égard des conflits sociaux, il peut autant constituer le versant institutionnel le plus violent de la domination sociale que fournir des ressources pour la contrer¹³⁸. Le juriste soviétique prend ici acte de deux transformations historiques : d'une part, dans le contexte des sociétés fortement industrialisées, la gestion du crime fait l'objet d'un monopole d'État, ce qui confère au droit un statut hégémonique dans la définition et la résolution des conflits sociaux ; d'autre part et de façon solidaire, le droit est devenu l'institution par laquelle les contradictions de classes comme celles qui les divisent de l'intérieur peuvent être mises au jour. Contre l'instrumentalisation *a priori* des institutions pénales par les intérêts des classes supérieures, Pasukanis insiste donc sur l'ambivalence de l'issue des contentieux et des litiges.

Normes pénales et émancipation

La définition des comportements punissables et la condamnation de leurs auteurs sont des opérations sociales : elles participent de la réaffirmation des standards moraux d'une société et du renouvellement des sentiments partagés par la communauté ou des intérêts défendus par les groupes. Or, il n'est pas toujours aisé de prévoir l'appropriation dont les normes juridiques vont être l'objet : les droits peuvent faire l'objet d'un usage qui n'était pas prévu par celles et ceux qui les ont rédigées ou énoncés¹³⁹, de nombreux signifiants inscrits

domination d'une volonté générale autonome. Or, ce n'est pas l'État qui existe de par une volonté souveraine, c'est l'État issu du mode d'existence des individus qui prend aussi la forme d'une volonté souveraine. » Karl MARX et Friedrich ENGELS, *L'Idéologie allemande*, t. I, *op. cit.*, chapitre 3, « Saint Max ».

¹³⁸ « [...] le droit offre au moins la possibilité de saisir les purs rapports de pouvoir et de les soumettre à des réquisits de légitimation. De plus, les rapports de pouvoir qui échappent aux mailles juridiques peuvent être critiqués comme étant des exercices de pouvoir non officiels et injustifiés. [...] Une approche sociocritique du droit ne peut donc consister ni dans la dénonciation de l'instrumentalisation du droit ni dans un déni nihiliste du droit. » Sonja BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », *op. cit.*, p. 86.

¹³⁹ C'est ce que rappelle Christian Lazzeri en commentant les travaux de Walzer sur ce point : « Walzer fait observer que les réalisations des révolutions démocratiques de la fin du XVIII^e siècle se fondent, en fait, sur nombre de droits et de privilèges seigneuriaux féodaux : droit d'être consulté par les monarques avant la

dans les règles demeurant volontairement abstraits et généraux, à l'instar des « valeurs fondamentales de la société ». De nombreux systèmes juridiques définissent ces énoncés comme des principes, des standards ou des clauses générales. Employée dans de nombreux systèmes juridiques continentaux¹⁴⁰, la clause générale peut se définir comme une catégorie prescriptive souple et indéfinie, déterminant le périmètre dans lequel certains comportements sont permis et où d'autres constituent une atteinte à une norme de conduite. On en retrouve des expressions dans les discours législatifs et judiciaires, sous les termes de « valeurs fondamentales », d'« ordre public », de « bonnes mœurs », de « raisons sérieuses » ou d'« intérêts fondamentaux de la nation ». L'usage des clauses générales permet aux juges d'adapter le droit à la sensibilité sociale et aux acquis culturels d'une société. Il peut également viser à privilégier les intérêts de groupes dominants, lorsque les décisions de justice affirment et reconduisent des représentations idéologiques, fonctionnelles d'un rapport de domination.

Les débats récents sur l'extension de la déchéance de nationalité aux binationaux nés en France témoignent des effets politiques et normatifs liés à l'usage de ces clauses générales. Formellement distincte de l'indignité nationale et de la peine de dégradation nationale qui lui est assortie, la déchéance de nationalité constitue, en droit français, une sanction civile qui vise à priver un individu de la nationalité française lorsqu'elle a été régulièrement acquise en plus de sa nationalité d'origine. Elle s'ajoute à la sanction pénale, lorsque le crime ou le délit est considéré comme suffisamment grave pour rompre le lien d'appartenance de l'individu à la nation et le priver des droits qui en découlent. Elle est prononcée par décret, dans quatre cas de condamnation pénale : pour abus d'autorité portant atteinte à l'État¹⁴¹, actes de trahison préjudiciables aux « intérêts de la France », soustraction aux obligations de service national, actes de terrorisme ou conduites « constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la

décision ; droit de réunir des assemblées et de faire des remontrances ; droit à une certaine expression libre ; droit à des services religieux privés ; droit à une juridiction sur ses propres affaires privées. Ce sont de tels droits, possédés par "quelques-uns" qui se trouvent, à travers le filtre d'une nouvelle formulation théorique, étendus à tous au lieu d'avoir été simplement théoriquement "inventés". » Christian LAZZERI, « Qu'est-ce que la lutte pour la reconnaissance ? », in Robert DAMIEN et Christian LAZZERI (dir.), *Conflicts et confiances*, Presses de l'Université de Franche-Comté, 2006, p. 364. Christian Lazzeri renvoie ici à : Michael WALZER, *Thick and Thin. Moral arguments at home and abroad*, Londres, Notre Dame University Press, 1994, p. 53-54 ; traduction française : Michael WALZER, *Morale minimale, morale maximale*, trad. de l'angl. par C. Fort, Paris, Bayard, 2004 ; Charles TAYLOR, *Les sources du moi. La formation de l'identité moderne*, Paris, Seuil, 1998, p. 17.

¹⁴⁰ Bien que n'existant pas en droit français, la notion de clause générale est utilisée en droit allemand ou italien, et trouve des équivalents dans les notions de principes ou de standards généraux. Pour une distinction de ces trois notions, voir : Camille JAUFFRET-SPINOSI, « Théorie et pratique de la clause générale en droit Français et dans les autres systèmes juridiques Romanistes », in Stefan GRUNDMANN et Denis MAZEAUD (dir.), *General clauses and standards in European contract law: comparative law, EC law and contract law codification*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, p. 28-32.

¹⁴¹ CP, livre IV, titre III, chapitre II.

nation¹⁴² ». Cette dernière expression inclut une clause générale qui, étant donnée l'indétermination de son contenu, peut désigner tout à la fois la souveraineté politique de l'État français, mais aussi les conditions de sa préservation : sécurité de ses citoyens, respect de ses institutions, préservation de son environnement naturel, développement scientifique, économique et culturel¹⁴³.

Certaines sanctions prévues pour encadrer l'exercice d'un mandat public contiennent également des clauses générales, qui conditionnent l'exercice des droits électoraux au statut moral des individus. À partir de l'instauration du suffrage universel masculin, il est prévu que certaines condamnations pénales entraînent une incapacité électorale. La loi du 19 janvier 1995¹⁴⁴, dite de « moralisation de la vie politique », a réintroduit dans le code électoral une interdiction de s'inscrire sur les listes électorales pour les individus coupables de faits impliquant des « manquements au devoir de probité¹⁴⁵ ». À travers cette dernière expression, la condamnation pénale exprime une dénonciation publique et réaffirme des vertus civiques. Se révèle en creux le fait que la citoyenneté est un statut conditionnel, qui dépend de la moralité de l'individu. Elle n'équivaut donc pas à la reconnaissance de droits civiques et politiques, mais fait appel à l'exercice de vertus morales, sanctionnées publiquement¹⁴⁶.

L'« ordre public » peut fournir un dernier exemple de clause générale, sur lequel se fonde les doctrines pénales qui font de la dangerosité un critère d'incrimination. La protection du public y joue en effet un rôle principal. On peut distinguer deux manières de donner sens à l'« ordre public » : d'un point de vue matériel et profane, l'« ordre public » désigne la sécurité juridique (respect des droits subjectifs), la sûreté des individus (protection de leur intégrité physique et morale) ou la paix sociale (absence de rapports sociaux violents) ; d'un point de vue normatif et juridique, il dénote l'ordre auquel le délit ou le crime porte atteinte¹⁴⁷. Le sens matériel vise le contenu de l'ordre public, les droits, les valeurs et standards qu'il représente ; le sens normatif renvoie à l'interprétation que les autorités judiciaires en donnent à travers les

¹⁴² CC art. 25 (loi n°98-170 du 16 mars 1998).

¹⁴³ « Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel. » CP art. 410-1.

¹⁴⁴ Loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique.

¹⁴⁵ CP livre IV, Titre 3, chapitre 2, section 3.

¹⁴⁶ Camille AYNES, « Citoyenneté et moralité », communication dans le cadre de l'Atelier doctoral de philosophie du droit, Institut Villey/NoSoPhi, 29 et 30 juin 2015 (non publié).

¹⁴⁷ C'est ce sens normatif qu'a en vue l'analyse réaliste de Ross : « une transgression est une action en conflit avec une norme, déclarée mauvaise d'après certaines règles d'un système normatif. » Alf ROSS, *On Guilt, Punishment and Responsibility*, *op. cit.*, p. 2.

actes de qualification et de condamnation des infractions¹⁴⁸. Le problème consiste alors à savoir où s'arrête la définition de cet « ordre public ».

Les énoncés des normes pénales – de fond comme de procédure – déterminent les usages qui peuvent en être faits par les agents du droit, notamment dans le processus de qualification. Mais dans leur généralité et leur abstraction, comme on l'a observé dans les exemples de clauses générales, ces énoncés peuvent aussi constituer une ressource à la contestation de certains usages figés ou abusifs. À travers la qualification d'une infraction, les normes jouent comme une partition à l'égard des faits : les autorités de police et de justice sélectionnent à l'avance les faisceaux de fait pertinents, et leurs conséquences normatives sont fixées d'avance par la législation. Mais elles agissent également comme un filtre pour tous les autres faits qu'elles excluent de leur champ d'application. Le droit pénal possède donc une dimension autant pragmatique que cognitive. Il structure à l'avance l'espace des conséquences que les conduites sociales peuvent avoir, comme le champ des représentations et des valeurs que véhiculent ces conduites. Cependant il demeure ambivalent quant à ses appropriations politiques.

Stratégies judiciaires et contraintes de procédure

À partir de cette ambivalence et de l'autonomie relative du droit, on peut faire l'hypothèse que la justice pénale ne se dissout pas dans la reproduction aveugle des rapports de domination existants. Les luttes sociales peuvent se développer au sein de l'arène judiciaire, et faire jouer droits contre droits à l'aide des ressources légales d'une société. Comme le rappelle Pashukanis « la lutte des classes s'accomplit à travers la jurisprudence [...], la juridiction pénale n'est pas seulement une incarnation de la forme juridique abstraite, mais aussi une arme immédiate dans la lutte des classes¹⁴⁹. » Ainsi, en principe, l'activité judiciaire ne saurait être captée toujours par les mêmes intérêts de classe, ni contribuer à maintenir de façon univoque les hiérarchies en place. Les institutions pénales sont soumises à des règles de procédures qui protègent les droits individuels. Ces droits, mobilisables à différentes échelles juridictionnelles, sont censés garantir l'individu du pouvoir arbitraire et

¹⁴⁸ On comprend donc que c'est parce que Kelsen n'examine que le sens normatif de l'ordre social protégé par le droit qu'il peut écrire : « il n'est pas d'état de droit qui, au sens où nous le prenons ici, soit essentiellement un état de paix. » Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op.cit., p. 73.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 162.

invasif de l'État¹⁵⁰. La théorie du droit défendue par Pasukanis renvoie donc dos-à-dos le normativisme juridique, qui s'en tient à postuler l'autonomie absolue des normes à l'égard des phénomènes sociaux, et le marxisme orthodoxe de Korsch qui dérive le droit des structures matérielles de la société capitaliste et le réduit à l'exercice de la domination¹⁵¹.

Dans son commentaire, ce dernier fait montre d'une grande circonspection devant la possibilité de traduire les conflits sociaux sur le terrain judiciaire. Cette tentation serait non seulement historiquement dépassée, mais aussi inopérante d'un point de vue stratégique. Prétendre que le droit peut être investi par une stratégie politique, que dans leur lutte les groupes dominés peuvent produire un répertoire de revendications juridiques dépend d'une condition fondamentale, rappelée par Korsch à l'encontre de Pasukanis : « que toutes ces revendications juridiques, diverses et changeantes suivant l'époque, le lieu et le degré du développement social, correspondent dans tous les cas, le plus exactement possible, aux circonstances et aux conditions effectives de la lutte des classes.¹⁵² » Korsch fait ici référence à l'article d'Engels de 1887, « Socialisme de juristes », qui défend l'impossibilité structurelle de réaliser cette condition. Une fois achevée l'accession de la bourgeoisie comme classe dominante, une fois sa conception juridique du monde réalisée dans le principe de l'égalité devant la loi, la justice, en tant qu'institution chargée de l'interprétation et de l'application du droit, dépolitise et absorbe inexorablement l'antagonisme propre du conflit de classe en le traduisant dans la forme du contentieux juridique.

De même que, naguère, la bourgeoisie dans sa lutte contre la noblesse avait, par tradition, traîné la conception théologique du monde pendant un certain temps encore, de même au début le prolétariat a repris de son adversaire les conceptions juridiques et à cherché à y puiser des armes contre la bourgeoisie [...]. Pour la classe ouvrière dépouillée, par la transformation du mode de production féodal en mode de production capitaliste, de toute propriété sur les moyens de production, et constamment reproduite par le mécanisme du système de production capitaliste dans cet état héréditaire de prolétarisation, l'illusion juridique de la bourgeoisie ne peut suffire à exprimer totalement la situation où elle se trouve. Elle ne peut prendre elle-même

¹⁵⁰ Sur les débats concernant le potentiel émancipateur du droit, voir : Grietje BAARS, « “Reform of Revolution?” Polanyian versus Marxian Perspectives on the Regulation of the Economic », *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 62, n° 4, 2011, p. 415-431 ; Robert KNOX, « Strategy and Tactics », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 21, 2010, p. 193-229 ; Owen TAYLOR, « Reclaiming Revolution », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 22, 2011, p. 259-292.

¹⁵¹ « Lorsque [Pasukanis] désigne explicitement le “fétichisme du droit” et le “fétichisme de la marchandise” comme deux phénomènes reposant “sur la même base” et également “énigmatiques”, lorsqu’il dit que ces deux “formes fondamentales” se conditionnent “réciproquement” et que le lien social enraciné dans la production se présente simultanément sous ces deux “formes absurdes”, il abandonne alors, et souvent ailleurs aussi, tout au long de son livre, la pensée marxienne qui considère le rapport économique comme le rapport fondamental et le rapport juridique, ainsi que le rapport politique, comme des rapports dérivés. » Karl KORSCH, « En guise d’introduction », in Evgeny B. PASUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, op. cit., p. 19-20.

¹⁵² *Ibid.*, p. 18.

une connaissance complète de cette situation que si elle regarde les choses dans leur réalité, sans lunettes teintées de couleurs juridiques¹⁵³.

Pasukanis soutient au contraire que le droit pénal peut fournir une grammaire à la formulation des luttes sociales. Comment un tel programme est-il néanmoins réalisable ? Pour répondre à cette question, il faut déjà distinguer deux manières de concevoir la politisation de la sphère pénale, qui peut passer par la *socialisation* de l'institution et de ses procédures ou bien par la *déconstruction* de son principe et de ses fonctions¹⁵⁴. La première option requiert d'importer dans l'arène judiciaire les motifs de lutte et de résistance, et de profiter de son autorité publique pour remettre en cause le pouvoir de l'État. Cette approche débouche au plan pratique sur la stratégie dite « de rupture », qui tire profit de l'issue ambivalente du procès pour l'investir comme un opérateur de qualification (et non plus de disqualification) des luttes. Dans sa plaidoirie, la défense dénie à la juridiction la légitimité de juger, afin de remettre en cause l'ordre politique dont elle est solidaire. Mise en œuvre à plusieurs reprises par l'avocat Jacques Vergès¹⁵⁵, cette stratégie a été initialement théorisée par Marcel Willard, également avocat, dans la continuité de la ligne forgée dès 1905 par Lénine à l'attention des Bolcheviks traduits en justice : « Défendre sa cause et non sa personne, assurer soi-même sa défense politique, attaquer le régime accusateur, s'adresser aux masses par dessus la tête du juge¹⁵⁶ ». Il s'agit donc d'un détournement de la scène du procès à des fins politiques et non plus judiciaires¹⁵⁷.

Cette stratégie tend cependant à tenir la procédure pénale pour une forme neutre, malléable à merci, et à minimiser les contraintes qu'elle impose sur les discours, les comportements et les représentations de ses acteurs. Pour pallier ce manque, les tentatives pour retourner l'accusation contre elle-même doivent s'armer d'une seconde stratégie, qui ressortit d'un autre modèle de politisation du droit. Lorsque l'effort pour contaminer l'arène judiciaire avec les motifs politiques des luttes achoppe, la critique peut viser à révéler le contenu politique des règles pénales, de fond comme de procédure. L'une des tâches peut être

¹⁵³ Friedrich ENGELS, « Socialisme de juristes », dans Karl MARX et Friedrich ENGELS, *Sur la religion*, Paris, Éditions sociales, 1968, p. 251-252.

¹⁵⁴ On retrouve ces deux manières de politiser le droit dans les traditions nord-américaines du mouvement des droits civiques : les acteurs ont exploité les cours de justice pour en faire le tremplin de leur protestation, mais ils en ont profité pour mettre en évidence les biais politiques implicites des procédures judiciaires elles-mêmes. Voir Wendy BROWN, « Suffering Rights as Paradoxes », *op. cit.*, p. 230 ; Wendy BROWN, *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, *op. cit.*

¹⁵⁵ Jacques VERGES, *De la stratégie judiciaire*, Paris, Minuit, 1968.

¹⁵⁶ Marcel WILLARD, *La Défense accuse*, Paris, Éditions sociales, 1938.

¹⁵⁷ C'est ce que montre l'étude du procès des principaux membres de la *Rote Armee Fraktion* (RAF) qui s'est ouvert en mai 1975 en Allemagne. Voir Frédéric AUDREN et Dominique LINHARDT, « Un procès hors du commun ? Histoire d'une violence terroriste et de ses agents », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, vol. 63, n° 5, 2008, p. 1003-1034.

de révéler l'écart irréductible entre les présupposés de la procédure pénale et les ressorts concrets des pratiques sociales¹⁵⁸. Dans ce cas, c'est à déceler l'autorité masquée de la sanction pénale sur ces pratiques que tend la critique : le droit donne une forme institutionnelle aux luttes sociales mais en atténue aussi la portée politique en les stabilisant ; par leur logique inévitablement rétributive, la qualification et la punition du crime individualisent le fauteur de troubles et érigent son acte en transgression d'un ordre présupposé comme juste et cohérent ; en présumant la clarté et la légitimité des normes transgressées, en postulant, sans la réinterroger publiquement, la valeur de la loi pénale, les pratiques pénales ont pour conséquence de renforcer l'autorité de l'État. Cette analyse conclue donc que l'activité même de punir suppose de croire en son bon droit. Elle affirme que les efforts de justification sont au mieux vains, au pire qu'ils font écran à la connaissance des défaillances du système pénal et les entretiennent par là-même.

Cette seconde stratégie présente l'avantage de rendre compte des conditions de l'efficacité du droit pénal de façon immanente, sans avoir à justifier en soi la légitimité de la lutte portée dans l'arène judiciaire. Elle souligne que les procédures pénales reposent sur une opération de dissimulation, qui consiste à prendre les fictions du légalisme pour des faits de la réalité sociale. Par exemple, selon le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, la promulgation et la clarté de la loi constitue l'une des conditions subjectives de l'imputation et offre une première raison de mériter une sanction. Tout se passe donc comme si les individus étaient punis pour avoir enfreint une règle qu'ils auraient pu et dû connaître. Le droit fait du respect des interdits légaux un devoir individuel, qui amène le sujet à s'auto-contraindre. La peine ressortit certes du respect dû à la loi, qui pèse sur chaque individu pris individuellement. Mais cette obligation de se conformer à la règle enveloppe, pour l'individu, un devoir de connaissance de la loi : la représentation en son for interne des prohibitions dont la transgression entraîne une punition, c'est-à-dire des normes primaires sanctionnées pénalement. C'est à cette condition que l'institution pénale peut se rapporter à chaque individu différent comme un sujet de droit, à égalité avec les autres devant la loi.

Ces spécificités de l'obéissance juridique conduisent certains auteurs à affirmer que l'imputation de responsabilité possède un soubassement idéologique, et que l'institution pénale participe d'une forme régulière de domination : les individus sont punis parce qu'ils sont censés savoir pourquoi, alors qu'il est indifférent à l'État d'assurer les conditions de la

¹⁵⁸ « Les procédures judiciaires n'abandonnent pas le droit à la pratique ordinaire, mais au contraire elles codent cette pratique sociale dans leur propre sémantique juridique. Les décisions sont ainsi détachées de la distribution sociale du pouvoir et enfouies dans la sphère du droit. » Sonja BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », *op. cit.*, p. 81.

connaissance du droit et que la culture juridique des individus est seulement présumée. À cette incertitude liée aux conditions d'application de la peine s'en ajoute une autre : même si l'État voulait assurer la connaissance collective de la loi, il ne le pourrait pas. Dans l'expérience ordinaire des individus, les normes d'interdiction demeurent en effet indéterminées jusqu'au moment du jugement. Ce n'est qu'au moment où il est jugé que l'individu sait précisément pourquoi il est poursuivi et au nom de quoi il sera jugé. Autrement dit, c'est lors de l'application de la peine que l'interdiction qui est censée avoir été transgressée s'énonce. Avant, elle n'est ni une norme complète, ni un énoncé explicitement adressé à ses destinataires, mais une fiction qui entoure la certitude que l'État a le pouvoir matériel de punir.

Le droit pénal, à travers les sanctions qu'il distribue de fait, contribue donc à façonner la représentation d'une culture juridique exigible des individus soumis à la loi. L'application des peines fait croire en la représentation d'interdictions légales, de normes primaires, adressées également à tous les individus et groupes d'une société. La définition, l'annonce et la réalité des sanctions parviennent à faire émerger, « en vertu de leur nature normative, de leur type de normativité¹⁵⁹ », un devoir qu'il est non seulement difficile mais même impossible de remplir. Or, ce devoir apparaît d'autant plus impérieux que les individus et groupes qui en sont dépourvus sont tendanciellement ceux qui ne pourront pas échapper à l'application du droit et qui seront soumis aux tribunaux. C'est ce que rappelle Poulantzas :

Nul n'est censé ignorer la loi, maxime fondamentale d'un système juridique moderne où nul, sauf les représentants de l'État, ne peut la connaître. Cette connaissance requise chez tout citoyen ne fait même pas l'objet d'une discipline particulière à l'école, comme si, tout en prétendant exiger qu'il connaisse la loi, tout était fait pour qu'il l'ignore. Cette maxime exprime ainsi la dépendance-subordination à l'égard des fonctionnaires d'État, c'est-à-dire des faiseurs, des gardiens et des appliquants de la loi, de masses populaires dont l'ignorance (secret) de la loi est un trait de cette loi et du langage juridique même. La loi moderne est un *secret d'État*, fondatrice d'un savoir accaparé par la raison d'État¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Joseph RAZ, s. v. « On the Functions of Law », in Alfred W.B. Simpson (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, op. cit., p. 280.

¹⁶⁰ Nicos POULANTZAS, *L'État, le pouvoir, le socialisme*, op. cit., p. 141-142.

Conclusion de la Troisième partie

En enracinant la peine dans un rétributivisme fondamental, inscrit au cœur des mœurs et des conventions des sociétés capitalistes, les théories marxistes étudiées jusqu'à présent insistent sur les contraintes qui limitent *a priori* la capacité du droit à traduire et à relayer les luttes sociales. Elles critiquent les prétentions de l'institution pénale à offrir des ressources directes, sans filtre, pour lutter contre les hiérarchies sociales et les injustices au sein des sociétés capitalistes. Elles doutent également des prétentions de la réflexion politique à imaginer les conditions démocratiques de la peine, servant idéalement l'intérêt général et faisant l'objet d'un consensus moral. Le besoin de rétribution paraît à ce point ancré dans nos mœurs et conventions qu'il rend présomptueuse la tentative d'élaborer un modèle pour la justice pénale et d'y confronter les pratiques punitives existantes.

Ce soupçon tenace aboutit à soutenir deux thèses : d'une part, au sein des sociétés capitalistes, la solidarité des pratiques rétributives avec la forme générale de l'échange marchand rend la forme étatique, centralisée et formalisée de la répression pénale indépassable ; d'autre part, en raison de sa nature rétributive, le système pénal a pour effet structurel de présupposer la légitimité de la loi pénale – le caractère acceptable des incriminations est davantage postulé que soumis à la critique et, en raison de son indépendance formelle, l'existence même de l'institution pénale a pour effet de miner les efforts de justification publique et démocratique de la distribution des peines. Cette analyse rend matériellement compte des difficultés de l'imagination morale à définir les torts et les offenses exigeant d'être punis *indépendamment* des lois et du régime des peines en vigueur. C'est à ce problème que se trouvent confrontés les théoriciens qui maintiennent de fortes attentes normatives sur la justice pénale, dans le cadre d'une conception restauratrice de la peine ou de l'abolitionnisme. Le défi auquel ces théories sont confrontées est de répondre à la question lancée par Wendy Brown en conclusion de son article sur les paradoxes de la personnalité juridique :

Comment l'attention accordée à ce paradoxe peut-elle nous aider à élaborer une lutte politique pour les droits dans laquelle ces derniers ne sont conçus ni comme des instruments ni comme des fins, mais comme articulant dans leur usage le fait que l'égalité et la liberté excèdent toujours la portée des droits eux-mêmes ? En d'autres termes, dans un contexte d'émancipation, comment les éléments paradoxaux de la lutte pour les droits peuvent-ils dessiner un domaine de justice au-delà de "ce que nous ne pouvons pas ne pas vouloir"¹⁶¹ ?

¹⁶¹ Wendy BROWN, « Suffering Rights as Paradoxes », *op. cit.*, p. 240.

Conclusion générale

Cette recherche s'est déroulée en trois grandes étapes : tout d'abord, on a examiné les implications morales de la peine, à savoir l'infliction d'une souffrance et l'expression d'un blâme public, qui donnent à la peine sa valeur irréductiblement rétributive ; ensuite, on en a analysé les conditions juridiques, afin de montrer que les théories normatives devaient prendre en compte la prétention de l'institution pénale à interdire certaines conduites et à assujettir les individus à la loi par la menace de façon légitime ; enfin, on a abordé les opérations à travers lesquelles l'institution pénale met en forme et régule les conflits au sein des démocraties libérales. On a cherché à montrer qu'à travers la qualification des crimes, l'imputation de la responsabilité et l'individualisation des sanctions, la pénalité impose une forme à l'expression des torts qui n'empêche pas la possibilité d'investir la sphère pénale pour contester les injustices, exprimer des demandes collectives et critiquer l'état de fait des hiérarchies sociales. Dans les lignes qui suivent, je vais résumer la thèse centrale de ce travail, retraverser les grandes étapes de la démonstration, et tenter de circonscrire les problèmes qui me semblent se profiler à l'horizon de cette conclusion.

Menace légitime et protection des valeurs

À travers cette étude, j'ai essayé de montrer qu'au plan *descriptif* la peine possédait une fonction normative : en tant qu'instrument d'un État qui prétend exercer son pouvoir de façon légitime, elle ne se réduit pas à un outil de dissuasion et de coercition dont l'efficacité serait réductible à une force brute. En tant qu'institution légale complexe, elle engage la protection des valeurs et des normes de la morale collective, mais aussi la discrimination des torts éligibles à une réaction publique et la stabilisation des conflits et des contradictions d'une société. Cette fonction doit, me semble-t-il, être mise en relief parce que la valeur rétributive des contraintes exercées par l'institution pénale apparaît inévitable : on présume de l'application d'une peine l'existence d'un tort. En revanche, il est impossible d'affirmer *a*

priori que la peine exprime un ressentiment collectif antérieur au verdict des autorités judiciaires. Certes, il est indéniable que dans la majorité des cas, la condamnation pénale véhicule une colère et une indignation publiques et qu'elle assigne à l'individu puni un statut d'adversaire ou de déviant. Mais dans les démocraties libérales, l'institution pénale a aussi pour fonction de régler des conflits axiologiques et normatifs entre les individus et les groupes, en réaménageant les limites du permis et du défendu en fonction de l'évolution des mœurs, des acquis culturels ou des objectifs politiques appelés par une certaine conjoncture. La peine est moins le véhicule d'un ressentiment que le vecteur à la mise en scène d'une indignation, qui n'est pas forcément inférée d'un état préexistant de la sensibilité collective. Ainsi, la déclaration des interdictions pénales dissuade certains individus d'agir contre la loi, mais elle a aussi pour effet de prescrire la délimitation des torts qui importent à la collectivité publique et de ceux qui sont laissés dans l'ombre et demeurent indifférents à l'État. La mise en œuvre du droit pénal contribue donc à modeler et à mettre en scène la conflictualité sociale d'une société et non pas seulement à la contenir dans les limites de la morale dominante. Souligner cette fonction normative revient donc à valider la dimension rétributive de la peine mais à nuancer sa fonction expressive.

Au plan *normatif*, et à l'égard des théories de la justification de la peine, l'affirmation de cette fonction normative impose trois exigences. Tout d'abord, si l'on admet que la peine a pour effet inévitable d'intimider la majorité des individus, alors montrer que la punition d'un individu est acceptable exige de justifier également le fait que dans un État de droit la loi peut être respectée parce qu'elle est crainte, et non parce que l'on y consent. Ensuite, le droit pénal prétend exercer une menace non seulement efficace mais aussi légitime. Il faut alors rendre raison de l'autorité morale de l'institution pénale, qui inflige une souffrance délibérée à un individu pour protéger des principes ou des valeurs, qu'ils soient privilégiés par une majorité d'individus et possèdent un statut conventionnel ou que l'État cherche à les promouvoir contre la morale traditionnelle. Enfin, justifier la peine dans sa fonction normative, c'est chercher à rendre acceptable le mode d'imputation favorisé par le droit pénal dans les sociétés libérales contemporaines : d'une part, le crime est reconnu comme un tort public, ce qui a pour effet de rendre invisibles et illégitimes les autres formes de conflits qui demeurent en deçà du spectre d'intervention de l'État ; d'autre part, l'institution pénale individualise fortement la responsabilité pénale et renforce le caractère hégémonique du mérite personnel comme un principe transversal, commun aux sphères de la justice sociale et pénale.

La peine, entre morale, droit et société

Dans une PREMIERE PARTIE, j'ai interrogé les deux traits les plus saillants de la peine au regard de sa définition standard : l'infliction délibérée d'une souffrance sur l'individu reconnu coupable d'une faute, et l'expression d'un blâme public et d'un ressentiment collectif à l'encontre du condamné. Le premier trait dénote la fonction afflictive de la peine, qui suggère que l'on est toujours puni en rétribution d'une faute, quelles que soient les conséquences visées à travers cette rétribution. Le second, sa fonction expressive, affirme que la peine charrie des émotions vindicatives et une indignation publique contre l'individu, en dépit des intentions de sobriété ou de mesure de celles et ceux qui punissent.

On a consacré le CHAPITRE I au premier de ces deux aspects. La thèse de ce chapitre consistait à soutenir que la peine est inévitablement une sanction afflictive parce qu'elle a valeur de rétribution : elle réagit à un acte fautif, en diminuant l'individu qui a porté préjudice à autrui, qui a offensé les valeurs collectives et qui a fait du tort à la communauté. J'ai développé deux arguments afin de soulever les points de résistance contre cette thèse. Le premier argument avançait que la souffrance est subordonnée à l'utilité sociale de la peine, qu'elle n'est donc pas infligée par cruauté, par vengeance ou par volonté d'expiation, mais dans le but de dissuader les délinquants potentiels et de rassurer le public. Cet argument consiste à définir la fonction afflictive de la peine comme un moyen ordonné à un bien global – le bonheur du plus grand nombre. Or, comme j'ai essayé de le montrer à partir de l'analyse de la théorie utilitariste de Bentham, cet argument ressortit à une justification de la peine et ne rend pas compte des pratiques pénales effectives. C'est ce dont prétend rendre compte le second argument dans sa tentative de relativiser la fonction afflictive de la peine : comme le défend une certaine *doxa* historiographique, la dimension afflictive de la peine demeure historiquement contingente et tend à s'amenuiser. L'histoire des modalités du droit de punir montre que les supplices, les châtiments, les punitions les plus sévères et les traitements les plus rigoureux disparaissent des systèmes pénaux à mesure que ces derniers s'humanisent et se montrent plus parcimonieux, égaux et publics dans leur mise en œuvre. Cependant, cet argument oblitère le caractère fonctionnel de la souffrance pénale. Il est indéniable que les techniques punitives les plus effroyables ont été abandonnées dans les démocraties libérales et que les exécutions capitales ont reculé : le nombre de pays abolitionnistes progresse dans le monde, même si le chiffre des condamnations à mort demeurent stable, voire augmente selon les années. Mais, en dehors de cette variation quantitative de la souffrance infligée, la peine se distingue conventionnellement de la sanction civile ou réparatrice parce qu'elle *visé* à faire

souffrir l'individu, que cette souffrance soit un moyen ou une fin en soi. À partir d'une analyse de la théorie de la sanction de Kelsen, j'ai essayé de montrer que cette fonction afflictive pouvait être déduite de la nature rétributive de la sanction pénale : la peine implique une intrusion délibérée dans la sphère des droits subjectifs, c'est-à-dire des libertés, des capacités et des pouvoirs reconnus aux individus par la loi. Elle constitue un traitement pénible objectif, parce que l'on déduit qu'une telle intrusion est source de souffrances, physiques ou morales, et que le droit incrimine et réprime ce même type d'intrusions quand elles concernent les conflits entre les individus. C'est en ce sens que le droit pénal viole les intérêts qu'il est censé défendre et c'est pour cette raison que l'on peut déduire la fonction afflictive de la peine de sa valeur rétributive. Cette conclusion a alors soulevé le soupçon que l'institution pénale ne serait pas autre chose qu'une vengeance étatisée. Pour interroger ce doute, j'ai distingué les sentiments vindicatifs que peut susciter le crime de la forme vindicatoire de la justice pénale. Affirmer que les premiers entrent dans les raisons de punir relève d'une justification rétributiviste et substantielle de la peine qui impose que le mal commis exige d'être expié. Cependant, montrer que l'institution pénale respecte dans les démocraties libérales des règles de réciprocité entre le tort subi et la peine infligée – comme le principe de proportionnalité, la qualification de l'intention criminelle et l'individualisation de la peine – révèle seulement que l'application des peines obéit à des contraintes qui garantissent que seul l'individu reconnu coupable peut être puni, à hauteur de sa culpabilité juridique.

Il y avait toutefois encore un pas à franchir avant de confirmer que la peine n'est une institution rétributive qu'en un sens procédural : rien n'empêche en effet qu'elle n'ait pour fonction sociale de purger les désirs de vengeance d'une communauté contre ceux qui en violent les règles. C'est le problème auquel j'ai consacré le CHAPITRE II, en revenant sur les arguments de Joel Feinberg. On a interrogé la fonction expressive de la peine, présentée par ce dernier comme une dimension distinctive de la peine au plan descriptif : au contraire des autres types de sanctions distribuées par le droit, la peine exprime des émotions – de colère, de mépris ou de haine – et véhicule un fort jugement de réprobation contre celles et ceux qui sont punis. Cette thèse a conduit à nuancer la frontière étanche entre la peine et la vengeance à laquelle nous sommes, d'après Feinberg, si prompts à croire, mais qui n'a pour fonction idéologique que de nous rassurer sur les motifs de la punition. Si l'on admet cette fonction expressive, deux doutes surgissent : tout d'abord, l'incrimination permet-elle réellement de garantir les principes constitutifs des démocraties libérales comme la liberté et l'égalité des individus, ou bien protège-t-elle en priorité la morale traditionnelle et les valeurs

dominantes ? Ensuite, le traitement de l'accusé est-il réellement équitable, dès lors que l'État assume, certes sous des fonctions distinctes, les rôles de l'accusation et du jugement, et que la portée publique de la sentence, rendue au nom du peuple et en vue de l'intérêt général, fait peser de tout son poids l'indignation collective sur la détermination du *quantum* de la peine ? En réponse à la première question, la défense d'un critère d'incrimination comme le *harm principle*, axé sur le préjudice commis sur autrui et non pas sur la défense de la morale commune, est souvent présentée comme un rempart contre les excès rétributifs et symboliques du droit pénal. Cependant, il est apparu que le *harm principle*, quelle que soit l'extension qu'il adopte au sein des théories libérales ou néo-républicaines de l'autorité de l'État, implique forcément de mettre en œuvre un segment de la morale commune. Il ne s'agit donc pas d'un principe limitatif à l'égard de la fonction expressive de la peine. J'ai ensuite abordé les théories normatives qui prétendent prendre en charge la fonction expressive de la peine pour en faire une raison acceptable de punir. Les théories communicatives de la peine se sont développées selon les deux variantes traditionnelles de la philosophie pénale. Dans leur version *rétributiviste*, elles soutiennent qu'en tant qu'acte public et offense envers la communauté le crime appelle une réprobation collective que la peine doit communiquer au fauteur de torts. La fonction expressive de la peine est donc requise pour équilibrer le crime et sa rétribution, et pour manifester au coupable la gravité de son acte. Dans leur version *conséquentialiste*, ces théories insistent sur la fonction cohésive de la peine : le crime est une déviance qui met en péril l'harmonie sociale ; le droit pénal doit donc incriminer et réprimer les actes réprouvés par la morale commune, afin de prévenir le risque de déliquescence sociale que le crime contient en germe. J'ai alors interrogé les présupposés sociologiques de cette dernière thèse, qui repose sur une conception mécanique de la solidarité sociale, selon laquelle les individus se lient les uns aux autres parce qu'ils s'identifient à un socle de valeurs et de normes communes. Dans le débat qui l'oppose à Lord Devlin, Hart soutient au contraire que la société n'est pas incompatible avec un certain degré de conflictualité et de pluralisme. On ne peut donc pas décider que la peine possède un rôle de conservation de la morale traditionnelle et exclure *a priori* qu'elle contribue également à mettre en ordre la conflictualité sociale au nom de principes de justice.

L'analyse des thèses et des présupposés du débat entre Hart et Devlin m'a conduit, dans la DEUXIEME PARTIE, à nuancer l'importance de la fonction expressive de la peine au regard de sa fonction normative. Certes, la peine possède une forte dimension expressive, en ce qu'elle véhicule des émotions telles que la colère ou le ressentiment collectifs et exprime

un jugement de réprobation public à l'encontre de l'infracteur. Mais, les théories communicatives de la peine comme la thèse de la désintégration sociale soutenue par Devlin aboutissent néanmoins à une conception contestable et arbitraire du message véhiculé par la peine, parce qu'elles ne tiennent pas compte du conflit d'interprétation qui peut porter sur les valeurs et les normes réaffirmées par la condamnation. En outre, ces théories ne rendent pas compte de la prétention du droit à définir des interdictions et à incriminer certaines conduites au détriment des jugements de la morale commune et de l'état de la sensibilité sociale. Ces limites constituent une raison de nuancer la fonction expressive de la peine, notamment dans le contexte des démocraties libérales.

J'ai abordé dans le CHAPITRE III la fonction normative de la peine sous deux versants : la capacité des interdictions pénales à affirmer des valeurs et des normes en dépit des conflits axiologiques et normatifs qui traversent une société ; la prétention de l'institution pénale à légitimer l'État dans son rôle de mise en ordre de la conflictualité sociale. Pour défendre cette thèse, j'ai insisté sur la nature prescriptive des normes du droit pénal, et notamment des interdictions qu'il fixe. En tant qu'ordre normatif, le système pénal ne donne pas seulement force et autorité à des injonctions morales ou à des conventions sociales antérieures à la loi en réprimant celles et ceux qui s'y opposent. Il ne fait pas que traduire le contenu de la morale collective dans des commandements assortis de menace. Cette représentation de la forme des normes juridiques issue de l'impérativisme d'Austin est réductrice, car elle ne tient pas compte de la capacité du droit en général, et du droit pénal en particulier, à appeler les individus à reconnaître certains standards de conduite *par eux-mêmes*. Les interdictions pénales prétendent fournir des raisons d'agir et des critères pour juger les conduites de façon légitime, ce qui contredit également une autre conception de la loi pénale, le réalisme juridique de Holmes, qui subordonne la valeur normative de la loi à l'activité effective des tribunaux répressifs. Or, le droit pénal possède une fonction normative qui va au-delà de la répression des actes interdits et qui consiste d'abord à interdire ces actes. La peine réaffirme un devoir de conduite, parce qu'elle est déclenchée en réaction à un acte incriminé, et parce qu'elle constitue la conséquence d'une transgression qualifiée légalement. Le droit pénal détermine donc les conduites des individus en général, il émet des interdictions qui ont valeur de normes et il ne s'en tient pas à adresser des ordres de sanction aux autorités chargées d'appliquer les peines. J'ai alors insisté sur le caractère poreux des interdictions pénales, à cheval entre les préférences morales, les conventions sociales et les règles juridiques d'une société. La question était la suivante : si la capacité du droit pénal à protéger des valeurs ou des normes de conduite est subordonnée à l'éventualité de la peine, l'interdiction est-elle une

norme juridique à part entière et dans quelle mesure exige-t-elle qu'on lui obéisse ? Il est indéniable qu'en reconnaissant les droits et les obligations des individus, le droit appelle inévitablement la conformité des comportements extérieurs à la lettre de la loi. Mais, de façon plus précise, j'ai essayé de montrer que l'État de droit, dont le corollaire est le règne de la loi (*rule of law*), prétend poser des interdictions prééminentes par rapport aux autres sources normatives comme les commandements religieux, la morale collective ou la coutume, ou encore par rapport aux évaluations critiques des individus. L'interdiction anticipe sur les raisons d'agir des individus. Elle préempte la manière dont ils vont décider de leur propre conduite et évaluer celle des autres. J'en ai conclu que le devoir moral de respecter l'interdiction constituait un effet perlocutoire et donc contingent des énoncés de sanction et que l'on ne pouvait pas présumer l'homogénéité des formes d'attachement à l'interdiction. C'est pourquoi, si dans de nombreux cas la peine exerce une fonction expressive, il faut aussi admettre au plan descriptif que le droit pénal constitue un ordre normatif indépendant de la morale commune : l'autorité du droit pénal dans les démocraties libérales contemporaines contredit la représentation d'une institution coercitive soudée à la morale collective, qui censure symboliquement les individus qui l'offensent ou qui en dévient.

Dans le CHAPITRE IV, j'ai cherché à tirer les conséquences de cette analyse des normes pénales à l'égard de la définition et de la justification de la peine. Dire que la peine réaffirme des valeurs et des normes m'a conduit à discuter les théories qui réduisent la peine à un instrument de contrôle social sans autre prétention morale que de rendre compatibles l'exercice des libertés individuelles et la poursuite des intérêts particuliers. La théorie économique de Gary Becker a ainsi fourni le cadre de la discussion d'une conception dépassionnée du droit de punir. J'ai néanmoins essayé de montrer que cette théorie sous-estimait le conflit normatif qui porte inévitablement sur les principes de l'incrimination, et qu'elle demeurait donc idéale. La peine n'est ni un pur instrument de coercition ni le véhicule de la sensibilité collective. En effet, elle met en ordre les conflits sociaux en qualifiant les torts exigeant une réponse de la part des autorités publiques. C'est ce qui m'a amené à remettre en cause la tentation de définir la peine de manière restrictive et négative, comme un mal infligé délibérément à un individu reconnu coupable d'une faute par une autorité légale. Le droit pénal contribue à la capacité générale du droit à stabiliser les rapports sociaux en fixant des interdits et en exerçant une menace affirmée comme légitime contre les délinquants potentiels. Dès lors, les théories de la justification de la peine ne peuvent pas s'arrêter à une définition conceptuelle et idéale de la peine, qui ferait notamment de la punition de l'innocent une contradiction à son concept. Comme l'a montré Hart, une telle stratégie revient à apposer

a priori un « stop » à la définition de la peine, ce qui ampute la théorie de la justification d'une partie de son objet. Il n'est pas certain en effet que toutes les mesures ou toutes les sanctions qui visent à répondre aux torts reconnus par la loi prennent la forme d'une peine et aient pour condition la reconnaissance de la culpabilité de l'individu qui en pâtit. La justification de la peine ne peut donc pas s'en tenir à rendre raison de ce que l'on affirme être une peine, il faut aussi intégrer les pratiques légales qui possèdent une fonction punitive sans être explicitement des peines. J'ai alors examiné la prétention des théories mixtes de la peine à répondre à ce problème : en distinguant la justification des finalités générales des incriminations d'un côté et celle qui encadre l'imputation de la responsabilité, ces théories se présentent comme un mélange d'arguments conséquentialistes et rétributivistes. Elles rendent raison de la complexité normative du droit pénal, dont les normes ne peuvent être ramenées à un modèle commun : à côté des incriminations, il existe des garanties et des règles de procédures qui expriment des valeurs potentiellement contraires à la poursuite de l'utilité sociale. Néanmoins, les justifications proposées par ces théories afin de montrer dans quelle mesure la peine est une institution acceptable demeurent homogènes et ne sont pas mixtes : les garanties de procédure qui encadrent l'application de la peine et protègent les droits de l'accusé peuvent être justifiées comme une manière de renforcer l'efficacité de l'institution pénale en visant la réhabilitation du condamné et la réparation des victimes ; ou bien comme des conditions pour garantir que l'individu puni est moralement coupable et lui communiquer la valeur du tort commis. Ces théories demeurent donc exclusivement conséquentialistes ou rétributivistes. En prenant appui sur les justifications rétributivistes de la procédure pénale, on a alors analysé la théorie paternaliste de la peine. La théorie d'Herbert Morris vise à justifier la peine comme institution rétributive qui communique à l'individu le caractère fautif de son acte de manière à étendre son autonomie personnelle. Elle tente de rendre compte au plan normatif de la propension de la peine à réaffirmer les valeurs et les normes communes à l'attention du condamné lui-même, c'est-à-dire à le sermonner. Dans son usage critique, cette théorie fournit un point d'appui convaincant pour révéler le caractère assujettissant de certaines pratiques punitives exercées à des fins de réformation ou de normalisation des condamnés au détriment de leur dignité morale et de leur autonomie personnelle. Mais, en se fondant sur un état idéal d'adhésion collective à la loi pénale, cette théorie ne permet pas de rendre compte des effets de dépendance et de culpabilisation que peut entraîner l'autorité menaçante de la loi pénale, dont les interdictions sont subordonnées à l'éventualité de la peine. J'ai essayé de mettre en valeur ces phénomènes inconscients d'assujettissement à l'ordre juridique en suivant la lecture que fait Étienne Balibar des échanges entre Kelsen et

Freud, ce qui a permis de décrire les répercussions psychologiques de la prétention du droit pénal à incarner le mode de régulation valide et légitime des États de droit.

Cette analyse du rapport de l'individu à la face répressive de l'État de droit nous a conduit à analyser, dans la TROISIEME PARTIE, la manière dont les normes pénales donnent lieu dans leur application à des pratiques qui structurent la conflictualité sociale. Cette partie a ainsi tenté de confirmer l'analyse de la fonction normative de la peine à partir de la sociologie et de l'histoire du droit pénal. La mise en œuvre du droit pénal repose en effet sur trois types d'opérations, qui sont autant de manières de construire le phénomène criminel, d'assigner des rôles et des statuts aux individus et aux groupes visés par la répression, et de normaliser certaines valeurs et certaines conduites au sein d'une société. Les opérations du droit pénal attestent à mon sens de la fonction normative de la peine : on a ainsi abordé la *qualification* des conflits auxquels l'État confère une portée publique, qui peut être instrumentalisée au profit d'intérêts particuliers et qui sélectionne les actes éligibles à une réponse pénale et rend par conséquent d'autres torts invisibles ; *l'imputation* de la responsabilité pénale, qui vise en priorité à discriminer la part de chacun dans le crime ; et *l'individualisation* des peines, qui prétend déterminer la sentence en fonction des circonstances de l'acte, des antécédents et de l'avenir du condamné.

Dans le CHAPITRE V, je me suis concentré sur le problème de l'imputation de la responsabilité pénale et sur l'usage de la qualification criminelle dans les conflits entre groupes. Tout d'abord, j'ai souligné les écarts entre la représentation morale de la responsabilité, le plus souvent marquée par une conception psychologique du libre-arbitre, et son pendant juridique. On a alors vu que les théories normatives de la peine, et notamment le rétributivisme moral ou substantiel, défendaient la responsabilité comme une exigence morale reposant sur deux dispositions psychologiques ancrées dans la nature humaine : la capacité pour le sujet d'être l'auteur de ses actes par la représentation des fins de son action ; et l'aptitude de répondre des conséquences de son action face à une accusation. Cette conception morale n'est pas directement applicable à la description de la responsabilité comme statut juridique inhérent à la mise en œuvre du système pénal. La responsabilité pénale constitue un rapport d'imputation objectif, qui découle de l'exigence de conformité des comportements extérieurs au contenu des interdictions. C'est la raison pour laquelle la responsabilité subit des extensions variables selon les fonctions affirmées par la peine : de la rétribution du mérite individuel à la défense de la société contre individus dangereux. En matière pénale, la responsabilité est donc une catégorie plastique, subordonnée aux valeurs et aux normes

protégées par la peine. On a saisi à ce titre tout l'écart qui réside entre une défense libérale de la procédure pénale et les modèles du procès et de la peine élaborés par la doctrine de la « Défense sociale nouvelle » de Marc Ancel. J'ai alors essayé de montrer que l'extension donnée à la responsabilité pénale dépendait du rôle que joue de manière générale le système pénal au sein d'une société : l'attribution de responsabilité permet de trancher des conflits normatifs et axiologiques, en disqualifiant certains groupes et en criminalisant en priorité leurs attitudes et leurs propensions au crime. J'ai enfin cherché à évaluer et à confronter deux types de réponses à ce problème : les théories abolitionnistes et la criminologie critique.

Pour finir, le CHAPITRE VI a été consacré à l'ambivalence politique de l'institution pénale, qui constitue un instrument de normalisation et de stabilisation des conflits sociaux, mais offre aussi un point d'appui et une arène publique à leur contestation. Les pratiques pénales ont été analysées par Foucault comme un rouage central dans la diffusion d'un certain mode d'exercice du pouvoir dans les démocraties libérales : la discipline. L'analyse de ce modèle a permis d'interroger la corrélation entre l'incrimination et la distribution des peines d'un côté, et les hiérarchies socio-économiques de l'autre côté. Je suis alors revenu sur l'histoire de cette corrélation, qui est notamment apparue dans les travaux de Rusche et de Kirchheimer, pour saisir l'utilité réelle du droit pénal dans le contexte de la première moitié du XX^e siècle. J'ai ensuite essayé de montrer que ce n'est pas la distribution des peines qui contribue à renforcer les conflits et hiérarchies d'une société mais la fonction de normalisation et de stabilisation de ces rapports assumés par le droit, qui attestent de la force illocutoire des catégories juridiques à l'égard de la formulation des demandes morales. Ce dernier chapitre a ainsi été l'occasion de décrire la dernière des trois opérations du droit pénal : l'individualisation de la responsabilité, autant au plan de l'imputation de la peine que de la détermination de la sentence. Étant donné le caractère central du droit pénal dans la reconnaissance des torts qui émaillent la conflictualité d'une société, la sphère judiciaire offre un point d'appui inégalé, en raison de son autorité publique, pour critiquer potentiellement la violence d'État ou formuler des attentes normatives à l'égard de la société. Cette hypothèse affronte néanmoins une difficulté de taille : en faisant du droit pénal le vecteur de la reconnaissance des torts subis par les individus et en présumant le fait qu'il permet d'interpréter les demandes sociales et le potentiel critique des infractions, cette analyse peut tendre *in fine* à légitimer un surplus de répression : en cherchant à comprendre les motivations du criminel à travers une institution qui demeure rétributive dans sa fonction, on aboutit bien souvent à punir plus sévèrement. C'est toute l'ambivalence de la fonction normative de la

peine, qui fait apparaître le droit comme étant pris dans une contradiction insoluble, à la fois instrument de lutte contre l'impunité et facteur de surpénalisation.

Dans cette étude, j'ai essayé de souligner la fonction normative de la peine à travers le fait que l'institution pénale protège des valeurs et des normes qui sont pourtant l'objet de conflits entre les individus d'une société ; qu'elle affirme des devoirs de conduite, sans pour autant imposer des commandements assortis de menaces ; qu'elle stabilise les rapports de domination tout en donnant prise, en tant qu'institution publique, à leur éventuelle contestation. La peine implique l'infliction d'une contrainte qui se veut rétributive, au sens minimal où elle est appliquée en réaction à une entorse envers la loi et exprime l'indignation publique devant le tort commis. Néanmoins, dans les sociétés libérales, la fonction expressive de la peine doit être nuancée, car les verdicts de l'institution contribuent d'abord à cristalliser et à mettre en scène les normes plutôt qu'à les relayer, ce qui m'a conduit à insister sur la force normative de la peine. Le droit pénal distribue des sanctions d'un certain type, mais il renforce aussi la légitimité de l'État à trancher, à qualifier ou à disqualifier les conflits sociaux et les différends entre les individus. Il en découle qu'il serait judicieux de s'intéresser à la manière dont l'ensemble des institutions constitutives de la vie sociale amplifient ou atténuent la valeur des normes pénales. Saisis dans l'épaisseur de l'expérience ordinaire et de ses contradictions, les interdits pénaux présentent une certaine labilité qui les montre circulant au gré des différentes sphères sociales, depuis les textes juridiques, les codes, les salles d'audience jusqu'aux médias, à l'école, aux arts, aux divertissements de masse, aux expressions figées qui diffusent ces normes d'une autre manière que ne le fait le droit. Or, si d'un côté nos conventions morales demeurent fortement attachées à l'exigence de rétribution et si l'on s'indigne spontanément face à l'impunité ou aux excès punitifs de l'État, de l'autre côté les valeurs et les règles qui sont affirmées à travers la peine perdent de leur évidence à mesure qu'elles deviennent des *topoi* de la culture. C'est peut-être ce phénomène qu'il faudrait examiner pour comprendre le caractère inexorable de la peine :

Tu ne tueras point. On voit au premier coup d'œil que ce n'est là ni une vérité, ni une constatation subjective. On sait qu'à bien des égards, nous nous y conformons strictement, mais que, à d'autres égards certaines exceptions sont admises, très nombreuses mêmes, et pourtant précisément définies. Mais il existe un très grand nombre de cas d'une troisième espèce, par exemple dans nos rêveries, nos désirs, dans les pièces de théâtre ou dans le plaisir que l'on prend à lire les nouvelles des journaux ; nous y errons de la manière la moins réglementée qui soit entre la répulsion et l'attrance¹.

¹ Rober MUSIL, *L'Homme sans qualité*, op. cit., p. 349.

Bibliographie

Textes juridiques

Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, [En ligne] URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>

Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, [EN ligne] URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029>

Circulaire n° SG-17-007/13.03.2017, p. 14, [En ligne] URL : http://www.justice.gouv.fr/_telechargement/Circulaire_justice_restaurative_signee_JJU_15.03.2017.pdf

Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles

Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales

Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales

Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce

Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal

Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes

Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes

Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes

Loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique.

Loi n°2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées

Articles et ouvrages

- ACORN Annalise, « Fear of Crime and Punishment », *Journal of Theoretical & Philosophical Criminology*, vol. 1, n° 1, 2009, p. 79-89
- ADORNO Theodor W. et HORKHEIMER Max, *Dialectique de la raison*, Paris, Gallimard, « Tel », 1974
- AGAMBEN Giorgio, *Homo sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1997
- ALCHOURRON Carlos E. et BULYGIN Eugenio, *Normative Systems*, Vienne-New York, Springer Verlag, 1971
- ALLEN Francis A., *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, Yale University Press, 1981
- ALTHUSSER Louis, « Idéologie et Appareils idéologiques d'État. Notes pour une recherche » [1970], dans *Positions (1964-1975)*, Paris, Éditions sociales, 1976
- AMSELEK Paul, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Kelsen », *Revue juridique Thémis*, vol. 33, 1999, p. 185-223
- AMSELEK Paul, « Les fonctions normatives ou catégories modales », *Philosophiques*, vol. 33, n° 2, 2006, p. 391-418
- ANCEL Marc, *La Défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste* [1954], Paris, Cujas, 1981
- ANSCOMBE Elizabeth, « La philosophie morale moderne », trad. de l'angl. par G. Ginvert et P. Ducray, *Klēsis*, vol. 9, 2008, [En ligne] URL : <http://www.revue-klesis.org/pdf/Anscombe-Klesis-La-philosophie-morale-moderne.pdf>
- ARISTOTE, *Métaphysique*, trad. par M.-P. Duminil et A. Jaulin, Paris, Flammarion, 2008
- ARNESON Richard J., « Paternalism, Utility and Fairness », *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 43, n° 170, 1989, p. 409-437.
- ARNESON Richard J., « Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism », *Legal Theory*, vol. 11, n° 3, 2005, p. 259-284
- ARTIERES Philippe (dir.), « *Vivent les voleurs !* », *graffitis et autobiographies de prisonniers, extraits de Palimpsestes des prisons de Cesare Lombroso*, Paris Allia, 2002
- ARTIERES Philippe, *À fleur de peau, médecins, tatoueurs et tatoué*, Paris, Allia, 2004
- ASHWORTH Andrew et WASIK Martin (dir.), *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford, Clarendon Press, 1998
- ASHWORTH Andrew et BLAKE Meredith, « The Presumption of Innocence in English Criminal Law », *Criminal Law Review*, 1996, p. 306-317
- ASHWORTH Andrew et REDMAYNE Mike, *The Criminal Process*, Oxford, Oxford University Press, 2010 [1994]
- ASHWORTH Andrew, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010
- ASHWORTH Andrew et ZEDNER Lucia, « Punishment Paradigms and the Role of the Preventive State », in Andrew P. SIMESTER, Ulrich NEUMANN et Antje DU BOIS

- PEDAIN (dir.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas Von Hirsch*, Oxford, Hart Publishing, 2014
- AUDREN Frédéric et LINHARDT Dominique, « Un procès hors du commun ? Histoire d'une violence terroriste et de ses agents », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, vol. 63, n° 5, 2008, p. 1003-1034
- AUSTIN John L., *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970
- AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], Cambridge, Cambridge University Press, 1995
- AUSTIN John, « Délimitation du domaine de la théorie du droit » [1832], in Christophe BEAL (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Paris, Vrin, « Textes clés de philosophie », 2015
- BAARS Grietje, « “Reform of Revolution?” Polanyian versus Marxian Perspectives on the Regulation of the Economic », *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 62, n° 4, 2011, p. 415-431
- BALIBAR Étienne, « Foucault et Marx. L'enjeu du nominalisme », in [collec.] ASSOCIATION POUR LE CENTRE MICHEL FOUCAULT, *Michel Foucault philosophe : rencontre internationale, Paris 9, 10, 11 janvier 1988*, Paris, Seuil, 1989, p. 54-76
- BALIBAR Étienne, *Citoyen Sujet et autres essais d'anthropologie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011
- BARANGER Denis, *Écrire la constitution non-écrite*, Paris, Presses Universitaires de France, « Léviathan », 2008
- BEAL Christophe, « Le problème de l'indétermination des règles juridiques dans les *Critical Legal Studies* », in Hourya BENTOUHAMI *et al.*, *Le Souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, Paris, Sens&Tonka, 2009, p. 135-149
- BEAL Christophe, « Le paternalisme peut-il être “doux” ? Paternalisme et justice pénale », *Raisons politiques*, vol. 44, n° 4, 2011, p. 41-56
- BEAL Christophe, « Vulnérabilité et non-domination : quels enjeux pour la justice pénale ? », *Raison publique*, vol. 14, 2011, p. 175-190
- BEAL Christophe, « John Stuart Mill et le paternalisme libéral », *Archives de Philosophie*, vol. 75, n° 2, 2012, p. 279-290
- BEAL Christophe (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Paris, Vrin, « Textes clés de philosophie », 2015
- BECKER Gary, « Crime and punishment : an economic approach », *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, p. 196-217
- BECKER Lawrence C., « Criminal Attempts and the Theory of the Law of Crimes », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 3, 1974, p. 262-294
- BEDAU Hugo A., « Retribution and the Theory of Punishment », *Journal of Philosophy*, vol. 75, n° 11, 1978, p. 601-620
- BEDAU Hugo A., « Bentham's Utilitarian Critique of the Death Penalty », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 74, 1983, p. 1033-1065

- BEDAU Hugo A., « Punitive Violence and Its Alternatives », in James B. BRADY et Newton GARVER (dir.), *Justice, Law, and Violence*, Philadelphia, Temple University Press, 1991, p. 193-209
- BEDAU Hugo A., « Justice and Punishment: Philosophical Basics », in Brian FORST (dir.), *The Socio-Economics of Crime and Justice*, Armonk-New York, M.E. Sharpe, 1993, p. 19-37
- BEDAU Hugo A., « Feinberg's Liberal Theory of Punishment », *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, n° 1, 2001, p. 103-144
- BEDAU Hugo A. et Erin KELLY, s. v. « Punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Printemps 2010, [En ligne] URL : <https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/punishment/>
- BELLIVIER Florence et DUVERT Cyrille, « Regards pluridisciplinaires sur les victimes. Les victimes : définitions et enjeux », *Archives de politique criminelle*, vol. 28, n° 1, 2006, p. 3-10
- BEN HOUNET Yazid et PUCCIO-DEN Deborah (dir.), *Autour du crime*, Paris, L'Herne, « Cahiers d'anthropologie sociale », 2016
- BENTHAM Jeremy, *Traité de législation civile et pénale*, t. I, Paris, Bossange, Masson et Besson, 1802
- BENTHAM Jeremy, *Théorie des peines et des récompenses*, t. II, trad. de l'angl. par É. Dumont, Londres, B. Dulau, 1811
- BENTHAM Jeremy, « An Introduction to the Principles of Morals and Legislation » [1823], in James H. BURNS et Herbert L.A. HART (dir.), *The Collected Works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Oxford University Press, 1970
- BENTHAM Jeremy, *Of Laws in General*, Londres, The Athlone Press of the University of London, 1970
- BENTOUHAMI Hourya et al. (dir.), *Le Souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, Paris, Sens&Tonka, 2009
- BERARD Jean et CHANTRAINE Gilles, *Bastille Nation. French Penal Politics and the Punitive Turn*, Carleton, Red Quill Books Edition, 2013
- BESSONE Magali, « Apories de la publicité et de la transparence au Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie », in Isabelle DELPLA et Magali BESSONE (dir.), *Peines de guerre*, Paris, Editions de l'EHESS, 2010, p. 181-196
- BESSONE Magali, « Justifications de la justice pénale chez Adam Smith: sentiment rétributiviste ou utilité sociale ? », in Magali BESSONE et Michaël BIZIOU (dir.), *Adam Smith, philosophe. De la morale à l'économie ou philosophie du libéralisme*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2009, p. 107-124
- BESSONE Magali, « Ressentiment et sentiment d'injustice : quels enjeux pour la justice pénale ? » in Antoine GRANDJEAN et Florent GUENARD (dir.), *Le Ressentiment, passion sociale*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012
- BESSONE Magali, « La loi face aux discours racistes », *La Vie des idées*, 20 avril 2016, [En ligne] URL : <http://www.laviedesidees.fr/La-loi-face-aux-discours-racistes.html>

- BIANCHI Herman, *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control*, Bloomington, Indiana University Press, 1994
- BIGO Didier, « La mondialisation de l'(in)sécurité ? Réflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytique de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation », *Cultures & Conflits*, vol. 58, 2005, p. 53-101
- BIGO Didier et TSOUKALA Anastassia (dir.), *Terror, insecurity and liberty. Illiberal practices of liberal regimes after 9/11*, Londres/New York, Routledge, 2008
- BIGO Didier et TSOUKALA Anastassia, « Understanding (in)security », in Didier BIGO et Anastassia TSOUKALA (dir.), *Terror, insecurity and liberty. Illiberal practices of liberal regimes after 9/11*, Londres/New York, Routledge, 2008
- BLACK Max, *Models and Metaphores*, Ithaca, Cornell University Press, 1962
- BLIGH Gregory, « Introduction », *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 125-131, [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>
- BLIGH Gregory, « Rôle et importance de *Law, Liberty, and Morality* dans l'œuvre de H.L.A. Hart », *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 11-33, [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>
- BLIGH Grégory, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H. L.A. Hart*, Thèse de doctorat dirigée par Olivier Beaud, Université Panthéon-Assas, décembre 2016
- BOONIN David, *The Problem of Punishment*, New York, Cambridge University Press, 2008
- BOTTERO Jean, *Mésopotamie, l'écriture, la raison et les dieux*, Paris, Gallimard, « Folio Histoire », 1997 [1987]
- BOUKALAS Christos, NEOCLEOUS Mark et SERFATI Claude, *Critique de la sécurité. Accumulation capitaliste et pacification sociale*, Paris, Eterotopia, « À présent », 2017 (à paraître)
- BOURDIEU Pierre, *Sur l'État. Cours au Collège de France, 1989-1992*, Paris, Seuil/Raisons d'agir, 2012
- BRAITHWAITE John et PETTIT Philip, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1990
- BRAITHWAITE John, « Restorative Justice: Theories and Worries », *Annual Report for 2003 and Resource Material Series*, n° 63, 2004, p. 47-56, [En ligne] URL: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms_all/no63.pdf
- BRODEUR Jean-Paul, « Réforme pénale et sentences : expériences nord-américaines », *Déviance et société*, vol. 9, n° 3, 1985, p. 165-200
- BROWN Wendy, *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, Princeton, Princeton University Press, 1995
- BROWN Wendy, « Suffering Rights as Paradoxes », *Constellations*, vol. 7, n° 2, 2000
- BRUNET Pierre, « Quand le droit compte comme texte », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, vol. 70, n° 1, 2013
- BUCKEL Sonja, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », in Hourya BENTOUHAMI *et al.* (dir.), *Le Souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, Paris, Sens&Tonka, 2009

- BUGNION Janie, *La justice en question ? Expérience d'une médiatrice. Une exploration pluridisciplinaire de la médiation dans les contextes pénal, social et sanitaire*, Paris, Buenos Books International, 2015
- BURNS Robert P., *A Theory of the Trial*, Princeton, Princeton University Press, 1999
- BUTLER Joseph, « Sermon Upon Resentment » [1723], dans *Works*, t. II, Oxford, Oxford University Press, 1850
- BUTLER Judith, *La vie psychique du pouvoir. L'assujettissement en théories*, Paris, Léo Scheer, 2002
- BUTLER Judith, *Sujets du désir. Réflexions hégéliennes en France au XX^e siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011
- CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013
- CARBASSE Jean-Marie, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990
- CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006 [2000]
- CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001
- CARD Claudia, « Retributive Penal Liability », *American Philosophical Quarterly Monographs*, vol. 7, 1973, p. 17-35
- CARIO Robert, *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris, L'Harmattan, 2006
- CARIO Robert, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJ Pénal*, vol. 9, 2007, p. 372-375 [En ligne] URL : http://www.justicereparatrice.org/news/AJP_JR_sept_2007.pdf
- CARPENTIER Mathieu, « Autorité, intention, innovation, Joseph Raz et la théorie de l'interprétation », *Klēsis*, vol. 21, 2011
- CARPENTIER Mathieu, « Positivism analytique et positivisme normatif dans *Law, Liberty and Morality* de Hart », *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 35-77 [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>
- CARPENTIER Mathieu, *Norme et exception : Essai sur la défaisabilité en droit*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2014
- CARTER Ian, *A Measure of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999
- CASSIN Barbara, « Amnistie et pardon : pour une ligne de partage entre éthique et politique », in Barbara CASSIN, Olivier CAYLA et Philippe-Joseph SALAZAR (dir.), *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Seuil, « Le genre humain », 2004
- CASTEL Robert, *La gestion des risques : de l'antipsychiatrie à l'après-psychanalyse*, Paris, Minuit, 1981
- CASSIN Barbara, CAYLA Olivier et SALAZAR Philippe-Joseph (dir.), *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Seuil, « Le genre humain », 2004
- CAYLA Olivier, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits, Revue française de théorie juridique*, vol. 18, 1993, p. 3-16

- CHANTRAINE Gilles et MARY Philippe, « Prisons et mutations pénales, nouvelles perspectives d'analyse », *Déviance et Société*, vol. 30, n° 3, 2006
- CHANTRAINE Gilles, « Du progrès carcéral », *Vacarme*, vol. 36, été 2006 [En ligne] URL : <http://www.vacarme.org/article673.html>
- CHANTRAINE Gilles, « La prison post-disciplinaire », *Déviance et Société*, vol. 30, n° 3, 2006, p. 273-288
- CHANTRAINE Gilles et KAMINSKI Dan, « La politique des droits en prison », *Champ pénal/ Penal Field*, 2007 [En ligne] URL : <http://champpenal.revues.org/2581>
- CHANTRAINE Gilles et SALLE Grégory, « Un moment d'histoire des sciences humaines et sociales », *Champ pénal/ Penal field*, vol. 10, 2013 [En ligne] URL : <http://champpenal.revues.org/8526>
- CHAUVENET Antoinette, « Privation de liberté et violence : le despotisme ordinaire en prison », *Déviance et Société*, vol. 30, n° 3, 2006, p. 373-388
- CHAUVENET Antoinette, ROSTAING Corinne et ORLIC Françoise, *La violence carcérale en question*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008
- CHEROT Jean-Yves, « La question du point de vue interne dans la science du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 59, n° 2, 2007, p. 17-33
- CHEVALIER Louis, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX^e siècle*, Paris, Plon, 2002 [1958]
- CHRISTIE Nils, « Conflicts as Property », *British Journal of Criminology*, vol. 17, n°1, 1977, p. 1-15
- CHRISTIE Nils, *Limits to Pain*, Londres, Martin Robertson, 1981
- CHRISTIE Nils, *Crime Control as Industry*, New York, Routledge, 1993
- CHRISTIE Nils, *L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident*, Paris, Autrement, 2003
- CHRISTIN Angèle, *Comparutions immédiates. Enquête sur une pratique judiciaire*, Paris, La Découverte, 2008
- CIOCCHETTI Christopher, « Emotions, Retribution, and Punishment », *Journal of Applied Philosophy*, vol. 26, n° 2, 2009, p. 160-173
- CLAES Erik, FOQUE René et PETERS Tony (dir.), *Punishment, Restorative Justice and the Morality of Law*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2005
- CLERO Jean-Pierre, « Une pesée utilitariste de la présomption d'innocence », in (COLL.) [INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS], *La présomption d'innocence*, Paris, Eska, « Essais de philosophie pénale et de criminologie », 2004
- (COLLEC.) TWENTIETH CENTURY FUND TASK FORCE ON CRIMINAL SENTENCING, *Fair and Certain Punishment*, New York, McGraw-Hill, 1976
- (COLLEC.), *La Vengeance : études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, 4 vol., Paris, Cujas, 1981-1984
- COSER Lewis A., *The Function of Social Conflict*, Londres, Routledge, 1956
- COURTOIS Gérard (dir.), *La Vengeance dans la pensée occidentale*, t. IV, *La Vengeance : études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, Paris, Cujas, 1984

- COURTOIS Gérard, s. v. « Vengeance », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003
- CURRIE Elliott P., *Confronting Crime: An American Challenge*, New York, Pantheon, 1985
- DAHRENDORF Ralf, « Out of Utopia: toward a reconstruction of sociological analysis », *The American Journal of Sociology*, vol. 64, n° 2, septembre 1958, p. 115-127
- DAHRENDORF Ralf, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, Stanford, Stanford University Press, 1959
- DAMIEN Robert et LAZZERI Christian (dir.), *Conflits et confiances*, Besançon, Presses de l'Université de Franche-Comté, 2006
- DAVIDSON Donald, *Essays on Action and Events*, Oxford, Clarendon Press / New York, Oxford University Press, 1980
- DAVIS Angela Y., « Racialized punishment and prison abolition », in Joy JAMES (dir.), *The Angela Y. Davis Reader*, Oxford, Blackwell, 1998, p. 96-107
- DAVIS Angela Y., *Are Prisons Obsolete?*, New York, Seven Stories Press, 2003
- DAVIS Angela Y., *Une lutte sans trêve*, Paris, La Fabrique, 2016
- DAVIS Michael, *To Make the Punishment Fit the Crime: Essays in the Theory of Criminal Justice*, Boulder, Westview Press, 1992
- DAVIS Michael, *Justice in the Shadow of Death: Rethinking Capital and Lesser Punishments*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1996
- DEAN Michael, *Critical and Effective Histories. Foucault's Methods and Historical Sociology*, Londres/New York, Routledge, 1994
- DEBUYST Christian et al., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. I, *Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Bruxelles, Larcier, « Crimen », 2008
- DEIGH John, « On The Right To Be Punished: Some Doubts », *Ethics*, vol. 94, n° 2, 1984, p. 191-211
- DELMAS-MARTY Mireille, « Réformer : anciens et nouveaux débats », *Pouvoirs*, n° 55, « Droit pénal », 1990, p. 5-21 [En ligne] URL : <http://www.revue-pouvoirs.fr/Reformer-anciens-et-nouveaux.html>
- DESCOMBES Vincent, *Le Raisonnement de l'ours*, Paris, Seuil, 2007
- DEVLIN Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965
- DEVLIN Patrick, « La morale et le droit pénal » [1959/1970], trad. de l'angl. par M. Carpentier, *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 133-156 [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>
- DILHAC Marc-Antoine, « Une théorie de la justice essentiellement contestée : Rawls à l'épreuve de Gallie », *Philosophie*, vol. 122, n° 3, 2014
- DIMOCK Susan, « Retributivism and Trust », *Law and Philosophy*, vol. 16, n° 1, 1997, p. 37-62
- DOLOVICH Sharon, « State punishment and Private Prisons », *Duke Law Journal*, vol. 55, n° 3, 2005, p. 441-548

- DUARTE D'ALMEIDA Luís, « Against “Prohibitions” (First Round) », in Carlo PENCO *et. al.* (dir.), *Proceedings of the 4th Latin Meeting in Analytic Philosophy*, Gênes, Italie, 2007, p. 11-32 [En ligne] URL : <http://ceur-ws.org/Vol-278/paper02.pdf>
- DUBBER Marcus D., « Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 91, 2001, p. 829-996
- DUFF Antony, *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986
- DUFF Antony et GARLAND David (dir.), *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1997
- DUFF Antony, « Virtue, Vice and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law ? », *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 6, n° 1, 2002, p. 147-184
- DUFF Antony, « The Intrusion of Mercy », *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 4, n° 2, 2007, p. 361-387
- DUFF Antony, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007
- DUFF Antony *et. al.*, *The Trial on Trial: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, t. III, Oxford, Hart Publishing, 2007
- DUFF Antony *et. al.* (dir.), *The Structures of the Criminal Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011
- DUFF Antony, s. v. « Legal punishment », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, été 2013 [En ligne] URL : <https://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment/>
- DUFF Antony, s. v. « Theories of Criminal Law », in Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, été 2013 [En ligne] URL : <https://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/criminal-law/>
- DUFF Antony *et. al.* (dir.), *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014
- DURKHEIM Émile, « Deux lois de l'évolution pénale », *Année sociologique*, vol. 4, 1899-1900, p. 65-95 [En ligne] URL : <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.due.deu>
- DURKHEIM Émile, *Leçons de sociologie: physique des mœurs et du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950
- DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique* [1894], Paris, Presses Universitaires de France, 1967 [En ligne] URL : http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/regles_methode/regles_methode.html
- DURKHEIM Émile, « Le crime, phénomène normal » [1894], in Denis SZABO et André NORMANDEAU (dir.), *Déviance et criminalité*, Paris, Armand Colin, 1970, p. 76-82
- DURKHEIM Émile, *De la division du travail social* [1893], Paris, Presses Universitaires de France, 2007
- DWORKIN Ronald M., « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », *Yale Law Journal*, vol. 75, 1966, p. 986-1005
- DWORKIN Ronald M., « Principle, Policy, Procedure », in Colin F.H. TAPPER (dir.), *Crime, Proof, and Punishment*, London, Butterworths, 1981

- DWORKIN Ronald M., « Paternalism », in Rolf SARTORIUS (dir.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, p. 19-34
- DWORKIN Ronald M., *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986
- DWORKIN Ronald M., *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977
- EBERHARD Julaine, *Recognizing Justice: A study of the connections between human recognition, realization and restorative justice*, Thèse de doctorat, Graduate Faculty of Political and Social Science, New School University, 2004
- ELSTER Jon, *Le laboureur et ses enfants*, Paris, Minuit, 1986
- ENGELS Friedrich, « Socialisme de juristes », dans Karl MARX et Friedrich ENGELS, *Sur la religion*, Paris, Éditions sociales, 1968
- FALLS Margaret M., « Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons », *Law and Philosophy*, vol. 6, n° 1, 1987, p. 25-51
- FASSIN Didier, *Punir, une passion contemporaine*, Paris, Seuil, 2017
- FAUCONNET Paul, *La responsabilité. Étude de sociologie*, Paris, Félix Alcan, « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1928 [1920].
- FEINBERG Joel, « The Expressive Function of Punishment » [1965], dans *Doing and Deserving, Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970, p. 95-118
- FEINBERG Joel, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1973
- FEINBERG Joel, « Legal Paternalism », in Rolf SARTORIUS (dir.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, p. 3-18
- FEINBERG Joel, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. I, New York-Oxford, Oxford University Press, 1984
- FEINBERG Joel, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. III, New York-Oxford, Oxford University Press, 1986
- FEINBERG Joel, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, t. IV, New York-Oxford, Oxford University Press, 1988
- FERRI Enrico, *La sociologie criminelle*, trad. de l'ital. par L. Terrien, Paris, Félix Alcan, 1914 [1893].
- FINGARETTE Herbert, « Punishment and Suffering », *Proceedings of the American Philosophical Association*, vol. 50, n° 6, 1977, p. 499-525
- FINNIS John M., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980
- FISCHBACH Franck, *Manifeste pour une philosophie sociale*, Paris, La Découverte, 2009
- FLETCHER George P., *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little Brown, 1978
- FÆSSEL Michaël, « Penser la peine. Contrainte et crime dans les Principes de la philosophie du droit de Hegel », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 40, n° 4, 2003, p. 529-542
- FOOT Philippa, *Moral Dilemmas: and Other Topics in Moral Philosophy* [1985], Oxford, Clarendon Press, 2002
- FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* Paris, Gallimard, « NRF », 1975

- FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t. I, *La Volonté de Savoir*, Paris, Gallimard, 1976
- FOUCAULT Michel, « Qu'est-ce que la critique ? Compte-rendu de la séance du 27 mai 1978 », *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, vol. 84, n° 2, 1990, p. 35-63
- FOUCAULT Michel, *Dits et écrits*, t. II, 1976-1988, Paris, Gallimard, 1994
- FOUCAULT Michel, *Dits et écrits*, t. III, 1976-1979, Paris, Gallimard, 1994
- FOUCAULT Michel, *Dits et écrits*, t. IV, 1980-1988, Paris, Gallimard, 1994
- FOUCAULT Michel, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004
- FOUCAULT Michel, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004
- FOUCAULT, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice*, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2012
- FOUCAULT, *La Société punitive. Cours au Collège de France, 1972-1973*, Paris, Seuil/Gallimard, 2013
- FRASER Nancy, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, Paris, La Découverte, 2011
- FREUD Sigmund, « Psychologie des foules et analyse du moi » [1921], dans *Essais de psychanalyse*, Paris, Petite Bibliothèque Payot, 2001
- FREUD Sigmund, « Quelques types de caractère dégagés par le travail psychanalytique » [1916], dans *Essais de psychanalyse appliquée*, Paris, Gallimard, 1971
- GALEMBERT Claire de, « Une autre manière de penser la force du droit... », *Droit et société*, vol. 76, n° 3, 2010, p. 723-729
- GARAPON Antoine, *L'Âne portant des reliques, essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Le Centurion, 1985
- GARAPON Antoine et SALAS Denis, « Pour une nouvelle intelligence de la peine », *Esprit*, vol. 215, n° 10, 1995, p. 145-161
- GARAPON Antoine, PECH Thierry et GROS Frédéric, *Et ce sera justice : punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001
- GARAPON Antoine et SALAS Denis, *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*, Paris, Seuil, 2007
- GARAPON Antoine, « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », *Raisons politiques*, vol. 52, n° 4, 2013, p. 39-49
- GARDNER John, « Legal Positivism: 5 ½ Myths », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, n° 1, 2001, p. 199-227.
- GARDNER John, *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007
- GARLAND David, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, Gower, 1985
- GARLAND David, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1990

- GARLAND David et DUFF Antony (dir.), *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1997
- GARLAND David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001
- GARNOT Benoît, *Histoire de la justice : France, XVI^e-XXI^e siècles*, Paris, Gallimard, Folio, 2009
- GARNOT Benoît, *Une histoire du crime passionnel. Mythe et archives*, Paris, Belin, 2014
- GAROFALO Raffaele, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, Félix Alcan, 1890
- GAUTIER Claude, *La Force du social. Enquête philosophique sur la sociologie des pratiques de Pierre Bourdieu*, Paris, Cerf, « Passages », 2012
- GAUTRON Virginie et RETIERE Jean-Noël, « Le traitement pénal aujourd'hui : juger ou gérer ? Présentation du dossier », *Droit et société*, vol. 88, n° 3, 2014, p. 579-590
- GAVRIELIDES Theo et ARTINOPOULOU Vasso (dir.), *Reconstructing restorative justice philosophy*, New York, Routledge, 2016
- GEORGE Robert P., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1993
- GIBBS Jack P., *Crime, Punishment, and Deterrence*, New York, Elsevier, 1975
- GOLDMAN Alan, « Toward a New Theory of Punishment », *Law and Philosophy*, vol. 1, n° 1, 1982, p. 57-76
- GRAMATICA Filippo, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1963
- GRAY David C., « Punishment as Suffering », *Vanderbilt Law Review*, vol. 63, 2010, p. 1619-1693
- GREEN Leslie, *The Authority of the State*, Oxford, Clarendon Press, 1988
- GRICE Paul, *Studies in the Ways of Worlds*, Cambridge, Harvard University Press, 1989
- GUILLARME Bertrand, *Penser la peine*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003
- GUILLIBERT Paul et KRICKEBERG Memphis, « L'hégémonie de la sécurité », *Vacarme*, vol. 77, automne 2016, p. 38-45
- GUSFIELD Joseph R., « On Legislating Morals: The Symbolic Process of Designating Deviance », *California Law Review*, vol. 56, n° 1, 1968, p. 54-73
- GUSFIELD Joseph R., *La culture des problèmes publics. L'alcool au volant : la production d'un ordre symbolique* [1980], trad. de l'angl. par D. Cefaï, Paris, Economica, 2009
- HABER Stéphane, *Penser le néo-capitalisme. Vie, capital et aliénation*, Paris, Les Prairies ordinaires, « Essais », 2013
- HABER Stéphane, *Freud et la théorie sociale*, Paris, La Dispute, 2012
- HABER Stéphane, *Freud sociologue*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2012
- HABER Stéphane, « Renouveau de la philosophie sociale ? », *Esprit*, vol. 3, n° 4, 2012, p. 131-149
- HACKER Peter M.S. et RAZ Joseph (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977

- HÄGERSTRÖM Axel, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1953
- HAMPTON Jean, « The Moral Education Theory of Punishment », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 13, n° 84, 1984, p. 208-238
- HAMPTON Jean, « The Retributive Idea », in Jeffrie G. MURPHY et Jean HAMPTON (dir.), *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 111-161
- HANNAH Nathan, « Facing the Consequences », *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, n° 3, 2014, p. 589-604
- HARCOURT Bernard, « Reflecting on the Subject: A Critique of the Social Influence Conception of Deterrence, the Broken Windows Theory and Order-Maintenance Policing New-York Style », *Michigan Law Review*, vol. 97, 1998, p. 291-389
- HARCOURT Bernard, « The Collapse of the Harm Principle », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 90, 1999, p. 109-194
- HARCOURT Bernard, *Illusion of Order, The False Promise of Broken Windows Policing*, Harvard, Harvard University Press, 2004
- HARDING Christopher et IRELAND Richard W., *Punishment: Rhetoric, Rule, and Practice*, Londres, Routledge, 1989
- HAREL Alon, « Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case against Privately Inflicted Sanctions », *Legal Theory*, vol. 14, n° 2, 2008, p. 113-133
- HART Herbert L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963
- Hart Herbert L.A., *Punishment and the Elimination of Responsibility*, Londres, University of London/Athlone Press, 1962
- HART Herbert L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1968
- HART Herbert L.A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982
- HART Herbert L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983
- HART Herbert L.A., « La démystification du droit », trad. de l'angl. par Ph. Gérard et M. van de Kerchove, in Philippe GERARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 89-118
- HART Herbert L.A., *Le Concept de droit* [1961], trad. de l'angl. par M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005
- HART Herbert L.A., « Existe-t-il des droits naturels ? », trad. de l'angl. par Ch. Girard, *Klēsis*, vol. 21, 2011
- HART Herbert L.A., « Immoralité et trahison » [1959], trad. de l'angl. par M. Carpentier, *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 163 [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>
- HART Herbert L.A., « La solidarité sociale et la mise en œuvre de la morale par le droit » [1967/1983], trad. de l'angl. par G. Bligh et M. Plouviez, *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 181-195 [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>

- HART Herbert L.A., « Le positivisme et la séparation du droit et de la morale », in Christophe BEAL (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Paris, Vrin, « Textes clés de philosophie », 2015
- HAZARD John N., « Pashukanis is No Traitor », *The American Journal of International Law*, vol. 51, n° 2, 1957
- HEAD Michael, *Evgeny Pashukanis: A Critical Reappraisal*, Londres, Routledge-Cavendish, 2008
- HEGEL Georg W.F., *La philosophie de l'esprit : de la "Realphilosophie" [1805]*, trad. de l'alle. par G. Planty-Bonjour, Paris, Presses Universitaires de France, 1982
- HEGEL Georg W.F., *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998
- HERPIN Nicolas, *L'application de la loi*, Paris, Seuil, 1977
- HIRST Paul Q., *On Law and Ideology*, New York, Macmillan, 1979
- HOEKEMA David, *Rights and Wrongs: Coercion, Punishment, and the State*, Selinsgrove, Susquehanna University Press, 1986
- HOLMES JR. Oliver W., « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, vol. 10, n° 457, 1897
- HOLMES JR. Oliver W., *La voie du droit*, trad. de l'angl. par L. de Sutter, Paris, Dalloz, « Tiré à part », 2014
- HOLMES JR. Oliver W., « La passe étroite du droit » [1897], in Christophe BEAL (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Paris, Vrin, « Textes clés de philosophie », 2015
- HONNETH Axel, « Les pathologies du social. Tradition et actualité de la philosophie sociale » [1994], dans *La société du mépris : vers une nouvelle théorie critique*, trad. de l'alle. par O. Voirol, P. Rusch et A. Dupeyrix, Paris, La Découverte, 2006
- HONNETH Axel, *La Lutte pour la reconnaissance*, Paris, Gallimard, « Folio essais », 2013
- HONNETH Axel, *Le Droit de la liberté. Esquisse d'une éthicité démocratique*, Paris, Gallimard, 2015
- HONORE Anthony M., « Real Laws », in Peter M.S. HACKER et Joseph RAZ (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977
- HORDER Jeremy, « Bureaucratic "Criminal" Law: Too Much of a Bad Thing? », in Antony DUFF *et al.* (dir.), *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 101-132
- HULSMAN Louk, « Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation », in René CASSIN et Maurice ROLLAND (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II, *Études de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Pedone, 1975
- HULSMAN Louk, « Critical Criminology and the Concept of Crime », *Contemporary Crises*, vol. 10, n° 1, 1986, p. 63-80
- HULSMAN Louk, « The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies », *Israel Law Review*, vol. 25, n° 3-4, 1991, p. 681-709

- HUNT Alan, « The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law », *Law & Society Review*, vol. 19, 1985, p. 11-37
- HUSAK Douglas, « Does Criminal Liability Require an Act? », in Antony DUFF (dir.), *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 60-100
- IMBRISEVIC Miroslav, *Marx and Philosophy Review of Books*, 20 septembre 2014 [En ligne]
URL : <http://marxandphilosophy.org.uk/reviewofbooks/>
- ISRAËL Liora, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009
- JAFFRO Laurent, « Les éléments du crime. Une conception relationnelle », in Sylviane COYAULT et Jacques MESSAGE (dir.), *Fictions et vérités assassines*, Clermont-Ferrand, Presses universitaires Blaise Pascal, 2013, p. 35-46
- JAUFFRET-SPINOSI Camille, « Théorie et pratique de la clause générale en droit Français et dans les autres systèmes juridiques Romanistes », in Stefan GRUNDMANN et Denis MAZEAUD (dir.), *General clauses and standards in European contract law: comparative law, EC law and contract law codification*, La Haye, Kluwer Law International, 2005
- KAMINSKI Dan, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in Françoise DIGNEFFE et Thierry MOREAU (dir.), *Responsabilité et responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck/Larcier, « Perspectives criminologiques », 2006, p. 45-64
- KAMINSKI Dan, Sonia SNACKEN et Michel VAN DE KERCHOVE, « Mutations dans le champ des peines et de leur exécution », *Déviance et Société*, vol. 31, n° 4, 2007, p. 487-504
- KAMINSKI Dan (dir.), *La flexibilité des sanctions*, Bruxelles, Bruylant, 2012
- KAMINSKI Dan, « Chronique de criminologie. Pour une criminologie de la condamnation », *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, n° 4, 2014, p. 486-504
- KAMINSKI Dan, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Erès, « Trajets », 2015
- KANT Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, I^e partie, *Doctrine du droit* [1795], trad. de l'alle. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993
- KARSENTI Bruno, *D'une philosophie à l'autre. Les sciences sociales et la politique des modernes*, Paris, Gallimard, « NRF Essais », 2013
- KARSENTI Bruno, *La Société en personnes. Études durkheimiennes*, Paris, Economica, « Études sociologiques », 2006
- KARSENTI Bruno, « Identification et reconnaissances. Remarques freudiennes », in Julia CHRIST et Florian NICODEME (dir.), *L'injustice sociale. Quelles voies pour la critique ?*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013
- KARSENTI Bruno, « "Nul n'est censé ignorer la loi". Le droit pénal, de Durkheim à Fauconnet », *Archives de Philosophie*, vol. 67, n° 4, 2008, p. 571-581
- KELSEN Hans, *The Communist Theory of Law*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1955
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit* [1934], trad. de l'alle. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962

- KELSEN Hans, « On the basis of Legal Validity », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 26, n° 1, 1981, p. 178-189
- KELSEN Hans, « La notion d'État et la psychologie sociale. A propos de la théorie freudienne des foules » [1922], trad. de l'allemand par J.-L. Schlegel, *Hermès*, n° 2, 1988, p. 134-165
- KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, trad. de l'allemand par O. Beaud et F. Malkani, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 [1979].
- KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État* [1945], trad. de l'anglais par B. Laroche, trad. de l'allemand par V. Faure, Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1997
- KERVEGAN Jean-François, *La raison des normes. Essai sur Kant*, Paris, Vrin, « Moments philosophiques », 2015
- KERVEGAN Jean-François, « Avoir des droits : pourquoi, comment, lesquels ? », *Bulletin de la société française de philosophie*, vol. 109, n° 4, 2015
- KERVEGAN Jean-François, *L'Effectif et le rationnel. Hegel et l'esprit objectif*, Paris, Vrin, 2007
- KERVEGAN Jean-François, « Hart, le positivisme juridique, l'utilitarisme et la question des droits moraux », *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 105-112 [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>
- KERVEGAN Jean-François, PLOUVIEZ Mélanie et QUIVIGER Pierre-Yves (dir.), *Norme et violence : enquête franco-italienne*, Hildesheim-Zürich-New York, Georg Olms Verlag, 2015
- KLEINIG John, « Crime and the Concept of Harm », *American Philosophical Quarterly*, vol. 15, n° 1, 1978, p. 27-36
- KLEINIG John, « Punishment and Moral Seriousness », *Israel Law Review*, vol. 25, n° 3, 1991, p. 401-421
- KNOX Robert, « Marxism, International Law, and Political Strategy », *Leiden Journal of International Law*, 2009, p. 413-436
- KNOX Robert, « Strategy and Tactics », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 21, 2010, p. 193-229
- KNOX Robert, « What is to be Done (With Critical Legal Theory)? », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 22, n° 31, 2011
- KNOX Robert, « Théories marxistes du droit international : une introduction », *Période*, 10 février 2016, [En ligne] URL : <http://revueperiode.net/theories-marxistes-du-droit-international-une-introduction>
- KOKOREFF Michel et LAPEYRONNIE Didier, *Refaire la cité. L'avenir des banlieues*, Paris, Seuil, « La République des idées », 2013
- KOROLITSKI Ulysse, *Punir le racisme ? Liberté d'expression, démocratie et discours racistes*, Paris, CNRS Editions, 2015
- KOSKENNIEMI Martti, *La Politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007
- KREVER Tor, « International Criminal Law: An Ideology Critique », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013

- LA TORRE Massimo, « Le modèle hiérarchique et le *Concept de droit* de Hart », *Revus*, vol. 21, 2013, p. 21 [En ligne] URL : <http://revus.revues.org/2728>
- LACEY Nicolas, *State punishment: political principles and community values*, Londres, Routledge, 1988
- LAINGUI André, « Infraction », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 336-340
- LAMOND Grant, « What is a crime? », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, 2007, p. 609-632
- LASCOUMES Pierre, « Une tache sur le col blanc d'Edwin », *Champ pénal/Penal field*, vol. 10, 2013
- LAZZERI Christian, « Institutionnaliser la reconnaissance. Ou comment classer les institutions ? », *Raisons politiques*, vol. 61, n° 1, 2016, p. 87-104
- LAZZERI Christian, « Quelques prémisses pour une théorie de l'estime sociale », *Terrains/Théories*, vol. 4, 2016, [En ligne] URL : <http://teth.revues.org/679>
- LAZZERI Christian, « Qu'est-ce que la lutte pour la reconnaissance ? », in Robert DAMIEN et Christian LAZZERI (dir.), *Conflits et confiances*, Presses de l'Université de Franche-Comté, 2006, p. 343-388
- LAZZERI Christian et CAILLE Alain (dir.), *La reconnaissance aujourd'hui*, Paris, CNRS Éditions, 2009
- LAZZERI Christian et NOUR Soraya (dir.), *Reconnaissance, identité et intégration sociale*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2009
- LAZZERI Christian, « Repenser le concept républicain de domination », *Diacritica*, vol. 24, n° 2, 2010, p. 129-164
- LAZZERI Christian, « Identité et appartenance sociale », *Tracés*, vol. 13, 2013, [En ligne] URL : <http://traces.revues.org/5705>
- LEFRANC Sandrine, « Les commissions de vérité : une alternative au droit ? », *Droit et cultures*, vol. 56, n° 2, 2008 [En ligne] URL : <http://droitcultures.revues.org/33>
- LEGRAND Stéphane, *Les normes chez Foucault*, Paris, Presses Universitaires de France, « Pratiques théoriques », 2007
- LEGRAND Stéphane, « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », *Raisons politiques*, vol. 28, 2007
- LEGRAND Stéphane, « Le marxisme oublié de Foucault », *Actuel Marx*, vol. 2, n° 36, 2004, p. 32-33
- LEIBNIZ Gottfried W., *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, t. IV, Paris, Garnier-Flammarion, 1966
- LEMKE Thomas, « “Marx sans guillemets” : Foucault, la gouvernementalité et la critique du néolibéralisme », trad. de l'angl. par M. Chemali, *Actuel Marx*, vol. 36, n° 2, 2004
- LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, n° 3, 2011, p. 715-732
- LEVI-STRAUSS Claude, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton & Cie/Maison des sciences de l'Homme, 1971
- LEVINAS Emmanuel, *Difficile liberté. Essais sur le Judaïsme*, Paris, Albin Michel, 1963

- LEVY René et ZANDER Hartwig, « Introduction », in Georg RUSCHE et Otto KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et "Théorie critique" du régime pénal*, Paris, Cerf, « Passages », 1994
- LOISEAU Léon, « Directions pour une approche marxiste du droit : la théorie d'E.B. Pachukanis », *Actuel Marx*, n°16, 2012 [En ligne] URL : <http://actuelmarx.u-paris10.fr/indexm.htm>
- LOISEAU Léon, « Un art libéral de punir ? », *Labyrinthe*, vol. 22, n° 3, 2005, p. 77-86 [En ligne] URL : <http://labyrinthe.revues.org/1036>
- LOMBROSO Cesare, *L'homme criminel. Étude anthropologique et psychiatrique*, Paris, Félix Alcan, 1887 [1875]
- LYNCH Michael J. et STRETESKY Paul B. (dir.), *Radical and Marxist Theories of Crime*, Ashgate, Farnham, 2011
- MACCORMICK Neil, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982
- MACCORMICK Neil, « A Moralistic Case for A-Moralistic Law », *Valparaiso University Law Review*, vol. 20, n° 1, 1985, p. 1-41
- MACCORMICK Neil et GARLAND David, « Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish », in Andrew ASHWORTH et Martin WASIK (dir.), *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford, Clarendon Press, 1998
- MACCORMICK Neil, « Norms, Institutions, and Institutionnal Facts », *Law and Philosophy*, vol. 17, n° 3, 1998, p. 301-345
- MACCORMICK Neil, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007
- MACKIE John L., « Morality and the Retributive Emotions », *Criminal Justice Ethics*, vol. 1, n° 1, 1982, p. 3-10
- MARKEL Dan et FLANDERS Chad, « Bentham on Stilts: The Bare Relevance of Subjectivity to Retributive Justice », *California Law Review*, vol. 98, 2010, p. 907-988
- MARKS Susan, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford, Oxford University Press, 2003
- MARSHALL Sandra E. et DUFF Antony, « Criminalization and Sharing Wrongs », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 11, n° 1, 1998, p. 7-22
- MARX Karl et ENGELS Friedrich, *Œuvres choisies*, t. III, Moscou, Editions du Progrès, 1970
- MARX Karl, « Bénéfices secondaires du crime » [1905], trad. de l'allemand par A. Normandeau, in Denis SZABO (dir.), *Déviance et criminalité*, Paris, Armand Colin, 1970, p. 84-85 [En ligne] URL : http://classiques.uqac.ca/classiques/Marx_karl/benefices_secondaires_du_crime/benefices_secondaires_du_crime.html
- MARX Karl, *Contribution à la critique de l'économie politique* [1859], Paris, Éditions sociales, 1972
- MARX Karl, *Le Capital. Livre premier, Le procès de production du capital : critique de l'économie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, « Quadriges », 1993
- MARX Karl, *Économie*, I, trad. de l'allemand par M. Rubel, Louis Evrard et Joseph Roy, dans *Œuvres*, t. I, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1994, p. 199-229

- MARX Karl et ENGELS Friedrich, *L'Idéologie allemande*, trad. de l'alle. par G. Fondu et J. Quétier, Paris, Éditions sociales, « Poches », 2014
- MARY Philippe, « Pénalité et gestion des risques : vers une justice “actuarielle” en Europe ? », *Déviance et Société*, vol. 25, n° 1, 2001, p. 33-51
- MARY Philippe, BARTHOLEYNS Frédérique et BEGHIN Juliette, « La prison en Belgique : de l'institution totale aux droits des détenus ? », *Déviance et Société*, vol. 30, n° 3, 2006, p. 389-404
- MATHIESEN Thomas, « General Prevention as Communication », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 218-237
- MATHIESEN Thomas, *Prison on Trial*, Londres, Sage, 1990
- MAUER Marc, « The causes and consequences of prison growth in the United States », in David GARLAND (dir.), *Mass Imprisonment, Social Causes and Consequences*, Londres, Sage, 2001
- MC CANN Michael, *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, University of Chicago Press, 1994
- MCARA Lesley, « La justice des mineurs en Ecosse : pressions convergentes et singularités culturelles », *Déviance et Société*, vol. 33, n° 3, 2009, p. 383-398
- MCARA Lesley, « The Scottish juvenile justice system: policy and practice », in John A. WINTERDYK (dir.), *Juvenile justice systems : international perspectives*, Toronto, Canadian Scholars Press, 2002, p. 441-476
- MCBRIDE Keally, *Punishment and Political Order*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2007
- MCDONNELL Cyril, « Why Punish the Guilty? Towards a Philosophical Analysis of the Justification of Punishment », *Maynooth Philosophical Papers*, n° 5, 2008
- MCSHERRY Bernadette, « Expanding the Boundaries of Inchoate Crimes: The Growing Reliance on Preparatory Offences », in Bernadette MCSHERRY, Alan NORRIE et Simon BRONITT (dir.), *Regulating Deviance. The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, Portland, Hart Publishing, 2009
- MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*, t. I, Paris, Cujas, 1981
- MERLE Roger, « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction (consolidation, mise au point, ou fluctuations) », in (COLLEC.), *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 397-404
- MIEVILLE China, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, Leiden-Boston, Brill, 2005
- MILL John Stuart, *De la liberté* [1859], trad. de l'angl. par L. Lenglet à partir de la trad. de Dupond White, Paris, Gallimard, « Folio-Essais », 1990
- MILLARD Eric, « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 59, n° 2, 2007, p. 59-71
- MONFERRAND Frédéric, *Marx : ontologie sociale et critique du capitalisme. Une lecture des Manuscrits économique-philosophiques de 1844*, Thèse de doctorat dirigée par Stéphane Haber, Université Paris Ouest, avril 2016

- MONTAG Warren, « “The Soul is the Prison of the Body” : Althusser and Foucault, 1970-1975 », *Yale French Studies*, vol. 88, 1995, p. 53-77
- MONTAIGNE Michel (de), *Les Essais [1580-1588]*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965
- MOORE Michael S., « The Moral Worth of Retribution », in Ferdinand D. SCHOEMAN (dir.), *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987
- MOORE Michael S., *Act and Crime*, Oxford, Oxford University Press, 1993
- MOORE Michael S., *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997
- MOORE Michael S., « Intention as a Marker of Moral Culpability and Legal Punishability », in Anthony DUFF et Stuart P. GREEN (dir.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011
- MORRIS Herbert, « A Paternalistic Theory of Punishment », in David GARLAND et Antony DUFF (dir.), *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1997
- MORRIS Herbert, « Persons and Punishment », *The Monist*, vol. 52, n° 4, 1968, p. 475-501
- MUCCHIELLI Laurent et LE GOAZIOU Véronique (dir.), *Quand les banlieues brûlent. Retour sur les émeutes de novembre 2005*, Paris, La Découverte, 2007
- MURPHY Jeffrie G., « Marxism and Retribution », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, 1973, p. 217-243
- MURPHY Jeffrie G., « Retributivism, Moral Education and the Liberal state », *Criminal Justice Ethics*, vol. 4, n° 1, 1985, p. 3-11
- MURPHY Jeffrie G. et COLEMAN Jules L. (dir.), *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Boulder, Westview Press, 1990
- MURPHY Jeffrie G. et HAMPTON Jean (dir.), *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988
- MUSIL Robert, *L'Homme sans qualité [1930-32]*, t. I, trad. de l'allemand par Ph. Jaccottet, Paris, Seuil, 2004
- NAPOLI Paolo, *Naissance de la police moderne. Pouvoirs, normes, société*, Paris, La Découverte, 2003
- NARAYAN Uma, « Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, n° 2, 1993, p. 166-182
- NEOCLEOUS Marc, *Critique of Security*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2008
- NEOCLEOUS Marc & RIGAKOS George, « Anti-security : a declaration », in Marc NEOCLEOUS & George RIGAKOS (dir.), *Anti-security*, Ottawa, Red Quill Books, 2011, p. 15-21
- NEOCLEOUS Marc & RIGAKOS George, « Anti-sécurité : une déclaration », trad. de l'anglais par Memphis Krickeberg, *Vacarme*, vol. 77, n° 4, 2016, p. 52-55
- NEUMANN Franz L., *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*, Glencoe, Free Press, 1957

- NIETZSCHE Friedrich, « Du pâle criminel », dans *Ainsi parlait Zarathoustra. Œuvres complètes de Friedrich Nietzsche*, t. XIX, trad. de l'alle. par H. Albert, Paris, Société du Mercure de France, 1903
- NIETZSCHE Friedrich, *Le Crépuscule des idoles* suivi de *Le cas Wagner* [1888], trad. de l'alle. par Henri Albert, Paris, Flammarion, « GF Flammarion », 1985
- NIETZSCHE Friedrich, *Généalogie de la morale*, dans *Œuvres*, trad. de l'alle. par P. Wotling, Paris, Flammarion, « Mille et une pages », 2000, p. 895-896
- NORRIE Alan, « Pashukanis and the “commodity form theory” : a reply to Warrington », *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 10, 1982
- NOZICK Robert, *Philosophical Explanations*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1981, p. 366-374
- OGIEN Ruwen, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Paris, Gallimard, 2007
- OLIVECRONA Karl, « Legal Language and Reality », in Ralph A. NEWMAN (dir.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, Bobbs-Merill, 1962, p. 151-191
- OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-louis, 1987
- OST François, *Le Temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999
- PARIZOT Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ, 2010
- PASQUIER Emmanuel, *De Genève à Nuremberg, Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*, Paris, Classiques Garnier, « Passages », 2012
- PASUKANIS Evgeny B., *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. du russe par J.-P. Brohm, Paris, E.D.I., 1970
- PERRY Stephen, « Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View », *Fordham Law Review*, vol. 75, n° 3, 2006, p. 1171-1209
- PETTIT Philip et BRAITHWAITE John, « Not Just Deserts, even in Sentencing », *Current Issues In Criminal Justice*, vol. 4, n°3, 1993, p. 225-239
- PETTIT Philip et BRAITHWAITE John, « The Three Rs of Republic Sentencing », *Current Issues In Criminal Justice*, vol. 5, n°3, 1994, p. 318-325
- PETTIT Philip, « Republican Theory and Criminal Punishment », *Utilitas*, vol. 9, n°1, 1997, p. 59-79
- PETTIT Philip, *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, trad. de l'angl. par P. Savidan et J.-F. Spitz, Paris, Gallimard, 2004
- PFERSMANN Otto, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 52, n° 4, 2002
- PFERSMANN Otto et TIMSIT Gérard (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001
- PHARO Patrick, « Les ambiguïtés de la reconnaissance », in Christian LAZZERI et Alain CAILLE (dir.), *La reconnaissance aujourd'hui*, Paris, CNRS Éditions, 2009

- PHILIPPE Gérard, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, n° 2, 2010, p. 65-83
- PICAVET Emmanuel, *Kelsen et Hart, La norme et la conduite*, Paris, Presses Universitaires de France, « Philosophies », 2000
- PINCOFFS Edmund, « Are Questions of Desert Decidable? », in Jerry B. CEDERBLUM et William L. BLIZEK (dir.), *Justice and Punishment*, Cambridge MA, Ballinger, 1977, p. 75-88
- PIRES Alvaro, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la judiciarisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, vol. 33, n° 1, 2001, p. 179-204
- PLOUVIEZ Mélanie, « Violence et droit pénal », in Jean-François KERVEGAN, Mélanie PLOUVIEZ et Pierre-Yves QUIVIGER (dir.), *Norme et violence : enquête franco-italienne*, Hildesheim-Zürich-New York, Georg Olms Verlag, 2015
- POAMA Andrei, « Restorative Justice: The Institutional Turn », *Raisons politiques*, vol. 59, n° 3, 2015, p. 7-16
- POLANYI Karl, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 1983 [1944]
- PONCELA Pierrette, « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet. Une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 22, 1977
- PONCELA Pierrette, « Éclipses et réapparitions de la rétribution en droit pénal », in Francis BLONDIEAU *et al.*, *Rétribution et justice pénale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983
- PONCELA Pierrette et CASADAMONT Guy, *Il n'y a pas de peines justes*, Paris, Odile Jacob, 2004
- POSNER Richard A., « An Economic Theory of the Criminal Law », *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, p. 1193-1231
- POULANTZAS Nicos, *L'État, le Pouvoir, le Socialisme* [1977], Paris, Les prairies ordinaires, 2013
- PRADEL Jean, *Droit pénal général*, t. I, Paris, Cujas, 1986
- PRIMORATZ Igor, *Justifying Legal Punishment*, Atlantic Highlands, Humanities Press, 1989
- PRIMORATZ Igor, « Punishment as Language », *Philosophy*, vol. 64, n° 248, 1989, p. 187-205
- PRINS Adolphe, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1899
- PRINS Adolphe, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, Misch et Thron, 1910
- QUINN Warren, « The Right to Threaten and the Right to Punish », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, n° 4, 1985, p. 327-373
- RAMSAY Peter, « The Theory of Vulnerable Autonomy and the Legitimacy of Civil Preventative Orders », in Bernadette MCSHERRY, Alan NORRIE et Simon BRONITT (dir.), *Regulating Deviance. The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, Portland, Hart Publishing, 2009
- RAMSAY Peter, « Towards a Critique of the Vulnerable Subject: Pashukanis and Public Protection », *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n° 23, 2013 [En ligne] URL : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2343538

- RAPTOPOULOS Themistoklis, « Le positivisme analytique », *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 199-252 [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/volumes/volume/6>
- RAWLS, « Deux concepts de règles », trad. de l'angl. par Vincent Boyer, *Philosophie*, vol. 133, mars 2017, p. 12-36
- RAWLS John, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1997
- RAZ Joseph, s. v. « On the Functions of Law », in Alfred W.B. SIMPSON (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 278-304
- RAZ Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986
- RAZ Joseph, « Dworkin : A new link in the Chain », *Californian Law Review*, vol. 74, n° 3, 1986
- RAZ Joseph, « Autonomy, Toleration, and the Harm Principle », in Ruth GAVISON (dir.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy, The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 313-333
- RAZ Joseph, *Ethics in The Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994
- RAZ Joseph, « The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception », *Minnesota Law Review*, vol. 90, n°4, 2006, p. 1003-1044
- RAZ Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 2012 [1979]
- RAZ Joseph, « L'autorité légitime. Les prétentions du droit », trad. de l'angl. par Ch.-M. Panaccio, *Droits*, vol. 57, n° 1, 2013, p. 227-260
- RAZAC Olivier et GOURIOU Fabien, « Sous une critique de la criminologie, une critique des rationalités pénales », *Cultures & Conflits*, 2016 [En ligne] URL : <http://conflits.revues.org/18919>
- RAZAC Olivier, « L'hydre pénale à trois têtes », *Multitudes*, vol. 4, n° 51, 2012, p. 22-26 [En ligne] URL : <http://www.cairn.info/revue-multitudes-2012-4-page-22.htm>
- RENAULT Emmanuel, *L'expérience de l'injustice. Reconnaissance et clinique de l'injustice*, Paris, La Découverte, 2004
- RENAULT Emmanuel, *Souffrances sociales. Philosophie, psychologie et politique*, Paris, La Découverte, 2008
- RICOEUR Paul, *Le Juste*, Paris, Esprit, 1995
- RIGOUSTE Mathieu, *L'ennemi intérieur : la généalogie coloniale et militaire de l'ordre sécuritaire dans la France métropolitaine*, Paris, La Découverte, 2011
- ROBERT Philippe et ZAUBERMAN Renée, *Mesurer la délinquance*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011
- ROBERT Philippe, SOUBIRAN-PAILLET Francine et VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t. II, Paris, L'Harmattan, 1997
- ROBERTS Paul, « Criminal Law Theory and the Limits of Liberalism », in Andrew P. SIMESTER, Ulrich NEUMANN et Antje DU BOIS PEDAIN (dir.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas Von Hirsch*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 327-360

- ROBINSON Paul H., GREENE Peter D. et GOLDSTEIN Natasha R., « Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and a Code of Adjudication », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 86, n° 2, 1996
- ROBINSON Paul H., *Structure and Function in Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997
- ROSS Alf, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968
- ROSS Alf, *On Guilt, Punishment and Responsibility*, Londres, Stevens & Sons, 1975
- ROSS Alf, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2004
- ROSS Alf, *Du Droit et de la justice* [1958] in Christophe BEAL (dir.), *Philosophie du droit : norme, validité et interprétation*, Paris, Vrin, « Textes clés de philosophie », 2015, p. 133-347
- ROSSI LEIDI Tamar, « Fondation modale de la normativité », in Jean-François KERVEGAN, Mélanie PLOUVIEZ et Pierre-Yves QUIVIGER (dir.), *Norme et violence : enquête franco-italienne*, Hildesheim-Zürich-New York, Georg Olms Verlag, 2015
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du Contrat social* [1762], Paris, Flammarion, « Garnier-Flammarion », 2001
- ROUX Jean-André, « La sentence indéterminée et l'idée de justice », *Revue pénitentiaire et de droit pénal. Bulletin de la Société générale des prisons*, vol. 29, n° 3, 1905, p. 366-372
- ROYNIER Céline, « La liberté dans la tradition anglaise de la *common law* », *Droit & Philosophie*, vol. 5, 2013, p. 187 [En ligne] URL : <http://www.droitphilosophie.com/articles/article/120>
- RUSCHE Georg et KIRCHHEIMER Otto, *Peine et structure sociale. Histoire et "Théorie critique" du régime pénal*, Paris, Cerf, « Passages », 1994
- RUSCHE Georg, « Marché du travail et régime des peines. Contribution à la sociologie de la justice pénale », dans Georg RUSCHE et Otto KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et "Théorie critique" du régime pénal*, Paris, Cerf, « Passages », 1994, p. 99-114
- SAADA Julie, « La justice pénale internationale, entre idéaux et justification », *Revue Tiers Monde*, vol. 205, n° 1, 2011, p. 47-64
- SADURSKI Wojciech, « Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, n° 1, 1990, p. 122-133
- SALAS Denis, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, « Littératures », 2005
- SALAS Denis, *Du procès pénal. Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2010
- SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris, Alcan, 1898
- SALMON Gildas, « Foucault et la généalogie de la sociologie », *Archives de Philosophie*, vol. 79, n° 1, 2016, p. 79-102
- SCHEID Don E., « Note on Defining "Punishment" », *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 10, n° 3, 1980, p. 453-462
- SCHÖNBERGER Christoph, « De l'État comme substance à l'État comme fonction : les débuts de la théorie pure du droit dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre* », in Olivier

- JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen, Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010
- SCHUR Edwin M., *Crimes Without Victims: Deviant Behavior and Public Policy. Abortion, Homosexuality, Drug Addiction*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1965
- SCHUR Edwin M. et BEDAU Hugo A., *Victimless Crimes: Two Sides of a Controversy*, New York, The New York Times Company, 1973
- SEARLE John R., « How to Derive *Ought* from *Is* ? », *The Philosophical Review*, vol. 73, 1964, p. 43-58
- SEARLE John R., « Prima-Facie Obligations », in Zac VAN STRATTEN (dir.), *Philosophical Subjects: Essays presented to P.F. Strawson*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 238-259
- SEARLE John R., *Speech acts: an essay in the philosophy of language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992 [1969]
- SEARLE John R., *Les actes de langage : essai de philosophie du langage*, trad. de l'angl. par H. Pauchard, Paris, Hermann, 1972
- SHAFFER-LANDAU Russ, « Can punishment Morally Educate ? », *Law and Philosophy*, vol. 10, n° 2, 1991, p. 189-219
- SHAPIRO Ian, *Democratic Justice*, New Haven, Yale University Press, 1999
- SHAPIRO Ian, « On Non-domination », *University of Toronto Law Journal*, vol. 62, 2012
- SHAPIRO Ian, *Politics Against Domination*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2016
- SHELLEY Louis, « The 1929 Dispute on Soviet Criminology », *Soviet Union*, vol. 5, n° 2, 1979, p. 175-185
- SIMESTER Andrew P. et VON HIRSCH Andreas, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalization*, Oxford, Hart Publishing, 2011
- SIMESTER Andrew P., NEUMANN Ulrich et DU BOIS PEDAIN Antje (dir.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas Von Hirsch*, Oxford, Hart Publishing, 2014
- SIMON Jonathan, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, New York, Oxford University Press, 2007
- SINGER Richard G., *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge MA, Ballinger, 1979
- SKILLEN Anthony J., « How to Say Things with Walls », *Philosophy*, vol. 55, n° 214, 1980, p. 509-523
- SKINNER Burrhus F., *Walden Two*, New York, Macmillan, 1948
- SKORNICKI Arnault, *La grande soif de l'État. Michel Foucault avec les sciences sociales*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2015
- SMART John J.C et WILLIAMS Bernard, *L'utilitarisme, Le pour et le contre* [1993], trad. de l'angl. par H. Poltier, Genève, Labor et Fides, « Le champ éthique », 1997
- SOLOMON Robert C., « Justice v. Vengeance: On Law and the Satisfaction of Emotion », in Susan BANDES (dir.), *The Passions of Law*, New York, New York University Press, 1995, p. 123-148

- SOLUM Lawrence B., « Virtue Jurisprudence, a Virtue-Centered Theory of Judging », *Metaphilosophy*, vol. 34, n° 1-2, 2003, p. 178-213
- STRAWSON Peter F., « Freedom and Resentment », *Freedom and Resentment and Other Essays*, London, Methuen, 1974 [1962], p. 1-25
- STRIMELLE Véronique et VANHAMME Françoise, « Modèles vindicatoire et pénal en concurrence ? Réflexions à partir de l'expérience autochtone », *Criminologie*, vol. 42, n° 2, 2009, p. 83-100
- SULLIVAN Dennis et TIFFT Larry, *Handbook of Restorative Justice: a global perspective*, Londres-New York, Routledge, 2006
- SUR Pierre-Olivier, « Répression pénale et libertés », *Pouvoirs*, vol. 130, n° 3, 2009, p. 49-64 [En ligne] URL : <http://www.revue-pouvoirs.fr/Repression-penale-et-libertes.html>
- SUTHERLAND Edwin H., « Le problème de la criminalité en col blanc », *Champ pénal/Penal field*, vol. 10, 2013 [En ligne] URL : <http://champpenal.revues.org/8534>
- TADROS Victor, *Criminal Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2005
- TAMAHANA Brian Z., « A socio-legal methodology for the internal/external distinction : jurisprudential implications », *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006, p. 1255-1274
- TAYLOR Charles, *Les sources du moi. La formation de l'identité moderne*, Paris, Seuil, 1998
- TAYLOR Charles, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 2009
- TAYLOR Ian, WALTON Paul et YOUNG Jock (dir.), *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance*, Londres, Routledge, 1973
- TAYLOR Ian, WALTON Paul et YOUNG Jock (dir.), *Critical Criminology*, Londres, Routledge, 1975
- TAYLOR Owen, « Reclaiming Revolution », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 22, 2011, p. 259-292
- TEN C.L., *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford, Clarendon Press, 1987
- THERY Raphaëlle, *Libéralisme pénal, principes, contradictions, et enjeux d'une institution non idéale*, Thèse de doctorat dirigée par Bernard Harcourt et Patrick Savidan, Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales, décembre 2015
- THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, t. II, trad. par A. Raulin et al., Paris, Cerf, 1984
- THOMAS Hélène, « Du lancer de nain comme canon de l'indignité. Le fondement éthique de l'État social », *Raisons politiques*, vol. 2, n° 6, 2002, p. 37-52
- THOMAS Yann, « À propos du parricide. L'interdit politique et l'institution du sujet », *L'inactuel*, vol. 3, 1995, p. 167-189
- THOMAS Yann, « De la "sanction" et de la "sainteté" des lois à Rome. Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité », *Droits*, vol. 18, 1993, p. 135-151
- THOMAS Yann, « *Sanctio*. Les défenses de la loi », *L'écrit du temps*, vol. 19, 1988, p. 61-84
- THOMAS Yann, *Les Opérations du droit*, Paris, Seuil/Gallimard, 2011
- THORBURN Malcom, « Constitutionalism and the Limits of the Criminal Law », in Antony DUFF et al. (dir.), *The Structures of the Criminal Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011

- TONRY Michael (dir.), *The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1998
- TONRY Michael, *Sentencing Matters*, Oxford, Oxford University Press, 1995
- TOCQUEVILLE Alexis (de), *L'Ancien régime et la Révolution* [1856], Paris, Gallimard, « Folio histoire », 1985
- TOURE Habiba, *Le crime passionnel. Etude du processus de passage à l'acte et de sa répression*, thèse de doctorat dirigée par Franck Arpin-Gonnet, Université Paris VIII, 2007, [En ligne] URL : http://1.static.e-corpus.org/download/notice_file/849457/ToureThese.pdf
- TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, « Léviathan », 1994
- TROPER Michel, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, « Léviathan », 2001
- TROPER Michel, « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes, in Otto PFERSMANN et Gérard TIMSIT (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001
- TROPER Michel, *Philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2011
- TURK Austin T., *Criminality and Legal Order*, Chicago, Rand McNally, 1969
- TUTU Desmond et SALAZAR Pierre-Joseph (dir.), *Amnistier l'Apartheid : travaux de la Commission Vérité et Réconciliation*, Paris, Seuil, « L'Ordre Philosophique », 2004
- VARGA Csaba (dir.), *Marxian Legal Theory*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1993
- VAN DE KERCHOVE Michel, « 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*, t. II, Paris, L'Harmattan, 1997
- VAN DE KERCHOVE Michel, *Quand dire, c'est punir : Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005
- VAN DIJK Wilco W. et OUWERKERK Jaap W. (dir.), *Schadenfreude: understanding pleasure at the misfortune of others*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014
- VERDIER Raymond, « Le système vindicatoire, Esquisse théorique », in Raymond VERDIER *et al.* (dir.), *La Vengeance*, t. I, *Vengeance et pouvoir dans quelques sociétés extra-occidentales*, Paris, Cujas, 1981
- VERGES Jacques, *De la stratégie judiciaire*, Paris, Minuit, 1968
- VERSELE Séverin-Carlos, « De la contradiction et de la publicité dans une procédure de défense sociale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 4, 1952
- VILLEY Michel, *Philosophie du droit*, t. I, *Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 1975
- VOIROL Olivier, « Critique généalogique et critique normative », in Yves CUSSET et Stéphane HABER (dir.) *Habermas et Foucault : parcours croisés, confrontations, critiques*, Paris, Éditions du CNRS, 2006
- VOLD George B., *Theoretical Criminology*, New York, Oxford University Press, 1979

- VON HIRSCH Andreas, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, New York, Hill&Wang, 1976
- VON HIRSCH Andreas, *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1985
- VON HIRSH Andrew, *Censure and Sanctions*, Oxford, Oxford University Press, 1993
- VON HIRSCH Andreas et ASHWORTH Andrew, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, New York, Oxford University Press, 2005
- VON HIRSCH Andreas, *Deserved Criminal Sentences. An Overview*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2017
- VON WRIGHT Georg H., « Is and Ought », in Stanley L. PAULSON et Bonnie LISCHEWSKI PAULSON (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998
- WACQUANT Loïc, « Les rebuts de la société de marché : toxicomanes, psychopathes et sans-abri dans les prisons de l'Amérique », *Amnis*, vol. 3, Automne 2003, p. 229-244
- WALZER Michael, *Thick and Thin. Moral arguments at home and abroad*, Londres, Notre Dame University Press, 1994
- WALZER Michael, *Morale minimale, morale maximale*, trad. de l'angl. par C. Fort, Paris, Bayard, 2004
- WARRINGTON Ronnie, « Pashukanis & the commodity form theory », in Csaba VARGA (dir.), *Marxian Legal Theory*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1993, p. 179-200
- WEBER Max, *Économie et société*, t. I, *Les catégories de la sociologie*, trad. de l'allemand par J. Freund, Paris, Pocket, 1995
- WELLMAN Carl, *The Proliferation of rights. Moral progress or empty rhetoric ?*, Boulder, Westview Press, 1999
- WELLS Celia et QUICK Oliver, *Lacey, Wells and Quick: Reconstructing Criminal Law: Text and Materials* [1990], Cambridge, Cambridge University Press, 2010
- WILLARD Marcel, *La Défense accuse*, Paris, Editions sociales, 1938
- WOLFENDEN John, *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, The Wolfenden Report, Cmnd 247, Londres, HMSO, 1957
- XIFARAS Mikhail, « Illégalismes et droit de la société marchande, de Foucault à Marx », *Multitudes*, vol. 59, n° 2, 2015, p. 142-151
- YAFFE Gideon, « Recent Work on Addiction and Responsible Agency », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 30, n° 2, 2001, p. 178-221
- YAFFE Gideon, « Indoctrination, Coercion and Freedom of Will », *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 67, n° 2, 2003, p. 335-356
- ZAIBERT Léo, *Punishment and Retribution*, Aldershot-Burlington, Ashgate, 2006
- ZIMRING Frank E., « Making the Punishment Fit the Crime: A Consumer's Guide to Sentencing Reform », *Occasional Papers*, vol. 12, Chicago, University of Chicago Law School, 1977

Index

A

abolitionnisme, 395, 396, 398, 461
accumulation du capital, 427
acte de langage, 32, 210, 243
adoucissement des peines, 43, 58, 60, 61, 62, 71, 374, 417
adultère, 45, 156, 186
alcool, 145, 146, 309, 338, 486
ALTHUSSER Louis, 331, 414, 415, 438, 476, 494
amendes, 54, 78, 153, 160, 414
amnistie, 26, 27
amoralisme juridique, 191
ANCEL Marc, 362, 365, 366, 367, 368, 369, 386, 472, 476, 488
Ancien Régime, 59, 60, 61, 69, 413
appareil de production, 406, 424, 426
arbitraire des juges, 23, 60, 365
ARISTOTE, 174, 352, 476
ARTIERES Philippe, 371, 476
assujettissement, 30, 229, 252, 271, 299, 323, 324, 327, 328, 331, 333, 338, 348, 355, 388, 415, 416, 419, 470, 480
AUSTIN John L., 32, 204, 206, 207, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 223, 224, 225, 226, 242, 243, 262, 387, 388, 468, 477, 501
autonomie, 14, 19, 30, 69, 133, 143, 147, 159, 184, 185, 186, 188, 190, 198, 212, 238, 245, 250, 270, 281, 287, 306, 308, 311, 312, 313, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 323, 327, 330, 338, 341, 344, 357, 366, 368, 402, 407, 449, 453, 456, 470, 499
auto-référentialité, 85, 212, 402
autorité de la loi, 159, 225, 250, 288, 292
aveu, 13, 17, 383, 485

B

BALIBAR Étienne, 66, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 343, 421, 446, 470, 477
BEAL Christophe, 5, 143, 166, 186, 188, 189, 190, 206, 213, 214, 221, 282, 288, 357, 359, 477, 488, 498
BECCARIA Cesare, 289, 324, 411
BECKER Gary, 104, 188, 288, 289, 469, 477
BEDAU Hugo A., 66, 67, 68, 69, 70, 108, 109, 110, 111, 130, 138, 162, 164, 228, 229, 259, 260, 286, 297, 306, 363, 364, 410, 477, 478, 499
BENTHAM Jeremy, 24, 33, 34, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 64, 65, 74, 93, 111, 119, 135, 211, 212, 213, 228, 230, 243, 254, 255, 256, 262, 289, 411, 465, 477, 478, 487, 492
BESSONE Magali, 5, 27, 33, 68, 112, 117, 233, 323, 478

BIANCHI Herman, 109, 397, 479
Bible, 80, 99
blâme, 25, 34, 38, 41, 76, 124, 126, 130, 138, 139, 140, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 161, 163, 164, 166, 171, 194, 206, 287, 302, 428, 463, 465
bonheur collectif, 150
BOONIN David, 104, 150, 479
BOURDIEU Pierre, 146, 328, 399, 479, 486
BRAITHWAITE John, 14, 141, 144, 157, 187, 288, 479, 495
BRODEUR Jean-Paul, 101, 479
BROWN Wendy, 324, 407, 458, 461, 479, 484

C

cannibalisme, 45
CARBASSE Jean-Marie, 59, 69, 99, 110, 480
CARBONNIER Jean, 284, 333, 480
CARIO Robert, 14, 15, 16, 17, 395, 480
CARPENTIER Mathieu, 167, 169, 182, 185, 194, 208, 237, 243, 258, 259, 277, 282, 480, 482, 487
CAYLA Olivier, 27, 362, 480
CHANTRAINE Gilles, 320, 321, 322, 431, 478, 481
châtiment, 24, 25, 43, 49, 51, 60, 68, 95, 97, 114, 118, 174, 346, 362, 417, 419, 421, 435, 442
châtiments corporels, 43, 54, 58, 71, 73
Children's Hearings, 309
CHRISTIE Nils, 49, 109, 154, 299, 395, 396, 398, 481
clause générale, 454, 455, 489
code de procédure pénale, 12, 13
code pénal, 12, 45, 156, 184, 211, 257, 258, 324, 413, 475
codification, 45, 60, 408, 417, 418, 426, 435, 454, 489
colère, 39, 41, 53, 63, 66, 69, 95, 111, 112, 115, 117, 120, 121, 128, 133, 147, 153, 156, 186, 193, 205, 287, 288, 294, 315, 334, 376, 379, 464, 466, 467
commandement, 30, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 219, 220, 225, 226, 239, 243, 261, 266, 272, 276, 278, 282, 292, 325, 334, 387
Commission Vérité et Réconciliation, 26, 501
communauté éthique, 21
condamnation morale, 126, 132, 163, 171, 181, 190, 363, 396
conflictualité sociale, 19, 55, 140, 173, 179, 180, 238, 328, 389, 391, 398, 425, 464, 467, 468, 471
consensus, 14, 17, 28, 104, 108, 129, 143, 149, 163, 176, 184, 189, 191, 285, 307, 334, 374, 397, 417, 461
conséquentialisme, 37, 43, 51, 65, 75, 148, 157, 164, 303, 305, 306, 308, 313, 319

contravention, 23, 68, 209, 231, 239, 324
 contrôle, 14, 15, 16, 77, 79, 83, 85, 100, 106, 121,
 126, 132, 158, 173, 198, 203, 204, 222, 233,
 234, 282, 286, 296, 298, 299, 304, 305, 309,
 323, 334, 335, 338, 339, 342, 347, 360, 371,
 383, 386, 389, 398, 399, 406, 424, 426, 427, 469
 corruption, 108, 187, 291
Cosa Nostra, 384
 COURTOIS Gérard, 112, 113, 114, 115, 481, 482
 coutume, 86, 179, 469
 crainte, 53, 65, 66, 81, 113, 154, 206, 210, 213,
 215, 227, 243, 253, 256, 262, 266, 312, 326,
 327, 354, 356, 407, 464
 crime, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 33, 34, 37, 43,
 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57,
 59, 60, 62, 64, 65, 66, 68, 71, 84, 85, 87, 91, 95,
 97, 103, 104, 105, 106, 108, 110, 111, 117, 118,
 119, 120, 125, 127, 129, 136, 138, 139, 140,
 141, 149, 150, 151, 152, 154, 155, 156, 158,
 159, 163, 164, 165, 169, 176, 178, 183, 190,
 193, 202, 205, 209, 226, 228, 229, 231, 244,
 249, 255, 280, 289, 290, 301, 303, 311, 314,
 324, 339, 342, 344, 345, 346, 347, 350, 351,
 353, 362, 366, 370, 371, 372, 373, 374, 376,
 377, 378, 379, 380, 383, 384, 385, 388, 390,
 391, 394, 395, 396, 397, 398, 400, 405, 409,
 423, 424, 425, 427, 428, 433, 441, 446, 447,
 450, 451, 452, 453, 454, 455, 459, 464, 466,
 467, 471, 472, 478, 482, 483, 484, 486, 489,
 491, 492, 501
 crimes de sang, 48, 61, 108, 287
 criminalisation, 103, 109, 134, 135, 142, 144, 145,
 297, 342, 382, 383, 384, 386, 387, 388, 390,
 391, 394, 395, 401, 428
 criminologie, 207, 305, 387, 389, 390, 391, 481
 critique abolitionniste, 67, 397, 399
 critique matérialiste, 445
 culpabilité, 25, 53, 77, 98, 102, 126, 150, 154, 244,
 280, 296, 302, 308, 310, 312, 314, 315, 318,
 319, 323, 324, 326, 327, 328, 330, 331, 332,
 333, 342, 343, 345, 346, 349, 350, 351, 352,
 355, 363, 367, 369, 378, 380, 384, 393, 418,
 437, 466, 470

D

dangerosité, 304, 321, 366, 369, 391, 392, 395, 422,
 455
 DAVIS Angela Y., 67, 110, 123, 318, 395, 482
 débat contradictoire, 253, 351, 364, 365, 368
Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen,
 44
 Défense sociale, 106, 342, 362, 365, 366, 367, 369,
 386, 472, 476, 488
 délinquance, 102, 290, 291, 292, 309, 310, 338,
 389, 390, 397, 409, 419, 420, 423, 425, 430,
 431, 432, 435, 497
 délinquance en col blanc, 431
 délinquance juvénile, 389
 délinquance routière, 390

délit, 16, 23, 43, 45, 46, 48, 68, 77, 78, 84, 85, 87,
 88, 91, 98, 105, 107, 110, 120, 138, 156, 183,
 202, 209, 231, 240, 244, 249, 253, 255, 274,
 280, 324, 331, 418, 437, 440, 447, 454, 455
 DELMAS-MARTY Mireille, 130, 131, 482
 déni de reconnaissance, 19, 20, 185
 dénonciation publique, 126, 151, 154, 155, 162,
 196, 295, 455
 dépénalisation, 45, 122, 144, 168, 173, 178, 179,
 181, 182, 251, 275, 281
 désobéissance, 76, 136, 206, 217, 218, 223, 224,
 307, 331, 358
 désuétude du droit, 178
 détenu, 67, 295, 415, 422, 432
 déviance, 127, 145, 169, 178, 181, 234, 289, 292,
 339, 387, 391, 392, 395, 425, 467
 DEVLIN Patrick, 167, 168, 169, 170, 172, 173, 174,
 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183,
 184, 185, 189, 281, 467, 482, 483
 devoir, 31, 32, 37, 46, 50, 58, 61, 70, 72, 76, 84, 96,
 104, 105, 107, 111, 117, 151, 183, 191, 195,
 201, 202, 206, 207, 209, 210, 211, 214, 215,
 218, 219, 220, 221, 224, 227, 228, 236, 238,
 239, 240, 241, 242, 243, 245, 246, 249, 254,
 256, 264, 266, 273, 276, 280, 283, 284, 285,
 287, 292, 300, 314, 316, 325, 329, 330, 345,
 346, 348, 353, 358, 361, 369, 376, 381, 451,
 452, 455, 459, 460, 468
 diffamation, 232, 429
 dignité, 16, 19, 20, 62, 108, 128, 143, 174, 186,
 188, 198, 270, 310, 319, 345, 346, 470
 discipline, 180, 309, 318, 322, 323, 335, 400, 402,
 404, 409, 412, 413, 418, 419, 420, 422, 423,
 425, 433, 442, 443, 460, 472
 discours racistes, 232, 233, 238, 251, 275, 352, 478,
 490
dissensus, 179
 dissuasion, 34, 44, 51, 54, 65, 74, 79, 100, 125,
 148, 158, 160, 161, 164, 173, 197, 203, 204,
 207, 214, 223, 224, 254, 272, 276, 279, 286,
 302, 325, 344, 423, 427, 428, 434, 463
 dommages-intérêts, 78, 79, 155, 296, 300, 375
 droit civil, 61, 62, 72, 78, 86, 152, 374, 393, 435,
 445
 droit romain, 45, 283
 droits, 9, 12, 15, 19, 20, 24, 26, 27, 44, 46, 50, 54,
 58, 60, 62, 64, 79, 80, 85, 89, 91, 97, 100, 102,
 104, 111, 121, 125, 131, 135, 139, 147, 153,
 159, 167, 174, 176, 177, 180, 181, 182, 183,
 184, 186, 187, 188, 189, 190, 195, 196, 209,
 211, 230, 239, 252, 262, 266, 270, 273, 284,
 289, 295, 296, 301, 303, 306, 307, 309, 310,
 311, 314, 319, 320, 321, 324, 326, 327, 330,
 331, 335, 341, 343, 345, 346, 348, 349, 354,
 355, 356, 357, 358, 362, 363, 365, 369, 374,
 375, 376, 379, 392, 393, 398, 404, 407, 416,
 432, 434, 435, 436, 448, 451, 453, 454, 455,
 456, 458, 461, 466, 469, 470, 475, 481, 487,
 490, 493

DUARTE D'ALMEIDA Luís, 240, 241, 242, 244, 245, 253, 276, 279, 483
DUFF Antony, 33, 50, 103, 104, 105, 107, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 139, 140, 142, 149, 150, 153, 155, 161, 163, 164, 193, 287, 294, 297, 308, 309, 311, 313, 314, 316, 318, 323, 324, 483, 486, 488, 489, 492, 493, 494, 500
DURKHEIM Émile, 22, 33, 35, 61, 62, 63, 64, 90, 124, 129, 137, 180, 181, 332, 353, 354, 362, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 380, 381, 382, 385, 399, 411, 412, 417, 483, 489
DWORKIN Ronald M., 181, 187, 190, 235, 240, 286, 364, 483, 484, 497

E

échange marchand, 407, 435, 437, 438, 439, 444, 450, 451, 461
École de Francfort, 19, 20, 415, 427
École positiviste, 362, 370, 371
éducation morale, 153, 157, 162, 163, 171, 173, 175, 312, 313, 317, 323
égalité, 23, 29, 47, 48, 60, 67, 86, 95, 97, 101, 102, 108, 109, 130, 131, 136, 139, 144, 185, 188, 190, 199, 236, 238, 291, 307, 337, 345, 348, 349, 365, 374, 392, 438, 444, 447, 457, 459, 461, 466
égalité devant la loi, 23, 29, 457
élément intentionnel, 447
élément moral, 23, 30, 78, 245, 348, 444
émotions, 39, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 82, 96, 112, 113, 116, 117, 120, 126, 127, 128, 130, 131, 137, 155, 156, 158, 159, 198, 227, 230, 378, 402, 450, 465, 466, 467
ENGELS Friedrich, 415, 434, 446, 452, 453, 457, 458, 484, 492, 493
ennemi, 136, 190, 199, 289, 394, 429, 497
énoncé juridique, 211, 215, 245, 255, 258
équité sociale, 109
estime, 12, 19, 21, 29, 46, 65, 118, 132, 139, 142, 163, 165, 166, 287, 296, 306, 331, 348, 382, 398, 491
État de droit, 20, 60, 193, 280, 327, 328, 331, 332, 339, 395, 405, 437, 469, 471
euthanasie, 186, 187, 287
excès de vitesse, 145
exécution capitale, 465
expier, 313, 422
exploitation, 19, 273, 318, 339, 400, 404, 407, 408, 409, 416, 422, 423, 425, 426, 431, 435, 444

F

facteurs criminogènes, 447
FASSIN Didier, 331, 484
FAUCONNET Paul, 72, 353, 354, 377, 378, 379, 380, 381, 484, 489, 496
faute, 16, 17, 24, 33, 38, 48, 49, 53, 54, 72, 75, 77, 83, 86, 88, 94, 98, 102, 111, 119, 123, 150, 152, 202, 224, 234, 244, 246, 265, 274, 295, 296,

303, 306, 313, 329, 330, 343, 346, 349, 358, 362, 373, 378, 384, 410, 465, 469
FEINBERG Joel, 33, 34, 102, 108, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 143, 144, 145, 149, 150, 152, 153, 155, 156, 161, 164, 184, 186, 188, 189, 191, 193, 466, 476, 478, 484
FERRI Enrico, 370, 484
FLETCHER George P., 117, 324, 484
fonction afflictive (de la peine), 39, 48, 465
fonction cohésive (de la peine), 165, 177, 179, 376, 377, 467
fonction correctrice (de la peine), 196, 391, 419, 435
fonction expressive (de la peine), 121, 123, 126, 127, 128, 129, 132, 134, 135, 138, 139, 141, 146, 147, 148, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 165, 170, 171, 172, 176, 182, 184, 193, 196, 205, 281, 287, 288, 464, 465, 466, 467, 469
fonction idéologique, 32, 392, 466
fonction normative (de la peine), 3, 12, 28, 29, 33, 34, 190, 194, 197, 198, 202, 203, 204, 223, 225, 235, 245, 266, 281, 288, 312, 323, 333, 334, 386, 463, 468, 471, 473
fonction perlocutoire, 242
force illocutoire, 242, 243, 262, 341, 343, 472
forces productives, 409, 426
formalisme, 30, 167
FOUCAULT Michel, 33, 35, 124, 162, 219, 289, 290, 322, 329, 337, 338, 339, 383, 393, 400, 402, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 431, 432, 433, 438, 442, 443, 472, 477, 482, 484, 485, 491, 494, 498, 499, 501, 502
fraude fiscale, 431
FREUD Sigmund, 154, 324, 325, 326, 328, 330, 332, 333, 432, 471, 485, 486

G

GARAPON Antoine, 17, 18, 115, 189, 235, 393, 485
GARLAND David, 101, 123, 124, 125, 126, 128, 130, 149, 150, 153, 155, 161, 164, 173, 193, 291, 294, 297, 313, 314, 316, 318, 323, 410, 483, 485, 486, 492, 493, 494
GARNOT Benoît, 69, 70, 156, 486
GAROFALO Raffaele, 370, 371, 394, 486
généalogie historique, 360, 402, 411, 421
GRAMATICA Filippo, 366, 367, 368, 486
GUILLARME Bertrand, 38, 49, 153, 348, 486
GUSFIELD Joseph R., 145, 146, 486

H

HABER Stéphane, 5, 19, 328, 332, 386, 408, 412, 432, 486, 493, 501
HAMPTON Jean, 153, 305, 314, 487, 494
HARCOURT Bernard, 185, 290, 298, 487, 500

harm principle, 132, 133, 134, 135, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 174, 177, 181, 182, 183, 184, 185, 187, 189, 193, 305, 467
HART Herbert L.A., 24, 32, 77, 87, 91, 92, 105, 107, 112, 123, 135, 136, 137, 138, 160, 166, 167, 168, 170, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 189, 194, 203, 208, 212, 213, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 240, 241, 252, 253, 254, 255, 256, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 273, 274, 279, 280, 282, 285, 286, 297, 298, 299, 302, 303, 304, 305, 306, 308, 310, 324, 348, 349, 350, 357, 365, 366, 369, 392, 467, 469, 477, 478, 479, 480, 483, 486, 487, 488, 490, 491, 493, 495, 496, 497, 499, 502
HEGEL Georg W.F., 20, 21, 22, 30, 347, 484, 488, 490
hérésie, 45
historiographie traditionnelle, 43, 59, 60, 71, 99
HOBBS Thomas, 37, 135, 195
HOLMES J^r Oliver Wendell, 32, 204, 218, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 254, 262, 357, 468, 488
homicide, 45, 88, 90, 156, 167, 237, 358
homme méchant, 254, 265
HONNETH Axel, 19, 20, 21, 22, 30, 135, 488
honneur, 5, 21, 38, 45, 58, 59, 63, 77, 115, 128, 131, 157, 159, 196, 215, 277, 347, 493
HONORE Anthony M., 241, 252, 253, 272, 273, 274, 275, 488
HULSMAN Louk, 109, 366, 386, 395, 396, 397, 398, 488

I

idéologie, 47, 69, 93, 94, 331, 390, 393, 415, 416, 430, 435, 446, 448, 449, 450, 452
impérativisme, 207, 213, 215, 217, 218, 222, 225, 468
impunité, 103, 106, 156, 177, 291, 473
imputabilité, 102, 107, 219, 351, 357, 360, 418, 447
incarcération, 14
incrimination, 30, 44, 47, 51, 52, 62, 72, 97, 98, 100, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 129, 131, 133, 134, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 159, 164, 166, 172, 174, 177, 183, 209, 211, 230, 231, 247, 250, 251, 257, 259, 266, 270, 272, 275, 276, 280, 281, 283, 284, 285, 287, 288, 294, 304, 317, 323, 324, 366, 370, 373, 375, 377, 382, 383, 385, 390, 392, 393, 395, 401, 402, 405, 423, 430, 434, 452, 455, 466, 469, 472
indignation, 12, 21, 39, 68, 103, 117, 121, 123, 125, 128, 153, 158, 159, 165, 169, 176, 186, 197, 205, 287, 288, 334, 351, 464, 465, 467, 473
individualisation, 11, 13, 21, 23, 100, 272, 282, 284, 296, 330, 338, 339, 343, 362, 375, 400, 410, 411, 417, 418, 421, 435, 436, 463, 466, 471, 472, 475, 498

individualisation des peines, 11, 13, 21, 23, 272, 282, 284, 296, 362, 417, 471, 475
individualisme, 19, 136, 375, 434
inégalités, 14
infamie, 121, 125, 126, 128, 129, 130, 150, 154, 155, 161, 191
infliction de souffrances, 43, 49, 52, 54, 58, 63, 64, 67, 70, 71, 74, 75, 86, 87, 120, 122, 123, 126, 150, 153, 158, 160, 162, 166, 190, 193, 295, 312
infraction, 11, 12, 13, 14, 17, 21, 22, 23, 25, 30, 37, 46, 59, 68, 72, 77, 78, 82, 84, 91, 97, 98, 102, 103, 104, 107, 108, 115, 120, 123, 135, 136, 138, 139, 145, 151, 152, 154, 155, 181, 183, 201, 209, 216, 230, 231, 234, 238, 243, 244, 245, 247, 252, 253, 257, 272, 273, 274, 284, 287, 290, 298, 307, 308, 309, 319, 324, 329, 333, 338, 343, 344, 345, 347, 348, 349, 350, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 366, 367, 368, 372, 384, 387, 392, 396, 397, 403, 413, 423, 425, 436, 441, 442, 444, 447, 451, 456, 493
injure, 105, 232
injustice, 17, 18, 19, 20, 22, 33, 69, 112, 117, 118, 154, 155, 156, 171, 270, 273, 274, 290, 323, 330, 333, 346, 478, 489, 497
insécurité, 53, 118, 198, 394, 395, 414
institution carcérale, 320, 400, 414, 419, 425
intérêt général, 49, 78, 104, 125, 127, 129, 131, 139, 158, 178, 185, 187, 188, 189, 190, 281, 388, 423, 444, 445, 452, 461, 467
intériorisation, 26, 173, 201, 228, 312, 324, 327, 328, 338, 391, 417
internement, 296, 420
interprétation, 16, 23, 60, 73, 79, 82, 131, 143, 166, 170, 173, 203, 207, 226, 236, 240, 241, 242, 243, 245, 246, 247, 248, 252, 254, 255, 260, 275, 276, 277, 280, 282, 284, 285, 292, 325, 327, 335, 350, 357, 359, 381, 388, 417, 449, 455, 457, 468, 477, 480, 488, 495, 498, 501
intimidation, 25, 32, 41, 48, 51, 52, 60, 75, 79, 102, 158, 279, 314, 319, 428
inviolabilité, 283, 500
irresponsabilité, 296, 380
ISRAËL Liora, 320, 445, 489

J

JAFFRO Laurent, 5, 97, 489
judiciarisation, 291, 320, 321, 496
jusnaturalisme, 166, 167, 212, 305
juste dû, 101, 112
justice pénale, 12, 14, 15, 16, 17, 22, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 42, 47, 59, 60, 67, 69, 75, 112, 117, 186, 188, 189, 190, 193, 228, 288, 308, 320, 323, 339, 341, 395, 398, 399, 406, 409, 411, 428, 429, 432, 438, 450, 452, 456, 461, 466, 477, 478, 480, 489, 496, 498
justice restaurative, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 30, 395, 398, 399, 480

K

KAMINSKI Dan, 261, 320, 322, 432, 481, 489
KANT Emmanuel, 31, 120, 316, 345, 346, 489, 490
KARSENTI Bruno, 5, 330, 333, 347, 353, 354, 370, 371, 377, 380, 381, 394, 412, 419, 489
KELLY Erin, 66, 67, 68, 69, 70, 110, 111, 138, 164, 228, 229, 259, 260, 286, 306, 363, 364, 478
KELSEN Hans, 32, 34, 41, 73, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 97, 98, 99, 100, 107, 119, 192, 202, 205, 211, 213, 215, 221, 231, 233, 234, 235, 236, 240, 241, 244, 245, 249, 250, 251, 254, 256, 259, 266, 279, 280, 281, 282, 284, 285, 324, 325, 326, 328, 332, 337, 401, 412, 438, 441, 446, 447, 448, 449, 450, 452, 456, 466, 470, 476, 489, 490, 495, 496, 499
KERVEGAN Jean-François, 5, 29, 30, 31, 61, 62, 63, 64, 167, 181, 183, 184, 195, 252, 262, 327, 354, 490, 496, 498
KIRCHHEIMER Otto, 405, 406, 427, 428, 429, 430, 433, 434, 438, 442, 472, 492, 498
KNOX Robert, 439, 457, 490
KOROLITSKI Ulysse, 232, 233, 237, 238, 352, 490
KOSKENNIEMI Martti, 405, 490

L

LASCOUMES Pierre, 431, 491
LAZZERI Christian, 3, 5, 19, 20, 29, 30, 135, 141, 292, 296, 322, 335, 390, 412, 453, 482, 491, 495
législateur, 23, 24, 45, 46, 47, 84, 91, 98, 99, 107, 144, 172, 186, 197, 206, 213, 226, 241, 243, 249, 253, 282, 294, 386
LEGRAND Stéphane, 289, 322, 418, 420, 421, 426, 427, 443, 491
LEIBNIZ Gottfried W., 352, 491
LEVINAS Emmanuel, 301, 302, 491
LEVI-STRAUSS Claude, 257, 491
libéralisme pénal, 133, 134, 136, 164, 179, 184, 185, 186, 188, 189, 193, 306
libéralisme politique, 18, 134, 168, 176, 178, 288, 307, 342
libération conditionnelle, 15, 321, 322
liberté, 11, 12, 22, 24, 29, 47, 48, 49, 54, 63, 67, 77, 79, 86, 89, 92, 108, 122, 127, 132, 134, 135, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 147, 151, 169, 174, 176, 177, 178, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 193, 195, 196, 198, 201, 202, 221, 232, 236, 238, 276, 287, 288, 289, 290, 294, 296, 299, 301, 304, 306, 307, 308, 315, 317, 319, 320, 322, 330, 332, 337, 344, 345, 346, 348, 349, 350, 351, 352, 354, 356, 357, 365, 368, 369, 392, 393, 407, 414, 433, 434, 440, 461, 466, 481, 488, 491, 493, 495, 498
liberté d'expression, 92, 142, 232, 238, 276, 287
liberté de mouvement, 92
liberté individuelle, 24, 67, 122, 139, 141, 143, 176, 184, 188, 190, 193, 198, 202, 276, 288, 289, 294, 304, 306, 308, 348, 351, 356, 365
libre-arbitre, 184, 186, 345, 349, 352, 471

licence, 45, 124

LOMBROSO Cesare, 370, 371, 476, 492

M

MACCORMICK Neil, 108, 124, 191, 325, 492
magistrat, 366
mala prohibita, 46, 86, 103, 143, 144, 287
MARX Karl, 199, 385, 405, 406, 407, 408, 415, 420, 421, 431, 434, 435, 437, 443, 446, 452, 453, 458, 477, 484, 489, 491, 492, 493, 494, 502
marxisme, 405, 408, 415, 416, 420, 421, 426, 427, 437, 438, 440, 442, 446, 448, 451, 452, 457, 491, 495
MATHIESEN Thomas, 125, 154, 395, 493
mauvais traitements, 295
MCSHERRY Bernadette, 392, 393, 493, 496
médiation, 13, 14, 16, 18, 27, 57, 67, 152, 364, 396, 398, 399, 418, 432, 480
menace, 12, 25, 27, 28, 29, 32, 34, 48, 99, 117, 158, 159, 162, 181, 186, 201, 203, 206, 207, 208, 213, 214, 216, 218, 219, 223, 224, 226, 228, 238, 270, 282, 284, 292, 322, 323, 325, 329, 331, 334, 338, 343, 358, 392, 402, 407, 433, 448, 463, 464, 468, 469
MERLE Roger, 115, 197, 493
mesure pédagogique, 447
mesures de sûreté, 25, 100, 366
mesures préventives, 446, 447, 449
meurtre, 32, 45, 156, 157, 230, 236, 237, 258, 263, 275, 277, 278, 290, 385
MIEVILLE China, 446, 493
MILL John Stuart, 132, 133, 134, 143, 174, 186, 356, 477, 493
ministère public, 24, 77, 79, 104
Model Penal Code, 209
mœurs, 22, 29, 32, 47, 60, 61, 120, 144, 166, 168, 169, 170, 174, 176, 180, 203, 211, 216, 220, 248, 251, 256, 258, 260, 275, 281, 283, 307, 316, 333, 345, 346, 351, 376, 434, 439, 444, 450, 451, 454, 461, 464, 483, 489
MONTAIGNE Michel de, 45, 494
MONTESQUIEU, 269
MOORE Michael S., 107, 109, 116, 117, 118, 142, 494
Moosbrugger, 352, 353
morale collective, 128, 131, 133, 194, 281, 287, 362, 376, 380, 463, 468
morale critique, 136, 137, 160, 164, 166, 167, 181, 185, 189, 260
morale individualiste, 431, 435, 451
morale positive, 136, 166, 167, 170, 171, 175, 177, 181, 185, 188, 189, 193, 216, 237, 260, 289
MORRIS Herbert, 33, 154, 297, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 322, 323, 470, 494
MUCCHIELLI Laurent, 264, 494
MURPHY Jeffrie G., 105, 108, 109, 153, 314, 487, 494
MUSIL Robert, 352, 353, 354, 355, 473, 494

N

NAPOLI Paolo, 360, 494
NEOCLEOUS Marc, 199, 291, 479, 494
néo-républicanisme, 138, 288
neutralisation, 34, 148, 234, 282, 294
neutralité axiologique, 94, 134, 282
NIETZSCHE Friedrich, 68, 112, 154, 332, 384, 495
normalisation, 30, 319, 402, 409, 417, 420, 422, 423, 470, 472
normativisme, 82, 87, 98, 249, 355, 446, 457
normativité, 29, 31, 32, 48, 82, 98, 204, 206, 221, 226, 247, 251, 262, 280, 333, 357, 361, 381, 405, 408, 413, 446, 447, 460, 498
norme conditionnelle, 30, 86, 107, 240, 283, 301, 451
normes de sanction, 73, 83, 86, 90, 97, 204, 212, 229, 232, 236, 249, 253, 258, 279, 286, 326, 358, 448
NORRIE Alan, 392, 393, 446, 493, 495, 496
NOZICK Robert, 101, 116, 495

O

obligation, 28, 31, 55, 64, 77, 81, 83, 85, 89, 91, 94, 99, 106, 109, 110, 117, 124, 140, 155, 175, 187, 192, 195, 201, 203, 205, 206, 207, 210, 211, 213, 214, 216, 217, 218, 220, 221, 223, 227, 228, 229, 230, 233, 234, 238, 242, 243, 245, 247, 251, 252, 253, 260, 261, 265, 273, 301, 316, 324, 326, 327, 331, 332, 344, 346, 347, 354, 355, 358, 359, 367, 369, 380, 381, 459
obligation contractuelle, 124
opinion publique, 176, 291, 321
ordre public, 394, 454, 455, 456
OST François, 255, 276, 277, 369, 487, 495

P

pardon, 14, 17, 26, 27, 161, 364, 480
PARIZOT Raphaële, 5, 106, 290, 347, 385, 403, 495
PASUKANIS Evgeny B., 33, 392, 394, 405, 406, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 457, 458, 495
paternalisme pénal, 144, 170, 185, 186, 188, 189, 190, 193, 198, 312, 313
peines automatiques, 23
peines planchers, 14
PETTIT Philipp, 33, 140, 141, 144, 157, 187, 288, 290, 479, 495
peuple, 24, 61, 78, 105, 125, 228, 274, 467
peur, 49, 58, 60, 64, 81, 203, 204, 215, 223, 226, 243, 245, 248, 249, 285, 292, 329, 333, 407
peurs collectives, 291
Philanthropes, 411
philosophie du droit, 30, 31, 167, 237, 347, 455, 484, 488
philosophie pénale, 5, 12, 75, 100, 101, 103, 137, 224, 282, 297, 305, 330, 408, 467, 481
PICAVET Emmanuel, 32, 77, 87, 91, 240, 280, 496
plaider-coupable, 393

plea bargaining, 393

PLOUVIEZ Mélanie, 29, 61, 62, 63, 64, 174, 487, 490, 496, 498
pluralisme, 29, 112, 136, 170, 179, 180, 184, 270, 303, 308, 334, 397, 467
police, 78, 135, 190, 242, 259, 264, 274, 278, 360, 364, 404, 415, 427, 452, 456, 494
politiques sécuritaires, 106, 199, 291
PONCELA Pierrette, 72, 75, 431, 496
positivisme, 31, 32, 34, 48, 56, 57, 58, 85, 86, 93, 166, 167, 181, 183, 184, 185, 192, 194, 203, 204, 207, 208, 212, 214, 225, 232, 233, 235, 250, 252, 264, 280, 285, 286, 479, 480, 488, 490, 497
positivisme exclusif, 167
positivisme juridique, 31, 32, 48, 86, 93, 166, 167, 181, 183, 184, 192, 203, 204, 207, 212, 214, 225, 250, 264, 479, 490
positivisme normativiste, 93
POULANTZAS Nicos, 446, 460, 496
poursuites pénales, 13
pouvoir, 13, 14, 25, 27, 28, 29, 30, 35, 46, 55, 56, 57, 59, 60, 61, 66, 68, 75, 83, 100, 106, 114, 116, 125, 127, 128, 129, 130, 132, 139, 141, 156, 160, 164, 175, 183, 186, 188, 195, 203, 210, 213, 214, 218, 219, 220, 223, 225, 226, 227, 228, 232, 234, 243, 245, 248, 254, 261, 263, 266, 267, 275, 277, 278, 286, 289, 291, 294, 303, 308, 312, 316, 320, 322, 326, 330, 333, 335, 337, 339, 341, 342, 354, 355, 356, 357, 360, 363, 368, 375, 387, 388, 389, 390, 400, 402, 404, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 424, 425, 432, 433, 434, 435, 438, 442, 443, 446, 453, 456, 458, 459, 460, 463, 472, 476, 480, 501
pouvoir disciplinaire, 413, 418, 419, 420, 422, 426
préjudice, 11, 13, 15, 16, 17, 21, 25, 31, 42, 45, 48, 51, 78, 132, 134, 143, 151, 152, 154, 181, 183, 184, 187, 219, 265, 287, 289, 290, 301, 309, 346, 348, 349, 396, 397, 441, 444, 447, 465, 467
présomption d'innocence, 24, 46, 100, 305, 307, 364, 404, 481
prévention, 14, 38, 41, 51, 54, 64, 79, 94, 100, 119, 144, 145, 158, 159, 160, 166, 184, 201, 202, 232, 234, 270, 279, 299, 304, 306, 308, 362, 366, 394, 428, 434
principe de légalité, 23, 37, 86, 247, 252, 282, 324, 327, 347, 350, 365, 413
PRINS Adolphe, 366, 496
prison, 87, 91, 101, 202, 299, 300, 318, 320, 321, 322, 337, 358, 395, 400, 409, 413, 414, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 428, 429, 432, 435, 439, 443, 481, 482, 484, 493
procédure civile, 62, 79, 155, 183
procédure inquisitoire, 364
procès équitable, 307, 365, 368
procès pénal, 16, 27, 33, 68, 115, 270, 308, 367, 368, 403, 498
procureur de la République, 78, 393

prohibition, 32, 90, 91, 92, 190, 209, 230, 257, 263, 266, 338, 428
prononcé de la sanction, 298
proportionnalité, 23, 37, 60, 95, 101, 102, 110, 116, 120, 139, 291, 304, 314, 346, 404, 452, 466
punissabilité, 85, 96, 235, 245, 247, 250, 329, 330, 343, 349, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 360, 361
punition de l'innocent, 103, 296, 297, 306, 310, 364, 469
punition domestique, 123
punitions institutionnelles, 298
punitivité, 66, 209, 421

Q

quantum, 14, 53, 78, 95, 99, 107, 110, 111, 120, 131, 147, 172, 225, 242, 266, 272, 284, 304, 333, 345, 350, 363, 369, 375, 414, 440, 441, 444, 467

R

raisons d'arrière-fond, 34, 278, 292
RAMSAY Peter, 392, 393, 394, 496
RAWLS John, 29, 49, 70, 99, 137, 138, 304, 307, 482, 497
RAZ Joseph, 32, 134, 186, 207, 208, 241, 250, 252, 253, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 286, 460, 480, 486, 488, 497, 498
récidive, 13, 14, 15, 25, 319, 409, 422, 428
réconciliation, 16, 17, 26, 27, 294, 363, 399, 480
réformation, 41, 100, 366, 371, 434, 470
réforme pénale, 14, 37, 43, 60, 61, 71, 73, 162, 390, 426
régime des peines, 222, 241, 249, 339, 382, 401, 406, 408, 422, 427, 428, 429, 430, 433, 436, 439, 461, 498
règles déontologiques, 103, 148, 304, 306, 308, 369
règne de la loi, 195, 207, 247, 253, 266, 276, 278, 280, 283, 310, 324, 326, 332, 356, 469
régulation administrative, 146
réhabilitation, 49, 51, 100, 111, 126, 148, 158, 161, 162, 164, 197, 198, 269, 279, 289, 302, 309, 312, 319, 320, 322, 408, 432, 445, 470
remords, 14, 26, 150, 246, 265, 314, 315, 399
RENAULT Emmanuel, 19, 497
répression, 12, 17, 22, 55, 60, 61, 75, 77, 79, 84, 86, 119, 136, 152, 154, 156, 172, 184, 199, 203, 211, 218, 220, 226, 232, 233, 254, 258, 264, 266, 276, 284, 287, 288, 289, 290, 291, 296, 300, 315, 324, 333, 360, 375, 376, 385, 394, 395, 396, 400, 401, 404, 407, 409, 415, 420, 423, 425, 430, 431, 445, 446, 450, 461, 468, 471, 472, 475, 501
respect, 11, 17, 19, 22, 43, 46, 85, 102, 117, 155, 160, 164, 168, 180, 183, 184, 187, 194, 206, 213, 215, 227, 228, 230, 235, 238, 243, 245, 246, 248, 253, 256, 262, 266, 273, 276, 277, 278, 284, 300, 302, 303, 304, 306, 314, 317,

319, 323, 324, 328, 329, 346, 354, 355, 356, 362, 372, 405, 433, 435, 448, 451, 455, 459
respect de la loi, 46, 206, 228, 300, 451
responsabilité, 13, 14, 15, 16, 17, 27, 28, 72, 79, 85, 102, 106, 107, 114, 115, 142, 145, 146, 149, 154, 156, 193, 202, 220, 221, 231, 244, 245, 250, 259, 273, 274, 287, 290, 296, 304, 305, 314, 324, 326, 329, 330, 331, 332, 335, 338, 341, 342, 343, 344, 345, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 357, 358, 359, 360, 362, 363, 365, 367, 368, 369, 377, 378, 379, 380, 381, 384, 385, 403, 437, 444, 445, 447, 448, 450, 453, 459, 463, 464, 470, 471, 472, 484, 495, 496
responsabilité pénale, 35, 72, 102, 106, 338, 343, 344, 347, 348, 351, 352, 358, 362, 377, 378, 381, 384, 385, 403, 471
ressentiment, 12, 34, 55, 66, 68, 112, 115, 117, 118, 123, 124, 125, 128, 130, 131, 138, 147, 148, 150, 153, 158, 163, 164, 165, 171, 181, 190, 192, 193, 196, 197, 202, 205, 287, 294, 312, 318, 355, 373, 378, 380, 402, 464, 465, 467
restauration, 15, 396, 397, 398, 399, 480
rétribution, 24, 25, 29, 34, 48, 64, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 79, 80, 83, 89, 90, 93, 94, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 108, 109, 110, 112, 114, 116, 117, 119, 120, 121, 123, 126, 150, 151, 154, 163, 165, 166, 171, 192, 193, 196, 197, 234, 296, 301, 305, 306, 313, 334, 344, 359, 366, 396, 397, 407, 427, 437, 443, 444, 446, 447, 448, 449, 451, 452, 461, 465, 467, 471, 496
rétributivisme, 37, 50, 74, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 117, 118, 120, 121, 130, 148, 150, 152, 153, 154, 155, 163, 192, 303, 305, 310, 313, 314, 319, 346, 347, 363, 396, 441, 442, 443, 444, 446, 448, 449, 451, 452, 461, 471
risque, 25, 30, 53, 56, 61, 66, 75, 116, 126, 139, 141, 145, 146, 147, 161, 162, 164, 169, 177, 180, 181, 187, 198, 214, 235, 237, 238, 241, 256, 261, 264, 291, 302, 309, 320, 321, 322, 330, 338, 365, 391, 392, 393, 394, 399, 411, 422, 467, 496
ROBINSON Paul H., 209, 324, 498
ROSS Alf, 220, 256, 348, 357, 358, 359, 360, 455, 498
ROUSSEAU Jean-Jacques, 55, 498
RUSCHE Georg, 405, 406, 427, 428, 429, 430, 431, 433, 434, 438, 442, 472, 492, 498

S

SAADA Julie, 5, 27, 498
sacrilège, 45
salarial, 407
SALAS Denis, 17, 189, 364, 394, 485, 498
SALEILLES Raymond, 417, 498
sanctions disciplinaires, 295
santé, 77, 174, 299, 309, 352, 368

scandale, 112, 147, 156, 379
 SCHUR Edwin M., 108, 499
 science du droit, 37, 81, 87, 192, 216, 222, 234, 254, 256, 263, 446, 481, 493
 SEARLE John, 210, 499
 sécurité, 23, 30, 106, 108, 110, 111, 144, 145, 146, 188, 199, 232, 238, 250, 288, 290, 291, 292, 303, 306, 307, 309, 310, 324, 356, 385, 392, 432, 433, 448, 449, 455, 479, 486, 494
 sensibilité collective, 47, 60, 61, 72, 86, 89, 136, 166, 169, 170, 183, 230, 250, 275, 276, 287, 300, 342, 351, 378, 380, 386, 464, 469
 sentence, 15, 23, 101, 106, 109, 110, 125, 127, 150, 174, 202, 304, 333, 346, 366, 379, 383, 386, 451, 467, 471, 472, 498
sentencing, 101
 sentiments vindicatifs, 29, 72, 95, 112, 113, 115, 131, 150, 466
 SIMON Jonathan, 392, 393, 394, 493, 496, 499
 société panoptique, 419, 423, 425, 428
 sociologie, 18, 31, 33, 179, 180, 207, 211, 230, 235, 264, 284, 299, 332, 333, 335, 338, 341, 362, 370, 376, 377, 378, 380, 381, 388, 399, 406, 411, 412, 423, 428, 429, 431, 471, 480, 483, 484, 486, 497, 498, 501, 502
 solidarité sociale, 20, 62, 168, 174, 179, 180, 181, 183, 372, 467, 487
 stop définitionnel, 297, 298, 299, 300, 302, 310
 STRAWSON Peter F., 68, 210, 499, 500
 sujet moral, 21, 151, 310, 345
 Surmoi, 325, 328, 329, 332, 333
 surpénalisation, 103, 106, 473
 surpopulation carcérale, 15
 surveillance, 393
Sweet v. Parsley, 274
 système disciplinaire, 290

T

talion, 89, 98, 110, 120, 346
 taxe, 83, 124, 221, 297
 TAYLOR Charles, 19, 387, 389, 391, 454, 457, 500
 théorie criminologique du conflit, 387
 Théorie critique, 19, 20, 405, 492, 498
 théorie du droit, 31, 32, 34, 86, 87, 91, 93, 98, 119, 194, 197, 202, 203, 206, 213, 214, 216, 220, 222, 223, 226, 231, 233, 240, 250, 261, 335, 399, 442, 457, 477, 501
 théorie économique de la peine, 270, 272, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 294, 433
 théorie pragmatique, 253, 254, 266
 théories communicatives, 130, 157, 158, 160, 161, 162, 163, 171, 193, 315, 467, 468
 théories de la reconnaissance, 18, 19
 théories mixtes de la peine, 198, 303, 305, 310, 470
 thèse de la désintégration, 175
 THOMAS Yan, 37, 125, 154, 160, 174, 183, 195, 283, 284, 328, 395, 442, 443, 491, 493, 500
 tolérance zéro, 290, 291
 TONRY Michael, 101, 501

tort, 14, 17, 18, 21, 25, 43, 45, 46, 48, 57, 65, 72, 77, 79, 95, 97, 103, 104, 105, 107, 113, 117, 120, 122, 124, 132, 133, 135, 140, 141, 144, 147, 148, 150, 151, 154, 183, 184, 187, 188, 189, 190, 192, 244, 270, 301, 303, 311, 313, 314, 315, 316, 317, 320, 331, 348, 350, 374, 376, 396, 397, 398, 441, 444, 451, 463, 464, 465, 470, 473
 tournant rétributiviste, 101
 traitement, 31, 33, 39, 49, 50, 53, 60, 63, 74, 78, 87, 89, 92, 95, 101, 102, 103, 123, 125, 126, 130, 132, 133, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 159, 160, 161, 162, 193, 198, 209, 241, 291, 292, 296, 318, 322, 364, 366, 371, 396, 397, 429, 444, 452, 466, 467, 486
 traitement pénible, 39, 49, 50, 53, 63, 78, 87, 123, 125, 130, 149, 151, 152, 153, 154, 160, 161, 162, 193, 198, 209, 241, 296, 429, 466
 transgression, 84, 86, 92, 96, 140, 147, 190, 202, 204, 205, 209, 210, 212, 226, 234, 235, 238, 246, 260, 263, 264, 283, 284, 292, 300, 301, 325, 329, 331, 334, 345, 381, 385, 423, 425, 437, 441, 455, 459, 468
 travail, 5, 12, 19, 23, 26, 28, 29, 30, 33, 61, 62, 63, 64, 103, 129, 137, 144, 154, 159, 164, 218, 253, 299, 320, 322, 328, 339, 370, 371, 372, 373, 376, 377, 380, 381, 385, 390, 393, 403, 404, 406, 416, 419, 420, 421, 423, 424, 426, 427, 428, 429, 430, 432, 433, 434, 435, 440, 444, 451, 463, 483, 485, 498
 tribunal, 24, 125, 202, 217, 240, 247, 297, 346, 368
 TROPER Michel, 207, 240, 501
 TUTU Desmond, 26, 501

U

utilité sociale, 74, 165, 183, 304, 305, 343, 377, 420, 423, 465, 470, 478

V

vagabondage, 292
 validité du droit, 81, 91, 250, 266, 324, 325, 359
 VAN DE KERCHOVE Michel, 74, 136, 211, 230, 231, 255, 322, 369, 487, 489, 495, 497, 501
vendetta, 64, 80, 451
 vengeance, 42, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 64, 66, 67, 68, 69, 72, 95, 96, 99, 107, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 120, 121, 130, 131, 152, 154, 165, 193, 197, 273, 277, 278, 355, 373, 450, 465, 466
 VERDIER Raymond, 111, 114, 501
 vice, 133, 146, 147, 178, 213, 257, 265, 289, 363, 392
 victime, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 21, 22, 25, 33, 34, 42, 45, 48, 55, 62, 63, 68, 77, 78, 95, 97, 104, 105, 106, 108, 117, 120, 123, 131, 139, 147, 154, 168, 184, 186, 187, 192, 219, 265, 301, 302, 303, 309, 314, 315, 346, 365, 386,

393, 394, 396, 398, 399, 431, 436, 437, 441,
444, 445, 448
VILLEY Michel, 167, 455, 501
vindicatoire, 96, 111, 114, 115, 116, 117, 120, 466,
500, 501
violence, 17, 20, 26, 29, 34, 45, 48, 52, 55, 56, 58,
59, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 70, 78, 104, 105, 106,
109, 112, 113, 114, 115, 116, 120, 132, 149,
157, 160, 162, 163, 164, 180, 196, 234, 287,
297, 299, 302, 357, 390, 404, 414, 416, 425,
429, 435, 458, 472, 477, 481, 490, 496, 498
vol, 46, 94, 177, 242, 250, 289
VON HIRSCH Andreas, 92, 101, 135, 189, 305, 314,
476, 492, 499, 502

W

WACQUANT Loïc, 433, 502
WALZER Michael, 29, 453, 502
WEBER Max, 29, 227, 332, 387, 388, 502
WILLARD Marcel, 458, 502
WOLFENDEN John, 136, 168, 502

X

XIFARAS Mikhail, 431, 502

Table des matières

Remerciements	5
Sommaire	7
Abréviations.....	9
Introduction générale	11
Justice restaurative vs justice répressive	13
La crise du modèle pénal	15
Crimes et torts	17
Justice pénale et reconnaissance	18
Les principes du droit pénal moderne	22
Peut-on s'affranchir de la peine ?	26
La fonction normative de la peine	28
Méthode	30
Plan de la recherche	33
Première partie. Les implications morales de la peine.....	37
CHAPITRE I. LA PART DE LA SOUFFRANCE	41
Section 1. Des peines afflictives	43
1.1. La symétrie du crime et de la peine	44
Diversité des crimes, plasticité de la peine	44
Un mal pour un bien (Bentham)	49
La captation de la souffrance par l'État	53
1.2. L'hypothèse de l'adoucissement des peines	58
Une histoire de la violence légale	58
Peine et modernité (Durkheim).....	61
Violence et justification	65
Conclusion de la section 1	71
Section 2. Une souffrance subjective ?	73
2.1. Les conditions juridiques de la sanction	74
L'impureté de la souffrance	74
La peine est-elle une sanction comme une autre ?.....	77
Une peine sans pathos ?	80
2.2. Faut-il discriminer la peine ?	83

Les normes du punissable (Kelsen)	83
L'objectivité de la souffrance pénale	86
L'antinomie du droit pénal.....	89
Conclusion de la section 2	93
Section 3. La peine comme vengeance	95
3.1. Le crime appelle-t-il à être vengé ?.....	97
Normativisme et rétribution	97
Rétributivisme procédural et substantiel	100
La nature du crime dans le rétributivisme substantiel	103
3.2. Le spectre de la vengeance	107
Incrimination et distribution	107
Le vindicatif et le vindicatoire (Verdier)	111
Désir de vengeance et raisons de punir.....	115
Conclusion du chapitre I.....	118
 CHAPITRE II. LA MARQUE DE L'INFAMIE	 121
Section 1. Sanction et réprobation	123
1.1. L'expressivité de la peine	123
Une fonction discriminante (Feinberg).....	123
Morale traditionnelle et intérêt général.....	127
L'inévitable moralisme de la peine.....	130
1.2. Le <i>harm principle</i> à l'épreuve de la fonction expressive de la peine	134
Les échelles de justification	134
Deux modèles d'incrimination : le libéralisme et le néo-républicanisme	138
Versions restrictive et extensive du <i>harm principle</i>	141
Conclusion de la section 1	146
Section 2. Justification et communication morale	148
2.1. Les vertus communicatives de la peine	149
Les conditions de la justification	149
Une défense rétributiviste de la réprobation	152
Les théories communicatives de la peine.....	157
2.2. Ordre moral et défense de la société	161
Le conservatisme moral de la peine.....	161
Morale positive et morale critique	164
La thèse de la désintégration sociale (Devlin)	168
Conclusion de la section 2	170
Section 3. Punition et délinquance sociale.....	172
3.1. La force de la peine face à la conflictualité sociale	173
La mise en œuvre de la morale par le droit : le débat Hart-Devlin.....	173
Réprimer la permissivité morale.....	176

Droit pénal et pluralisme moral	179
3.2. Libéralisme et censure morale	182
La dépénalisation des conduites immorales (Hart)	182
Le paternalisme pénal	185
Créer du consensus	189
Conclusion de la Première partie	192
Deuxième partie. Interdire et menacer	195
CHAPITRE III. LES NORMES PENALES : INTERDICTION ET SANCTION	201
Section 1. Les raisons d'obéir	204
1.1. Les motifs de l'obéissance	205
Obéissance et obligation	205
L'impérativisme juridique (Austin)	207
Critique du modèle du commandement	212
1.2. Norme et obéissance	216
Le modèle de l'obéissance par consentement	216
La prédiction de la répression (Holmes)	218
Y a-t-il une spécificité des normes pénales ?	222
Conclusion de la section 1	224
Section 2. La signification de l'interdit	226
2.1. Le statut des interdits	226
Le problème de la normativité du droit	226
La règle de reconnaissance (Hart)	229
Devoir et obligation	233
2.2. Interdiction et consentement	236
L'interdiction est-elle un devoir ? (Kelsen)	236
Les effets psychologiques de l'interdiction	239
La conception perlocutoire du devoir	243
Conclusion de la section 2	247
Section 3. Les prétentions du droit pénal	248
3.1. Décrire ou évaluer les interdictions ?	248
Les limites de la théorie des énoncés juridiques	248
La valeur normative de l'interdiction	251
Les présupposés de la science du droit (Kelsen)	254
3.2. De la définition à la perception de l'interdit	257
Norme juridique et norme sociale : une frontière poreuse	257
Aspects et points de vue : les distinctions de Hart	260
Conformité et critique	263

Conclusion du chapitre III	266
CHAPITRE IV. MENACE ET AUTONOMIE	269
Section 1. L'autorité de la peine	272
1.1. L'effet maximal de la peine	272
Règle informative et règle normative (Honoré).....	272
La prétention du droit à être légitime (Raz).....	275
La nature des interdits.....	278
1.2. La peine est-elle un instrument de contrôle comme un autre ?.....	282
L'opacité des normes pénales	282
Un droit de punir dépassionné : la théorie économique de la peine	286
Mérites et limites de la théorie économique de la peine.....	290
Conclusion de la section 1	292
Section 2. Les limites de la peine.....	294
2.1. Justification et définition.....	295
Peine <i>de jure</i> , peine <i>de facto</i>	295
L'invocation du « stop définitionnel » (Hart)	297
Le statut conventionnel de la punition	300
2.2. Une justification compréhensive ? Les théories mixtes de la peine	303
Les théories mixtes de la peine (Hart)	303
Procédure pénale et contraintes secondaires.....	306
La fonction délibérative du procès.....	308
Conclusion de la section 2	310
Section 3. La raison de la punition : éducation morale et intériorisation des normes ...	312
3.1. Éducation morale et paternalisme pénal	313
La théorie paternaliste de la peine (Morris).....	313
La peine comme reconnaissance de l'autonomie personnelle	315
Intrusion et discipline.....	318
3.2. L'intériorisation de la punition	324
Responsabilité et assujettissement (Kelsen et Freud)	324
Sujet de droit, individu punissable.....	326
Soumettre par la faute	330
Conclusion de la Deuxième partie	334
Troisième partie. Les pratiques punitives	337
CHAPITRE V. LA SPHERE DE RESPONSABILITE PENALE	341
Section 1. La responsabilité pénale : entre droit et morale	343
1.1. Responsabilités morale et juridique	343

La responsabilité comme exigence morale	343
La fonction opératoire de la responsabilité juridique	347
Liberté et imputation.....	351
1.2. La critique du réalisme en matière pénale	353
Imputation et personnalité juridique	353
De la « punissabilité » objective à la reconnaissance des droits subjectifs	355
Une conception réaliste de la responsabilité	358
Conclusion de la section 1	361
Section 2. L'attribution de la responsabilité	362
2.1. Libéralisme et défense sociale	363
Le statut architectonique de la responsabilité	363
Deux modèles de procédure pénale : le libéralisme et la « Défense sociale nouvelle » (Ancel).....	365
Le procès de défense sociale.....	367
2.2. La normalité du crime	370
Sociologie du droit et anthropologie criminelle (Durkheim).....	370
Sanction restitutive et sanction répressive	373
La cristallisation de la responsabilité (Fauconnet).....	377
Conclusion de la section 2	382
Section 3. Responsabilité et criminalisation	383
3.1. Les théories de la criminalisation	384
La causalité réciproque des interdits et des peines	384
Criminalisation et criminologie du conflit.....	386
Le tournant critique de la criminologie.....	389
3.2. Une approche critique de la déviance	391
Les stratégies de criminalisation.....	391
Abolitionnisme et critique de l'État répressif	395
Déjudiciariser le traitement des torts ?.....	397
Conclusion du chapitre V.....	399
 CHAPITRE VI. FORMES JURIDIQUES ET PENALITE	 401
Section 1. Pénalité et domination sociale	404
1.1. La pénalité, fonction des rapports économiques.....	404
Logique instrumentale et logique expressive.....	404
Une théorie réductrice de la justice de classe	407
Critique généalogique et critique normative.....	410
1.2. Mérites et limites de la critique généalogique	412
Le pouvoir de la discipline (Foucault)	412
Les corps productifs.....	415
Les deux limites du modèle disciplinaire.....	419

Conclusion de la section 1	421
Section 2. Les limites de l'articulation	423
2.1. L'articulation entre peine et structures sociales.....	424
La productivité matérielle des peines	424
Genèse de l'articulation	426
Extension de l'articulation (Rusche et Kirchheimer).....	429
2.2. Peine et répression étatique.....	431
Une morale pour l'exploitation.....	431
Logique du droit et logique du capital	434
Rétribution pénale et circulation marchande (Pasukanis).....	436
Conclusion de la section 2	439
Section 3. L'indépassable rétribution	441
3.1. Matérialisme et théorie du droit.....	442
Le rétributivisme présupposé (Foucault)	442
Le noyau dur de la peine.....	444
Kelsen contre Pasukanis	447
3.2. Une critique immanente de la justice pénale	450
Une histoire des structures répressives	450
Normes pénales et émancipation	453
Stratégies judiciaires et contraintes de procédure.....	456
Conclusion de la Troisième partie	461
Conclusion générale.....	463
Menace légitime et protection des valeurs.....	463
La peine, entre morale, droit et société	465
Bibliographie	475
Textes juridiques.....	475
Articles et ouvrages.....	476
Index.....	503
Table des matières.....	513

Résumé

Réprimer les crimes, reconnaître les torts. La fonction normative de la peine

La peine est une institution paradoxale des démocraties libérales contemporaines : les excès et les effets de surpénalisation qu'entraînent certaines politiques sécuritaires sont critiqués, mais l'impunité de certains crimes fait scandale et l'on appelle à ce que justice soit faite ; l'abolition de certaines peines (de prison par exemple) ou l'introduction de formes alternatives de régulation (telles les mesures de justice restaurative) sont revendiquées, mais l'on bute sur la difficulté à donner force au droit sans sanctions dissuasives. La présente thèse porte sur les raisons qui font passer l'institution pénale pour indépassable. Elle soutient qu'au-delà de son statut d'instrument afflictif ou de véhicule au ressentiment collectif, la justice pénale est investie d'un troisième rôle, que l'on propose de nommer la fonction normative de la peine. Cette fonction se manifeste à plusieurs égards : l'institution pénale affirme le caractère fondamental de certains interdits et participe à reconnaître les torts subis par les individus, parfois au rebours de la morale dominante ; elle contribue à déplacer les normes sociales et à distinguer les infractions qui importent à l'État et celles qui demeurent invisibles ; elle modèle le contenu et les formes de la conflictualité sociale en mettant en scène les demandes de justice face à l'autorité publique.

L'examen de cette fonction normative et de ses répercussions sur la justification de la peine constitue les deux versants de ce travail. La première partie montre qu'au nom du rôle de reconnaissance des torts et des injustices dont l'institution pénale peut être investie, son emploi peut délibérément accroître la souffrance et l'exclusion sociale des condamnés. La deuxième partie cherche plus fondamentalement à comprendre si et comment l'État peut imposer des repères pratiques et des critères d'évaluation aux individus par la menace, malgré la généralité de la loi et le désaccord qui peut affecter les décisions des tribunaux. La troisième partie évalue les ambiguïtés de l'identification des condamnations à la reconnaissance d'un tort. Indexer la sévérité de la peine à la demande de la victime tout en tenant compte du châtement mérité par le coupable revient à confier à la justice la tâche d'évaluer avec justesse les motifs des différends entre individus et groupes. Le problème est qu'elle le fait dans un cadre défini *a priori* par trois opérations : la qualification des infractions, l'imputation de la responsabilité et l'individualisation de la sentence.

L'enquête conclut que la peine ne se réduit pas à un instrument auxiliaire de dissuasion ou de neutralisation. Elle contribue à trancher les conflits et à transformer la vie morale d'une société, ce qui explique en partie sa résistance face aux arguments de l'abolitionnisme ou de la justice restaurative. Elle demeure néanmoins une institution ambivalente, dont la justification est insatisfaisante : à la fois point d'appui à l'expression des demandes de justice, et, en raison de son caractère étatique, source de déception pour ces mêmes demandes.

Mots-clés

crime – tort – peine – justice – philosophie politique et morale – théorie du droit

Abstract

Repressing Crimes, Recognizing Wrongs. The normative Function of Punishment

Punishment is a paradoxical institution of contemporary democratic societies: the abuses and over-penalisation consequences of security policies are criticized, but the impunity of certain crimes remains scandalous and people urge for justice; the abolition of specific kinds of punishments (for instance prison) or the introduction of alternative forms of regulation (such as practices of restorative justice) are claimed, but the difficulty of enforcing law without deterrent sanctions seems inextricable. This dissertation deals with the reasons why such an institution as criminal justice is considered as unavoidable. It advocates that punishment assumes a third role in society, beyond its use as an afflictive instrument or as a vehicle for collective indignation. I call it the normative function of punishment. This function is manifested through various phenomena: penal institutions affirm the fundamental character of certain prohibitions and take part in recognizing wrongs suffered by individuals, even sometimes against the dominant morality; they help renew social norms and distinguish offenses that matter to the state from those that stay invisible; they shape the content and the forms of social conflictuality by raising demands for justice in front of the public authority.

The study of this normative function and its consequences regarding the justification of punishment form the two sides of this dissertation. In the first part, I claim that in order to recognize wrongs and injustices, criminal justice can deliberately increase the social suffering and the exclusion of those who are punished. In the second part, I try to understand more fundamentally how penal institutions provide direct practical guides and evaluation *criteria* to individuals, despite the generality of legal norms and the disagreement that may affect courts' decisions. In the third and final part, I assess the difficulty to identify criminal conviction with wrongs recognition. If the severity of sentences is indexed to the request of victims, and if judges still intend to limit deserved punishment to one's culpability, criminal justice is entrusted with the task of accurately assessing the reasons of conflicts between individuals or groups. The problem is that it does so within a framework based (*a priori*) on three practices: the legal definition of offenses, the imputation of criminal responsibility and the individualization of sentence.

This work concludes that punishment cannot be defined as a secondary instrument of deterrence or neutralization. Punishment contributes to resolve conflicts and transform societies' moral life, which partly explains its resistance to claims of abolitionism or to restorative justice theory. However, criminal justice remains an ambivalent institution, of which justification is unsatisfactory: it is both a mean to express demands for justice and, as it remains in the hands of the state, a source of disappointment regarding these same demands.

Keywords

crime – wrong – justice – punishment – political and moral philosophy – legal theory