

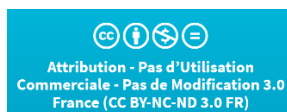


Margaux Coquet

L'abolition du système pénal

COQUET Margaux. *L'abolition du système pénal*, sous la direction de Xavier PIN, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2021.

Disponible sur : <http://www.theses.fr/2021LYSE3049>



Document diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Attribution – Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification** »

Vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N° d'ordre NNT : 2021LYSE3049

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE LYON

opérée au sein de
L'université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale de Droit N° 492

Discipline de doctorat : Droit Privé
Spécialité : Droit pénal et sciences criminelles

Soutenue publiquement le 19/11/2021 à 14h par :

Margaux COQUET

L'abolition du système pénal

Directeur de thèse :

Monsieur Xavier PIN, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Devant le jury composé de :

Madame Julie ALIX,

Professeure à l'Université de Lille, *Rapporteuse*

Monsieur Olivier CAHN,

Professeur à l'Université de Tours, *Rapporteur*

Madame Pascale DEUMIER,

Professeure à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Monsieur Dan KAMINSKI,

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Monsieur Xavier PIN,

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3, *Directeur de thèse*

À ma grand-mère belette

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à M. le Professeur Xavier Pin, pour la confiance qu'il m'a donnée et la liberté qu'il m'a offerte, pour m'avoir laissé le temps d'écrire la thèse que j'avais en tête.

Mes remerciements s'adressent ensuite à Alvaro Pires, Mylène Jaccoud, Gérard, Carmen et Sébastien, pour leurs précieux conseils et pour m'avoir fait me sentir chez moi presque à l'autre bout du monde. Je remercie également Lise et Maria, pour leur aide, leur présence et leur bienveillance, depuis le jour de mon arrivée jusqu'à celui de mon départ. Je remercie aussi Jérôme et Damien de leur accueil, de leurs encouragements, et des beaux projets qu'ils m'ont si tôt confiés. Je remercie enfin Silvia, pour m'avoir laissé finir cet ouvrage avant de me dédier au sien.

Je remercie Amélie, Colin, Maxime, Cécile, Guillaume, Kevin, Bastien, Julie, Marie, Simon, Athénaïs, Inès S., Ségolène A., Claire, Mathilde et Adrien, d'avoir été comme une petite famille pendant toutes ces années, de leur gentillesse, de leurs attentions, de m'avoir fait rire et m'offusquer et de m'avoir laissé parler de mes reportages animaliers.

Je remercie ma vraie famille, d'avoir été là et de ne jamais m'avoir trop fait sentir qu'il était plus que temps de soutenir. Je remercie mes grands-parents de leur amour inconditionnel et d'avoir su pardonner mes silences. Je remercie particulièrement Bertrand, pour avoir su transformer une dernière ligne droite compliquée en un beau moment de complicité, pour en avoir porté le poids avec moi sur toute la distance et, bien sûr, pour ses relectures. Je remercie aussi Virginie, qui elle aussi a tant porté, à ma place cette fois-ci, et sans laquelle je n'aurais simplement pas pu terminer. Je remercie enfin Chris, qui fait maintenant parti de ma tribu, d'avoir sacrifié quelques jours de ses vacances à mes cartons et mon départ.

Je remercie Inès A., de m'avoir autorisé, il y a longtemps, à dormir sur un matelas un peu dégonflé, et de m'avoir depuis partagé son féminisme, son militantisme, et le courage de m'en aller.

Je remercie Samir, d'avoir été mon déclic et d'avoir fait briller sur moi sa lumière quand il faisait un peu sombre. D'avoir été, depuis, l'un des meilleurs arguments en faveur de l'Université, et un précieux ami.

Je remercie Ségo, de m'avoir si bien épaulé, d'avoir mis à mon service ses multiples talents et d'avoir toujours su trouver les bons mots, dans la vie, comme dans mon index.

Je remercie Camille et Françoise, d'avoir été elles-aussi mes irremplaçables, de m'avoir donné les clés – et même l'adresse – pour réussir, pour m'épanouir, et pour m'avoir toujours accompagné de leur sororité. Je les remercie d'être de si belles références, et d'avoir si patiemment trié celles que je leur soumettais.

Je remercie Noémie, mon Noé, d'avoir bien voulu me prêter ses dons d'écriture, d'avoir été un pilier toutes ces années, de m'avoir tant écouté et de m'avoir toujours comprise.

Je remercie Leila, dont l'amitié est ma plus grande fierté, d'être simplement tout pour moi.

Je remercie enfin Émilie dont la force, l'intelligence et l'empathie m'ont guidé tout au long de ce travail et m'ont autorisé, enfin, à l'achever. S'il était possible de te dédier une thèse qui t'appartient déjà, celle-ci serait pour toi.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Reuves

AJ Pénal : Actualité Juridique Pénal

APC : Archives de politique criminelle

OFCE : L'Observatoire français des conjonctures économiques

PUF : Presses universitaires de France

RDPC : Revue de Droit Pénal et de Criminologie

RICPJ : Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique

RPDP : Revue pénitentiaire et de droit pénal

RSC : Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé

Juridictions

Cons. const. : Conseil constitutionnel

Cass. crim. : arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

SOMMAIRE

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	III
SOMMAIRE.....	IV
INTRODUCTION.....	1
PARTIE I. L'EMANCIPATION PAR LA CRITIQUE	11
TITRE 1. LA LIBERTE, FINALITE DE LA CRITIQUE.....	13
CHAPITRE 1. LES INDIVIDUS PRECURSEURS.....	15
CHAPITRE 2. L'HERITAGE REVOLUTIONNAIRE.....	48
TITRE 2. LA LIBERTE, CONDITION DE LA CRITIQUE	101
CHAPITRE 1. NAISSANCE ET CONSOLIDATION DES SAVOIRS MODERNES	103
CHAPITRE 2 : PROGRESSIONS ET RETOURS EN ARRIERE DES SAVOIRS CONTEMPORAINS.....	145
PARTIE 2. L'INNOVATION PAR LA PRATIQUE.....	210
TITRE 1. LE RETOUR AUX SUJETS.....	212
CHAPITRE 1. DIFFUSION DES SYMBOLES	215
CHAPITRE 2. PROFANATION DU SACRE.....	263
TITRE 2. LE DEPASSEMENT DES SYSTEMES	325
CHAPITRE 1. LES IMPASSES REFORMISTES	325
CHAPITRE 2. LA STRATEGIE REVOLUTIONNAIRE	355
CONCLUSION GENERALE	381
BIBLIOGRAPHIE.....	383
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	429
TABLE DES MATIÈRES	437

*Je me sens coupable parce que j'ai l'habitude
C'est la seule chose que je peux faire avec une certaine certitude
C'est rassurant de penser que je suis sûre de ne pas me tromper
Quand il s'agit de la question de ma grande culpabilité*

Lhasa de Sela, *La confession*.

INTRODUCTION

« Il faut que chacun s'attache à détruire en soi-même ces convictions non discutées. Il faut que chacun s'apprenne à échapper à la raideur des habitudes d'esprit formées au contact des expériences familiales. Il faut que chacun détruise plus soigneusement encore que ses phobies, ses "philies", ses complaisances pour les intuitions premières. En résumé, sans vouloir instruire le lecteur, nous serions payés de nos peines, si nous pouvions le convaincre de pratiquer un exercice où nous sommes maître : se moquer de soi-même. Aucun progrès n'est possible dans la connaissance objective sans cette ironie autocritique. »¹

1. Il ne faut pas longtemps aux étudiants en droit pour prendre conscience de l'ambivalence fondatrice du juriste. Il suffit en effet qu'on leur demande, tout à la fois, de commenter une décision en pondérant leurs critiques, de dissenter sans faire de politique, ou d'effectuer un syllogisme sans en questionner les prémisses, pour que ceux-ci réalisent qu'on ne les forme pas à plaider, mais à *appliquer*. Depuis la première année, on apprend ainsi que si le droit n'est qu'un instrument, un outil ou une technique, s'il est au service d'un peuple au nom duquel il est édicté, il lui demeure néanmoins indisponible, souvent hors de portée et surtout *hors d'atteinte*. Le seul coup que le juriste peut lui infliger est celui que le droit a lui-même accepté, celui qu'on lui assène par sa règle supérieure, pourvu que les juges et les conseillers – à qui l'on aura enseigné le même respect de ce qui est imposé – s'autorisent, à leur tour, à lui porter. C'est ainsi que le juriste se dédouble, puisqu'il est aussi une personne humaine, un citoyen, un membre de la collectivité, qui, à ce titre, fonde la légitimité d'un droit qui lui échappe désormais. Plus le juriste le comprend, plus il tente de le posséder, plus il s'y soumet puisque le prix à payer en échange de sa connaissance est celui de son *obéissance*. Confiné alors qu'il détient la clé, le juriste oscille entre résignation et revendication : le seul moyen de dépasser l'ambivalence étant de choisir, *pour de bon*, entre la reproduction du système et son *abolition*.

¹ G. BACHELARD, *La psychanalyse du feu*, Gallimard, Paris, 1985, p. 23.

2. Une première question s'impose alors au juriste : *Pourquoi abolir ?* Pourquoi ne pas se contenter de cette ambivalence, que l'on pourrait aussi simplement qualifier de nuance. Certes, tout n'est pas parfait, ni dans la société, ni dans le droit, ni dans le système pénal, mais la vraie mission du juriste – et du citoyen du reste – n'est-elle pas précisément de distinguer les bonnes règles des mauvaises ? Le système pénal – puisqu'il s'agit de notre objet – ne peut à ce titre se fonder uniquement sur les secondes, sans remettre en question, par la même occasion, le travail déployé par les générations de pénalistes qui ont tenté d'y concilier le respect des libertés individuelles et les impératifs de la vie en société. Si l'une des finalités de cette thèse est précisément de convaincre son lecteur *des dangers et des impasses* d'une pensée qui hésiterait à sortir franchement des cadres qui l'ont vu naître, il est néanmoins possible d'en exposer d'ores et déjà les enjeux à travers la synthèse – non exhaustive – des dangers et des impasses *du système pénal lui-même*.

3. *Le système pénal est destructeur*. L'idée selon laquelle une mise en perspective historique du système de justice criminelle tendrait à prouver la « relative douceur »² des peines d'aujourd'hui semble être communément admise. Délesté de son arsenal punitif cruel et inhumain, le système actuel serait en effet parvenu à trouver un équilibre, si ce n'est parfait, au moins acceptable dans une société démocratique occidentale. Des propositions de cette nature doivent néanmoins être appréciées avec prudence : la notion de sévérité est elle aussi relative, et il serait bien plus utile de la mesurer en termes d'écart – entre les conditions de vie « normales » et celles en situation de peine – que d'indices³. De fait, si la couche de la population la plus susceptible de rentrer en contact avec le système de justice criminelle est la plus défavorisée, les standards de vie ont considérablement augmenté durant les cinquante dernières années en Europe, et ce pour l'ensemble des catégories sociales⁴. Ce qui est loin d'être le cas en prison, où, non seulement la qualité de vie ne s'améliore pas mais tend même à considérablement se dégrader en raison d'un phénomène de surpeuplement largement dénoncé. L'enfermement punitif devient alors lui-même un châtement « barbare et démesuré », voire « anachronique »⁵. Cette relativité ne touche pas seulement aux conséquences de la punition, mais à sa nature même : la peine telle qu'est prévue par la loi, envisagée par la doctrine ou

² J. BERNAT DE CELIS et L. H. C. HULSMAN, « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal », in F. RINGELHEIM (Dir.) *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale*, Bruxelles, Éd. De L'université de Bruxelles, 1984, p. 301.

³ N. CHRISTIE, *Limits to pain: The role of punishment in penal policy*, Columbia University Press, 1981, p. 85.

⁴ L. H. C. HULSMAN, « Réponse à Maurice Cusson », *Déviance et société*, n°4, Vol. 3, 1990, p. 326.

⁵ L. H. C. HULSMAN, « Réponse à Maurice Cusson », *Déviance et société*, n°4, Vol. 3, 1990, p. 326.

prononcée par le juge se distingue nécessairement de celle subjectivement vécue par le condamné. Apprécier le caractère proportionné de la sanction, quelle qu'elle soit, est donc un non-sens. La peine n'existe vraiment que dans l'esprit – et sur le corps – de celui à qui elle est infligée. Les souffrances qui découlent d'une décision de culpabilité, si elles sont subjectives dans leur ampleur, n'en demeure pas moins évidentes dans leur essence. La prison ne se limite pas à la seule entrave à la liberté d'aller et venir, elle ôte à sa victime certains droits essentiels qui sont en principe ceux de la personne humaine, elle « dépersonnalise et désocialise »⁶. Elle s'attaque, par la privation de soleil et d'une alimentation saine, aux corps des prisonniers, mais aussi à leur dignité en niant leur dimension sensuelle et affective. Elle les isole des autres, mais aussi d'eux-mêmes : elle les infantilise, les stigmatise, les aliène. Elle punit le condamné mais aussi sa famille, ses proches, qui se retrouvent privés de l'être qui leur est cher, qu'ils voient peu à peu se désagréger et dont ils doivent assumer l'absence. Si le système pénal est créateur de souffrances pour celui qu'il condamne, il l'est aussi pour ceux qui en sont les acteurs. « La punition est toujours un acte de haine »⁷, elle ne peut donc laisser indifférent celui qui l'inflige. Si l'Homme qui brandit le glaive de la justice n'est qu'un des maillons d'une longue chaîne qui l'éloigne assez de sa victime pour lui ôter tout sentiment de culpabilité – pour le *déresponsabiliser*⁸ – la tâche d'avoir à stigmatiser ses semblables n'en reste pas moins lourde à porter. Le système pénal est fait de violences mécanisées : il est déshumanisé et de ce fait, destructeur. Il est en outre incapable de remplir les fonctions qui lui sont assignées.

4. Le système pénal est inutile. Analyser la capacité du système pénal à accomplir la tâche qui est la sienne implique de s'interroger sur l'effectivité de la sanction pénale. Définie par ses finalités, la sanction pénale est « le processus par lequel le système juridique assure le respect de la règle de droit, dans le double sens de l'affirmation de sa respectabilité et de son respect effectif »⁹. Les peines remplissent donc avant tout – mais pas uniquement – une fonction de *prévention*, c'est-à-dire celle de « freiner, voire d'empêcher l'accomplissement de comportements jugés indésirables »¹⁰. Il s'agit là de sa fonction principale, celle qui aurait justifié son institution¹¹ – *son utilité*. La fonction de prévention nécessite d'être dissociée selon

⁶ J. BERNAT DE CELIS et L. H. C. HULSMAN, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Le Centurion, 1982, p. 65.

⁷ A. NEILL, *Libres enfants de Summerhill*, Paris, Maspero, 1970, p. 460.

⁸ J. BERNAT DE CELIS et L. H. C. HULSMAN, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Le Centurion, 1982, p. 62.

⁹ M. VAN DE KERCHOVE, «Les fonctions de la sanction pénale», *Informations sociales*, n°127, 2005, p. 22.

¹⁰ M. VAN DE KERCHOVE, «Les fonctions de la sanction pénale», *Informations sociales*, n°127, 2005, p. 22.

¹¹ C'est en tout cas la théorie de BECCARIA. C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, traduction par C.Y. Brière, 1822, 432 p.

qu'elle vise la dissuasion de la collectivité – *prévention générale* – ou celle du condamné – *prévention spéciale*. Sans risquer d'empiéter sur les développements qui suivent, il est déjà possible d'annoncer – ou probablement de rappeler – deux évidences : la première est que la fonction de prévention générale *n'a jamais été démontrée*, et que les quelques études d'ampleur qui se sont essayé à la mesurer ont dû se contenter de conclure que « la menace de la peine n'apparaît efficace, en principe, que pour les catégories de personnes pour lesquelles elle n'est pas utile »¹², c'est-à-dire les personnes dont « l'attraction pour la déviance »¹³ est déjà marginale. La seconde est que la fonction de prévention spéciale – aussi appelée fonction de réinsertion – *a cessé de convaincre la doctrine depuis déjà plusieurs années*¹⁴, tant le système, s'il est susceptible de permettre de façon aléatoire la progression de l'individu dont il a la charge, tend bien plus souvent à le « raidir contre l'ordre social dans lequel on voudrait le ramener »¹⁵. L'intervention du système pénal, en plus de manquer ses fonctions principales, est anecdotique – ce qui, compte tenu de ses effets réels, n'est peut-être pas à déplorer. L'absence de concordance entre la masse des affaires relevant de la politique criminelle et celles qui font réellement l'objet d'un traitement pénal s'étudie par le biais du « chiffre noir ». Cet écart cristallise la vision nécessairement partielle et variable que les statistiques officielles peuvent offrir du phénomène criminel. Il est également le révélateur du caractère « rare et exceptionnel »¹⁶ de la criminalisation effective, et donc de la subsidiarité du système pénal.

5. Le système pénal est destructeur et inutile. Voilà comment justifier, en quelques mots, la nécessité de son abolition. Ce sont d'ailleurs ces raisons précises qui ont poussés de nombreux criminologues, pénalistes et militants à se rassembler autour d'un même mouvement : celui de l'abolitionnisme.

6. L'abolitionnisme est un mouvement hétérogène qui se définit moins par ses finalités que par la démarche politique de ses partisans. Il est « le symptôme de la tendance générale chez l'humain d'en finir avec et de lutter contre ces phénomènes ou institutions de nature sociale, politique ou religieuse qui, à une certaine époque, sont considérés comme injustes,

¹² G. KELLENS, *Punir. Pénologie & Droit des sanctions pénales*, Éditions juridiques de l'Université de Liège, 2000, pp. 91-100.

¹³ A. C. BERGHUIS, « La prevention Générale : limites et possibilités », in *Les objectifs de la sanction pénale. En hommage à Lucien Slachmuylder*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 93.

¹⁴ G. CASADAMONT et P. PONCELA, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004, pp. 11-12.

¹⁵ J. BERNAT DE CELIS et L. H. C. HULSMAN, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Le Centurion, 1982, p. 78.

¹⁶ V. L.H.C HULSMAN, "Themes and concepts in an abolitionist approach to criminal justice", online [louxhulsman.org/Publication/], 1997, p. 8.

mauvais ou discriminatoires »¹⁷. Il existe ainsi autant de sources de l'abolitionnisme que de luttes émancipatrices, qu'elles soient liées à d'autres formes d'abolition, comme l'esclavage, la torture et la peine de mort, ou non.

7. L'abolitionnisme pénal, s'il désigne un *corpus théorique* spécifique au sein de cette pluralité, n'en demeure donc pas moins, et avant tout, *une pratique militante* – c'est une des raisons pour lesquelles il est si difficile de le circonscrire. L'ouvrage qui a ouvert la voie à son auto-référencement mêle d'ailleurs à la critique des principes et finalités du droit criminel, les exemples de combats menés en faveur des prisonniers norvégiens, pays d'origine de son auteur, Thomas MATHIESEN¹⁸. Très vite, d'autres criminologues s'associeront au mouvement, chacun conservant néanmoins sa propre vision de l'abolition, de la prison, du pénal ou du carcéral¹⁹. *Abolir la prison* autorise le recours à des processus de diversion, des peines alternatives ou des aménagements. *Abolir la peine* implique la disparition de « toute les formes de sanctions afflictives juridiquement construites comme une réponse impérative à des actes, omissions ou conditions criminalisées »²⁰. *Abolir le carcéral* nécessite de s'attaquer à toutes les formes d'enfermement – préventives et migratoires – ainsi qu'à « l'avènement de la surveillance de masse, faisant du monde entier une prison »²¹. Certains membres fondateurs, à l'instar de Nils CHRISTIE, n'hésitent toutefois pas à afficher expressément leurs doutes quant à la possibilité d'une destruction totale des structures de confinement²², là où d'autres ne tolèrent, au contraire, aucune exception à leur abolition. Ces derniers criminologues, radicaux, sont ceux qui ne proposent pas seulement que soient anéanties certaines institutions pénales, mais *toutes les lois criminelles*, de celles qui incriminent les comportements à celles qui prévoient les modalités

¹⁷ H.T. BIANCHI, « Abolitionism in the Past, Present and Future », in Z. LASOIK, M. PLATEK et I. RZEPLINSKA (Dir.) *Abolitionism in History: On Another Way of Thinking*, Warsaw : Instytut Profilaktyki Społecznej Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego, 1991, p. 9.

¹⁸ T. MATHIESEN, *The politics of abolition*, London, Martin Robertson, 1974.

¹⁹ N. CARRIER et J. PICHE, « Actualité de l'abolitionnisme », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. XII, 2015.

²⁰ N. CARRIER et J. PICHE, « Actualité de l'abolitionnisme », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. XII, 2015.

²¹ N. CARRIER et J. PICHE, « Actualité de l'abolitionnisme », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. XII, 2015.

²² N. CHRISTIE, *L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident*, Éditions Autrement Frontières, 2003, p. 68 : « Personnellement, je pense qu'il y a des limites aux limites. Sans aucune institution pénale, nous devrions expérimenter des solutions alternatives telles que les hôpitaux spécialisés ou autres organisations apparemment indolores mais qui, en réalité, se révéleraient pires que ce qu'offre actuellement la loi pénale. Ma position serait plutôt minimaliste – c'est-à-dire le moins de prisonniers possible – plutôt qu'abolitionniste. ».

d'exécution des peines. C'est le cas de Louk HULSMAN²³, de Ruth MORRIS²⁴ ou de Willem DE HAAN²⁵, pour lesquels l'abolitionnisme pénal est résumé en ces termes :

« L'abolitionnisme [...] se base sur la conviction morale que la vie sociale ne devrait pas et, en fait, ne peut pas être réglée effectivement par la loi pénale et que, pour cette raison, le rôle du système de justice pénale devrait être drastiquement réduit. [...] Cela ne signifie pas nier l'existence de toutes sortes d'évènements malheureux, de troubles ou de conflits plus ou moins graves qui peuvent provoquer souffrance, dommages ou douleur à un degré plus ou moins important. Ces troubles doivent être pris au sérieux, bien sûr, mais pas en tant que "crimes", et de toute façon ils ne devraient pas être traités au moyen de la loi pénale »²⁶.

8. Dans cette dernière hypothèse seulement, il s'agit d'abolir *la totalité du système*. Or, selon le théoricien principal de l'abolition radicale, celui-ci ne recouvre que pour partie seulement le droit pénal en tant qu'ensemble de textes, de doctrines et d'idées. Il doit être complété par l'existence et le fonctionnement d'un certain nombre d'organismes publics « dans leurs relations mutuelles en tant que ces organismes légitiment leurs activités par une référence au droit pénal »²⁷. Au sein de ces organisations, HULSMAN distingue entre celles qui traitent principalement des cas individuels définis comme délinquants – la police, le Ministère public, le juge, le système pénitentiaire – et celles qui ont pour rôle la production de textes légaux et l'administration des autres organismes qui appartiennent au système pénal – le ministère de la Justice et le Parlement. Il rappelle alors que chacun des agents précités bénéficie de prérogatives qui n'entrent pas dans le cadre de l'exercice du droit pénal²⁸. Il est donc tout à fait possible, selon lui, de l'abolir sans priver les individus qui travaillent à son exécution de leur emploi ; ils

²³ L. H. C. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Le centurion, Paris, 1982.

²⁴ R. MORRIS, *Penal abolition, the practical choice*, Canadian Scholars Press, Ottawa, 1998.

²⁵ W. DE HAAN, *The politics of Redress. Crime, punishment and penal abolition*, Unwin Hyman Ltd, London, 1990.

²⁶ W. DE HAAN, « Abolitionism and Crime control : a Contradiction in terms », in K. STENSON et D. COWELL (Dir.), *The politics of Crime Control*, Sage, Londres, pp. 203 et 208.

²⁷ L. H. C. HULSMAN, « Une perspective abolitionniste du système de la justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », in C. DEBUYST (Dir.), *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Paris, Masson, « Médecine et Hygiène », 1981, p. 7.

²⁸ L. H. C. HULSMAN, « Une perspective abolitionniste du système de la justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », in C. DEBUYST (Dir.), *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Paris, Masson, « Médecine et Hygiène », 1981, p. 7 : « Ainsi, la police dirige le trafic, donne des informations et aide occasionnellement les vieilles dames à traverser la rue ».

ont, de toute façon, d'autres fonctions à exercer en dehors du cadre restreint de l'application de ces lois. Quoi qu'il en soit, et de manière plus éclectique, HULSMAN inclut dans sa conceptualisation du système pénal une dimension *psychologique*, qu'il définit comme « le lien spécial entre les activités de justice pénale des organismes ici mentionnés et les *mass-médias* ainsi que de la production d'effet dramatique qui est fondé sur ce lien »²⁹. Il ajoute à cela les diverses représentations du crime et du criminel au sein d'une population déterminée. Cet ajout, quoi que susceptible d'étonner le juriste, se conçoit en réalité très bien si l'on considère, avec HULSMAN, que rares sont les personnes ayant une relation directe avec le système pénal. En dehors de la victime et du mis en cause, le reste de la population serait donc dépendant de l'image relayée par les médias et les diverses œuvres culturelles pour fonder leur opinion de la justice criminelle. Ces représentations sont alors, en un sens, aussi « réelles » que les institutions elles-mêmes.

9. L'abolitionnisme pénal se déploie donc suivant un large spectre, le long duquel on trouve aussi bien les propositions visant à limiter le nombre de détenus, que celles s'attachant à neutraliser jusqu'à nos façons de penser le phénomène criminel. À ces premières variations, s'ajoute un autre facteur de complexité : tous les abolitionnistes n'ont pas le même bagage et il est rare d'ailleurs que la destruction totale ou partielle des structures dénoncées – *la prison, la peine, le carcéral ou le système* – soit envisagée en dehors d'une démarche plus générale de *transformation sociale*. Ainsi, l'abolitionnisme se nourrit-il des luttes contre le colonialisme, l'esclavage, le racisme systémique, contre le capitalisme, la binarité de genre ou le patriarcat³⁰, chaque autrice portant son combat à partir d'un point de vue nécessairement situé et de sa propre sensibilité.

10. L'hétérogénéité de l'abolitionnisme pénal ne doit pas décourager le juriste que ce bref exposé aura peut-être rendu perplexe. Les distorsions qui caractérisent l'abolitionnisme ne sont pas linéaires, elles ne dénaturent ni n'altèrent la pensée originelle puisque celle-ci est *par*

²⁹ L. H. C. HULSMAN, « Une perspective abolitionniste du système de la justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », in C. DEBUYST (Dir.), *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Paris, Masson, « Médecine et Hygiène », 1981, p. 7 : « Ainsi, la police dirige le trafic, donne des informations et aide occasionnellement les vieilles dames à traverser la rue ».

³⁰ V. Notamment R. W. GILMORE, *Golden Gulag: Prisons, Surplus, Crisis and Opposition in Globalizing California*, Berkeley, University of California Press, 2007; A. DAVIS, *Are Prisons Obsolete?*, An open Media Book, 2010 ; A. DAVIS et E. MENDIETA, 2005, *Abolition Democracy: Beyond Empire, Prisons and Torture*, New York, Seven Stories Press, 2005 ; G. RICORDEAU, *Pour elles toutes. Femmes contre la prison*, Lux Luxembourg, 2019.

essence plurielle. La « cohabitation discursive »³¹ fait partie intégrante de la démarche abolitionniste, à l'intérieur même du mouvement comme dans ses propositions d'actions. L'un des piliers fondamentaux autour desquels se déploient les diverses branches de l'abolitionnisme est en effet celui de la *libération* des personnes soumises à la domination du système pénal, qu'il s'agisse de celles qui sont effectivement incarcérées, ou de celles qui se voient déniées le droit de définir les situations criminalisées selon leurs cadres de références, en fonction de leur propre valeurs et expériences – et de leur apporter, ainsi, des solutions *adéquates*. Si la critique de l'inutilité, de l'iniquité, ou de la violence propre au système pénal n'est pas exclusive à l'abolitionnisme, celle de son *hétéronomie* lui est en revanche caractéristique :

« L'hétéronomie des systèmes de droit criminel est la mise en force d'un monisme normatif. La criminalisation impose de l'extérieur la responsabilité individuelle comme norme interprétative, et est (séculièrement) basée sur l'idée que la "personne raisonnable" fictive ne devrait avoir aucun problème à constater un consensus sur les normes et les valeurs mobilisées dans la construction des conduites, des omissions et des conditions "criminelles". De plus, cette même personne ne devrait avoir aucun problème à constater un consensus concernant le caractère impératif de la connexion entre normes de criminalisation et normes de sanction. »³²

11. Il paraît donc assez naturel – et même plutôt rassurant – qu'un mouvement qui repose presque entièrement sur l'émancipation des subjectivités soit lui-même traversé de variations et accepte, sans s'effondrer, une certaine dose de contradiction.

12. À cette *hétérogénéité* finalement *féconde*, s'ajoute un autre facteur de nature à rendre sceptique le juriste tenté de quitter les chemins bien tracés de la reproduction du système pénal pour s'élancer sur celui, escarpé, de son abolition : *l'anachronisme* du mouvement. Thomas MATHIESEN, lui-même persuadé lors de la rédaction de son ouvrage fondateur qu'il verrait de son vivant l'abolition des prisons, constate dès le milieu des années 1980 « une grande désillusion, et même un détournement de l'objectif de l'abolition » parmi les spécialistes des

³¹ N. CARRIER et J. PICHE, « Actualité de l'abolitionnisme », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. XII, 2015.

³² N. CARRIER et J. PICHE, « Actualité de l'abolitionnisme », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. XII, 2015.

sciences sociales, « plus ou moins comme s'il s'agissait d'une blague de jeunesse un peu confuse, limitée à la fin des années 1960, que les personnes sages et d'âges mûrs ne peuvent que difficilement tolérer. »³³. Souvent réduit par les auteurs conservateurs à la « pensée 68 » – c'est-à-dire à « l'ensemble des idéologies véhiculées par les contestataires lors des événements de mai 1968 »³⁴ – l'abolitionnisme paraît en effet appartenir à un autre temps, celui de l'insouciance, du *Flower Power*, des guitares folks et des slogans accrocheurs. Le juriste pourra donc s'autoriser un sourire en pensant avec nostalgie à ces années révolues, mais balayera assez rapidement la possibilité de s'investir rationnellement dans un projet dont l'échec lui semble déjà confirmé. Pourtant, la pensée radicale est encore plus pertinente aujourd'hui qu'elle ne l'était hier, d'une part parce que les appareils répressifs sont en constante expansion – il est donc d'autant plus nécessaire de chercher à les neutraliser –, d'autre part parce que les sociétés humaines ne se sont jamais tenues aussi près de leur point de rupture – il est donc *urgent* de chercher à les transformer. À l'heure où les crises écologique, économique et sociale se multiplient et s'accroissent dans une indifférence politique coupable, il semble en effet particulièrement à propos de s'inquiéter tant *des instruments à disposition des gouvernants* lorsqu'il s'agira pour eux de contenir les révoltes et mouvements de populations que les ruptures à venir ne manqueront pas de déclencher, que des possibilités encore offertes pour *sortir d'un modèle social* qui mène l'humanité à sa perte. Dans un cas comme dans l'autre, il paraît plus que jamais réaliste de réfléchir – et d'exiger – l'impossible : l'abolition des systèmes de pénalité.

13. Une fois démontrées la *nécessité*, l'*hétérogénéité féconde* et l'*urgence* de l'abolitionnisme, il demeure néanmoins un dernier obstacle à la conversion du juriste – qui lui en est peut-être vraiment un – : est-on légitime à revendiquer la révolution des structures lorsqu'on en fait soi-même parti ? Peut-on écrire une thèse sur l'abolition du système pénal sans tomber immédiatement dans l'écueil d'un « radicalisme universitaire de salon »³⁵, qui peine même à tromper celui – ou celle – qui la défend ? « Bien gagner sa vie en dénonçant les institutions mêmes par lesquelles on se nourrit »³⁶, telle est la posture très (in)confortable à laquelle serait condamné le juriste, ou le criminologue, qui voudrait s'essayer à la critique radicale. Tout en se donnant bonne conscience par quelques publications dérangeantes – du

³³ T. MATHIESEN, « The politics of abolition », *Contemporary Crises*, 10, 1986, p. 84.

³⁴ R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, p. 231.

³⁵ N. CARRIER et J. PICHE, « Actualité de l'abolitionnisme », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. XII, 2015.

³⁶ N. CHRISTIE, cité par S. COHEN, *Against criminology*, Transaction Publishers, 2009, p. 10.

moins, si elles sont lues –, mais s'épargnant d'abolir devant sa porte, il pourrait continuer tranquillement de reproduire le système qu'il critique pourtant féroce. L'obstacle n'est pas anecdotique, il cristallise d'ailleurs les tensions entre militants et universitaires, les premiers reprochant aux seconds leur éloignement des luttes matérielles, les seconds alertant les premiers sur les impensées de leurs stratégies concrètes³⁷. L'une des pistes de résolution de ce dilemme se situe dans l'équilibre que pourrait trouver le chercheur entre une activité intellectuelle qui lui procure une « base sécurisante, à partir de laquelle il est possible d'avoir des revenus stables, un emploi sûr et une chance de s'exprimer sur des questions importantes », et une activité militante « essentielle pour promouvoir des changements concrets et la résistance à l'oppression des inégalités structurelles »³⁸. Il serait donc possible de participer utilement à l'abolition du système pénal tout en conservant les avantages d'une position universitaire, pourvu que l'on s'efforce, en parallèle, de s'investir dans des luttes concrètes en dehors desquelles celle-ci ne saurait se réaliser.

14. Nécessaire, hétérogène, fécond et urgent, l'abolitionnisme pénal est un *savoir militant*, « la combinaison d'un scepticisme intellectuel quant à la détermination politique de la matière criminologique avec un engagement explicite en faveur de la justice sociale »³⁹.

Si nous devinons le juriste encore hésitant, c'est sûrement au regard de l'ampleur du questionnement que suscite encore la posture abolitionniste. En effet, si l'abolition est à la fois théorie et activité, *comment penser et faire autrement ?*

En s'émancipant d'abord par la critique (*Partie 1*), afin d'innover par la pratique (*Partie 2*).

³⁷ V. SALEH-HANNAH, *Penal abolition: an ideological and practical adventure against criminal (in)justice and victimization*, Thèse de criminologie, Simon Fraser University, 2000, pp. 54-56.

³⁸ R. MORRIS, citée par V. SALEH-HANNAH, *Penal abolition: an ideological and practical adventure against criminal (in)justice and victimization*, Thèse de criminologie, Simon Fraser University, 2000, p. 56. L'autrice poursuit : « C'est un combat d'essayer de faire les deux parce qu'il n'y a tout simplement pas assez de temps et c'est un monde très compétitif pour aller jusqu'au bout dans les deux sens. Mais, je pense aussi qu'il est extrêmement important [de maintenir ces liens]. Trop souvent, l'activiste n'a aucun lien à la recherche. Ils se contentent de débiter des choses, et trop souvent les universitaires sont achetés sans même le savoir - parce que l'argent vient de sources systémiques. Tant d'universitaires - plus aujourd'hui que lorsque j'allais à l'école - font des suppositions qui sont totalement infondées ou fausses. Lorsque vous vous investissez activement, vous ouvrez vos yeux pour voir ce qui se passe - allez dans les prisons, les tribunaux, regardez ce que fait la police et épongez un peu de sang vous-même - [alors vous commencerez peut-être à comprendre à quel point certaines de ces hypothèses sont fausses]. »

³⁹ R. VAN SWAANINGEN, « Vingt ans de "Déviance et Société" sous l'angle de la criminologie critique », *Déviance et société*, 1997, Vol. 21, n°1, p. 59.

Partie I. L'émancipation par la critique

15. Il n'est pas de liberté plus difficile à conquérir que celle que l'on doit s'arracher à soi-même. Être libre, c'est avant tout être libre de penser le monde et les autres selon des opinions qui nous appartiennent entièrement, et qui, bien que nécessairement influencées par la totalité dans laquelle nous évoluons, ne lui sont pas réductibles. Cette liberté ne se remporte pas à l'issue d'un unique combat contre un ennemi étranger – l'idéologie, le dogmatisme ou l'ignorance. Elle ne résulte pas d'une guerre éclairée, mais d'un conflit latent, d'une lutte contre les tendances à nous contenter d'images idéales de la réalité. Pour s'affranchir, il faut donc accepter de douter, réinterroger, réapprendre nos propres conceptions, jamais acquises et par principe soumises à la *critique*.

La liberté *matérielle* des hommes est alors la *finalité* de la critique : elle est un point d'arrivée à destination duquel le processus réflexif doit nous guider, une nouvelle référence (Titre 1). Mais cette liberté dans l'existence – toujours à reconquérir – nécessite que l'on s'autorise à quitter le nid confortable d'un savoir évident – d'un savoir dominant. La liberté *intellectuelle* devient ainsi la *condition* même de la critique, son préalable (Titre 2).

Titre 1. La liberté, finalité de la critique

16. Conçue comme le « caractère de ce qui existe dans le temps historique »⁴⁰, soit, rétrospectivement, comme un ensemble de facteurs identitaires, l'historicité de l'abolitionnisme donne à voir un vivier de ces références à destination desquelles l'individu désireux de s'émanciper voudrait se diriger. Quel que soit le degré d'influence des œuvres étudiées sur les théories abolitionnistes classiques, elles participent toutes à la généalogie de ce mouvement social au sens Luhmannien de la *pre adaptive advance*⁴¹. À savoir des variations du système principal, qui, sous réserve de leur diffusion « fournissent les préconditions nécessaires à l'émergence d'un système fonctionnellement autonome »⁴², sans pour autant en être une source directe ou indirecte. Ces préconditions ne sont pas des déterminations, elles ne sont pas des premières étapes dont l'aboutissement serait cristallisé par le projet abolitionniste contemporain. Elles permettent au contraire de considérer le savoir – et donc le savoir radical – comme un « champ d'historicité où apparaissent les sciences [...] libre de toute activité constituante, affranchi de toute référence à une origine ou à une téléologie historico-transcendantale, détaché de tout appui sur une subjectivité fondatrice »⁴³.

En d'autres termes, replacer l'abolitionnisme dans un contexte historique fait échec à son rattachement exclusif à quelques personnalités et permet au contraire d'exposer le caractère diffus des *lutttes émancipatrices* auxquelles il invite, sous la plume d'individus précurseurs (Chapitre 1), ou dans de grands mouvements de philosophie et de politique (Chapitre 2).

⁴⁰ Dictionnaire de l'Académie française, 9^e édition, V. « *Historicité* ».

⁴¹ Sur le lien entre mouvement social et théorie de l'évolution des systèmes, v. A. R. PENESCU, *Social Movements and Environmentalism, a Luhmannian view*, Thèse de sociologie, Montréal, 2014.

⁴² O. HULATT, *Aesthetic and artistic autonomy*, Bloomsbury Academic, 2013, p. 226.

⁴³ M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, t.I, Gallimard, 1994, p. 731.

Chapitre 1. Les individus précurseurs

17. La recension exhaustive des œuvres portant critique du système pénal étant vouée à l'échec, une part d'arbitraire dans la sélection des individus présentés paraît inévitable⁴⁴. Les choix opérés résultent néanmoins d'une volonté d'allier diversité géographique et identité abolitionniste afin de constater l'hétérogénéité mais aussi le degré d'élaboration et l'actualité de théories abolitionnistes minimalistes (Section 1) et radicales (Section 2) modernes.

Section 1. Les abolitionnistes modérés

18. Bien que limitant leur critique à celle des effets immédiats du système de justice criminel de leur époque et de leur État et donc réticents à s'aventurer dans une remise en question plus fondamentale des structures de leur société, les abolitionnistes Thomas JEVONS (§1) et John P. ALTGELD (§2) n'en demeurent pas moins surprenants de clairvoyance quant aux échecs indépassables du système pénal et aux limites des projets réformistes.

§1. Thomas JEVONS⁴⁵

« Dans un système qui a été trouvé inadéquat à ses buts à chaque époque, et sous toutes les circonstances, il doit y avoir une erreur radicale. »⁴⁶

19. Thomas JEVONS (1791-1855) est un intellectuel et marchand de fer originaire de Liverpool, particulièrement intéressé aux domaines des sciences sociales et du droit pénal. Il publie son ouvrage en 1834, en hommage à son compatriote et historien William ROSCOE,

⁴⁴ C'est avec regret que nous avons dû renoncer à l'étude approfondie des écrits de Clara WISHMANN, dont les idées sont, pour René VAN SWAANINGEN, très proches de celles de l'abolitionnisme contemporain, mais dont les œuvres ne sont, à notre connaissance, pas traduites en dehors du néerlandais. V. R. VAN SWAANINGEN, "Reclaiming Critical Criminology: Social Justice and the European Tradition." *Theoretical Criminology*, vol. 3, no. 1, Feb. 1999, pp. 5–28. V. En France, l'ouvrage célèbre de Edouard DESPREZ peut sans aucun doute être cité comme précurseur, quoi que nous lui ayons préféré l'étude de celui d'Émile DE GIRARDIN plus proche de la pensée abolitionniste contemporaine : E. DESPREZ, *De l'abolition de l'emprisonnement*, Librairie de E. Dentu, 1868.

⁴⁵ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, 111p.

⁴⁶ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 2.

auteur en 1819 des *Observations on penal jurisprudence and the reformation of criminals*⁴⁷ et dont le combat en faveur de l'abolition de l'esclavage a profondément marqué JEVONS. Alors que son fils, logicien et économiste, est entré dans la postérité comme père fondateur de la théorie de l'utilité marginale⁴⁸, JEVONS comme son ouvrage pionnier demeurent largement méconnus des recensions doctrinales traditionnelles⁴⁹. Pourtant, sa critique de l'inadéquation de la pénalité à ses fonctions (§1) et sa volonté de la remplacer par un exil au sein d'une autre communauté (§2) témoignent de l'originalité de sa pensée.

A. L'inadéquation de la pénalité

20. La critique sur laquelle s'appuie Thomas JEVONS est avant tout celle d'une disparité profonde entre les fonctions et principes théoriques du système pénal et ses conséquences concrètes sur les personnes qui transitent par lui. L'auteur identifie dans un premier temps trois types de peines « retributive, exemplaire et corrective »⁵⁰. La peine rétributive impose, en contrepartie d'un certain degré de culpabilité, un certain degré de douleur ; la peine exemplaire consiste en la démonstration de l'infliction d'une douleur dans le but de dissuader de la commission d'un crime ; la peine corrective enfin, entend réformer la conduite morale du condamné. Susceptibles de revêtir la même forme, ces différentes peines peuvent pourtant avoir des effets variés sur leur récipiendaire, lesquels ne peuvent être anticipés au moment du procès ou de la condamnation et risquent donc de se manifester au cours de l'exécution de la sentence, ou même lors du retour de l'individu dans la société. Imprévisibles dans leurs effets, les peines d'emprisonnement n'interdisent pas qu'à sa libération le condamné poursuive sa trajectoire criminelle. Elles peuvent même indirectement l'y encourager. L'auteur s'étonne en effet que « Dans le but de préparer un individu à reprendre sa place et sa conduite avec décence, *au sein de la société*, ce système le place entièrement à l'*extérieur* de celui-ci »⁵¹, le privant ainsi de

⁴⁷ W. ROSCOE, *Observations on penal jurisprudence, and the reformation of criminals. With an appendix; containing the latest reports of the state-prisons or penitentiaries of Philadelphia, New-York, and Massachusetts; and other documents*, London, Printed for T. Cadell and W. Davies, 1819.

⁴⁸ W. S. JEVONS, "Brief Account of a General Mathematical Theory of Political Economy", *Journal of the Royal Statistical Society*, London, XXIX (June 1866), pp. 282-287.

⁴⁹ Il nous semble que le seul auteur ayant publié un (bref) commentaire de l'ouvrage de JEVONS soit John. Stuart MILL, lors de la parution de l'ouvrage et à l'occasion d'une chronique mensuelle du *Monthly Repository*. J. S. MILL, *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXI - Essays on Equality, Law, and Education (Subjection of Women)*, ed. John M. Robson, Toronto: University of Toronto Press, 1984, pp. 77-80.

⁵⁰ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 6: "retributive, exemplary and corrective".

⁵¹ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 12.

l'opportunité d'apprendre à se réguler en fonction de l'autre. Sujet à une discipline constante⁵², sans possibilité de se recueillir lorsque l'encellulement n'est pas individuel, et sans moyen de s'assurer de sa réforme lorsqu'il est totalement isolé, le condamné renonce à une part du libre-arbitre nécessaire à sa réinsertion. Le fait d'imposer une souffrance à un individu pour en obtenir la réhabilitation est par ailleurs contesté par l'auteur, celle-ci n'étant pas la conséquence naturelle de la douleur, les deux termes étant même « incompatibles dans l'abstrait »⁵³. L'effet invariable de l'infliction d'une peine est au contraire la douleur, laquelle est un obstacle indépassable à la réforme des condamnés.

21. En sus des théories de la peine, les lois pénales sont également confrontées à l'examen de leur contradiction, faute pour elles de résister à la pratique lorsque le juge choisit de les adoucir par clémence ou au contraire de durcir la répression en prenant en compte le passé pénal du criminel alors même que les lois fondamentales d'Angleterre interdisent de condamner deux fois le même acte⁵⁴.

22. D'autre part, et en dehors des tensions internes au droit pénal, JEVONS dénonce la rationalité au fondement même du système :

« Quel est le principe prédominant qui lie la société en un tout ? Ou quel est l'objet principal de toute société civile ? Cela doit être qu'elle doit produire des bénéfices égaux aux plus méchants et aux plus exaltés de ses membres ; à ceux dont les circonstances les forcent, dans une certaine proportion, à la commission d'un crime et à ceux qui peuvent mourir sans avoir connu la pauvreté, ou aucune autre tentation pareillement justifiable. Aucun autre principe ne devrait être adopté au fondement d'un code criminel. »⁵⁵

⁵² Particulièrement dans le cadre du modèle de panoptique imaginé par les frères BENTHAM et vivement critiqué par l'auteur. T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 13.

⁵³ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 73.

⁵⁴ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 9.

⁵⁵ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 18.

Pour l'auteur en effet, la seule finalité de l'union politique est la protection et toute restriction du comportement de ses membres fondée sur une autre cause que celle-ci ne peut être qu'une atteinte aux droits naturels de l'Homme. Or, la punition de la culpabilité n'entre pas dans la prérogative précitée, d'autant que celle-ci, faute de pouvoir être correctement estimée, ne saurait trouver d'équitable rétribution⁵⁶. Le raisonnement permettant de lier la gravité du délit au résultat matériel causé est également fallacieux, puisque, pour l'auteur, non seulement celui-ci ne permet pas d'annihiler la disparité entre ce que mérite vraiment l'individu et ce qu'il est supposé mériter, mais il crée une autre discordance entre atteinte réelle et supposée à la société⁵⁷. L'affirmation du devoir de protection de la société n'implique pas pour autant que toute mesure puisse être prise pour parvenir à ce résultat, l'auteur étant d'ailleurs fermement opposé à la peine de mort⁵⁸. S'exprimant sur le principe de dissuasion, JEVONS déclare en outre que « le fait de punir un homme, pour qu'un autre inconnu puisse être dissuadé de la commission d'un crime, est une pratique inéquitable, et ne peut être justifiée quand bien même ses conséquences, [...] seraient bénéfiques à grande échelle, et susceptibles d'être calculées avec certitude »⁵⁹. Cette incursion du « juste » dans un discours autrement articulé autour de l'inefficacité du système pénal est critiqué par l'utilitariste John S. MILL qui dans une recension de l'ouvrage de JEVONS, dénonce l'hypocrisie consistant à distinguer le droit de punir du droit de légitime défense de la société⁶⁰. Si la remarque de MILL n'est pas dénuée de fondement, la politique de JEVONS implique néanmoins une remise en question fondamentale de la pénalité, puisque prenant appui non seulement sur l'incapacité du système pénal à remplir les fonctions qu'il s'est lui-même assigné, mais également sur l'injustice qui leur est inhérente. Le crime, s'il n'est pas nié dans son essence, est toutefois principalement considéré comme le produit de la misère et doit donc être traité par le biais de réformes économiques et sociales⁶¹ et par le

⁵⁶ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 22.

⁵⁷ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 68.

⁵⁸ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 84.

⁵⁹ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 72.

⁶⁰ J. S. MILL, *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXI - Essays on Equality, Law, and Education (Subjection of Women)*, ed. John M. Robson, Toronto: University of Toronto Press, 1984, p. 78-79 : « Nous pouvons ajouter que si les principes énoncés par notre auteur constituent une objection valable aux notions existantes de la punition, ils s'appliquent avec exactement la même force à son propre système de bannissement à un endroit particulier, si ce qu'il reconnaît être "le principe fondamental qui devrait gouverner le gouvernement" justifie l'infliction du plus petit atome de douleur aux délinquants, il justifie l'infliction de toute quantité nécessaire à la fin, à moins que cette quantité ne l'emporte sur tous les avantages dont la sécurité de la personne ou de la propriété est la cause. »

⁶¹ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 90.

renforcement d'une police communautaire, élue par le peuple et composé de personnes issues de classes défavorisées pour revaloriser les citoyens les plus exclus du corps social. Le criminel est un individu égaré, dont il faut certes protéger la société lorsque cela est nécessaire, mais qu'il convient de réformer et non de punir.

B. L'exil communautaire

23. Puisque les vices dénoncés par JEVONS sont considérés comme inhérents à la pratique punitive, « aucune réforme ou altération des systèmes actuellement à l'usage ne peut prévenir les maux voués à découler de l'adhésion au principe sur lequel ces systèmes sont fondés »⁶². La logique abolitionniste est ici clairement apparente, quoi que ne s'appliquant qu'à la question de la peine, et non à celle de l'incrimination. En effet, bien qu'ayant critiqué la hiérarchisation des infractions en fonction de l'atteinte à la société, l'auteur ne paraît pas remettre en cause la légitimité de la loi à délimiter les comportements qui mettent à danger la protection des personnes et des biens⁶³. Le système qu'il propose témoigne toutefois de son désir de se concentrer sur le rapport de l'individu à la société comme sujet, plus que sur son acte comme objet. Lors de procès original, en plus des autres charges, le jury doit ainsi se prononcer sur le point de savoir si l'individu comparaissant peut être réintégré à la société sans danger pour elle. Le choix du jury est alors discrétionnaire, et un verdict de non culpabilité peut être rendu indépendamment des preuves recueillies si la réponse à cette question est positive⁶⁴. En cela, notamment, la pensée de l'auteur est à rapprocher de celle de l'italien Filippo GRAMATICA, théoricien de la défense sociale, sans pour autant que JEVONS aille jusqu'à fonder son alternative sur un concept aussi ambivalent que celui d'antisocialité⁶⁵.

24. L'idée prédominante est toutefois bien celle de la neutralisation temporaire du criminel par un exil contraint et devant lui permettre de se réhabiliter. À cette fin, l'État doit désigner certaines parties du territoire pour que puissent s'y établir les communautés de criminels, lesquels y pourront alors jouir de l'ensemble de leurs droits citoyens tout en restant

⁶² T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p.66.

⁶³ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 23

⁶⁴ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 60.

⁶⁵ F. GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1963 ; F. GRAMATICA, « La notion de responsabilité dans le système de défense sociale », traduit de l'italien par A. de Carvalhã, *R.S.C.* 1975, p. 109-122. V. *Infra* n°142.

à l'écart du corps général. L'institution de ce « gouvernement de criminel » est appelée *Reformatory*⁶⁶, terme équivalent à celui de maison de redressement. Elle se présente sous la forme de rectangles concentriques, dont le plus excentré est réservé aux primodélinquants, le deuxième aux récidivistes, et le troisième à ceux bannis du deuxième ou ayant déjà récidivé deux fois – le seul au sein duquel l'emprisonnement est toléré. Pour éviter qu'elles soient stigmatisées, les personnes exilées sont appelées *Wardships*⁶⁷, pupilles. Au sein de ces établissements, les échanges avec le corps social doivent être fréquents pour encourager la réinsertion des pupilles, et pour qu'il soit possible de mesurer leur évolution. Ces derniers peuvent d'ailleurs être rejoints par leur famille et sont payés un salaire normal pour le travail accompli au sein de l'établissement. Une juridiction spécifique devra se réunir régulièrement pour juger de la capacité des membres à réintégrer la société mais également pour juger les éventuelles infractions commises à l'intérieur du *Reformatory*. Sa composition est mixte. Présidée par le *Governor general*⁶⁸, officier désigné par la Couronne et susceptible d'être destitué par la chambre des communs, elle fait intervenir non seulement des magistrats professionnels mais aussi les intendants dont la tâche quotidienne est de tenir le registre de pointage des pupilles ainsi qu'un jury convoqué parmi les exilés eux-mêmes. La participation des pupilles doit amener « les objets du droit pénal dans un cas, à en être les administrateurs dans l'autre, ce qui ne manquerait pas de les convaincre de l'équité et de la justice de leur propre condamnation, et les réconcilier grandement avec les devoirs qu'elle implique »⁶⁹. Parce qu'ils sont jugés par leurs pairs, et parce qu'ils se voient confier cette tâche, les exilés connaissent tour à tour les sentiments d'honneur et de honte, propres à la nature humaine et dont le rôle fondamental dans la réduction de la criminalité est affirmé par JEVONS. Le recours à l'exil comme refuge et parade à la peine, s'il est directement inspiré des lois porciennes qui généralisèrent sous l'Empire romain le *jus exilandi*, fonde également l'alternative proposée par l'une des grandes figures abolitionnistes contemporaines, Herman BIANCHI⁷⁰.

⁶⁶ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 29.

⁶⁷ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 32.

⁶⁸ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 40.

⁶⁹ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, pp. 35-36.

⁷⁰ H. BIANCHI, *Justice as sanctuary: towards a new system of crime control*, Bloomington: Indiana University Press, 1994.

25. Si, comme a pu le faire remarquer MILL, le nouveau système proposé par JEVONS aboutit de fait à remplacer une peine par une autre, quoi que plus douce⁷¹ – celle de l’exclusion – la démarche de rupture n’en demeure pas moins notable, et la rationalité qui alimente sa proposition drastiquement différente, tant de celle de l’époque que de celle d’aujourd’hui. En filigrane surtout, on devine le respect profond de l’auteur pour la différence et la diversité, attitude fondatrice du mouvement abolitionniste⁷². Celui-ci célèbre en effet la diversité d’opinions, tant politiques que religieuses, comme nécessaire pour permettre à l’Homme « d’obtenir le peu de vérité qu’il lui est permis de découvrir »⁷³. En cela, et par sa volonté d’éviter des souffrances inutiles à des individus qui ne sont à contraindre qu’autant qu’ils causent un danger imminent à la société, JEVONS peut sans conteste être considéré comme l’une des premières « mutations » abolitionnistes.

26. Il en est de même pour le second abolitionniste minimaliste, John. P. ALTGELD, par ailleurs particulièrement sensible au fonctionnement inégalitaire et violent du système pénal américain.

§2. *John. P. Altgeld*⁷⁴

« En bref, notre machinerie pénale semble recruter ses victimes parmi ceux qui mènent un combat inégal dans la lutte pour l’existence. »⁷⁵

27. John. P. ALTGELD (1847-1902) est un homme politique américain, démocrate et progressiste. Élu aux fonctions de gouverneur de l’Illinois en 1893, il entre dans la postérité après avoir gracié trois anarchistes condamnés suite aux attentats de Haymarket Square en 1886. Si deux ouvrages biographiques ont été publiés à son sujet⁷⁶, sa posture critique à l’égard de la politique criminelle de son pays est méconnue. Pourtant, son analyse minutieuse et

⁷¹ J. S. MILL, *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXI - Essays on Equality, Law, and Education (Subjection of Women)*, ed. John M. Robson, Toronto: University of Toronto Press, 1984, p.79.

⁷² V. *Infra* n°390.

⁷³ T. JEVONS, *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, p. 101: “To elicit what little of truth it is permitted to him to discover”.

⁷⁴ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886. Suite au succès rencontré par la première parution de l’ouvrage en 1884, l’auteur en propose une réédition à l’identique deux ans plus tard dans le but d’élargir sa diffusion.

⁷⁵ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 21.

⁷⁶ H. BARNARD, *Eagle Forgotten, the Life of John Peter Altgeld*. Indianapolis, IN : Bobbs-Merrill, 1938 ; H. FAST, *The American: A Middle Western Legend*. New York: Duell, Sloan And Pearce, 1946.

documentée d'un système présenté comme intrinsèquement inégalitaire, reproduisant et aggravant les conditions de la misère et dont les « clients » sont en réalité des victimes (§1), ainsi que sa conviction profonde en la possibilité d'une justice apaisée (§2) le placent parmi les précurseurs les plus engagés du mouvement abolitionniste contemporain.

A. L'iniquité du système pénal

28. L'ouvrage d'ALTGELD se veut une synthèse de divers témoignages, rapports ou statistiques qui lui permettent de déduire, outre l'inadaptation du système pénal américain, sa malignité. Le premier temps de sa critique – et le plus novateur – repose sur l'analyse des populations les plus susceptibles de se voir sanctionner pénalement. Plus que de se contenter d'affirmer que le crime est le produit de la misère, il entend démontrer que les personnes les plus vulnérables socialement – « les pauvres, les infortunés, les jeunes et négligés ; ceux qui sont faibles, et, dans une grande proportion, victimes de leur environnement défavorable »⁷⁷, font l'objet d'une répression accrue. Ce traitement différencié résulte en partie de la délimitation même des comportements incriminés, comme le vol simple, et ne peut donc être imputé aux acteurs du système mais bien aux lois même qu'ils sont obligés d'appliquer, et qu'il conviendrait donc de changer⁷⁸. Celles-ci sont d'autant plus injustes que les principes mêmes de libre arbitre et de responsabilité personnelle sur lesquels elles reposent sont débattus par l'auteur, pour lequel « nous n'avons que récemment commencé à reconnaître le fait que chaque homme est ce que son hérédité et son environnement primordial ont fait de lui, et la loi de la cause et de l'effet s'applique ici, comme elle s'applique dans la nature »⁷⁹. L'appareil procédural du système pénal aggrave par ailleurs cette iniquité puisqu'il ne permet pas de prendre en compte les circonstances propres au prévenu. Décrit comme « formel, de fer lié et superficiel »⁸⁰, il laisse peu de marge de manœuvre à ses acteurs. De la même façon, en affirmant traiter toutes les infractions et tous leurs auteurs selon les mêmes processus, il renforce en réalité les inégalités divisant le corps social. La critique d'ALTGELD est à replacer dans le contexte juridique américain où les sanctions économiques jouent un rôle prépondérant et se déclinent sous de multiples formes. L'auteur dénonce ainsi le système de caution (*bail*) censé garantir la présence du prévenu à l'audience finale et qui creuse en réalité le fossé entre

⁷⁷ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 21.

⁷⁸ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 69.

⁷⁹ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 21-22.

⁸⁰ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 60.

ceux qui peuvent régler la somme fixée par le juge, ceux qui doivent faire appel à une agence spécialisée dans la garantie de cautions judiciaires (*bail bondsman*) et ne récupèrent donc pas l'intégralité de la somme versée, et ceux qui, faute de garanties de représentation suffisantes, attendent leur procès en détention. Il évoque également le recours abusif aux amendes (*fines*) et autres frais de justice (*fees*), piliers sur lesquels reposent l'économie du système judiciaire américain et qui aboutissent en pratique à pénaliser davantage ceux qui sont déjà dans une situation précaire, et qui, ne pouvant s'acquitter de leur dette, sont incarcérés. De ces deux exemples, ALTGELD déduit que le système pénal qu'il étudie « *écrase* ceux qui sont déjà à terre ; pendant que les criminels astucieux – particulièrement s'ils sont riches – sont traités avec douceur »⁸¹. Il dénonce l'hypocrisie du législateur : « *alors que la loi interdit d'une main le vice, elle empêche les revenus du vice avec l'autre* »⁸². Le processus pris dans son ensemble aboutit alors à perpétuer le cycle de la misère⁸³, l'aggrave même, et façonne ainsi de nouveaux criminels « un peu plus vicieux et désespérés »⁸⁴.

29. Le second temps de l'ouvrage d'ALTGELD est consacré à une réflexion sur le fondement du droit de punir étatique, lequel ne saurait découler – comme pour JEVONS – que du strict impératif de protection de la société. La peine dont on ne peut démontrer qu'elle remplit effectivement cette finalité n'est « rien de moins qu'une atteinte délibérée, exercée par le puissant sur le faible, et tient donc, dans son expression la plus forte, de la lâcheté »⁸⁵. La fonction rattachée à cette finalité est celle de prévention spéciale, et sa forme doit être prescrite en considération des besoins particuliers de l'auteur, qu'il s'agisse d'un traitement ou d'une punition au sens strict⁸⁶. Dans cette perspective, ALTGELD dénonce vivement le recours à l'emprisonnement, qu'il juge inapte à produire le résultat désiré : « Nous avons déjà entretenu trop longtemps la pratique consistant à peupler nos prisons de ceux qui n'ont rien à y faire, et en conséquence nous constatons que les prisons n'inspirent plus de terreur à ceux qui devraient

⁸¹ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 48.

⁸² J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 59.

⁸³ Notons que le recours aux sanctions économiques dénoncé par ALTGELD s'est depuis aggravé et l'extension du domaine des « obligations financières de la justice criminelles » (*criminal justice financial obligations* ou « *CJFOs* ») est aujourd'hui accusé de participer au maintien à l'écart de la société des populations les plus vulnérables dans le but d'alimenter l'économie liée à son fonctionnement. V. les rapports *Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights on his mission to the United States of America*, Human rights council, United Nations, General Assembly, 2018, pp. 12-14 et *Investigation of the Ferguson police Department*, United States Department of Justice Civil Rights Division, 2015; Pour une approche détaillée de la question V. MARTIN, SYKES, SHANNON, *et al.*, *Monetary sanctions: Legal financial obligations in US systems of justice.*, Houston: John and Laura Arnold Foundation, 2017.

⁸⁴ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 140.

⁸⁵ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 49.

⁸⁶ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 50.

y être »⁸⁷. Le maintien en détention aurait par ailleurs d'autres vices, dont ceux de créer chez le condamné une défiance à l'encontre de la société ou au contraire de le briser complètement, menant dans les deux cas à l'inexorable aggravation de leurs tendances criminelles⁸⁸. Et si par exception, l'individu devait sortir de prison réformé, le stigmate apposé par sa condamnation l'empêcherait certainement de retrouver un emploi, ou une vie sociale épanouie, le poussant là encore à la récidive⁸⁹. Dépassant la seule question carcérale, ALTGELD insiste sur la nécessité de traiter les condamnés avec bonté, et énonce ce qui constitue le fondement de sa pensée : « Il n'y a pas de plus grande erreur dans toute l'étendue de la discipline pénale que l'imposition étudiée de la dégradation comme partie intégrante de la peine »⁹⁰. Pour l'auteur, la justice devrait être « calme » et « bénéfique »⁹¹, et simplement tendre à l'éducation de bons citoyens.

30. En dernière intention, ALTGELD déresponsabilise explicitement les acteurs du système pénal, qu'ils soient juges ou policiers, énonçant comme seul coupable de la situation déplorable qu'il décrit le système pénal lui-même ; soit que celui-ci impose aux magistrats les décisions qu'ils prennent⁹², soit qu'il pousse les officiers de la loi à se comporter en maîtres, là où ils devraient être des protecteurs et amis⁹³. Il affirme ainsi sa posture abolitionniste et amorce le développement de l'alternative qu'il propose.

B. L'apaisement de la justice

31. L'une des premières propositions d'ALTGELD concerne la mise en place d'une police de quartier, chargée de veiller à ce que les personnes marginalisées reçoivent l'aide dont elles ont besoin afin de prévenir les premières infractions ou encourager la réinsertion des contrevenants⁹⁴. Les officiers communautaires, ayant l'avantage de bien connaître la population de leur district, bénéficient alors d'une certaine marge de manœuvre dans la décision

⁸⁷ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 57.

⁸⁸ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 32.

⁸⁹ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 106.

⁹⁰ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 43.

⁹¹ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 46.

⁹² J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 60.

⁹³ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 33.

Plus loin dans l'ouvrage, l'auteur compare les policiers aux enseignants, et déplore le fait que la qualité des premiers soient appréhendées en fonction du nombre d'arrestation, comme on a pu autrefois évaluer la valeur des seconds au nombre de coups de fouet que les élèves recevaient. Selon ce dernier, en confondant arrestation et protection sociale, l'on interdit la création d'un lien de confiance entre la population et le corps policier, lien que l'on sait pourtant depuis bien plus productif dans le domaine de l'éducation. J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, pp. 148-149

⁹⁴ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 70.

d'arrestation. Ils peuvent, s'ils estiment cela suffisant et dans le cadre d'un premier passage à l'acte, se contenter de prendre note de l'infraction et proposer à son auteur une assistance individualisée, comme un relogement ou l'aide à la recherche d'un emploi. Pour l'auteur, « ce type de traitement des primo-délinquants aurait tous les avantages que l'on peut obtenir de la peur de la loi, et aucun des effets dégradants ou endurecissants qui produisent l'impassibilité et la haine »⁹⁵. Pour ceux pour lesquels le seul accompagnement informel ne suffit pas, des poursuites pourront être engagées mais l'arrestation et l'incarcération avant le jugement doivent être limitées aux cas les plus extrêmes. Lors du procès sur la culpabilité, le policier affecté à la personne doit assister le magistrat en siégeant avec lui, ou au moins en témoignant de son caractère, de ses habitudes et de son entourage. Si ce dernier et le magistrat estiment l'individu capable de se réintégrer, la condamnation prononcée est suspendue et le contrevenant relâché sous la surveillance de l'officier de police communautaire qui lui est attribué⁹⁶. Cette idée d'accompagnement informel a été inspirée à l'auteur par une expérience menée dans l'État du Massachusetts et dont l'un des officiers participants affirme n'avoir trouvé « nécessaire d'emprisonner qu'un peu plus du quart des personnes tombant entre les mains de la police »⁹⁷, confortant ALTGERD dans sa conviction que le formalisme pénal est lié à l'abus du droit de punir. Logiquement, il propose de revaloriser les acteurs de la justice, qui, endossant le rôle de tuteurs – les condamnés sont d'ailleurs parfois appelés « *wards* » ou pupilles⁹⁸ – sont plus à même de prendre une décision éclairée quant à la capacité de réadaptation de l'individu qu'ils côtoient. Autre indice de cette défiance à l'encontre de la « machinerie » pénale, l'auteur indique que si le contrevenant n'est pas jugé apte à se réinsérer lors de l'audience, il doit être envoyé en maison de correction (*House of Correction*)⁹⁹, pour un séjour dont la durée maximum est fixée par la loi mais dont la durée réelle dépend du comportement du condamné¹⁰⁰. L'instauration de condamnations indéterminées est une des mesures auxquelles ALTGELD est le plus attaché. Il cite, à l'appui de sa proposition, un passage du Rapport du Comité sur les prisons à la législature de Californie de 1881 :

« Les condamnations indéterminées signifient que toutes les personnes d'un État condamnées à des crimes ou infractions par un tribunal compétent doivent être considérées pupilles de l'État, et doivent être attribuées à un conseil de

⁹⁵ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 70.

⁹⁶ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 71.

⁹⁷ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 70.

⁹⁸ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 72.

⁹⁹ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 72.

¹⁰⁰ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 71.

tuteurs, jusqu'à ce que selon le jugement de ces derniers, elles puissent être retournées à la société en toute sécurité et en accord avec leur propre bien-être [...]. La durée du confinement est placée sous le contrôle, et est déterminée par la conduite, du condamné lui-même. »¹⁰¹

32. Le même rapport, toujours cité par l'auteur, présente une liste des avantages liés à ce type de condamnation, dont le principal est qu'il permet d'utiliser comme motivation principale à la réforme du condamné son désir d'être libéré. En revalorisant le rôle de ceux qui l'encadrent directement, ALTGELD entend surtout responsabiliser le condamné tout en l'assistant dans son parcours de réhabilitation. Ainsi, au sein de cet établissement celui-ci doit être traité avec bonté afin qu'il puisse construire une image positive de sa personne. L'instruction y est obligatoire, comme le fait de travailler. L'auteur précise à cet égard que le condamné doit recevoir le même salaire que celui qu'aurait touché un homme libre car il ne s'agit pas de le punir mais de lui permettre au contraire, par l'accumulation de la propriété, de faciliter son retour en société¹⁰² et d'éviter de faire supporter à sa famille le poids de sa peine¹⁰³. Dès que le conseil estime qu'il est prêt à sortir ou à l'expiration du délai maximal fixé par la loi, l'individu est libéré, et est assisté dans la recherche d'un emploi. Il est ensuite suivi par un ensemble d'intendants qui peuvent décider, dans un délai de six mois après sa sortie, de révoquer sa libération¹⁰⁴. Sur ce dernier point, ALTGELD compare l'appréciation de la réforme du condamné à celle de la guérison des irresponsables hospitalisés : incertaine, mais ne suffisant pas à remettre en cause le principe de l'évaluation de leur prise en charge en fonction de leur condition personnelle – et non en fonction d'un temps fixé par la loi¹⁰⁵.

33. Une ambiguïté demeure néanmoins dans la pensée de l'auteur américain. Si ce dernier évoque le cas des individus ayant « montré de fortes propensions criminelles »¹⁰⁶ qu'il recommande de condamner pour une durée indéterminée à de l'emprisonnement au sein d'un établissement pénitentiaire (*penitentiary*)¹⁰⁷, il ne parvient ni à expliquer pourquoi le régime de

¹⁰¹ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 77.

¹⁰² J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 116. Preuve de l'importance que l'auteur accorde au gain d'argent dans le cadre de la réforme du condamné, ce dernier propose, dans un rare élan formaliste, d'inscrire dans la loi la somme amassée à partir de laquelle l'individu pourra être considéré comme libérable. J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 127.

¹⁰³ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 134.

¹⁰⁴ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, pp. 72-73.

¹⁰⁵ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 84.

¹⁰⁶ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 74.

¹⁰⁷ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 74.

la maison correctionnelle ne pourrait leur suffire, ni à identifier des critères permettant d'encadrer la répartition des condamnés. La frontière entre les deux institutions présentées par ALTGELD est pourtant tenue, la prison au sens propre devant offrir au condamné les mêmes garanties de réinsertion que celles proposées au sein de la maison de correction¹⁰⁸. On peine alors à comprendre sa volonté de réintégrer un tel symbole du modèle punitif – pourtant longuement critiqué en début d'ouvrage – si ce n'est pour maintenir séparés ceux qu'il considère former deux catégories de criminels distinctes. Cette ambiguïté est particulièrement sensible à la lecture de l'admiration que l'auteur porte à l'établissement du *Reformatory* d'Elmira, qu'il estime produire « les résultats les plus satisfaisants »¹⁰⁹ et sur lequel il entend calquer sa maison de correction. Ouvrant ses portes en juillet 1876, l'établissement est conçu pour accueillir des primo-délinquants âgés d'entre 16 et 30 ans pour une durée indéterminée dans le but de proposer une alternative aux régimes auburnien de silence absolu et pennsylvanien d'isolement total jusque-là prévalents¹¹⁰. L'institution fonctionne au départ, selon l'aveu de son directeur Zebulon BROCKWAY, sur le mode d'une prison d'État classique¹¹¹. A partir de 1880 toutefois, de nombreux programmes sont mis en place pour tenter d'approcher l'idéal réhabilitatif sur lequel a été originellement pensé l'établissement – et que prône ALTGELD. Des cours de religion et d'éthique ainsi que des formations à une variété de métiers sont rendus obligatoires, un club de sport, un journal et un groupe de musique sont formés¹¹². Dès la fin de l'année 1884 toutefois, alors que le nombre important de détenus rend déjà difficile leur accompagnement individuel¹¹³, plusieurs lois successives viennent limiter, puis interdire le travail rémunéré en prison¹¹⁴. L'institution est alors forcée de se reposer sur une discipline militaire pour organiser son fonctionnement, laquelle entraîne rapidement le recours à des châtiments corporels si sévères et fréquents qu'une partie des condamnés, brisée, se voit transférée en institution psychiatrique¹¹⁵. Les inclinaisons positivistes du directeur d'Elmira l'ont par ailleurs poussé dès 1885, à la mise en place de « traitements médicaux » à destination des « incorrigibles », dont on imagine volontiers la teneur¹¹⁶. Après le départ de BROCKWAY, l'établissement reprend la forme d'une prison classique, aujourd'hui devenue complexe

¹⁰⁸ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 75.

¹⁰⁹ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 72.

¹¹⁰ M. P. ROTH, *Prisons and Prison Systems: A global Encyclopedia*, London: Greenwood Press, 2006, p. 96.

¹¹¹ N. HAHN RAFTER, *Creating born criminals*, University of Illinois Press, 1997, p. 108.

¹¹² M. P. ROTH, *Prisons and Prison Systems: A global Encyclopedia*, London: Greenwood Press, 2006, p. 96.

¹¹³ N. HAHN RAFTER, *Creating born criminals*, University of Illinois Press, 1997, p. 108.

¹¹⁴ B. A. SMITH, "Military Training at New York's Elmira Reformatory, 1888-1920" *Federal Probation* vol. 52, no. 1, March 1988, p. 34.

¹¹⁵ M. P. ROTH, *Prisons and Prison Systems: A global Encyclopedia*, London: Greenwood Press, 2006, p. 96.

¹¹⁶ N. HAHN RAFTER, *Creating born criminals*, University of Illinois Press, 1997, p. 108.

carcéral de haute sécurité. Le *Reformatory* d'Elmira a donc bien laissé une empreinte en matière de pénologie, celle de l'institutionnalisation du conflit entre l'idéal de réhabilitation et l'idéal punitif que l'on connaît encore aujourd'hui¹¹⁷. Il est probable, compte tenu de la date de parution de l'ouvrage d'ALTGELD, que celui-ci n'ait eu connaissance que des aspects les plus positifs de l'institution qu'il défend. On ne peut toutefois s'empêcher de voir dans l'ambiguïté précédemment indiquée un terreau propice au développement d'un modèle mixte, qui, faute d'opérer une franche sortie du cadre pénal, aboutit à le recréer sous un nom différent mais avec les mêmes effets.

34. Quoi qu'il en soit, et malgré l'enthousiasme naïf de l'auteur pour les grandes réformes de son époque, son positionnement en faveur de populations qu'il considère lésées par la guerre que leur déclare la société demeure remarquable¹¹⁸, comme l'est d'ailleurs son appréhension mécanique du système pénal, dont il perçoit les nombreux abus comme inhérents à sa construction.

35. On peut reprocher aux minimalistes de cautionner une certaine continuité des systèmes de pénalité, faute probablement pour eux de s'attaquer à leurs fondements. C'est précisément l'écueil qu'évitent les abolitionnistes radicaux en acceptant de se livrer à une analyse détaillée des jeux de pouvoirs et de domination qui assurent la pérennité, non seulement de la justice criminelle, mais de toute la société.

Section 2. Les abolitionnistes radicaux

36. De la peine à l'incrimination, en passant par l'éducation jusqu'au contrat social, les critiques systémiques de William GODWIN (§1) et Émile de GIRARDIN (§2), dépassent le cadre restreint du système judiciaire pour se déployer le long de la structure sociale, dont la pénalité cristallise, sans l'épuiser, la violence fondatrice.

¹¹⁷ E. H. SUTHERLAND, D. R. CRESSEY, D. F. LUCKENBILL, *Principles of Criminology*, General Hall, 11^{ed}, 1992, p. 469; A. W. PISCIOTTA, "Scientific Reform: The 'New Penology' At Elmira, 1876-1900." *Crime & Delinquency*, vol. 29, no. 4, Oct. 1983, pp. 613-630.

¹¹⁸ J. P. ALTGELD, *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, p. 144.

§1. William Godwin¹¹⁹

« La solution consiste à libérer les êtres humains des préjugés qui les accablent, les obligent à faire de faux choix et sont la cause de leur malheur... »¹²⁰.

37. William GODWIN (1756-1836) est un philosophe et romancier anglais considéré comme précurseur de l'anarchisme. Influencé par les Lumières et fervent adhérent du parti libéral, il est aussi l'époux de Mary WOLLSTONECRAFT, autrice de *la Défense des droits des femmes*, l'un des premiers essais féministes¹²¹. Ensemble ils ont une fille, Mary SHELLEY, autrice, elle aussi, du célèbre roman *Frankeinstein ou le prométhée moderne*¹²². GODWIN débute la rédaction de son ouvrage en réaction à la publication du contre-révolutionnaire E. BURKE, *Réflexions sur la Révolution de France*¹²³. BURKE ne croit pas au fondement divin ou contractuel du gouvernement, et plaide au contraire pour le respect des traditions et des préjugés, sculptés par l'Histoire et s'imposant à la Raison cartésienne¹²⁴. GODWIN n'est pas plus convaincu par les théories de l'État des révolutionnaires, qu'il considère lui aussi fondées sur des croyances irrationnelles. Mais contrairement à BURKE, il croit fermement en la possibilité d'un progrès de la Raison et ne peut se satisfaire de l'iniquité du système anglais de son époque

¹¹⁹ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London: G.G and J. Robinson, 1798. L'ouvrage a récemment fait l'objet d'une traduction en langue française (W. GODWIN, *Enquête sur la justice politique et son influence sur la morale et le bonheur aujourd'hui*, Atelier de création libertaire, 2005) en partie réalisée par A. THEVENET, à qui l'on doit déjà deux livres sur le philosophe. Le premier est issu de la publication de son mémoire de maîtrise (A. THEVENET, *W. Godwin et l'euthanasie du gouvernement*, Atelier de création libertaire, 1993), le second de la thèse de philosophie qu'il soutient à Lyon en 2000. (A. THEVENET, *William Godwin : Des Lumières à l'Anarchisme*, Lyon : Atelier de Création libertaire, 2002).

¹²⁰ W. GODWIN, cité par A. THEVENET, *William Godwin : Des Lumières à l'Anarchisme*, Lyon : Atelier de Création libertaire, 2002, p. 177.

¹²¹ M. WOLLSTONECRAFT, *A Vindication of the Rights of Woman: with Strictures on Political and Moral Subjects*, London: J. Johnson, 1792. L'ouvrage se veut une réponse au *Rapport sur l'instruction publique* présenté par TALLEYRAND à l'Assemblée constituante de 1791, enjoignant les femmes à se contenter d'une éducation domestique et d'une vie « calme et retirée ». Pour une analyse détaillée du féminisme de l'autrice, V. B. TAYLOR, *Mary Wollstonecraft and the Feminist Imagination*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 331 p.

¹²² M. SHELLEY, *Frankenstein or, The Modern Prometheus*, Lackington, Hughes, Harding, Marvor & Jones, 1818.

¹²³ E. BURKE, *Réflexions sur la Révolution de France*, Adrien Egron, 1790.

¹²⁴ J. GODECHOT, « Chapitre IV - Burke », *La contre-révolution. 1789-1804*, PUF, 1984, pp. 56-74 : « Vous voyez, Monsieur, que dans ce siècle de lumières, je ne crains pas d'avouer que chez la plupart d'entre nous les sentiments sont restés à l'état de nature ; qu'au lieu de secouer tous les vieux préjugés, nous y tenons au contraire tendrement et j'ajouterai même, pour notre plus grande honte, que nous les chérissons parce que ce sont des préjugés – et que plus longtemps ces préjugés ont régné, plus ils se sont répandus, plus nous les aimons. C'est que nous craignons d'exposer l'homme à vivre et à commercer avec ses semblables en ne disposant que de son propre fonds de raison, et cela parce que nous soupçonnons qu'en chacun ce fonds est petit, et que les hommes feraient mieux d'avoir recours, pour les guider, à la banque générale et au capital constitué des nations et des siècles. [...] En cas d'urgence le préjugé est toujours prêt à servir ; il a déjà déterminé l'esprit à ne s'écarter jamais de la voie de la sagesse et de la vertu, si bien qu'au moment de la décision, l'homme n'est pas abandonné à l'hésitation, travaillé par le doute et la perplexité. Le préjugé fait de la vertu une habitude et non une suite d'actions isolées » E. BURKE, *Réflexions sur la Révolution de France*, Adrien Egron, 1790, p. 110.

et de sa Constitution¹²⁵. Il entreprend alors l'élaboration d'une politique sociale juste, conforme à la nature de l'Homme, être sociable et intelligent, fondée sur l'échange libre des idées et susceptible de garantir le bonheur des individus concrets. La parution de son ouvrage rencontre un franc succès. Le livre qu'il consacre à la justice criminelle impressionne tant par son analyse minutieuse des préjugés attachés aux peines et à la loi (§1) que par sa conception pédagogique et dynamique de la justice (§2).

A. L'absurdité des délits et des peines

38. GODWIN ouvre le livre qu'il consacre à l'étude de la justice criminelle en rappelant l'importance accordée dans la théorie classique du contrat social à la fonction de défense et de protection qui institue le gouvernement. Celui-ci n'aurait d'autre utilité – et donc d'autre légitimité – que celle de l'emploi de « la force pour réprimer la force » ou pour « prévenir l'attaque hostile d'un membre de la société contre la personne ou la propriété d'un autre »¹²⁶, prévention qui est habituellement désignée sous le nom « de justice pénale ou de punition »¹²⁷. On comprend ainsi dès le début l'enjeu de la démonstration du philosophe : la démystification du droit de punir doit entraîner celle du droit de gouverner. GODWIN est un rationaliste qui ne croit pas à l'existence d'une justice métaphysique qui imposerait certaines lois ou vérités universelles aux hommes. Il écarte donc logiquement la fonction rétributive de la peine qu'il définit de la façon suivante : « l'infliction volontaire d'un mal à un être vicieux, non seulement parce que l'avantage public l'exige, mais aussi parce qu'on appréhende une certaine adéquation et une certaine convenance dans la nature des choses, qui font de la souffrance, abstraction faite du bénéfice qui en résulte, le concomitant approprié du vice »¹²⁸. Il enjoint son lecteur à se méfier des conceptions formelles sur la Nature et l'Univers, l'être humain étant bien incapable d'en saisir la complexité réelle. Il n'y a selon lui d'autre vérité que celles de nos propres jugements de moralité, par lesquels l'Homme emploie sa Raison pour

¹²⁵ A. THEVENET, *W. Godwin et l'euthanasie du gouvernement*, Atelier de création libertaire, 1993, p. 12.

¹²⁶ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. I, "Limitations of the doctrine of punishment which result from the principles of morality".

¹²⁷ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. I, "Limitations of the doctrine of punishment which result from the principles of morality".

¹²⁸ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. I, "Limitations of the doctrine of punishment which result from the principles of morality".

déterminer les conséquences des comportements qu'il est susceptible d'adopter¹²⁹. En ce sens, pas plus qu'elle ne peut imposer une religion, la loi ne peut prescrire une morale. La Raison est la nature, le droit et le devoir de l'Homme, elle est ce qui le rend humain. Or, si quelques individus sont traditionnellement pensés si imperméables à la vertu qu'il est besoin de lois criminelles pour forcer leur moralisation, GODWIN souligne plutôt les effets pervers de la législation sur les masses d'individus impressionnables, qui s'y soumettent spontanément, renoncent à leur propre Raison et en deviennent « imbéciles »¹³⁰. L'argument de « vrai » évacué, le philosophe s'attaque à celui de l'« utile », qui constitue selon lui l'unique fondement de la justice :

« La seule mesure de l'équité est l'utilité, et tout ce qui n'est pas associé à un but bénéfique n'est pas juste. Cette proposition est si évidente que peu d'esprits raisonnables et réfléchis seront enclins à la rejeter. Pourquoi est-ce que j'inflige une souffrance à un autre ? Si ce n'est ni pour son propre bénéfice ni pour celui d'autrui, cela peut-il être juste ? Le ressentiment, la simple indignation et l'horreur que je conçois contre le vice, me justifieront-ils de faire subir à un être des tortures inutiles ? [...] A proprement parler, le mérite n'existe pas. Il ne peut être juste d'infliger des souffrances à un homme, sauf dans la mesure où elles tendent au bien. »¹³¹

39. S'il n'y a pas de souffrances justifiées sans bénéfiques concrets, GODWIN propose de distinguer définitivement le crime de la pénalité : il est aussi juste de punir un innocent si cela s'avère bénéfique socialement, que de ne pas punir un coupable lorsque la punition est inutile. Contrairement aux utilitaristes répressifs qui lui succèdent, l'anglais déduit de cette affirmation la nécessité d'envisager avec le même dégoût la souffrance infligée au criminel et celle infligée à l'innocent¹³². GODWIN s'attèle ensuite logiquement à la démonstration de l'échec des fonctions associées à la pénalité.

¹²⁹ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. II, "General disadvantages of coercion".

¹³⁰ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. II, "General disadvantages of coercion".

¹³¹ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. I, "Limitations of the doctrine of punishment which result from the principles of morality".

¹³² « Le punir sur la base de n'importe quelle hypothèse pour ce qui est passé et irrécupérable et pour la considération de cela seulement, doit être classé parmi les conceptions les plus sauvages de la barbarie sans

40. Le philosophe reconnaît la pertinence de la fonction de *neutralisation* dans le cas d'une attaque actuelle qu'il faudrait repousser tout en rappelant que, la plupart du temps, le dialogue pourrait certainement suffire à calmer l'infracteur¹³³. La neutralisation qui perdure après l'infraction ne peut toutefois être justifiée : il est irrationnel de se fonder sur l'hypothèse d'une récidive dont la probabilité est impossible à calculer. Il vaut mieux s'armer de « vigilance et d'énergie » plutôt que « d'enfermer tous les hommes que l'imagination pousse à craindre, afin de pouvoir passer ses journées dans une inactivité tranquille »¹³⁴. La critique de la fonction de *prévention* de la pénalité est, quant à elle, double. Quant à la *prévention individuelle*, qu'il nomme « réforme », GODWIN consacre plusieurs pages à argumenter ce qui constitue l'essentiel de sa théorie : « La coercition ne peut convaincre, ne peut concilier, mais au contraire aliène l'esprit de celui contre qui elle est employée. La coercition n'a rien en commun avec la raison, et ne peut donc avoir aucune tendance à générer la vertu »¹³⁵. La douleur ne possède pas de vertu pédagogique, elle ne produit que le dégoût et apprend à celui qui la subit que celui qui l'impose ne peut convaincre par la seule force de son argument¹³⁶. Sur la fonction de *prévention générale*, qu'il nomme « exemple », la critique du philosophe se dédouble. Il démontre dans un premier temps son inutilité, puisque l'impression de la terreur sur les esprits ne peut être que passagère et dénuée de vertu pédagogique¹³⁷. GODWIN dénonce dans un second temps l'hypocrisie des gouvernements qui font du criminel un exemple – un bouc émissaire – alors que ses « propensions » criminelles ne sont qu'une conséquence mécanique de l'injustice du système politique auquel il doit se soumettre :

instruction. Tout homme soumis à une discipline doit être considéré, quant à la raison d'être de cette discipline, comme innocent. » W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. I, "Limitations of the doctrine of punishment which result from the principles of morality".

¹³³ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. III, "Of the purposes of coercion".

¹³⁴ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. III, "Of the purposes of coercion".

¹³⁵ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. III, "Of the purposes of coercion".

¹³⁶ « Elle commence par aliéner violemment l'esprit de la vérité que l'on souhaite lui inculquer. Elle inclut en elle un aveu tacite d'imbécillité. Il prétend me punir parce que son argument est important, mais il me punit en réalité parce que son argument est faible" W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. II, "General disadvantages of coercion" ; "Les coups infligés à mon corps ne peuvent jeter aucune lumière nouvelle sur la question qui nous oppose. Je n'y perçois que votre passion, votre ignorance et votre erreur. Quelle que soit l'étendue ou l'étroitesse de votre sagesse, elle est le seul instrument par lequel vous pouvez espérer ajouter à la mienne. Vous ne pouvez pas donner ce que vous ne possédez pas ». W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. V, "Of coercion considered as a temporary expedient".

¹³⁷ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. III, "Of the purposes of coercion".

« Mes propensions sont le fruit des impressions qui m'ont été faites ; le bien est toujours prépondérant parce que la nature inhérente des choses est plus puissante que toutes les institutions humaines. Le péché originel des pires hommes, c'est la perversité de ces institutions, l'opposition qu'elles produisent entre le bien public et le bien privé, le monopole qu'elles créent d'avantage que la raison commande de les laisser en commun. Qu'y a-t-il donc de plus honteux que la société fasse un exemple de ceux qu'elle a poussés à enfreindre l'ordre au lieu de modifier ses propres institutions qui, en transformant l'ordre en tyrannie, ont produit le mal ? »¹³⁸

41. La critique sociale formulée dans ce passage n'est qu'une rapide ébauche de la théorie politique du philosophe, laquelle sans s'y résumer, se fonde sur la critique de la conception moderne de la propriété – « le droit de posséder le produit du travail d'autrui, qu'il s'agisse de ses ancêtres (héritage) ou de ses contemporains (exploitation économique) »¹³⁹ – qu'il estime être la matrice de tous les vices¹⁴⁰. L'observation s'applique d'ailleurs également à une autre création occidentale, *la prison*. Sans surprise, l'auteur dénonce son échec dans sa forme collective – qui rend l'homme plus mauvais à sa sortie qu'il ne l'est à son entrée¹⁴¹ – ou individuelle – le confinement solitaire est cruel et inutile, la réforme ne pouvant qu'être issue de la socialisation¹⁴². Plus originale est la critique que GODWIN formule à l'égard du travail forcé, à une époque où même les auteurs les plus libéraux voient dans l'activité manuelle le secret de la vertu. L'auteur est cohérent : puisque l'homme est défini par sa Raison, il est une créature intellectuelle qu'il faut éduquer et non aliéner par la discipline¹⁴³.

¹³⁸ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. III, "Of the purposes of coercion".

¹³⁹ A. THEVENET, *W. Godwin et l'euthanasie du gouvernement*, Atelier de création libertaire, 1993, p. 28.

¹⁴⁰ Les disparités de richesse sont une profonde injustice, puisque l'équité exige au contraire des riches « tant qu'il en existe, qu'ils ne soient que des dépositaires des richesses du monde, à charge pour eux de les répartir le plus équitablement possible ». L'inégale répartition des richesses est d'autant plus irrationnelle que « Nous n'avons besoin, en réalité que de très peu de choses pour satisfaire aux besoins de tous, puisque la terre nous donne déjà beaucoup. Calculons la quantité de travail qui s'effectue réellement, et partageons-la entre tous » A. THEVENET, *W. Godwin et l'euthanasie du gouvernement*, Atelier de création libertaire, 1993, p. 28.

¹⁴¹ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. VI, "Scale of coercion".

¹⁴² « Il serait certainement préférable, à cet égard, d'imiter le système de l'univers, et, si nous voulons enseigner la justice et l'humanité, de transplanter ceux que nous enseignons dans un état naturel et raisonnable de société. La solitude, considérée de manière absolue, peut nous inciter à nous servir nous-mêmes, mais pas à servir notre prochain » W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. VI, "Scale of coercion".

¹⁴³ « Ne m'y poussez pas avec le fouet, car si auparavant j'ai pensé qu'il valait mieux être oisif, cela ne fera qu'accroître mon aliénation. Persuadez mon intelligence, et faites-en le sujet de mon choix. » W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. VI, "Scale of coercion".

42. Après avoir démystifié la Nature, la peine et la prison, l’auteur s’attaque à un dernier « préjugé », celui des vertus de la *légalité*. L’auteur le rappelle, la loi est regardée par la plupart des États « civilisés » comme « la norme, à l’aune de laquelle on mesure tous les délits et irrégularités qui relèvent de la réprobation publique »¹⁴⁴. Lorsque ses mérites sont loués, ils le sont toujours par opposition à l’arbitraire du juge ou la spontanéité des passions individuelles. Or, l’iniquité de la coercition découle précisément de l’impossibilité de mesurer l’équivalence entre le crime et la pénalité¹⁴⁵ ou d’évaluer l’intention de l’infraacteur, dont on ne sait d’ailleurs pas très bien si elle se trouve dans le mobile, la dangerosité, ou ce que le premier permet de révéler de la seconde¹⁴⁶. La loi, en rassemblant des intentions très différentes sous une même catégorie abstraite, participe au traitement égalitaire de situations qui ne le sont pas, et produit un jugement qui n’est pas *équitable* :

« Il n’y a pas de maxime plus claire que celle-ci : Chaque cas est une règle en soi. Aucune action d’aucun homme n’a jamais été la même que toute autre action, n’a jamais eu le même degré d’utilité ou de préjudice. Il semble que ce soit l’affaire de la justice de distinguer les qualités des hommes, et non pas, comme on l’a fait jusqu’ici, de les confondre... »¹⁴⁷

43. La légalité ne protège donc pas le citoyen de l’arbitraire, au contraire. Elle ne protège pas non plus la société du citoyen, puisque les principes qu’elle entend clarifier seraient bien

¹⁴⁴ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. VIII, “Of Law”.

¹⁴⁵ « Il n’y a jamais eu deux crimes semblables et donc la réduction explicite ou implicite à des classes générales, que l’idée même d’exemple implique, est absurde. Il n’est pas moins absurde de vouloir proportionner le degré de souffrance au degré de délinquance, alors que ce dernier ne peut jamais être découvert » W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. IV, “Of the application of coercion”.

¹⁴⁶ « Ce que nous voulons vérifier, ce n’est pas l’intention du délinquant, mais la probabilité qu’il récidive. Dans ce but, nous pouvons raisonnablement nous enquerir d’abord de son intention. Mais, lorsque nous l’avons trouvée, notre tâche ne fait que commencer. Voici l’un de nos matériaux, qui nous permettra de calculer la probabilité qu’il récidive ou qu’il soit imité par d’autres [...] Peut-on s’attendre à ce qu’un simple spectateur forme un jugement suffisamment correct, alors que celui qui a toutes les sources d’information entre les mains, se trompe néanmoins ? Combien rares sont les procès qu’un homme humain et juste peut lire, se terminant par un verdict de culpabilité, sans ressentir une répugnance incontrôlable contre ce verdict ? » W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. IV, “Of the application of coercion”.

¹⁴⁷ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. VIII, “Of Law”.

plus efficacement ancrés dans les consciences par le dialogue et l'éducation¹⁴⁸. Enfin, en réduisant la complexité du réel à des catégories juridiques qui se superposent sans réellement s'adapter à son évolution, la loi entraîne la « stagnation de l'esprit humain » et ralentit le progrès naturel de la Raison. La justice, comme la vérité, ne peuvent émerger que par le mouvement des idées, des perceptions et des conceptions humaines par lequel l'Homme se libère de ses préjugés. Tout l'enjeu de la théorie de GODWIN, comme du mouvement abolitionniste qu'il annonce¹⁴⁹, est d'inviter le lecteur à penser avec lui la société dans laquelle le progrès de la Raison, de la justice et du bonheur pourrait pleinement se réaliser.

B. L'autorégulation des communautés

44. Philosophe rationaliste, GODWIN est convaincu qu'il est toujours possible d'éveiller chez l'Homme la vertu par le recours à la Raison, au dialogue et à l'argumentation. Le processus peut être long, et peut nécessiter la mise en œuvre d'une pédagogie complexe et individualisée, mais il finit toujours par aboutir¹⁵⁰. Il faut en outre s'abstenir du recours à la coercition pour isoler l'individu le temps qu'il soit éduqué, puisque l'usage de la force, nous l'avons dit, aliène l'esprit et dissuade l'auteur du bien-fondé de la vertu qu'on tente de lui inculquer¹⁵¹. Les individus qui présentent une menace *réelle* et *actuelle* pour la communauté doivent faire l'objet d'une neutralisation nécessairement temporaire et strictement délimitée par l'urgence de la situation. Elle ne peut en outre résulter que de l'acte d'une personne isolée, si besoin aidée, mais jamais elle ne doit être fondée sur une prérogative de la communauté pour ne pas risquer

¹⁴⁸ « Les règles de la justice seraient enseignées de manière plus claire et plus efficace par un contact réel avec la société humaine, sans les entraves de la prétention, qu'elles ne peuvent l'être par des catéchismes et des codes » W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. VIII, "Of Law". L'auteur observe par ailleurs la contradiction propre au principe de légalité, puisqu'en imposant de définir chaque nouvelle situation, il participe à l'accroissement exponentiel de règles juridiques de plus en plus complexes, contradictoires et ambiguës. Il a donc pour effet de complexifier le réel, là où il devrait normalement en donner une grille d'analyse simplifiée.

¹⁴⁹ Deux auteurs abolitionnistes identifient GODWIN comme « premier précurseur de l'abolitionnisme » J.M MOORE et D. SCOTT, « Beyond Criminal Justice », in J.M MOORE et al. (Dir.), *Beyond Criminal Justice*, EG Press Limited, London, 2016, p. 3.

¹⁵⁰ « Si vous voulez éveiller mon esprit de la manière la plus efficace, dites-moi la vérité avec énergie. Pour cela, comprenez-la vous-même à fond, imprégnez votre esprit de ses preuves, et parlez avec la clarté de votre vue et la plénitude de votre conviction. Si nous étions habitués à une éducation où la vérité n'était jamais négligée par indolence, ni racontée d'une manière qui en trahissait l'excellence, où le précepteur se soumettait à la discipline perpétuelle de trouver le moyen de la communiquer avec brièveté et force, mais sans préjugé ni acrimonie, on ne peut douter qu'une telle éducation ne soit beaucoup plus efficace pour l'amélioration de l'esprit que tous les modes de coercition furieuse ou bienveillante que l'on peut imaginer ». W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London: G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. III, "Of the purposes of coercion".

¹⁵¹ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. V, "Of coercion considered as a temporary expedient".

son institutionnalisation¹⁵². L'auteur envisage par ailleurs le recours au bannissement dans les hypothèses où l'individu ne parviendrait pas à se réintégrer. Mais il insiste : il ne s'agit en aucun cas de punir l'individu en le déportant dans une zone inhospitalière où il sera soumis à de mauvais traitements qui ne sont que la reproduction et l'exagération des institutions européennes. Il faut au contraire aider les colons à construire une communauté pérenne, et à retrouver le goût du vrai travail, celui accompli pour ses besoins propres de subsistance et non pour le profit d'une autorité extérieure¹⁵³. À rebours des théories classiques du contrat social, l'auteur réaffirme la confiance inébranlable qu'il a en la Raison de l'Homme :

« C'est une marque de la plus profonde ignorance de la nature de l'homme, que de supposer que, livrés à eux-mêmes, ils se détruiraient universellement les uns les autres. Au contraire, les nouvelles situations créent de nouveaux esprits. Les pires criminels, lorsqu'ils se retrouvent à la dérive dans un corps, et qu'ils sont réduits à ressentir la fureur de la nécessité, se conduisent selon des principes raisonnables, et agissent souvent avec une sagacité et un esprit public qui pourraient faire rougir les monarchies les plus fières. »¹⁵⁴

45. Son postulat philosophique quant à la nature humaine est à l'origine de la radicalité de sa théorie politique. Le gouvernement n'est pas un mal nécessaire dont il faut apprendre à se satisfaire, faute de mieux. Il peut et doit être renversé pour que puissent s'épanouir les hommes soumis au despotisme de la propriété, des inégalités et du conformisme que la loi permet de garantir¹⁵⁵.

¹⁵² « Les observations de ce chapitre sont relatives à une théorie qui affirme qu'il peut être du devoir des individus, mais jamais des communautés, d'exercer une certaine espèce de coercition politique ; et qui fonde ce devoir sur une considération des avantages de la sécurité publique. Dans ces circonstances, chaque individu est donc tenu de juger par lui-même et de n'accepter aucune autre contrainte que celle qui est indispensable. » W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. VI, "Scale of coercion".

¹⁵³ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. VI, "Scale of coercion".

¹⁵⁴ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. VI, "Scale of coercion".

¹⁵⁵ « Lorsque la philosophie du droit sera bien comprise, la véritable clé de son esprit et de son histoire se trouvera, non pas, comme certains hommes l'ont tendrement imaginé, dans le désir d'assurer le bonheur de l'humanité, mais dans le pacte vénal par lequel les tyrans supérieurs ont acheté la confiance et l'alliance des inférieurs. » W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. V, "Of coercion considered as a temporary expedient".

46. La période transitoire d'anarchie qui suivra son effondrement ne doit pas être un frein puisque même si elle mène à des abus, ceux-ci ne pourront être que provisoires. Mais pour que la société nouvelle soit meilleure que l'ancienne, il faut que précède à la Révolution une longue période d'ébullition philosophique et de recherches, qui doit permettre aux hommes de se débarrasser de la majorité des préjugés que les gouvernements successifs ont imprimés sur leurs consciences¹⁵⁶ – des « traditions » que BURKE louait dans son essai. Le plus fondamental d'entre eux étant celui qui voudrait que les hommes soient faibles et dangereux, irascibles et incapables de vivre en harmonie sans que soit exercée sur eux la menace continue de la violence étatique¹⁵⁷. Celui qui, légitimant le pacte social, entraîne *de facto* la nécessité des lois criminelles. D'où l'argument de GODWIN selon lequel le jour où la société s'accordera sur l'inutilité des châtiments, elle sera prête à fonder une société dans laquelle il est effectivement possible de s'en dispenser¹⁵⁸. De petite taille, celle-ci devrait suivre la forme du municipalisme libertaire suggéré bien plus tard par KROPOTKINE ou M. BOOKCHIN¹⁵⁹. Sa forme réduite favorise la construction du lien social et avec lui les mécanismes de régulation spontanée et de désapprobation collective qui permettent la réforme ou l'exil volontaire du criminel¹⁶⁰ – ce qui n'est pas sans rappeler les théories de justice restaurative et de *honte réintégrative* mobilisées par les abolitionnistes contemporains¹⁶¹. Les conflits subsistants seraient traités directement par les membres de la communauté, selon des principes de justice établis par leur Raison et adaptés

¹⁵⁶ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. V, "Of coercion considered as a temporary expedient".

¹⁵⁷ « Les hommes sont faibles à l'heure actuelle, parce qu'on leur a toujours dit qu'ils étaient faibles et qu'il ne fallait pas leur faire confiance. Sortez-les de leurs chaînes, demandez-leur de s'informer, de raisonner et de juger, et vous les trouverez bientôt des êtres très différents. Dites-leur qu'ils ont des passions, qu'ils sont parfois hâtifs, intempérants et nuisibles, mais qu'il faut leur faire confiance. Dites-leur que les montagnes de parchemin dans lesquelles ils se sont jusqu'ici retranchés ne sont propres qu'à imposer des âges de superstition et d'ignorance ; que désormais nous ne pourrions compter que sur leur justice spontanée ; que, si leurs passions sont gigantesques, ils doivent s'élever avec une énergie gigantesque pour les maîtriser ; que, si leurs décrets sont iniques, l'iniquité sera entièrement la leur. L'effet de cette disposition des choses sera bientôt visible ; l'esprit s'élèvera à la hauteur de la situation ; les jurys et les arbitres seront pénétrés de la grandeur de la confiance qu'on leur accorde. ». W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. VIII, "Of Law".

¹⁵⁸ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. V, "Of coercion considered as a temporary expedient".

¹⁵⁹ A. THEVENET, *W. Godwin et l'euthanasie du gouvernement*, Atelier de création libertaire, 1993, p. 43. V. *Infra* n°80 et s. et n°360.

¹⁶⁰ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. III, "Of the purposes of coercion".

¹⁶¹ V. *Infra* n°306. J. BRAITHWAITE, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge university press, 1989. Pour un exposé français de la théorie, v. J.-H. ROBERT, « La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative », *La semaine juridique édition générale*, n°9, 2 mars 2015, doct. 273, pp. 442-446 ; J. FAGET, « Reintegrative shaming. A propos de la théorie de John Braithwaite », *Les cahiers de la Justice, revue d'études de l'ENM*, Dalloz, 2005-1, pp. 59-70.

aux situations concrètes qui leur sont présentées. GODWIN est tout à fait conscient des risques liés à la spontanéité des jugements. Il enjoint toutefois ses lecteurs à ne plus chercher à neutraliser leurs passions, mais à les apprivoiser, ce que permettront quelques années de pratique d'une justice raisonnée¹⁶². Bientôt, c'est l'idée d'avoir recours à un code prédéterminé leur imposant ce qu'ils doivent penser d'une situation avant même que celle-ci se déclare qui paraîtra absurde à des individus que la réappropriation du processus judiciaire aura rendu plus attentifs aux besoins de leur communauté¹⁶³. Ils se rendraient compte enfin, qu'au nom de l'égalité, la loi ne défend que les droits des gouvernants, et que, débarrassés du règne de la légalité, les hommes pourront enfin retrouver dans le principe d'*équité* le fondement de la vraie justice et du bonheur collectif. Il conclut ainsi son livre sur la justice criminelle : « La loi est simplement relative à l'exercice de la force politique, et doit périr lorsque la nécessité de cette force cesse, si l'influence de la vérité ne l'extirpe pas plus tôt encore de la pratique de l'humanité. »¹⁶⁴

47. La portée révolutionnaire de la théorie politique de GODWIN est sans égale, mais elle trouve néanmoins un écho, bien des années plus tard, dans l'œuvre libératrice du français Émile de GIRARDIN.

§2. *Émile de GIRARDIN*¹⁶⁵

« Si la liberté de penser implique la liberté de dire, la liberté de dire implique la liberté de faire »¹⁶⁶

48. Journaliste français de renom, Émile de GIRARDIN (1802-1881) a mené toute sa vie un combat acharné pour la liberté et la diffusion de la presse, lui valant une reconnaissance couronnée par le titre de « créateur de la presse moderne »¹⁶⁷. En sa qualité de politicien et polémiste, l'auteur est admiré pour son « courage » et son « bon sens » par ses contemporains

¹⁶² W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. VIII, "Of Law".

¹⁶³ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. IV, "Of the application of coercion".

¹⁶⁴ W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London : G.G and J. Robinson, 1798, Book VII, Of Crimes and Punishments, Chap. VIII, "Of Law".

¹⁶⁵ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871.

¹⁶⁶ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 3.

¹⁶⁷ M. RECLUS, *Émile de Girardin, le créateur de la presse moderne*, Hachette, 1934.

PROUDHON et LAMARTINE¹⁶⁸, bien que sa pensée soit aujourd'hui absente des ouvrages de droit pénal. Si, comme le relève Bruno DREYFUS, le silence entourant son ouvrage peut trouver une explication partielle dans la difficulté de le classer dans un genre ou une discipline particulière, cette transversalité est également ce qui fait la richesse toute particulière de la posture girardine¹⁶⁹, tant du point de vue de sa critique (§1) que de celui de l'alternative qu'il propose (§2).

A. L'illégitimité du droit de punir

49. La critique formulée par GIRARDIN repose sur le rejet de la légitimité du droit de punir, tant vis-à-vis de la théorie qui le fonde, que compte tenu de son inutilité¹⁷⁰. Énoncée de façon explicite, cette double perspective assure une déconstruction exhaustive de l'appareil punitif remarquablement similaire à celle proposée par le mouvement abolitionniste contemporain.

50. S'interrogeant d'abord sur la légitimité de la pénalité, GIRARDIN ironise sur la fiction contractuelle selon laquelle les hommes, en formant société, consentiraient à l'abandon d'une part de leur liberté au profit de l'État pour garantir la sécurité de la collectivité à laquelle ils appartiennent : « S'il en est ainsi, je demande, en qualité de partie contractante, à voir le contrat qui m'engage et à vérifier la signature de mes auteurs »¹⁷¹. L'auteur ne cite BECCARIA que pour discréditer son argument, « l'utilité commune »¹⁷² ne pouvant selon lui justifier la souffrance infligée par un homme à un autre. C'est ensuite à la théorie de « Blackstone, Philipps, Romagnesi, Carmignani » pour qui « le droit de punir tirerait sa légitimité de la légitime défense »¹⁷³ que GIRARDIN s'attaque, arguant de la nature foncièrement personnelle de ce droit que l'on aurait retiré aux individus de peur qu'ils en abusent. Convaincu que cette prérogative, si elle avait été laissée aux mains des victimes se serait régulée soit naturellement, soit par l'emploi de mécanismes juridiques spécifiques, l'auteur compare cet abus potentiel à celui actuel et « immense » que l'État « en a fait sous tous les prétextes imaginables »¹⁷⁴. Le troisième

¹⁶⁸ O. BAROT, *Histoire des idées au XIXe siècle. Émile de Girardin, sa vie, ses idées, son œuvre, son influence*, M. Lévy frères, Paris, 1866, p. ii.

¹⁶⁹ B. DREYFUS, « A l'ire. Émile de Girardin, du droit de punir, Paris, Plon 1871 », *L'irascible. Revue de l'institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles*, n°2, « les foudres du droit pénal », L'Harmattan, 2011, pp. 230-231.

¹⁷⁰ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 31.

¹⁷¹ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 33.

¹⁷² E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 30.

¹⁷³ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 35.

¹⁷⁴ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 35.

temps de la déconstruction *girardine* est consacré au fondement de la défense sociale. À cet égard, l'auteur relève que « si la société a le droit de se protéger, ce droit elle ne l'a pas par les moyens barbares qu'elle emploie et qui lui nuisent plus qu'ils ne lui profitent, qui la menacent plus qu'ils ne la protègent »¹⁷⁵. Faute de pouvoir prouver que la peine protège effectivement le corps social des atteintes qui pourraient lui être faites, GIRARDIN refuse de reconnaître la légitimité tirée de sa protection et préconise plutôt un ensemble de mesures préventives, sociales ou techniques, à son sens plus à même de garantir cette finalité¹⁷⁶. Ce raisonnement sous forme de principe de précaution ne manque pas de rappeler l'une des injonctions fondamentales posée par Nils CHRISTIE, père fondateur de l'abolitionnisme contemporain et qui consiste, en cas de doute sur les vertus prétendues de la souffrance, à s'interdire d'en infliger¹⁷⁷. Glissant de la théorie de la défense sociale à celle de l'expiation, « chère à la doctrine pénale classique »¹⁷⁸, l'auteur conteste tout d'abord l'existence d'un référentiel absolu opposant le bien au mal, et dénonce l'hypocrisie rampante consistant à glorifier dans l'État « sous les noms de victoire et de conquête » ce que la société « flétrissait et punissait dans l'Individu sous les noms de meurtre et de vol »¹⁷⁹. En cela, et comme a pu le faire remarquer Bruno DREYFUS, GIRARDIN pose les jalons de l'approche philosophique proposée treize ans plus tard par Jean-Marie GUYAU, lequel invite à la création d'« une morale exempte de références au bien et au mal catégoriques »¹⁸⁰. Toujours à propos du fondement de l'expiation, l'auteur revient sur la notion de réparation à l'origine du terme pour en déduire son inadéquation au modèle pénal, lequel se contente d'ajouter une souffrance, sans jamais compenser la première. C'est enfin en rejetant la légitimité tirée de la justice même, telle que défendue par GUIZOT ou COUSIN, que GIRARDIN achève le premier livre de son argumentaire, persistant dans la logique relativiste déjà esquissée. Pour l'auteur en effet, la justice, à défaut d'être « universelle, éternelle, immuable »¹⁸¹, ne saurait être justification du droit de punir : « la justice est l'expression de la société, mais la société n'est pas l'expression de l'humanité [...] par lui-même le mot justice

¹⁷⁵ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 12.

¹⁷⁶ Ainsi l'auteur propose-t-il l'utilisation de chèques plutôt que de monnaie, la construction de plus de rails pour voyager de façon sécurisée, l'installation de sonnettes électriques d'alarme ou de veilleuses, le remplacement des couverts d'argent massif en argent plaqué, bref, « Toutes les précautions que me dictera la prudence pour me garder des assassins et des voleurs ». E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 38.

¹⁷⁷ N. CHRISTIE, *Limits to pain: The role of punishment in penal policy*, Columbia University Press, 1981.

¹⁷⁸ B. DREYFUS, « A l'ire. Emile de Girardin, du droit de punir, Paris, Plon 1871 », *L'irascible. Revue de l'institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles*, n°2, « les foudres du droit pénal », L'Harmattan, 2011, p. 235.

¹⁷⁹ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 41.

¹⁸⁰ B. DREYFUS, « A l'ire. Emile de Girardin, du droit de punir, Paris, Plon 1871 », *L'irascible. Revue de l'institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles*, n°2, « les foudres du droit pénal », L'Harmattan, 2011, p. 236 à propos de J.-M. GUYAU, *L'esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*, Paris, éditions Félix Alcan, 1884.

¹⁸¹ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 43.

ne signifie rien »¹⁸². Plus loin dans l'ouvrage, GIRARDIN étaye sa conviction en prenant pour preuve la relativité des comportements dans le temps et dans l'espace, et des peines correspondantes¹⁸³. Un passage de son dernier chapitre, plus décousu, étonne enfin par la proximité qu'il entretient avec les thèses abolitionnistes contemporaines : « Il n'y a de mal et de bien que sous le régime du raisonnement, ils n'existent pas abstraitement, ils n'existent pas naturellement ; ils n'existent que relativement, ils n'existent que socialement ; donc, ils ne sont que des risques sociaux »¹⁸⁴. De la remise en question de la spécificité du crime découle celle du système pénal, suivant le même glissement logique que celui opéré, un peu plus d'un siècle plus tard, par le pionnier de l'abolitionnisme contemporain Louk HULSMAN¹⁸⁵.

Une fois la déconstruction de la légitimité du droit de punir achevée et après avoir qualifié celui-ci « d'usurpation sociale »¹⁸⁶, GIRARDIN s'attèle à la démonstration de son inutilité.

51. Plus attendu, l'argumentaire n'en est pas moins édifiant. Dressant en fin d'ouvrage un inventaire des atrocités pénales similaire à celui, célèbre, du premier chapitre de *Surveiller et punir*¹⁸⁷ et le comparant au système qui lui est contemporain, l'auteur constate la persistance d'un modèle vicié. Il affirme ainsi que les peines, quelles qu'elles soient, « corrigent moins de condamnés qu'elles n'en pervertissent »¹⁸⁸ et qu'il s'agit d'une « méprise profonde que d'attribuer à la douceur des peines une efficacité plus grande qu'à leur rigueur et à leur longueur »¹⁸⁹. D'abord parce que l'adoucissement constaté est relatif. Si certains châtiments corporels ont bien disparu, ils ont été remplacés par un recours accru à l'emprisonnement – institutionnalisé comme peine par le Code d'instruction criminelle de 1808 et le Code pénal de 1810 – lequel est qualifié par GIRARDIN de « déguisement de la peine de mort »¹⁹⁰. S'appuyant sur les observations de divers médecins ayant eu à connaître des conditions de détention de l'époque, l'auteur s'interroge « Abréger l'existence n'est-ce donc pas donner la mort, avec la différence qu'il y a entre la mort lente et la mort instantanée ? »¹⁹¹. S'il est déjà pénible pour

¹⁸² E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 44.

¹⁸³ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, pp. 212-236.

¹⁸⁴ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 367.

¹⁸⁵ L.H.C HULSMAN, "Critical criminology and the concept of crime", *Contemporary Crises*, 10(3-4), 1986, pp. 63-80.

¹⁸⁶ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 46.

¹⁸⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, pp. 10-83.

¹⁸⁸ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p.255

¹⁸⁹ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p.261.

¹⁹⁰ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p.148.

¹⁹¹ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p.150.

l'auteur de remarquer que la question pénitentiaire, depuis vingt-cinq ans qu'elle existe « n'a avancé que pour reculer »¹⁹², il est particulièrement affligeant aujourd'hui de constater la permanence du débat... GIRARDIN entend ensuite prouver que la peine, en plus d'être cruelle, est incapable de remplir la finalité dissuasive qui lui est attribuée. Il affirme ainsi que « la peine n'a jamais corrigé que ceux qui se fussent corrigés sans elle, par le retour de leur conscience absente »¹⁹³. L'exemple de l'Angleterre où le vol a cessé d'être puni de la peine capitale, sans que cela n'augmente ou ne diminue son taux, serait par ailleurs la preuve du peu d'influence de la peine sur la prévention générale. Enfin, plus qu'inutile, la peine est contreproductive. Prétendant réformer l'individu, elle cause au contraire « le problème des libérés »¹⁹⁴ qui ne pourront être que plus dangereux après un passage en détention, coupés de leurs liens sociaux, sans emploi et dressés contre l'autorité qui les a fait souffrir. Voulant rétablir la justice, la peine sera pourtant « toujours inique, car elle ne parviendra jamais à être juste et égale »¹⁹⁵, à défaut de pouvoir s'adapter pleinement au parcours et à la personnalité du condamné¹⁹⁶.

52. Les démonstrations combinées de l'absence de légitimité et de l'inutilité du droit de punir poussent l'auteur à conclure à l'impossibilité de réformer un système qui porte en lui les germes de son échec. En cela, le caractère précurseur de son ouvrage est évident. Il l'est encore plus par sa volonté de proposer une alternative juridique systématisée, ainsi qu'un projet politique élaboré dédié à son actualisation.

B. La diffusion sociale du risque

53. Disons-le d'emblée, certains aspects du programme de GIRARDIN peuvent déstabiliser. Son projet est toutefois à envisager d'un point de vue dynamique et repose sur

¹⁹² E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p.122.

¹⁹³ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 245. V. *Infra* n°195 pour un constat partagé par les enquêtes sociologiques

¹⁹⁴ E. GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p.51.

¹⁹⁵ E. GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p.239.

¹⁹⁶ La remarque de GIRARDIN sur la spécialité des peines intervient peu de temps avant la parution de l'ouvrage de R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, Étude de criminalité sociale, Paris, 1898. Le mouvement éponyme et celui consécutif d'humanisation du droit pénal porté par Marc ANCEL viennent nuancer le propos de l'auteur tout en lui donnant raison par ailleurs. Ouverture incontestable aux droits de l'Homme, les théories de défense sociale nouvelle pourtant largement fondées sur la personnalisation de la peine, ont également inspiré des pratiques relevant d'une répression accrue, à l'instar de la rétention de sûreté. Pour une analyse détaillée de l'influence de la pensée de Marc ANCEL sur le système pénal contemporain v. B. DREYFUS, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, IRASC, L'Harmattan, 2010. V. *Infra* n°143.

l'existence d'un modèle temporaire, voué à disparaître une fois l'ensemble des réformes qu'il propose réalisées. La transition envisagée est synthétisée par l'auteur de la façon suivante :

« Jusqu'au jour de l'abolition définitive de toutes les peines corporelles, de toutes les peines autres que celle de la publicité pénale et de l'amende proportionnelle à la fortune attestée par l'impôt transformé en assurance, il ne devrait y avoir qu'un seul crime, le meurtre, et qu'une seule peine, la peine de mort. »¹⁹⁷

Pour envisager ce programme, il convient de rappeler le postulat fondamental de l'auteur : le crime est un risque social. En cela, il ne doit pas être puni, mais prévenu, par le biais d'une transformation sociale permettant l'élévation de la raison des hommes. Toutefois, si le filtre pénal est rejeté, l'acte préjudiciable demeure¹⁹⁸. Celui-ci doit donc être traité d'une manière permettant de rétablir l'équilibre social troublé grâce à un système nouveau entièrement articulé autour de trois types de sanctions : L'amende et la réparation, la publicité pénale et, en dernier ressort, la peine de mort¹⁹⁹.

54. Les sanctions pécuniaires, premièrement, sont appelées à remplacer « aussi complètement que possible »²⁰⁰ la pénalité corporelle. L'individu est condamné au paiement d'une première somme calculée en fonction de ses revenus et, s'il existe une victime à indemniser, d'une seconde pour la réparation de l'Etat²⁰¹. L'originalité de la proposition se situe dans la possibilité, en cas de défaut de paiement, d'appeler en garantie la famille et la commune de l'individu défaillant, sur le fondement de l'ancien article 1384 étendu. Moins qu'un moyen de s'assurer du recouvrement de la dette, l'extension de la responsabilité du condamné à son

¹⁹⁷ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 246. Notons ici un amalgame dérangeant de GIRARDIN, qui, après avoir méthodiquement déconstruit le droit de punir de l'Etat, propose néanmoins de conserver certaines sanctions qu'il qualifie lui-même de peines.

¹⁹⁸ GIRARDIN n'aborde pas la question de savoir comment, à défaut d'être expressément incriminé, un acte pourra être estimé ou non devant faire l'objet d'une sanction. Il continue par ailleurs d'employer les termes de vols, meurtres, ou d'infractions. Il s'agit là d'une confusion regrettable qui s'ajoute à l'amalgame précédemment évoqué au titre des insuffisances de l'auteur.

¹⁹⁹ E. GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 355.

²⁰⁰ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 59.

²⁰¹ Dans le système *girardin*, la réparation ne doit pas être confondue avec le versement de dommages et intérêts à la victime mais comme une manière de rembourser partiellement l'indemnisation automatique versée par l'Etat à la victime grâce au fonds spécialisé que prévoit l'auteur. Ce dernier propose en effet une réforme fiscale d'envergure, avec comme objet principal la conversion de l'impôt en prime d'assurance que paye le citoyen pour prévenir les risques inhérents à la vie en société (qu'il s'agisse d'une inondation ou d'un délit) et qui sera affecté à différents postes, dont celui de l'indemnisation des victimes. De cette façon, chaque individu est à la fois protégé et responsable des infractions commises, créant la solidarité nationale à laquelle Girardin aspire profondément. Pour le détail de cette réforme fiscale, E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, Annexe 1.

cercle social proche est en réalité au cœur de la démarche de l'auteur. Ce dernier déclare ainsi ne pas conserver les sanctions pécuniaires « comme *peine* avec l'espoir d'intimider ou de corriger le coupable » mais comme « *moyens*, dans le but de faire concourir plus efficacement la famille et la commune à la réforme impérieusement urgente du milieu social, *du milieu réel*, qu'il est possible de transformer »²⁰².

55. La publicité pénale, deuxièmement, est considérée par GIRARDIN comme « la pénalité naturelle » car « la peine volontaire »²⁰³. Il n'existe selon lui aucune incompatibilité entre la liberté indivisible qu'il défend et cette mesure puisqu'elle n'est pas arbitraire mais « la conséquence inhérente à l'action elle-même »²⁰⁴. La publicité pénale serait garantie par *l'inscription de vie*, sorte de casier judiciaire abrégé, que chaque citoyen devra porter sur lui en tous moments et qui lui sera demandé pour chaque acte de sa vie²⁰⁵. Par ce biais, les personnes et institutions avec lesquelles l'individu voudra interagir seront informées de sa condamnation et pourront faire appel à leur propre sentiment de justice pour décider de l'attitude qu'elles souhaitent adopter en conséquence. L'auteur estime en effet qu'il est vain de penser voir la fin de la pénalité humaine (par opposition à la pénalité légale) et qu'il faut au contraire encourager les citoyens à se confier à leur Raison, en faisant d'eux leur propre juge, comme celui des autres²⁰⁶. La publicité pénale est en réalité le vecteur de trois autres sanctions que GIRARDIN lui rattache indirectement : la privation des droits civiques et familiaux, l'internement dans la commune – à défaut d'être autorisé à voyager ou accueilli en dehors – et enfin l'exil volontaire. Chacune, quoiqu'à un degré différent, mène à un résultat similaire : « être mis hors la civilisation »²⁰⁷, plutôt qu'hors la loi. L'inscription du crime est le « seul châtement »²⁰⁸ du condamné, qui pourra rechercher sa propre amnistie par une conduite exemplaire ou un exil prolongé. Il est intéressant de constater ici que GIRARDIN, plus exhaustif que JEVONS dans sa critique du droit de punir, est également plus ambigu sur la question de l'exil, celui-ci ayant comme finalité principale celle de signifier au condamné sa faute là où l'auteur anglais voit plutôt un cadre nécessaire à sa rééducation²⁰⁹. Parce qu'il ne relève pas d'une prérogative

²⁰² E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p.173.

²⁰³ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 276.

²⁰⁴ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 285.

²⁰⁵ Anticipant les réactions, GIRARDIN décrit lui-même *l'inscription de la vie* comme « la marque, plus la civilisation, moins la barbarie » E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 290.

²⁰⁶ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 281.

²⁰⁷ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 289.

²⁰⁸ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 307.

²⁰⁹ Sans marquer une opposition de principe à une alternative similaire à celle proposée par JEVONS, GIRARDIN paraît néanmoins sceptique sur sa faisabilité : « Des communes pénales, des îles pénitentiaires où le châtement des malfaiteurs soit d'être gouvernés et administrés par eux-mêmes, c'est certainement là une idée séduisante ; mais

étatique, le stigmate apposé sur le condamné et les conséquences qui en découlent sont considérés sains par GIRARDIN et vecteurs indirects de son amendement²¹⁰. L'inscription de vie a pour objectif affiché de faire naître une « société de verre », où « la publicité pénale équivaut enfin à la certitude pénale, si vainement poursuivie et jamais atteinte »²¹¹. En dehors de la répulsion naturelle que peut éprouver le lecteur à l'idée d'une surveillance généralisée²¹², c'est surtout la reprise au compte de l'auteur de la théorie bien connue de MONTESQUIEU et BECCARIA qui interroge²¹³. La critique du droit de punir ne vaudrait qu'autant que celui-ci est prévu par la loi dans les conditions propres au droit pénal. Le principe de la peine comme facteur de dissuasion spéciale – par la honte éprouvée – et générale – par la publicité automatique – n'est finalement pas remis en question²¹⁴. A vivre plutôt qu'à mourir, l'idée demeure néanmoins de condamner, comme le fut Caïn à vagabonder sur Terre²¹⁵.

56. La troisième et dernière mesure que propose GIRARDIN est certainement la plus sensible puisqu'il s'agit tout simplement de la peine de mort dans l'hypothèse exclusive d'un homicide volontaire. Bien que favorable à son abolition, l'auteur estime la mesure seule capable d'assurer, à titre transitoire et pour une période maximale de vingt-neuf ans²¹⁶, la fonction de protection de la société que les peines privatives de liberté n'ont jamais pu assurer. Parce qu'elle évite le problème des libérés tout en « abrégant la souffrance »²¹⁷ que l'incarcération engendre, la peine capitale est perçue par l'auteur comme un moindre mal. Comme une provocation et pour souligner l'hypocrisie consistant à se positionner contre la peine de mort, mais pour la privation de liberté, il s'exclame : « si la vie humaine est inviolable, qu'elle ne soit violée sous

qu'importe qu'elle soit séduisante, si l'impossibilité de l'appliquer découle de sa nature même ! » E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 113.

²¹⁰ L'exclusion est censée stimuler un sentiment de honte nécessaire à la réforme du condamné. On retrouve ici la théorie de la honte réintégrative, esquissée par JEVONS et reprise par les penseurs de la justice restaurative.

²¹¹ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 305.

²¹² Une telle inquiétude devant être relativisée en considération du programme général de l'auteur, lequel s'articule autour d'une limitation des prérogatives étatiques, de l'abolition des peines corporelles et de l'utilisation des mesures de publicité comme stimulation d'une auto-régulation citoyenne.

²¹³ Ainsi, selon la formule bien connue de BECCARIA : « Ce n'est pas la rigueur du supplice qui prévient le plus sûrement les crimes, c'est la certitude du châtement. La perspective d'un châtement modéré, mais inévitable, fera toujours une impression plu forte que la crainte vague d'un supplice terrible qui laisse quelque espoir d'impunité ». C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, Chapitre XX, « Que le châtement doit être inévitable. Des grâces », p. 155.

²¹⁴ Notons par ailleurs que la condamnation n'aurait vocation à être inscrite que dans la mesure où l'individu ayant commis l'acte préjudiciable ait fait l'objet de poursuites. La question de la certitude pénale demeure donc en partie, puisqu'elle relève en réalité bien plus de la proportion d'auteurs saisis par le système pénal, que de celle des auteurs qui condamnés, ont effectivement été punis. Or, si la publicité influe sur la seconde catégorie, elle ne change rien à la première.

²¹⁵ Genèse 4 :12.

²¹⁶ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 309.

²¹⁷ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 63.

aucune forme, sous aucun prétexte, sous aucun motif, sous aucun nom ! »²¹⁸. La fermeture des établissements pénitentiaires durant cette période devrait, selon GIRARDIN, rapporter suffisamment d'argent aux caisses de l'Etat pour que celui-ci puisse mettre en place la grande réforme sociale qu'il propose par ailleurs, et faire rentrer dans les consciences son projet²¹⁹. Alors que JEVONS reconnaissait la nécessité d'un cercle carcéral, réservé à certains individus, GIRARDIN paraît convaincu qu'à l'issue de sa période transitoire le seul exil volontaire suffira à garantir la sécurité du corps social. Ces deux postures opposées relatives à l'épineuse question des citoyens les plus « dangereux » permettent d'entrevoir les tensions que l'on retrouvera plus tard, au sein de l'abolitionnisme contemporain²²⁰.

57. En dernière intention, GIRARDIN évoque le facteur le plus susceptible d'empêcher la réforme qu'il propose : l'absence de volonté politique. Lucide, il cite son contemporain Pellegrino ROSSI :

« Un pouvoir qui ne pense qu'à lui-même et qui a existé pendant longtemps avec un certain système pénal, doit éprouver une grande répugnance à en changer ; il s'agit pour lui de quitter un moyen de défense ou d'attaque éprouvé, pour en prendre un nouveau d'un succès plus ou moins problématique. Pourquoi hasarder un changement, à moins qu'il ne s'agisse d'augmenter dans l'intérêt du pouvoir lui-même la force du système existant ? »²²¹

58. En dépit des contradictions qui sont les siennes, l'ouvrage de GIRARDIN se situe incontestablement en précurseur de l'abolitionnisme pénal, tant par la radicalité de sa pensée qu'en raison de l'étendue de sa perspective.

²¹⁸ E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 66.

²¹⁹ Pour le détail de son projet qui comprend notamment l'extinction de la guerre, de l'ignorance, de la misère, la construction d'un Etat communal et la transformation de l'impôt forcé en prime volontaire d'assurance v. E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 351-356.

²²⁰ V. *Infra* n°287. Pour un premier aperçu du débat, v. N. CARRIER et J. PICHE, « Des points aveugles de la pensée abolitionniste dans le monde universitaire », *Champ pénal/Penal field* [Online], Vol. XII | 2015, consulté le 07.02.2021 ; J. THOMAS and S. BOEHLEFELD. "Rethinking Abolitionism: 'What Do We Do with Henry?'" Review of De Haan, 'The Politics of Redress.'" *Social Justice*, vol. 18, no. 3 (45), 1991, pp. 239–251.

²²¹ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Paris, Guillaumin et Cie Libraires, 2nd éd., Tome 1, 1855, p. 54. Cité par E. de GIRARDIN, *Du droit de punir*, Paris : Plon, 1871, p. 242

Conclusion de chapitre

59. Les individus étudiés, quoi qu’exprimant tous un rejet des postulats traditionnels en matière de criminalité, s’appuient sur des expériences et convictions différentes, desquelles découlent des perspectives variées et parfois franchement incompatibles. Cette hétérogénéité est caractéristique de l’abolitionnisme, mouvement pluraliste, par définition fondé sur l’expression des subjectivités. De celle-ci se dégage néanmoins une démarche et une finalité commune : le rejet des cadres de pensée officiels et l’émancipation des hommes vivant en société. Avec plus ou moins d’intensité, et en fonction de présupposés différents sur les origines de la collectivité – les minimalistes restant convaincus du bien-fondé du contrat social alors que les radicaux y voient un instrument d’oppression – chacun de ces individus précurseurs offre un regard différent sur la société, qui invite tant à l’inconfort de la remise en question, qu’au réconfort associé au sentiment d’appartenir à un projet commun : celui de l’abolition, et donc de sa propre libération.

Chapitre 2. L'héritage révolutionnaire

60. L'abolitionnisme s'ancre dans une conception du monde particulière, c'est-à-dire une « vue d'ensemble de la nature et de l'homme, une doctrine », semblable à une philosophie, mais ne lui étant pas réductible puisqu'elle intègre « l'activité pratique, sociale, politique, dédaignée ou reléguée au second plan par les philosophies traditionnelles »²²². Sans l'attribuer à un penseur individualisé plutôt qu'à un autre, il est néanmoins possible de rattacher la conception du monde abolitionniste à un héritage révolutionnaire, combinaison des pensées marxistes et libertaires, dont la proximité – entre elles et l'égard de l'abolitionnisme – s'explique par la même défiance vis-à-vis des structures d'autorité²²³. Fondé par un impératif de liberté, le programme politique révolutionnaire (Section 1) s'actualise, du point de vue éthique, par la libération du pluralisme des identités et des valeurs composant la collectivité (Section 2).

Section 1. Un programme politique fondé sur la liberté

61. Si l'on devait résumer l'attitude politique caractéristique de l'abolitionnisme, celle-ci tendrait en un mot : la contradiction. Moins parce que ce mouvement s'oppose « par principe », que parce qu'il repose sur un raisonnement *dialectique*, qui cherche dans la contradiction elle-même le sens et les modalités de la vie sociale. Directement héritée de la méthodologie marxienne²²⁴ (§1), la dialectique est également au cœur de la doctrine anarchiste (§2).

²²² H. LEFEBVRE, « Introduction », Henri Lefebvre éd., *Le marxisme. Que sais-je ?*, 2012, pp. 4-20.

²²³ « Dans des circonstances ordinaires, j'aurais pensé qu'il existe une affinité forte et naturelle entre la théorie marxienne en criminologie et l'abolitionnisme. Où peut-on trouver une formule telle que le " dépérissement de l'État " (et où ce " dépérissement " devrait-il commencer si ce n'est par les prisons) ? Nous pourrions, bien sûr, considérer l'anarchisme comme un rival de taille. Mais je dois avouer que, malgré tout ce qui s'est passé entre Bakounine, la Catalogne, le mouvement anti-autoritaire des années 1960 et leurs homologues "marxistes" respectifs, j'ai toujours considéré l'anarchisme comme très proche de la pensée marxienne, la principale différence étant une question empirique : devons-nous encore parier sur un développement encore plus poussé des forces de production comme condition préalable à une "révolutionnarisation" en profondeur de la formation sociale, ou sommes-nous déjà bien au-delà de ce point, notamment dans le développement concomitant des moyens de destruction et de domination ? » H. STEINERT, « Marxian theory and abolitionism: Introduction to a discussion » in J. M. MOORE *et al.*, (Dir.), *Beyond criminal justice*, EG press limited, London, 2016, p. 25.

²²⁴ « De plus, le marxisme rejette délibérément la subordination toute faite, immobile et immuable, des éléments de l'homme et de la société les uns aux autres ; mais il n'admet pas davantage l'hypothèse d'une harmonie

§1. L'influence méthodologique du marxisme

62. Qu'il soit évoqué en tant que conséquence de la « colonisation »²²⁵ des réflexions sur la déviance par la sociologie du conflit²²⁶ – soit, comme méthode –, ou comme reposant sur un « catéchisme anticapitaliste »²²⁷, – soit, comme idéologie – l'abolitionnisme est spontanément rattaché à la pensée marxiste. Les affinités entre les deux doctrines, qui peuvent en effet sembler « fortes et naturelles »²²⁸, reposent néanmoins sur une lacune importante puisque MARX ne s'est jamais intéressé directement à la question criminelle²²⁹. Le développement d'une « théorie marxiste de la déviance » serait même, pour certains auteurs, fondamentalement incompatible avec l'orthodoxie marxienne, laquelle repose sur des concepts qui lui sont propres et ne sont donc pas transposables à un champ de recherche qui lui préexiste²³⁰. « Théorie de l'histoire et non une théorie du comportement humain »²³¹, elle implique en effet une recomposition des grilles d'analyses traditionnelles des sociétés et de

spontanée. Il constate, en effet, des contradictions dans l'homme et la société humaine », H. LEFEBVRE, « Introduction », Henri Lefebvre éd., *Le marxisme*. Que sais-je ?, 2012, pp. 4-20.

²²⁵ R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, p. 59.

²²⁶ Notons qu'il existe pourtant une profonde fracture entre partisans de la criminologie néo-marxistes et partisans de la criminologie du conflit où « au lieu d'expliquer le conflit comme une conséquence des intérêts opposés, soit à maintenir, soit à transformer les rapports matériels de propriété, et le rapport politique comme le résultat du conflit, on considère inversement le conflit comme résultat du rapport politique de domination », A. BARATTA, « Conflit social et criminalité. Pour la critique de la théorie du conflit en criminologie », *Déviance et société*, Vol. 6, n°1, p. 3 ; v. également T. J. BERNARD, "Distinction between Conflict and Radical Criminology", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 72, Issue 1, Spring 1981, pp. 362-379.

²²⁷ P. MORVAN, *Criminologie*, Lexis-Nexis, 2^e éd., 2015, p. 151.

²²⁸ H. STEINERT, « Marxian theory and abolitionism: Introduction to a discussion » in J. M. MOORE *et al*, (Dir.), *Beyond criminal justice*, EG press limited, London, 2016, p. 25.

²²⁹ Plusieurs ouvrages proposent néanmoins – en plus de théories propres à leurs auteurs – des recensions commentées des textes de MARX sur la question juridique en générale et criminelle en particulier : v. en langue anglaise : David F. GREENBERG (Dir.), *Crime And Capitalism: Readings in Marxist Crimonology*, Temple University Press, 1993 ; M. COWLING, *Marxism and Criminological Theory*, Palgrave Macmillan, 2008 ; V. VEGH WEIS, *Marxism and Criminology. A history of Criminal selectivity.*, Leiden, Nederland : Brill, 2017 ; en langue française : M. VILLEY et N. POULANTZAS (dir.), *Marx et le droit moderne*, *Archives de philosophie du droit*, 12, 1967. ; E.B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-P. Brohm, Paris, E.D.I., 1970. ; P. LASCUMES et H. ZANDER, *Marx : du "vol de bois" à la critique du droit*, PUF, 1984. ; J. COULLEROT *et al*, (dir.), *Marx et le droit*, *Droit & Philosophie*, n° 10, 2018. Une liste plus complète figure sous l'entrée « Marxiste » du Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit. A-J. ARNAUD (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2018.

²³⁰ P. HIRST, « Marx and Engels on Law, Crime and Morality », In I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG (dir.), *Critical criminology*, Routledge, 1975, p. 204. Pour ces auteurs et selon Jean-Paul BRODEUR, « Une élucidation marxiste de la déviance passait de façon nécessaire par la dissolution de la criminologie, comme discipline autonome, au sein d'une économie politique structurée par les positions du Capital de Marx ».

J.-P. BRODEUR, « La criminologie marxiste : controverses récentes », *Déviance et société*, Vol. 8, n°1, 1984, p. 48. V. Également H. STEINERT, « Marxian theory and abolitionism: Introduction to a discussion » in J. M. MOORE *et al*, (Dir.), *Beyond criminal justice*, EG press limited, London, 2016, p. 35.

²³¹ T. J. BERNARD, "Distinction between Conflict and Radical Criminology", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 72, Issue 1, Spring 1981, p. 364.

leurs transformations (A), de laquelle il est néanmoins possible de déduire quelques conséquences sur le traitement de la criminalité (B).

A. Le matérialisme historique

63. Pour bien comprendre l'apport décisif de la pensée de MARX, il est nécessaire de faire quelques pas en arrière. Le XVIII^e siècle est celui des Lumières, définies par KANT comme « la sortie de l'homme hors de l'état de tutelle dont il est lui-même responsable. L'état de tutelle est l'incapacité de se servir de son entendement sans être dirigé par un autre »²³². Les Lumières doivent aider l'Homme à penser par lui-même pour parvenir seul à la Raison, détachée des préconceptions irrationnelles sur le monde, de l'histoire qui les a vu naître et du lieu qui les voit se multiplier. Émancipée de la tutelle de la religion et des superstitions, la société pourra se diriger vers le progrès entendu comme la liberté souveraine de l'Homme²³³. La doctrine rationaliste s'épuise néanmoins dans une contradiction : voulant élever l'Homme par la Raison, elle lui interdit la sensibilité, la passion, la spontanéité et l'ampute, donc, d'une part de son identité. En réaction s'érige le Romantisme, qui dès le début du XIX^e siècle problématise par le recours à l'Histoire l'objectivité du monde revendiquée par les classiques²³⁴. Pour les romantiques, si la Raison existe, celle-ci n'est jamais neutre car toujours située dans le temps et l'espace et dépendante d'une *culture*. C'est donc dans la littérature, la poésie, l'art ou la politique que l'Homme peut espérer se découvrir et constater la relativité de son être, lié de façon indépassable à l'Histoire, ses paradoxes, ses tumultes et ses hasards²³⁵. Convaincu lui aussi que personne ne peut échapper à son époque, que rien n'existe en dehors de l'Histoire – ni la Nature, ni Dieu, ni la Raison – HEGEL entend néanmoins démasquer la loi de son développement²³⁶. Cette loi, le philosophe la fonde sur le progrès de l'idée, l'Histoire devenant

²³² E. KANT, *Réponse à la question : Qu'est-ce que les Lumières ?* Paris, Pléiade, O. C. II, p. 209 (VIII, 35).

²³³ G. KRÜGER, « La philosophie à l'époque du romantisme », *Archives de Philosophie*, vol. 74, no. 1, 2011, pp. 83-99.

²³⁴ M. KOHLHAUER, « La part de l'Histoire : Romantisme, relativisme », *Romantisme*, 2001, n°114. L'expérience du relatif. pp. 5- 29.

²³⁵ « Espace-temps relatif, immanence, empirisme de l'humain, irrégularité, accidentel, sens caché, mystère, secret, nostalgie, historicité, forme ouverte, excentrisme, mouvement, évolution, rupture, humour, etc : tels sont, en vrac, quelques traits forts de ce qu'il faut bien appeler la révolution romantique. Ils s'opposent presque terme à terme à ceux qui définissent encore l'âge classique : espace absolu, transcendance, révélation ontologique, innéisme des valeurs et des normes, ordre, autorité, clarté, évidence du sens, intemporalité, immuabilité, axiomatique, perspective centrée, totalité fermée, sérieux, etc ». M. KOHLHAUER, « La part de l'Histoire : Romantisme, relativisme », *Romantisme*, 2001, n°114. L'expérience du relatif. pp. 5- 29.

²³⁶ Pour une étude synthétique de l'influence fondamentale d'HEGEL sur la philosophie européenne, V. J.-F. KERVEGAN, *Hegel et l'Hégélianisme*, « Que sais-je ? », PUF, 2017.

« le terrain où la liberté rationnelle s'affirme en s'objectivant »²³⁷. HEGEL déduit en effet de l'évolution du système politique une dialectique fondée sur le concept de liberté. Le passage d'une société sans loi à la féodalité puis à l'État démocratique témoigne selon lui d'une logique : chaque époque est définie par une conception de la liberté dont les contradictions et ruptures internes finissent par engendrer en réaction le développement d'une autre conception, à laquelle correspond alors une autre époque. Bien que non linéaire, l'Histoire demeure donc guidée par le mouvement de la meilleure réalisation de l'*idée* de liberté. La conception du monde de MARX est une réaction virulente à la dialectique d'HEGEL, qu'il qualifie de mystificatrice²³⁸ : les lois secrètes de l'Histoire ne reposent pas sur le concept, mais sur la matière.

64. La question que se pose MARX est la suivante : comment expliquer scientifiquement la manière dont une société s'organise pour produire la vie sociale ?²³⁹. Pour y répondre, il développe une méthode de lecture sociologique appelée le « matérialisme historique », et un outil conceptuel, le « mode de production » :

« Mes recherches aboutirent à ce résultat que 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 *qu'ils prennent au contraire leurs racines dans les conditions d'existence matérielles* dont Hegel, à l'exemple des Anglais et des Français du XVIII^e siècle, comprend l'ensemble sous le nom de « société civile », et que *l'anatomie de la société civile doit être cherchée à son tour dans l'économie politique*. J'avais commencé l'étude de celle-ci à Paris et je la continuai à Bruxelles où j'avais émigré à la suite d'un arrêté d'expulsion de M. Guizot. Le résultat général auquel j'arrivai et qui, une fois acquis, servit de fil conducteur à mes études, peut brièvement se formuler ainsi : *dans la production sociale de leur existence*, les hommes entrent en des rapports déterminés, nécessaires, indépendants de leur volonté, *rapports de production* qui correspondent à un degré de développement déterminé de *leurs forces productives matérielles*. L'ensemble de ces rapports de production constitue la *structure économique de la société*, la base concrète sur laquelle s'élève une *superstructure*

²³⁷ J.-F. KERVEGAN, *Hegel et l'Hégélianisme*, Chapitre VII. Droit, état, histoire, « Que sais-je ? », PUF, 2017.

²³⁸ K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique*, Quadrige/PUF, t. I, « Le procès de production du capital », 1993, p. 17.

²³⁹ Parmi la multitude d'exposés et de définitions du matérialisme historique, nous avons choisi de nous appuyer sur celle de M. MIAILLE, qui nous semble à la fois la plus claire, la plus nuancée et la plus complète. M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, pp. 71-95. Pour une analyse exhaustive du concept, v. l'ouvrage classique M. CORNFORTH, *Historical Materialism*, 2nd éd., International Publishers, 1971, 147 p. Pour un autre compte rendu synthétique, v. H. LEFEBVRE, « La sociologie marxiste ou matérialisme historique », in Henri LEFEBVRE éd., *Le marxisme.*, PUF, « Que sais-je ? », 2012, pp. 58-72.

juridique et politique et à laquelle correspondent des *formes de conscience sociales déterminées*. Le mode de production de la vie matérielle conditionne le processus de vie social, politique et intellectuel en général. *Ce n'est pas la conscience des hommes qui détermine leur être ; c'est inversement leur être social qui détermine leur conscience.* À un certain stade de leur développement, *les forces productives matérielles de la société entrent en contradiction avec les rapports de production existants*, ou, ce qui n'en est que l'expression juridique, avec les rapports de propriété au sein desquels elles s'étaient mues jusqu'alors. De formes de développement des forces productives qu'ils étaient ces rapports en deviennent des entraves. *Alors s'ouvre une époque de révolution sociale.* Le changement dans la base économique bouleverse plus ou moins rapidement toute l'énorme superstructure. Lorsqu'on considère de tels bouleversements, il faut toujours distinguer entre le bouleversement matériel - qu'on peut constater d'une manière scientifiquement rigoureuse - des conditions de production économiques et les formes juridiques, politiques, religieuses, artistiques ou philosophiques, bref, les formes idéologiques sous lesquelles les hommes prennent conscience de ce conflit et le mènent jusqu'au bout. Pas plus qu'on ne juge un individu sur l'idée qu'il se fait de lui-même, on ne saurait juger une telle époque de bouleversement sur sa conscience de soi; il faut, au contraire, *expliquer cette conscience par les contradictions de la vie matérielle, par le conflit qui existe entre les forces productives sociales et les rapports de production.* »²⁴⁰

65. Le matérialisme de MARX repose sur le constat selon lequel la vie sociale est une construction perpétuelle de l'Homme dans sa dimension matérielle – dans les phénomènes sociaux qui la composent, par la création et l'organisation de ses institutions – mais aussi intellectuelle – dans les représentations et sens qui lui sont donnés. C'est en ce sens qu'il parle de « *production sociale de l'existence* ». Cette production sociale s'organise par le biais de *rapports de production*. Le rapport fondamental est celui qui oppose les hommes à la Nature, puisque ceux-ci doivent en tirer les conditions de leur existence matérielle et dépasser ainsi l'état animal. Ce premier rapport s'opère par le moyen du travail. Il en découle un second rapport, tout aussi fondamental, qui cette fois-ci unit les hommes entre eux dans l'organisation et la répartition de ce travail. Ces rapports bien que trouvant leur origine dans l'activité humaine, finissent par gagner une forme d'autonomie et aliéner leurs créateurs : les hommes se retrouvent alors soumis à une organisation de la vie sociale qui les dépasse. L'enjeu de la

²⁴⁰ K. MARX, *Contribution à la critique de l'économie politique*, 1859, Paris, Girard, 1928, p. 4 et s, nous soulignons.

méthode Marxienne est de pouvoir rendre compte de cette organisation afin de donner aux hommes les moyens de leur libération. C'est ici qu'intervient le concept de « mode de production » :

« Si chaque société peut être comprise comme une manière d'organiser la vie sociale, donc de la produire, il y aura plusieurs *modes de production* possibles de cette vie sociale. Une étude scientifique peut alors s'attacher à déterminer quels sont ces différents modes de production et, pour chacun d'eux, leur logique de fonctionnement et, éventuellement, le passage de l'un à l'autre. »²⁴¹

66. La réalité sociale est complexe, dynamique et hétéroclite dans les phénomènes qui la composent. Pour l'appréhender cognitivement et être capable de penser sa transformation, une théorie « totale » est donc nécessaire, une théorie qui permette d'en rendre compte comme d'un « tout ». L'enjeu du matérialisme historique n'est pas de décrire chaque fait ou institution social(e) au sein d'une même théorie – le projet serait impossible – mais d'en chercher les règles de formation. Il ne s'agit pas de décrire *ce qu'ils sont* mais *par rapport à quoi ils se sont formés*. Ou, en d'autres termes, par quel mode de production.

67. Le mode de production apparaît sous la plume de MARX comme une totalité *structurée* par des règles qui agissent à trois instances distinctes. La première – la « *base* » – est celle de l'économie. La deuxième – la « *superstructure* » – correspond au juridique et au politique. La troisième enfin correspond à l'instance *idéologique*, celle des représentations intellectuelles. Chaque instance agit en autonomie, « elle participe au fonctionnement global avec sa propre logique, ses propres mécanismes, ses propres institutions »²⁴², dont il s'agit d'étudier les interactions et transformations respectives. La résistance de la structure est assurée par la relative indépendance de ses instances entre elles, chacune s'adaptant selon ses besoins propres pour assurer la plus grande stabilité de l'ensemble. Si la structure forme un tout, celle-ci n'est possible que parce que le jeu des rapports entre instances est bien plus nuancé qu'un

²⁴¹ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 80.

²⁴² M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 82.

simple déterminisme mécanique²⁴³. Comme le relève M. MIAILLE, réduire cette complexité aboutit à deux écueils courants dans l'exposé et l'application des théories marxistes²⁴⁴.

68. Le premier est celui de l'« économisme » et consiste à accorder une trop grande importance à la première instance au détriment des deux autres²⁴⁵. La conséquence de cette hypertrophie est fâcheuse car elle entraîne le désintérêt des autres instances – politique, juridique, idéologique – qui ne sont plus alors que des coquilles vides, des images intégralement déterminées dans leur forme par l'économie, seule discipline méritant alors d'être étudiée²⁴⁶. Cette interprétation a pourtant été formellement rejetée par ENGELS, qui la considère comme « absurde »²⁴⁷. Elle aboutit en outre à masquer les enjeux des pouvoirs, les contradictions, les tensions qui traversent la structure et en modèlent les instances, lesquelles sont cristallisées dans la société capitaliste par la lutte des classes opposant la bourgeoisie au prolétariat. Notons que pour un auteur, les accusations d'économisme adressées à MARX et au Marxisme seraient largement influencées par les idéologies bourgeoises²⁴⁸. Pour un autre, il s'agirait d'une mauvaise traduction du terme allemand « bedingen » qui ne devrait pas se comprendre comme « déterminés » mais « être mutuellement dépendants »²⁴⁹.

²⁴³ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 83.

²⁴⁴ Lesquels sont d'ailleurs à l'origine de nombreuses controverses dans le domaine de la criminologie critique et radicale, V. R. VAN SWAANINGEN, « Vingt ans de “Déviance et Société” sous l'angle de la criminologie critique », *Déviance et société*, 1997, Vol. 21, n°1 et T. J. BERNARD, “Distinction between Conflict and Radical Criminology”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 72, Issue 1, Spring 1981, pp. 362-379.

²⁴⁵ Des ouvrages de grande qualité participent à sa perpétuation, aboutissant à stéréotyper l'apport marxien. Ainsi le Vocabulaire technique et critique de la philosophie de A. LALANDE, qui propose la définition suivante du matérialisme historique : « Terme créé par Engels pour désigner la doctrine de Karl Marx, d'après laquelle les faits économiques sont la base et la cause déterminante de tous les phénomènes historiques et sociaux ». A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e ed., 2010, v. « Matérialisme historique ».

²⁴⁶ « Le système politique, les théories philosophiques, les règles juridiques, le système éducatif, tout devient un écran tendant à masquer les phénomènes concrets » M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 85.

²⁴⁷ « C'est Marx et moi-même, partiellement, qui devons porter la responsabilité du fait que, parfois, les jeunes donnent plus de poids qu'il ne lui est dû au côté économique. Face à nos adversaires, il nous fallait souligner le principe essentiel nié par eux, et alors nous ne trouvions pas toujours le temps, le lieu ni l'occasion de donner leur place aux autres facteurs qui participent à l'action réciproque [...] D'après la conception matérialiste de l'histoire, le facteur déterminant dans l'histoire est, en dernière instance, la production et la reproduction de la vie réelle. Ni Marx ni moi n'avons jamais affirmé davantage. Si ensuite quelqu'un torture cette proposition pour lui faire dire que le facteur économique est le seul déterminant, il la transforme en une phrase vide, abstraite, absurde ». F. ENGELS. Lettre à J. Bloch, le 21 septembre 1890.

²⁴⁸ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2018, p. 13, se référant à D. MELOSSI, “The penal question in Capital”, In *punishment and penal discipline*, T. PLATT and P. TAGAKI (Dir.), Center for research of criminal justice, 1980, p. 199.

²⁴⁹ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2018, p. 13, citant A. BORON, “Por el necesario (y demorado) retorno al marxismo”, *Teoría Marxista hoy*. Bs. As : Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006.

69. Le second écueil est celui du « volontarisme », et consiste à l'inverse à la survalorisation des superstructures, et notamment de l'instance juridique. Le droit y est en effet présenté comme « l'expression de la volonté de la classe dominante qui mettait en place les institutions, les mécanismes ou les raisonnements favorables à ses intérêts »²⁵⁰. Confinant à un complotisme simpliste, cette seconde interprétation masque les facteurs économiques, détache les autres instances de leur ancrage historique et interdit ainsi leur description scientifique – puisque le rapport fondamental n'est plus à la nature mais à l'« intérêt » des classes dominantes, qu'il semble bien périlleux d'hypostasier – c'est-à-dire prendre pour une réalité ce qui n'est qu'un concept.

70. Le matérialisme de MARX impose de renoncer à la possibilité d'expliquer la vie sociale par une cause unique, qu'il s'agisse de l'économie, de la classe dominante, de la Raison humaine, ou de l'expérience du réel²⁵¹. Il faut au contraire rechercher une causalité structurelle, interne au système même qu'il s'agit d'expliquer : « Ce n'est pas le niveau économique, politique ou idéologique qui explique tel ou tel geste que j'ai accomplis, c'est la structure complexe des causalités qui appartiennent à ces différents niveaux qui est "la cause" de ce geste »²⁵². Avec, en dernière instance – en dernier obstacle – la contrainte inéluctable de la nature et donc de l'économie.

71. La critique constitutive de MARX se borne ainsi « à comparer et à confronter un fait, non avec l'idée, mais avec un autre fait »²⁵³, à déduire les contradictions propres à la matérialité de chaque objet concret pour identifier la loi qui gouverne les mouvements sociaux et ainsi les prévoir, voire les amorcer. C'est suivant cette logique que l'auteur énonce, dans la préface du *Capital*, la portée révolutionnaire de sa doctrine :

« Dans sa forme mystifiée, la dialectique devint une mode allemande, parce qu'elle semblait glorifier l'état de choses existant. Dans sa configuration rationnelle, elle est un scandale et une abomination pour les bourgeois et leurs porte-parole doctrinaires, parce que dans l'intelligence positive de l'état de choses existant elle inclut du même coup l'intelligence de sa négation, de sa

²⁵⁰ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 87.

²⁵¹ Raison humaine et expérience du réel renvoient à deux autres conceptions du monde, que sont l'idéalisme et le positivisme et que nous étudierons plus en avant. V. *Infra* n° 104.

²⁵² M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 89.

²⁵³ K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique*, Quadrige/PUF, t. I, « Le procès de production du capital », 1993, p. 16, citant un commentateur de son ouvrage *Critique de l'économie politique*.

destruction nécessaire, parce qu'elle saisit toute forme faite dans le flux du mouvement et donc aussi sous son aspect périssable, parce que rien ne peut lui en imposer, parce qu'elle est, dans son essence, critique et révolutionnaire. »²⁵⁴

72. Dans la pensée marxienne, connaissance et pratique révolutionnaire sont confondues. C'est uniquement en adoptant la méthode scientifique qu'il propose qu'il devient possible de se débarrasser des *fétiches idéologiques*. Ces fétiches sont les abstractions qui se développent du fait de la division du travail social. L'apparition du travail intellectuel éloigne les hommes des rapports de production du réel et les poussent au contraire à se réfugier dans des métaphysiques – la religion, la morale, le droit – « essentielles en apparence, subordonnées en fait »²⁵⁵. Voilà le renversement que MARX dénonce lorsqu'il affirme que « ce n'est pas la conscience des hommes qui détermine leur être ; c'est inversement leur être social qui détermine leur conscience ». Les idéologies, autonomisées des consciences qui les reçoivent, agissent comme un voile masquant la réalité du processus historique, du mode de production et de la domination bourgeoise. Ce faisant, elles retardent le progrès technique des forces productrices et assurent ainsi le maintien de la structure. Le communisme, et à travers lui la méthode marxienne décrite, doit permettre de lever le voile de l'idéologie et, par la connaissance scientifique de l'Histoire, mener à la libération du prolétariat. L'humanisme de MARX n'est ni fondé sur une essence de l'Homme, ni sur une idée du juste ou du bien mais sur la souffrance qu'il ressent réellement. Sa doctrine postule que « L'homme est, pour l'homme, l'être suprême. Elle aboutit donc à l'impératif catégorique de renverser toutes les conditions sociales où l'homme est un être abaissé, asservi, abandonné, méprisable »²⁵⁶. Le moteur de l'Histoire comme l'idée qu'il se fait du bonheur²⁵⁷ prennent ainsi inéluctablement la forme d'une lutte perpétuelle.

73. Considéré dans sa seule dimension méthodologique, le matérialisme historique offre une grille d'analyse des faits sociaux novatrice, au sein de laquelle se confondent théorie et pratique révolutionnaire – puisque la connaissance scientifique doit mener au dépassement du mode de production capitaliste. Appliquée au domaine pénal, la méthode marxienne engage à

²⁵⁴ K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique*, Quadrige/PUF, t. I, « Le procès de production du capital », 1993, p. 18.

²⁵⁵ H. LEFEBVRE, « La sociologie marxiste ou matérialisme historique », *Le marxisme*, PUF, « Que sais-je ? », 2012, pp. 58-73.

²⁵⁶ K. MARX, *Contribution à la Critique de la Philosophie du Droit de Hegel. Œuvres philosophiques*, Éd. A-Costes, T. I, p. 96-97.

²⁵⁷ A. SCHAFF, « L'humanisme marxiste », *L'Homme et la société*, N. 7, 1968, pp. 3-18.

considérer le droit répressif dans les relations qu'il entretient nécessairement avec les conditions sociales et la structure économique dans laquelle il s'insère :

« Une théorie critique du contrôle du crime dans la société capitaliste considère désormais le droit pénal comme un instrument coercitif de l'État, utilisé par l'État et sa classe dirigeante pour préserver l'ordre économique et social existant. Par conséquent, en développant une théorie marxiste critique du contrôle du crime, nous devons considérer les questions suivantes : (1) le délit et la classe dirigeante, (2), le contrôle du crime dans l'État capitaliste, et (3) la démystification de la loi. L'objectif est une compréhension critique du régime juridique moderne. »²⁵⁸

B. L'analyse marxienne du crime

74. Si la méthode marxienne exerce une influence incontestable sur la criminologie critique, il est toutefois plus difficile de déduire des seuls écrits de l'auteur une théorie cohérente du phénomène criminel. Paul HIRST identifie en effet trois positionnements distincts de MARX sur la question spécifique du crime²⁵⁹. Ceux-ci correspondent à trois temps de l'évolution de la pensée de l'auteur, le plus tardif étant considéré comme le plus « conforme »²⁶⁰ à sa méthode. À partir de 1848 en effet, MARX introduit la catégorie du « *lumpenproletariat* » ou « prolétariat en haillons »²⁶¹ pour désigner la part de la population qu'il considère d'abord comme « le rebut », « le déchet », « l'écume de toutes les classes de la société »²⁶², pour ensuite leur reconnaître une forme de productivité, voire d'utilité sociale²⁶³. Dans les deux hypothèses

²⁵⁸ R. QUINNEY, "Crime control in Capitalist Society: a Critical Philosophy of Legal Order", *Critical Criminology*, New-York : Routledge, 1975, pp. 241-242.

²⁵⁹ P. HIRST, « Marx and Engels on Law, Crime and Morality », In I. Taylor, P. Walton, J. Young (dir.), *Critical criminology*, Routledge, 1975, pp. 203-232.

²⁶⁰ T. J. BERNARD, "Distinction between Conflict and Radical Criminology", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 72, Issue 1, Spring 1981, p. 364.

²⁶¹ R. HUARD, « Marx et Engels devant la marginalité : la découverte du lumpenproletariat », *Romantisme*, 1988, n°59. Marginalités, p. 5. Pour une autre étude du concept dans la pensée marxienne, v. H. DRAPER, « The concept of the lumpenproletariat in Marx and Engeld, *Economies et Sociétés*, 6, n°12, déc. 1972, pp. 285-312.

²⁶² K. MARX, *Le dix-huit Brumaire de Louis Bonaparte*, Ed. Sociales, 1984, p. 136, cité dans R. HUARD, « Marx et Engels devant la marginalité : la découverte du lumpenproletariat », *Romantisme*, 1988, n°59. Marginalités, p. 13.

²⁶³ K. MARX, *Théorie sur la plus-value*, t. I, Ed. Sociales, 1974, pp. 452-55, « Le criminel produit une impression tantôt morale, tantôt tragique, et rend un 'service' en piquant au vif les sentiments moraux et esthétiques du public. Il ne produit pas seulement les livres de droit criminel, la loi criminelle elle-même, et ainsi les législateurs, mais aussi l'art, la littérature, les romans et les drames tragiques [...] On peut prouver jusque dans le détail l'influence qu'exerce le criminel sur les forces productives. Les serrures auraient-elles jamais atteint leur perfection actuelle s'il n'y'avait pas de voleurs ? ». La portée de ce passage est néanmoins à relativiser, car s'il permet de défier le cliché de « l'anathème contre le Lumpenproletariat » pour un auteur (G. SALLE, « Bénéficiaires secondaires du

néanmoins, cette partie de la population sans emploi, marginalisée et désolidarisée de la lutte menée par les prolétaires travailleurs est associée par MARX au crime et à la « dangerosité »²⁶⁴. Vivement critiquée par certains marxistes, la théorie du *Lumpenproletariat* tendrait à consacrer une définition naturelle du crime mais serait trop floue pour en déduire une réelle théorie marxienne du crime²⁶⁵, échouerait en outre à fournir une représentation sociale cohérente, et serait en réalité utilisée par MARX pour humilier les membres du prolétariat ayant soutenu Louis-Napoléon BONAPARTE²⁶⁶.

75. Pour d'autres auteurs au contraire, la description de cette « sous-classe criminelle » serait une précieuse contribution et permettrait de rendre compte des racines structurelles de la criminalité moderne²⁶⁷. En effet, les mouvements de croissance et décroissance qui découlent du mode de surproduction capitaliste entraînent mécaniquement des périodes de hausse du chômage et de « surpopulation relative »²⁶⁸ des travailleurs. Privés d'emploi et précarisés, ces derniers sont alors marginalisés et rendus « sujet au vice et au crime »²⁶⁹. Suivant cette analyse, les causes de la criminalité dépendent directement des modes de production capitalistes et des « processus de stratification sociale »²⁷⁰. Cette perspective semble confirmée par un second texte de MARX, aux termes duquel l'auteur s'associe au positivisme sociologique et à la pensée de QUETELET avant d'énoncer que « ce n'est pas tant les institutions politiques particulières d'un pays que les conditions fondamentales de la société *bourgeoise* traditionnelle en général,

crime, selon Karl Marx », *Savoir/Agir*, 2009/3 (n° 9), p. 13), il se réduit à une satire dirigée contre MALTHUS, auquel il reproche sa distinction artificielle entre travail productif et improductif pour un autre (M. COWLING, "Can Marxism Make Sense of Crime ?", *Global Discourse*, 2 :2, 2011, pp. 59-74).

²⁶⁴ « Enfin, le dernier résidu de la surpopulation relative habite l'enfer du paupérisme. Abstraction faite des vagabonds, des criminels, des prostituées, des mendiants, et de tout ce monde qu'on appelle les classes *dangereuses*, cette couche sociale se compose de trois catégories. » (Nous soulignons) K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique*, Quadrige/PUF, t. I, « Le procès de production du capital », Chapitre XXV, « Loi générale de l'accumulation capitaliste », 1993. V. également R. BUSSARD, « The 'dangerous class' of Marx and Engels: The rise of the idea of the Lumpenproletariat », *History of European Ideas*, 8:6, 1987, pp. 675-692.

²⁶⁵ M. CAIN et A. HUNT, *Marx and Engels on law*, London; NY: Academic Press, 1979, p. 149.

²⁶⁶ M. COWLING, « The Lumpenproletariat as the Criminal Class? », In *Marxism and Criminological Theory*, Palgrave Macmillan, London, 2008, p 149 et s.

²⁶⁷ L. FERRAJOLI and D. ZOLO, « Marxism and the criminal question », *Law and Philosophy*, 4, 1985, pp. 71- 99, spec pp. 85-86.

²⁶⁸ K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique*, Quadrige/PUF, t. I, « Le procès de production du capital », Chapitre XXV, « Loi générale de l'accumulation capitaliste », 1993.

²⁶⁹ T. J. BERNARD, "Distinction between Conflict and Radical Criminology", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 72, Issue 1, Spring 1981, p. 365: "subject to vice and crime". La Théorie économique des crises de MARX et ses liens avec la précarisation des travailleurs sont détaillés par l'auteur au chapitre XXV du premier volume du *Capital*, intitulé « Loi générale de l'accumulation capitaliste », et plus particulièrement aux sections III et IV.

²⁷⁰ L. FERRAJOLI et D. ZOLO, « Marxism and the criminal question », *Law and Philosophy*, n°4, 1985, p. 86: "processes of social stratification".

qui produisent un taux de crime moyen dans une fraction de la société nationale donnée »²⁷¹. Plus que corolaire du capitalisme, le crime est parfois même présenté par l'auteur comme un moyen de s'en émanciper : dans la thèse de la « rébellion primitive »²⁷², il est l'expression d'une lutte des personnes marginalisées contre les conditions sociales existantes et les incriminations, celle d'un biais des classes dominantes²⁷³.

76. L'œuvre de MARX offrirait une autre suggestion précieuse à la criminologie : celle de la critique de la « superstition » chrétienne et bourgeoise du libre arbitre et de la responsabilité individuelle, laquelle serait à l'origine de la doctrine pénale moderne par le biais de la culpabilité²⁷⁴. On trouve néanmoins dans l'œuvre importante de PAŠUKANIS, une nuance à cette proposition, le concept de culpabilité étant conditionné non par le préjugé chrétien mais par la forme économique capitaliste²⁷⁵. On perçoit ici l'une des ambiguïtés à laquelle peut mener différents niveaux d'analyse de la pensée de MARX. Celle-ci s'inscrit par ailleurs dans une évolution plus large de la pensée de l'auteur sur le rôle du droit pénal, laquelle a donné lieu à plusieurs interprétations, instituées en différentes branches criminologiques « néo-marxistes », respectivement instrumentaliste, structuraliste et néo-gramscienne²⁷⁶. Elle a

²⁷¹ K. MARX, "Capital punishment", *New-York Daily Tribune*, February 17-18, 1853: "That it is not so much the particular political institutions of a country as the fundamental conditions of modern *bourgeois* society in general, which produce an average amount of crime in a given national fraction of society". V. également F. DIGNEFFE, « Problèmes sociaux et représentations du crime et du criminel », in DEBUYST C. et al (Dir.) *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, t.1, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, pp. 201-212.

²⁷² L'expression est empruntée à M. CAIN et A. HUNT, cités par T. J. BERNARD, "Distinction between Conflict and Radical Criminology", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 72, Issue 1, Spring 1981, p. 366.

²⁷³ V. par exemple : « 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 » K. MARX et F. ENGLES, *L'Idéologie allemande*, Paris, Editions sociales, 2012, t. I, Chap. III, « Saint Max » (nous soulignons). Pour un auteur, cette analyse flirterait avec l'anarchisme de BAKOUNINE (R. O. HINCH, *The analysis of class, state, and crime : a contribution to critical criminology*, thèse de philosophie, Université de McMaster, 1984, pp.159-194), V. *Infra* n°80 et s. Pour un autre, elle s'inscrit dans une perspective proche des théories à venir dites de « l'étiquetage » T. J. BERNARD, "Distinction between Conflict and Radical Criminology", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 72, Issue 1, Spring 1981, p. 366. V. *Infra* n°262.

²⁷⁴ L. FERRAJOLI and D. ZOLO, « Marxism and the criminal question », *Law and Philosophy*, 4, 1985, p. 87. On peut ici citer le passage suivant de *La Sainte famille* : « Comme est humaine, par comparaison avec cette cruauté chrétienne, la théorie ordinaire de la peine, qui se contente de couper la tête à l'homme qu'elle veut anéantir ! », K. MARX et F. ENGLES, *La Sainte famille ou Critique de la Critique critique contre Bruno Bauer et consorts*, 1845, p. 184.

²⁷⁵ « Il ne suffit pas de présenter le concept de culpabilité comme un préjugé pour pouvoir introduire aussitôt dans la pratique une politique pénale qui rende effectivement superflu ce concept. Tant que la forme marchande et la forme juridique qui en découle continueront à imprimer à la société leur marque, l'idée absurde au fond, c'est-à-dire du point de vue non juridique, que la gravité de chaque délit peut être pesée et exprimée en mois ou en années d'emprisonnement, conservera dans la pratique judiciaire sa force et sa signification réelles ». E.B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-P. BROHM, Paris, E.D.I, 1971, p. 170. V. *Infra* n°173 et s.

²⁷⁶ P. HEBBERECHT, « Les processus de criminalisation primaire », *Déviance et société*, Vol. 9, n°1, 1985, pp. 68-71. Dans la perspective *instrumentaliste*, la loi pénale est un *outil* dont se sert la classe dominante pour assurer ses propres intérêts, tant par le biais d'une répression des comportements qui risquent de lui porter atteinte, que par la

également engendré un débat sur l'appréhension marxienne de la pénalité, laquelle serait soit compatible avec la finalité rétributive de la peine²⁷⁷, soit uniquement instrument de lutte efficace contre les classes dominantes si étrangère à elle²⁷⁸, soit, à l'inverse, nécessairement rejetée car intrinsèquement dépendante de l'idéologie morale bourgeoise²⁷⁹. Le flou entourant la théorie criminologique de MARX s'étend jusqu'à la question de l'existence même de la criminalité en société communiste. Ainsi, pour les théoriciens de la Nouvelle Criminologie, courant se voulant directement inspiré du marxisme, « l'abolition du crime *est* possible sous certains arrangements sociaux »²⁸⁰ alors que pour un autre auteur, au contraire, « il semble exister des raisons de penser qu'il pourrait y avoir en réalité plus de crime dans une société communiste que dans la société capitaliste actuelle »²⁸¹. Une dernière autrice enfin, s'appuyant sur un texte de LENINE, estime au contraire que « le socialisme n'a pas pour intention de dépasser toute forme d'antagonisme, mais seulement ceux de classes »²⁸². C'est en effet ce qui nous semble le plus conforme à la pensée de MARX, dont le point de départ et d'arrivée théorique est celui de la souffrance réelle des hommes, et non celui d'une société parfaite. Pour le dire autrement, le marxisme s'arrête à « *l'abolition* des causes sociales du malheur de

diffusion d'une image de la criminalité éloignée de ses propres pratiques. Dans la perspective *structuraliste*, le droit pénal n'a pas vocation à assurer les intérêts subjectifs d'un petit groupe, mais simplement à garantir, *en autonomie*, les conditions du capitalisme en dépit des luttes internes à son fonctionnement. Moins que mode de contrôle social, il est ici principalement vecteur d'une idéologie facilitant le travail et l'accumulation des richesses. La perspective *gramscienne* enfin, – du nom de l'italien Antonio GRAMSCI – combine les deux perspectives précédentes. L'Etat est instrumentalisé par la classe dominante, par le biais d'une *relative autonomie* qui lui permet de prendre suffisamment en considération les intérêts des classes dominées pour les conformer au capitalisme. La loi pénale par sa double fonction répressive et idéologique est le vecteur privilégié de cette éducation aux valeurs capitalistes. Sur les effets regrettables de ce « délavage criminologique du *corpus* marxiste », v. J.-P. BRODEUR, « La criminologie marxiste : controverses récentes », *Déviance et société*, Vol. 8, n°1, 1984, pp. 43-70. Pour une autre présentation, articulée autour des modèle *instrumentaliste* et *expressiviste*, v. O. CHASSAING, « Marx et les théories marxistes de la peine : Abstraction du droit ou de la critique ? », *Droit & Philosophie*, n° 10 : Marx et le droit, 2018, pp. 207-208. Le modèle *expressiviste*, dérivé de la perspective gramscienne permettant, selon l'auteur, de dépasser la conception de l'idéologie comme « représentation fautive et mystificatrice du réel et saisir ses effets pratiques sur les représentations, les discours et les conduites ».

²⁷⁷ J. G. MURPHY, "Marxism and retribution", *Philosophy and Public affairs*, Vol. 2, 1973, pp. 217-243. Notons que l'auteur s'appuie principalement sur le texte précité K. MARX, « Capital punishment », *New-York Daily Tribune*, February 17-18.

²⁷⁸ O. CHASSAING, « Marx et les théories marxistes de la peine : Abstraction du droit ou de la critique ? », *Droit & Philosophie*, n° 10 : Marx et le droit, 2018, pp. 209-215. L'auteur s'appuie ici sur l'approche néo-gramscienne soutenue par S. BUCKEL et auquel il semble s'associer. (S. BUCKEL, « la forme dans laquelle peuvent se mouvoir les contradictions ». Pour une reconstruction de la théorie matérialiste du droit », *Actuel Marx*, vol. 47, no. 1, 2010, pp. 135-149).

²⁷⁹ A. W. NORRIE, "Marxism and the critique of criminal justice", *Contemporary Crises*, n°6, 1982, pp. 59-73. V. Également O. CHASSAING, « Marx et les théories marxistes de la peine : Abstraction du droit ou de la critique ? », *Droit & Philosophie*, n° 10 : Marx et le droit, 2018, pp. 209-215. L'auteur fait ici référence à la théorie marxiste du droit de E.B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-P. BROHM, Paris, E.D.I, 1971.

²⁸⁰ Notons qu'ici les auteurs évoquent le crime comme fait social. I. TAYLOR, P. WALTON and J. YOUNG, *The New Criminology. For a social theory of deviance*, Routledge & Kegan Paul, 1973, p. 281.

²⁸¹ Notons qu'ici l'auteur évoque le crime comme incrimination. M. COWLING, "Can Marxism Make Sense of Crime?", *Global Discourse*, 2:2, 2011, p. 74.

²⁸² V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 15.

l'homme »²⁸³, sans jamais postuler que d'autres obstacles ne se dresseront pas entre lui et un bonheur autrement conçu que dans et par la lutte.

77. Par mimétisme théorique, une question similaire divise l'abolitionnisme pénal²⁸⁴, et avec elle celle de savoir l'influence exacte qu'exerce la structure capitaliste sur la production du droit. La méthode matérialiste irrigue les travaux d'abolitionnistes fondateurs, à l'image de CHRISTIE, qui consacre plusieurs ouvrages à la démonstration des liens qu'entretiennent les politiques criminelles occidentales et l'économie capitaliste²⁸⁵. MATHIESEN, bien qu'adoptant lui aussi expressément la méthode matérialiste, n'en demeure pas moins conscient de ses limites indépassables – « Comme d'autres conceptions généralisées de la société, la conception matérialiste demeure en dernière instance une interprétation théorique et politique du monde, un paradigme, un façon de saisir le monde conceptuellement » – sans toutefois perdre de vue ce qui en fait l'essence: « Les philosophes n'ont fait qu'interpréter le monde de manière diverse ; le but, cependant, est de le changer »²⁸⁶.

78. Changer le monde sans attendre des structures qu'elles s'effondrent d'elles-mêmes, voici, en quelques mots, le programme anarchiste, second point d'ancrage des théories abolitionnistes.

§2. *L'influence substantielle de l'anarchisme*

79. Quoi que n'étant pas un mouvement uniforme²⁸⁷, l'anarchisme dans sa forme collective rassemble sous une même étiquette des pensées suffisamment semblables pour être à la fois distinguées du marxisme et rapprochées de l'abolitionnisme. Il est d'ailleurs utile de noter que les thèses l'opposant au premier courant sont également celles qui le rapprochent du

²⁸³ A. SCHAFF, « L'humanisme marxiste », *L'Homme et la société*, n° 7, 1968, p. 18. Nous soulignons.

²⁸⁴ V. SALEH-HANNA, *Penal abolition: an ideological and practical venture against criminal (in)justice and victimization*, these de criminologie, Ottawa, 2000, p. 143.

²⁸⁵ N. CHRISTIE, *L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident*. Autrement, « Frontières », 2003, 232 p. spèc, chapitre 8 « Le contrôle de la criminalité, un produit » et N. CHRISTIE, *A suitable amount of crime*, Routledge, 2004, 137 p.

²⁸⁶ R. S. DE FOLTER, "On the methodological foundation of the abolitionist approach to the criminal justice system. A comparison of the ideas of Hulsman, Mathiesen and Foucault", *Contemporary Crises*, 1986, pp. 39-62, citant T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1980, p. 74.

²⁸⁷ Pour un compte rendu des différentes postures relevant de l'anarchisme, v. l'ouvrage de référence D. GUERIN, *Ni dieu ni maître. Anthologie de l'anarchisme.*, Éditions La Découverte, Paris, 2011, 768 p.

second, tant du point de vue du modèle sociale défendu (A) que de la politique criminelle proposée (B).

A. La théorie sociale anarchiste

80. Le constat opéré par les penseurs anarchistes des contradictions internes au capitalisme, de l'exercice de la domination bourgeoise, de ses conséquences sur les populations les plus pauvres et de l'organisation du maintien de leur ignorance s'accorde en de nombreux points avec la critique sociale marxienne. BAKOUNINE se dira même fier d'être disciple de MARX lors de son adhésion à la première internationale en 1868²⁸⁸, avant toutefois que les oppositions fondamentales entre les deux hommes n'en provoquent la dissolution²⁸⁹. Le point d'achoppement le plus sensible est celui, bien connu, du rôle à tenir par l'État au lendemain de la révolution. Alors que seule sa disparition immédiate est susceptible de permettre aux hommes de retrouver leur liberté naturelle dans la configuration anarchiste²⁹⁰, MARX propose au contraire son maintien durant une période transitoire et l'utilisation de sa puissance coercitive au service d'une « *dictature révolutionnaire du prolétariat* »²⁹¹ afin d'endiguer une contrerévolution de la bourgeoisie. Ce clivage entre « communisme autoritaire » et « communisme anarchiste », repose en réalité sur la question fondamentale de la place de l'individu dans la société²⁹² liée à celle, philosophique, de la nature de l'Homme.

81. Pour MARX, nous l'avons vu, la nature humaine n'est pas essentialisée, elle est au contraire mouvante et fonction des conditions économiques d'une époque donnée. La dimension collective du communisme est un impératif en ce qu'elle permet la mise en commun des savoirs et modes de production et donc l'accession à un degré de rationalité supérieur. La

²⁸⁸ Lettre de Bakounine à Marx du 22 décembre 1869.

²⁸⁹ Pour le détail des oppositions philosophiques entre les deux hommes, v. A. ROBERTSON, « The Philosophical roots of the Marx-Bakunin conflict », *What's next*, Décembre 2003. Pour une analyse relative aux divergences de pratiques politiques, v. J.-C. ANGAUT « Le conflit Marx-Bakounine dans l'internationale : une confrontation des pratiques politiques », *Actuel Marx*, vol. 41, n°1, 2007, pp. 112-129.

²⁹⁰ M. BAKOUNINE, « Fédéralisme, socialisme et antithéologisme », in *Œuvres*, P.-V Stock, t. I, 1895 : « Nous nous hâtons d'ajouter, que nous repoussons énergiquement toute tentative d'organisation sociale qui, étrangère à la plus complète liberté tant des individus que des associations, exigerait l'établissement d'une autorité réglementaire de quelque nature que ce fût, et qu'au nom de cette liberté que nous reconnaissons comme l'unique fondement et comme l'unique créateur légitime de toute organisation, tant économique que politique, nous protesterons toujours contre tout ce qui ressemblera, de près ou de loin, au communisme et au socialisme d'État ».

²⁹¹ K. MARX, *Critique du programme de Gotha*, les Editions sociales, coll. Geme, 2008, Partie IV, « Gloses marginales au programme du parti Ouvrier allemand » : « Entre la société capitaliste et la société communiste, se place la période de transformation révolutionnaire de celle-là en celle-ci. A quoi correspond une période de transition politique où l'État ne saurait être autre chose que la *dictature révolutionnaire du prolétariat* ».

²⁹² P. KROPOTKINE, « Communisme et anarchie », *Publications des « temps nouveaux »*, n°27, 1903, p. 4.

liberté résulte alors du dépassement de la nature par l'action rationnelle de l'Homme²⁹³ ; d'où la nécessité de conserver, pour une période transitoire, l'appareil coercitif étatique afin de garantir les conditions économiques propices à la diffusion de cette nouvelle rationalité et, *in fine*, à l'émergence d'une nouvelle humanité.

82. Largement influencés par les thèses darwiniennes, les anarchistes BAKOUNINE et KROPOTKINE considèrent à l'inverse la nature humaine dépendante de lois naturelles, prédisposant l'Homme à des comportements garantissant sa survie. Parce qu'il les a reconnues comme telles, parce qu'elles lui appartiennent au niveau le plus fondamental, seule l'obéissance à ces lois naturelles permet la liberté de l'Homme. Dans cette optique, toute autre contrainte « extérieurement imposée par une volonté étrangère, divine ou humaine, collective ou individuelle quelconque »²⁹⁴ est illégitime – la première desquelles étant la coercition étatique – la liberté ne pouvant résulter que de « l'action spontanée du peuple lui-même »²⁹⁵. L'impératif de liberté anarchiste découle alors de l'état de nature. Or, comme entend le démontrer KROPOTKINE, la continuation de cet état n'est possible que par l'*entraide* et la *fraternité* entre les hommes réunis en communautés²⁹⁶. Ainsi résumé par un auteur,

« L'entraide aide à connecter les individus en créant du lien ; la liberté fleurit par l'entraide ; l'entraide et la liberté ne sont possible que par l'abolition de l'État autoritaire. En brisant l'ingérence de l'État et en établissant des liens communautaires horizontaux et des réseaux de soutien, les personnes se valorisent et valorisent davantage les autres »²⁹⁷.

83. La liberté ne résulte pas d'une évolution historique mais d'un état naturel que les hommes retrouveront spontanément une fois débarrassés des institutions qui les contraignent. On doit à BAKOUNINE le rattachement explicite de l'anarchisme au matérialisme philosophique

²⁹³ « La liberté dans ce domaine ne peut consister que dans la socialisation de l'homme, des producteurs associés, dans la régulation rationnelle de leurs échanges avec la Nature, dans la mise sous leur contrôle commun, au lieu d'être gouvernés par elle comme par les forces aveugles de la nature », K. MARX, *Capital*, t. III, New York, 1972, p. 820, Cité par A. ROBERTSON, « The Philosophical roots of the Marx-Bakunin conflict », *What's next*, Décembre 2003, p. 10.

²⁹⁴ M. BAKOUNINE, *Dieu et l'État*, L'altiplano, 2008, p. 59.

²⁹⁵ M. BAKOUNINE, *Dieu et l'État*, L'altiplano, 2008, p. 133.

²⁹⁶ P. KROPOTKINE, *L'entraide, un facteur d'évolution*, Aden Éditions, 2009.

²⁹⁷ C. HOWELL, "Anarchism. A critical analysis", *Radical Criminology*, n°4, summer/fall 2014, p. 159.

et le rejet corolaire d'une appréhension métaphysique de la réalité²⁹⁸. Comme chez MARX, la théorie sociale proposée se veut ancrée dans une lecture scientifique des faits sociaux et dans le cadre de laquelle l'idée naît du fait, et non l'inverse. La conception du matérialisme anarchiste est toutefois bien plus élargie que celle prêtée au marxisme. Alors que le marxisme fonctionne, *en dernière instance*, selon le principe d'un matérialisme économique, permettant de déduire que la libération des hommes est une conséquence directe de l'évolution des forces de production²⁹⁹, l'anarchisme procède d'un matérialisme plus hétérogène. L'évolution des sociétés y est dictée par les facteurs économiques mais aussi par la façon dont ils influencent les autres institutions, lesquelles devenant alors déterminantes³⁰⁰, ainsi que par des « lois naturelles, inhérentes au corps social, comme les lois physiques sont inhérentes au corps matériel »³⁰¹ et qui découlent autant qu'elles rétroagissent de et sur la nature de l'Homme.

84. Au titre de ces lois, BAKOUNINE évoque l'esprit de révolte, guidant l'Homme vers la liberté : « parmi ces éléments et ces traits pour ainsi dire naturels, il en est un dont l'action est tout à fait décisive dans l'histoire particulière de chaque peuple : c'est l'intensité de l'instinct de révolte, et par là même de liberté, dont il est doué ou qu'il a conservé »³⁰². Cette certitude quant à la volonté innée de l'Homme de se départir des « influences trop impérieuses »³⁰³ est à la base de la croyance anarchiste en une révolution spontanée du peuple. Elle est également porteuse d'une rupture profonde avec le marxisme, dont les partisans sont au contraire convaincus que « le régime capitaliste fera naître lui-même, à partir de ses propres contradictions internes, le moment où son équilibre sera rompu et où il deviendra proprement impossible »³⁰⁴. La liberté dont parlent les anarchistes ne doit toutefois pas être assimilée à une

²⁹⁸ V. par exemple M. BAKOUNINE, *Dieu et l'État*, L'altiplano, 2008, p. 99 : « Il est évident que l'idéalisme théorique ou divin a pour condition essentielle le sacrifice de la logique, de la raison humaine, la renonciation à la science. On voit, d'un autre côté, qu'en défendant les doctrines idéales, on se trouve forcément entraîné dans le parti des oppresseurs et des exploités des masses populaires ».

²⁹⁹ Le caractère purement réaliste de la philosophie marxienne est toutefois débattu v. D. COLLIN, *Morale et justice sociale*, coll. « La couleur des idées », Paris, Seuil, 2001 ; A. SCHAFF, « L'humanisme marxiste », *L'Homme et la société*, n°7, 1968, pp. 3-18. ; M. KAIL et R. SOBEL, « Le marxisme est un humanisme », *Les temps modernes*, 4-5-6, 2005, pp. 505-521.

³⁰⁰ M. BAKOUNINE, Lettre au Journal La liberté de Bruxelles, 1872 : « L'état politique de chaque pays (...) est toujours la produit et l'expression fidèle de sa situation économique ; pour changer le premier il faut seulement transformer cette dernière. Tout le secret des évolutions historiques, selon M. Marx, est là. Il ne tient aucun compte des autres éléments de l'histoire, tels que la réaction, pourtant évidente, des institutions politiques, juridiques et religieuses, sur la situation économique. Il dit : "la misère produit l'esclavage politique, l'État" ; mais il ne permet pas de retourner cette phrase et de dire : "l'esclavage politique, l'État, reproduit à son tour et maintient la misère, comme une condition de son existence ; de sorte que pour détruire la misère, il faut détruire l'État ».

³⁰¹ M. BAKOUNINE, « Fédéralisme, socialisme et antithéologisme », in *Œuvres*, P.-V Stock, t. I, 1895, p. 142.

³⁰² M. BAKOUNINE, Lettre au Journal La liberté de Bruxelles, 1872.

³⁰³ M. BAKOUNINE, « Fédéralisme, socialisme et antithéologisme », in *Œuvres*, P.-V Stock, t. I, 1895, p. 204.

³⁰⁴ R. LUXEMBOURG, *Réforme sociale ou révolution*, L'Herne, 2016. Cette rupture fondamentale a d'ailleurs poussé un auteur à réduire les différences entre anarchisme et marxisme à la question suivante : « faut-il encore

liberté absolue puisqu'elle se trouve limitée par les mêmes lois qui poussent l'Homme à sa conquête. Ainsi, selon KROPOTKINE, « l'homme n'est jamais libre. Robinson dans son île ne l'était pas »³⁰⁵. En premier lieu guidé par des besoins vitaux qui le forcent à travailler pour se nourrir, il est surtout contraint par la sympathie qu'il a pour l'autre :

« Dès qu'il eut pour compagnon un chien, dès qu'il eut deux ou trois chèvres, et surtout dès qu'il rencontra Vendredi, il n'était plus absolument libre, dans le sens que l'on attribue souvent à ce mot dans les discussions. Il avait des obligations, il devait songer à l'intérêt d'autrui, il n'était plus cet individualiste parfait dont on aime à nous entretenir. [...] Ni dans l'île de Robinson, ni encore moins dans la société, quelle qu'elle soit, ce type n'existe »³⁰⁶

85. L'autre, dans la pensée anarchiste, est donc à la fois celui qui permet d'accéder à la liberté par la création d'un lien d'entraide nécessaire à l'émancipation, tout en contraignant, par son existence, à la considération de ses intérêts. La communauté est le lieu de rencontre de ces deux mouvements, celui où l'Homme se libère autant qu'il se contraint, par lui-même et donc de façon légitime.

86. Cette référence aux lois naturelles permet aux auteurs de déduire non seulement la forme de la révolution – spontanée – mais encore le type de société qui en naîtra – communautaire. Discutant KROPOTKINE, une autrice énonce ainsi : « L'anarchie peut donc être déduite de l'observation de la nature. Inversement, tout fait peut-être induit de ce qu'est l'anarchie et, ce faisant, vérifié »³⁰⁷. Ce recours aux lois naturelles se manifeste également s'agissant de la politique criminelle proposée par les auteurs libertaires.

parier sur un développement plus poussé des forces de production comme condition préalable à une révolution en profondeur de la formation sociale, ou est-on déjà bien au-delà de ce point, particulièrement concernant le développement concomitant des moyens de destruction et de domination ? » H. STEINERT, « Marxian theory and abolitionism: Introduction to a discussion » in J. M. MOORE *et al.*, (Dir.), *Beyond criminal justice*, EG press limited, London, 2016, p. 25.

³⁰⁵ P. KROPOTKINE, « Communisme et anarchie », *Publications des « temps nouveaux »*, n°27, 1903, p. 15.

³⁰⁶ P. KROPOTKINE, « Communisme et anarchie », *Publications des « temps nouveaux »*, n°27, 1903, p. 15.

³⁰⁷ A. ZARADNY, « 'De quel droit ?', la recherche du fondement du droit par Kropotkine », in C. BERTRAND *et al.* (Dir.), *Droit et anarchie*, L'Harmattan, 2013, p. 56.

B. La politique criminelle anarchiste

87. Attribuée à FEUERBACH et désignant originellement « l'ensemble des procédés répressifs par lesquels l'État réagit contre le crime »³⁰⁸, l'expression « politique criminelle » s'est élargie en même temps que se diluait dans les champs d'étude de la déviance et du contrôle social celui du crime et du droit pénal³⁰⁹. La définition proposée par Mireille DELMAS-MARTY consacre cette émancipation et admet « l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel »³¹⁰, dont le « noyau dur » pénal ne doit pas occulter la grande diversité – le terme de « phénomène criminel » devant, selon l'auteurice, être entendu comme « englobant tout comportement d'écart aux normes, infraction ou déviance »³¹¹. Il est donc possible, suivant cette définition, de considérer les principes directeurs d'un système de politique criminelle libertaire, à l'image de celui que proposent les anarchistes.

88. A cet égard, on connaît du marxisme les tribunaux de camarades d'Europe de l'Est ou les tribunaux populaires cubains, dont l'esprit libertaire est sensiblement nuancé par l'influence, plus ou moins grande, exercée par le Parti dans la nomination des juges populaires et les comptes qu'ils doivent rendre de leurs décisions³¹². Le système de politique criminelle anarchiste n'a quant à lui jamais été formalisé³¹³. Dans le cadre du modèle sociétale libertaire³¹⁴ – par opposition au modèle étatique et au modèle sociétal autogestionnaire – les réseaux communautaires imaginés par BAKOUNINE ne trouveraient en réalité d'équivalents que dans les pratiques traditionnelles de certains peuples autochtones, que l'on a pu voir renaître récemment sous la forme des *community boards* américains et autres modes de justice restaurative, eux-mêmes largement plébiscités par les abolitionnistes³¹⁵. L'idée étant que la justice, comme l'organisation de la société, se fasse « de bas en haut »³¹⁶, selon un modèle que Louk HULSMAN qualifiera d'« anascopique » – par opposition au modèle « catascopique » traditionnel – du haut

³⁰⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, p. 13.

³⁰⁹ V. La définition de Marc ANCEL : « La réaction organisée et délibérée de la collectivité contre les activités délictueuses, déviantes ou antisociales », M. ANCEL, « Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle », *Archives de politique criminelle*, n°1, 1975, p. 15.

³¹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, p. 13.

³¹¹ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, p. 44.

³¹² V. Sur les tribunaux de camarade, M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, pp. 251-252 ; sur les tribunaux populaires cubains, J. BERMAN, « The cuban popular tribunals », *Columbia Law Review*, Vol. 69, n°8, December 1969, pp. 1318-1354.

³¹³ V. *Infra* n°360.

³¹⁴ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, p. 242.

³¹⁵ V. *Infra* n°390.

³¹⁶ M. BAKOUNINE, cité dans D. GUERIN, *L'anarchisme*, Gallimard, 1981, p. 87.

vers le bas³¹⁷. Rendus à la communauté, les modes de résolution des conflits individuels anarchistes et abolitionnistes convergent au sein d'un idéal partagé de pluralisme et de liberté³¹⁸.

89. Autour de la question de la politique criminelle se matérialisent à la fois les postulats philosophiques anarchistes exposés plus haut et l'influence exercée par la pensée libertaire sur l'abolitionnisme contemporain. Quant à la question spécifique de l'incrimination et de la peine, si là encore des auteurs ont pu rapprocher les deux doctrines³¹⁹, il convient toutefois d'être plus nuancé. En effet, quoi que facilitée par une littérature anarchiste relative à la criminalité abondante – le rejet de l'instrument pénal y cristallisant alors celui de l'autorité étatique³²⁰ – la comparaison souffre de l'hétérogénéité des pensées anarchistes en la matière. En effet, comme le souligne MALATESTA dans une réponse à l'interrogation de son ami VENTURINI sur la question criminelle, les anarchistes « se divisent dans les écoles et les tendances les plus diverses, dès qu'il s'agit de traiter le problème de la reconstruction et de la vie pratique dans la société future »³²¹. Loin de déplorer ce manque de précision, l'auteur estime au contraire que l'anarchisme n'a pas pour objectif de proposer un nouveau système mais simplement de garantir les conditions de liberté nécessaires pour s'assurer du bien-être général. Cohérente théoriquement, cette posture trouve néanmoins ses limites à l'étude des divergences existantes entre les pensées de BAKOUNINE d'une part, et de KROPOTKINE et GOLDMAN, de l'autre.

90. Selon les mots de BAKOUNINE, « la liberté ne peut et ne doit se défendre que par la liberté ; et c'est un contresens dangereux que de vouloir y porter atteinte sous le prétexte spécieux de la protéger »³²². Chez l'auteur, la question du crime est liée à celle de l'immoralité, celle-ci étant la résultante d'une organisation « vicieuse » de la société. Sa refonte sur les bases d'une politique d'égalité et de respect de l'autre devrait donc endiguer la plupart des démonstrations criminelles. Mais, contrairement à l'idée reçue, BAKOUNINE ne croit pas que la société anarchiste soit une société sans déviance. Contre ceux qui refusent de participer au

³¹⁷ L.H.C HULSMAN, "Critical criminology and the concept of crime", *Contemporary Crises*, n°10, 1986, p. 69.

³¹⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, p. 51.

³¹⁹ V. RUGGIERO, "Crime and Punishment in Classical and Libertarian Utopias", *The Howard Journal*, Vol. 52, n°4, September 2013, pp. 425-426 et J.M. MOORE *et al* (dir.), « Beyond criminal justice », in *Beyond criminal justice*, European Group for the Study of Deviance and Social Control, 2014, p. 3.

³²⁰ Ironique lorsque l'on sait que l'anarchisme a, dans les faits, participé au renforcement de l'appareil punitif étatique souhaitant alors anticiper les risques d'attentats : R. GAUTHIER, « L'anarchiste, un délinquant "hors norme" », in C. BERTRAND *et al* (Dir.), *Droit et Anarchie*, L'Harmattan, 2013, pp. 121-136.

³²¹ E. MALATESTA, "Further thoughts on the question of crime", *Umanita Nova*, n°134, 16 septembre 1921.

³²² M. BAKOUNINE cité dans D. GUERIN, *L'anarchisme*, Gallimard, 1981, p. 47.

travail collectif, qu'il qualifie « d'individus parasites, malfaisants et nuisibles »³²³, la société doit pouvoir se défendre et les priver de leurs droits politiques, ainsi que du droit d'élever leurs enfants. Pour ceux qui se rendent responsables « d'attaque ouverte ou prouvée contre la propriété, contre la personne et surtout contre la liberté d'un citoyen »³²⁴, la société pourra alors infliger une *peine*. Si le terme employé est évocateur, l'auteur nourrit toutefois l'ambiguïté en exigeant dans le même temps l'abolition des peines dégradantes et cruelles, des punitions corporelles et de la peine de mort « autant que consacrée et exécutée par la loi »³²⁵, ainsi que celle de « toutes les peines à terme indéfini ou trop long et qui ne laissent aucun espoir, aucune possibilité réelle de réhabilitation, le crime devant être considéré comme une maladie et la punition plutôt comme une cure que comme une vindicte de la société »³²⁶. Pour ne pas sombrer dans la contradiction et respecter le principe de liberté absolue qu'il défend, BAKOUNINE énonce toutefois que l'individu conserve le droit de ne pas se soumettre à la sanction prononcée, en quittant la société qui l'a condamné. Celle-ci détient alors, à son tour, le droit de l'exclure de sa protection. Le cas échéant, « retombé ainsi sous la loi naturelle œil pour œil, dent pour dent, au moins sur le terrain occupé par cette société, le réfractaire pourra être pillé, maltraité, même tué sans que celle-ci s'en inquiète. Chacun pourra s'en défaire comme une bête malfaisante, jamais pourtant l'asservir ni l'employer comme esclave »³²⁷. Le crime n'est donc pas nié dans son essence, il est un comportement négatif spécifique qui se distingue d'autres formes de déviances, comme le refus de participer au travail collectif, par la réponse qui doit lui être apportée : la peine. Envisagée comme vecteur de réhabilitation, la peine doit être raisonnée mais l'enfermement semble demeurer possible, comme le suggère la référence au « terme » de la sanction. L'humanité du criminel n'est en outre proclamée qu'autant qu'il se soumet à la « cure ». S'il choisit au contraire de s'exiler, il est alors réduit, aux yeux de sa communauté d'origine, à l'état de « bête ». L'originalité de la politique criminelle exposée par BAKOUNINE repose donc essentiellement sur le fait de retirer des mains de l'autorité étatique le pouvoir de contraindre tout en laissant à l'auteur la possibilité de choisir – à ses risques et périls – l'exil plutôt que la sanction communautaire. Il s'agit donc bien plus de transposer le modèle existant

³²³ M. BAKOUNINE cité dans D. GUERIN, *Ni dieu ni maître. Anthologie de l'anarchisme.*, Éditions La Découverte, Paris, 2011, p. 192.

³²⁴ M. BAKOUNINE cité dans D. GUERIN, *Ni dieu ni maître. Anthologie de l'anarchisme.*, Éditions La Découverte, Paris, 2011, p. 192.

³²⁵ M. BAKOUNINE cité dans D. GUERIN, *Ni dieu ni maître. Anthologie de l'anarchisme.*, Éditions La Découverte, Paris, 2011, p. 192.

³²⁶ M. BAKOUNINE cité dans D. GUERIN, *Ni dieu ni maître. Anthologie de l'anarchisme.*, Éditions La Découverte, Paris, 2011, pp. 192-193.

³²⁷ M. BAKOUNINE cité dans D. GUERIN, *Ni dieu ni maître. Anthologie de l'anarchisme.*, Éditions La Découverte, Paris, 2011, p. 193.

à la société anarchiste que de déconstruire les catégories traditionnelles du crime et du criminel. Son intérêt réside en revanche dans le fait de privilégier à une peine imposée une sanction qui, quoi que pouvant être plus violente, résulte du libre choix de l'agent – par la cure ou par son retour dans la communauté³²⁸.

91. Les écrits de GOLDMAN³²⁹ et KROPOTKINE³³⁰ sur le sujet du crime marquent, quant à eux, une fracture beaucoup plus nette avec les dogmes à l'origine des politiques criminelles de leur époque – et, en réalité, de la nôtre³³¹. Après avoir identifié trois catégories de règles parmi celles qui régissent l'humanité – protection des biens, des personnes et du gouvernement – KROPOTKINE affirme « l'inutilité et la nuisibilité de la Loi »³³². Selon l'auteur en effet, les atteintes faites à la propriété disparaîtront, ou seront à tout le moins drastiquement réduites, lorsque la propriété elle-même cessera d'être le privilège de certains³³³. Concernant les atteintes aux personnes, il constate leur diminution et la relie au développement de la morale et des habitudes sociales propres à chaque société, lequel ne peut aboutir « que lorsque les intérêts communs contribuent de plus en plus à resserrer les liens qui poussent les hommes à vivre une vie commune »³³⁴. Sans surprise donc, les deux auteurs estiment que les « conditions sociales et économiques cruelles »³³⁵ sont les principaux facteurs du crime. De fait social anormal, il

³²⁸ La pensée de PROUDHON peut être rapprochée de celle de BAKOUNINE, en ce qu'il reconnaît la nécessité d'un droit de la société à se défendre contre les individus qui porteraient atteinte à la collectivité. Le monopole répressif de l'État tout comme les moyens qu'il emploie sont toutefois contestés. L'auteur estime en effet que si la société a le devoir de réagir aux crimes, et donc celui de poursuivre les délinquants, elle doit d'abord s'amender envers eux de ses propres fautes en tenant compte du contexte social dans le prononcé des peines. La responsabilité est donc partagée entre société et individu, mais la seconde ne disparaît pas au profit de la première. PROUDHON considère la peine comme un mal nécessaire auquel il prête des vertus d'exemplarité mais insiste toutefois sur l'importance fondamentale de l'amendement du condamné, processus interne à l'individu et parallèle à l'action répressive, mais qui doit être encouragé par elle. L'auteur n'est pas opposé à la peine de mort dans les cas les plus graves, non comme punition mais comme mécanisme de défense et considère que, dans certaines conditions, la prison peut servir de vecteur à la réhabilitation du condamné. Si la pensée de PROUDHON en matière de politique criminelle est reconnue comme cohérente et riche, notamment dans sa volonté de distinguer la peine du monopole étatique de son infraction, elle n'en demeure pas moins relativement timide dans ses propositions de réforme et très éloignée des conceptions abolitionnistes. Pour une étude exhaustive, V. l'ouvrage de référence A.-S. CHAMBOST, *La pensée juridique de Pierre-Joseph Proudhon. Un anarchiste et le droit.*, Thèse d'histoire du droit et des institutions, T. 2, Lyon, 2000.

³²⁹ V. Notamment E. GOLDMAN, "Prisons, a social crime and failure", in *Anarchism and Other Essays*. Second Revised Edition. New York & London: Mother Earth Publishing Association, 1911, pp. 115-132.

³³⁰ V. Notamment P. KROPOTKIN, *In Russian and French Prisons*, Schocken Books, 1971.

³³¹ Sur les liens entre postulats idéologiques et politique criminelle, v. J. BERNAT DE CELIS, « La politique criminelle à la recherche d'elle-même », *Archives de politique criminelle*, n°2, 1977, p. 3 et s. et *Infra* n° 219 et s.

³³² P. KROPOTKINE, *La science moderne et l'anarchie*, Paris, Éd. Stock, 1913, p.47.

³³³ P. KROPOTKIN, *In Russian and French Prisons*, Schocken Books, 1971, p. 366.

³³⁴ P. KROPOTKIN, *In Russian and French Prisons*, Schocken Books, 1971, pp. 366-367: "can only grow when common interests contribute more and more to tighten the bonds which induce men to live a common life".

³³⁵ E. GOLDMAN, "Prisons, a social crime and failure", in *Anarchism and Other Essays*. Second Revised Edition. New York & London: Mother Earth Publishing Association, 1911, p. 123: "cruel social and economic arrangement".

devient alors comportement inévitable dont la société, et non l'individu, est responsable³³⁶. Le libre arbitre individuel – socle nécessaire de la culpabilité et fondement de la peine – est noyé dans un déterminisme social général par GOLDMAN qui rejette l'idée d'un être humain capable de choisir à tout moment entre le bien et le mal³³⁷. L'autrice déduit le caractère insurmontable des forces qui le contraignent au passage à l'acte de ses conséquences « car le plus dépravé des humains aime la liberté »³³⁸, et ne peut donc, de son plein gré, se soumettre à un risque d'emprisonnement. Le criminel est plutôt soumis à des passions, des pensées et émotions, qui, faute de trouver un exutoire dans son milieu social ou encouragées par lui, le poussent à commettre l'infraction. Ces passions, si elles peuvent être exacerbées par certains caractères physiques de l'individu, sont partagées par l'ensemble de la communauté humaine et ne « mènent à des actes antisociaux que sous certaines circonstances défavorables »³³⁹. En cela donc, « nous avons tous en nous les rudiments du crime »³⁴⁰. Banalisé, l'acte délictueux n'est plus une faute individuelle mais le signe d'un *échec social*. Pour les auteurs, une politique criminelle qui s'emploie à punir l'individu et entend, à travers son exemple, dissuader les autres est alors forcément vouée à l'échec puisqu'elle manque de s'attaquer aux causes réelles du crime tout en aggravant la situation de détresse du condamné. Suivant cette logique, et malgré les bonnes intentions de ses instigateurs, GOLDMAN considère la réforme des institutions pénales inutile, l'endiguement du phénomène criminel ne pouvant selon elle passer que par « la reconstruction complète de la société »³⁴¹. Concernant ceux qui, dans cette nouvelle société, se

³³⁶ P. KROPOTKIN, *In Russian and French Prisons*, Schocken Books, 1971, p. 361: “Après avoir traversé une période d'individualisme le plus débridé, nous avons de plus en plus le sentiment que la société est responsable des actes antisociaux commis en son sein.” GOLDMAN cite quant à elle la phrase célèbre de LACASSAGNE selon laquelle « chaque société a les criminels qu'elle mérite ». E. GOLDMAN, “Prisons, a social crime and failure », in *Anarchism and Other Essays*. Second Revised Edition. New York & London: Mother Earth Publishing Association, 1911, p. 121. Dans le cadre de l'exposé de GOLDMAN, du fait notamment de ses nombreuses références au statisticien QUETELET et dans le prolongement du bouleversement scientifique initié par DURKHEIM, la criminalité est considérée comme le résultat « normal » des conditions sociales. L'argument avancé par Laurent MUCCHIELLI selon lequel les aphorismes que l'on connaît de LACASSAGNE, ont seulement été un moyen de se distinguer de l'école de l'hérédité italienne, et en aucun cas une « conception socio-psychologique moderne du milieu comme agent fondamental dans la construction des bases de la personnalité criminelle », quoi qu'incontestable, n'est ici pas représentatif de la pensée de l'auteure anarchiste. L. MUCCHIELLI, « Hérédité et 'Milieu Social', le faux-antagonisme franco-italien, la place de l'école de Lacassagne dans l'histoire de la criminologie », in *idem*. (dir), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994, p.192. V. *Infra* n°138.

³³⁷ E. GOLDMAN, “Prisons, a social crime and failure”, in *Anarchism and Other Essays*. Second Revised Edition. New York & London: Mother Earth Publishing Association, 1911, p. 125.

³³⁸ E. GOLDMAN, “Prisons, a social crime and failure”, in *Anarchism and Other Essays*. Second Revised Edition. New York & London: Mother Earth Publishing Association, 1911, p. 121.

³³⁹ P. KROPOTKIN, *In Russian and French Prisons*, Schocken Books, 1971, p. 357.

³⁴⁰ E. GOLDMAN, “Prisons, a social crime and failure”, in *Anarchism and Other Essays*. Second Revised Edition. New York & London: Mother Earth Publishing Association, 1911, p. 123.

³⁴¹ E. GOLDMAN, “Prisons, a social crime and failure”, in *Anarchism and Other Essays*. Second Revised Edition. New York & London: Mother Earth Publishing Association, 1911, p. 128.

trouveraient encore contraints par leurs passions, KROPOTKINE estime qu'ils « pourront recevoir une autre direction, et que la plupart peuvent être rendus presque ou quasiment inoffensifs par la combinaison d'efforts de ceux qui nous entourent »³⁴². La seule réponse autorisée aux sentiments antisociaux est donc une réponse fraternelle, que la conscience sociale éveillée doit embrasser en renonçant à se conduire comme « le limier de la loi »³⁴³. En acceptant, aussi, de reconnaître l'échec des institutions pénales et d'en questionner la légitimité matérielle au lieu de se contenter de la déduire de leur seule consécration formelle³⁴⁴.

92. La démarche de ces deux auteurs est donc bien différente de celle de BAKOUNINE. Le rejet de la politique criminelle traditionnelle ne découle pas uniquement de la nécessité de proposer une alternative compatible avec le modèle anarchiste mais bien d'une remise en question des acquis théoriques entourant le crime – comme comportement anormal spécifique – et le criminel – comme libre pécheur. L'alternative proposée d'un accompagnement fraternel de l'agent découle d'une analyse sociologique du crime, qui bien que nécessairement orientée par les valeurs qu'ils partagent, se veut fonctionner selon un principe d'induction. Il s'agit donc d'une démarche scientifique dont le point de départ est commun aux abolitionnistes : la négation de la nature propre du crime³⁴⁵.

93. Le modèle social anarchiste constitué de réseaux de communautés formant une société sans États, autorégulés suivant le respect d'un principe anthropologique de liberté et de solidarité et dans le cadre duquel les comportements antisociaux sont déterminés et réglés dans son respect mais selon des modalités qu'il appartient à chaque communauté d'établir, est une influence incontestable de l'abolitionnisme. Si la disparition de l'État n'est jamais directement envisagée par ces derniers, un « anarchisme de contingence »³⁴⁶ est toutefois sensible au sein du courant, à l'image de celui postulé par Noam CHOMSKY. Pour l'auteur en effet, l'« essence » de la pensée libertaire se situe en réalité dans la remise en question permanente de l'autorité

³⁴² P. KROPOTKIN, *In Russian and French Prisons*, Schocken Books, 1971, p. 367.

³⁴³ E. GOLDMAN, "Prisons, a social crime and failure", in *Anarchism and Other Essays*. Second Revised Edition. New York & London: Mother Earth Publishing Association, 1911, p. 128.

³⁴⁴ E. GOLDMAN, "Prisons, a social crime and failure", in *Anarchism and Other Essays*. Second Revised Edition. New York & London: Mother Earth Publishing Association, 1911, p. 131.

³⁴⁵ V. RUGGIERO, "Crime and Punishment in Classical and Libertarian Utopias", *The Howard Journal*, Vol. 52, n°4, September 2013, p. 426.

³⁴⁶ A. FIALA, "Anarchism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/anarchism/>>, consulté le 25.03.2021.

politique, laquelle possède à *chaque instant et en tout domaine* la charge de la preuve de sa légitimité, entendue comme sa capacité de répondre aux normes de sa propre justification³⁴⁷.

94. Cette attitude sceptique vis-à-vis de toute posture autoritaire visant à imposer un certain mode de vie ou certaines valeurs s’actualise parfaitement dans les principes de justice retenus par les anarchistes.

Section 2. Une conception du juste fondée sur la libération

95. Le positionnement anarchiste quant à la nature de l’Homme et l’élévation subséquente de sa liberté en principe directeur d’un nouveau modèle social, s’il est une démarche politique, porte également en lui l’empreinte d’une vision plus générale des relations entre les êtres humains. Guidée par une référence constante aux lois naturelles, la justice libertaire est légitimée moins par le fait qu’elle permette le respect de valeurs préexistantes que par le fait qu’elle s’abstienne d’y porter atteinte (§1). La philosophie du droit et des valeurs anarchistes s’inscrit en outre dans une remise en question plus fondamentale, relative au savoir et la vérité, conçus comme contenu dynamique et situé (§2).

§1. Le modèle organique de justice anarchiste

96. La formulation d’une théorie du droit libérée de son assujettissement à la contrainte étatique et fonction d’un idéal de justice puisé dans les conditions même de la vie sociale est un des points majeurs de l’abolitionnisme pénal – lequel a d’ailleurs été qualifié par un auteur de « jusnaturalisme renouvelé »³⁴⁸. L’influence de la philosophie du droit anarchiste, entendue comme la recherche de l’essence du droit et de ses fins³⁴⁹ où la règle juste est déduite indirectement de la nature de l’Homme et où l’altérité est érigée en référence suprême est ici sensible.

97. Anne-Sophie CHAMBOST l’exprime à propos de PROUDHON, le refus des normes autoritaires n’est pas synonyme du rejet de toute organisation sociale, politique, ou même

³⁴⁷ N. CHOMSKY, *Chomsky on Anarchism*, Oakland: AK Press, 2005, p. 178.

³⁴⁸ V. RUGGIERO, *Penal abolitionism*, Oxford University Press, 2010, p. 56: “renewed jusnaturalism”.

³⁴⁹ M. TROPPER, *La philosophie du droit*, Que sais-je?, PUF, 2015, p. 11.

juridique³⁵⁰. Le droit ne se réduit pas à la loi étatique, il ne se réduit pas non plus à la contrainte. L'institutionnalisation de normes de conduite susceptibles de guider l'action des communautés anarchistes est simplement pensée par les anarchistes en cohérence avec leur conception du monde : dans le respect du pluralisme, de la liberté et du consentement. Si la théorie de la peine proudhonienne semblait bien éloignée de l'abolitionnisme pénal, sa conception de la justice et la théorie du droit qu'il propose entretiennent une proximité incontestable avec les thèses d'HULSMAN et de CHRISTIE.

98. Le point de départ de la théorie de PROUDHON réside dans la conviction suivante : « Les hommes ont tous besoin l'un de l'autre, et ne peuvent vivre dans l'isolement : c'est un fait assez prouvé. Voilà un premier pas fait depuis Rousseau. Le second, qui nous reste à faire, c'est de démontrer que l'inégalité n'est pas une conséquence nécessaire et inévitable de l'état de société »³⁵¹. L'auteur déduit de l'impérativité de l'état social le principe « d'immanence de la justice »³⁵², comme intuition naturelle, présente dans la conscience de chacun et susceptible d'être connue par une opération rationnelle. Il énonce ainsi « C'est par la réflexion et le raisonnement dont nous paraissions exclusivement doués que nous savons qu'il est nuisible, d'abord aux autres, ensuite à nous-même, de résister à l'instinct de société qui nous gouverne, que nous appelons justice »³⁵³. Pour s'épanouir et parvenir à la liberté, l'Homme a besoin de son semblable et doit donc accorder à l'autre le même respect que celui qu'il s'adresse à lui-même, selon un principe de réciprocité qui va guider toute la conception du juste de PROUDHON. Référentiel de valeurs absolu, l'altérité ne doit pas seulement orienter le contenu normatif, mais également le processus même de sa création. Puisque la société est faite des interactions de ses membres, et puisque l'Homme ne se réalise que dans la liberté, la norme juridique doit être négociée³⁵⁴, effectivement consentie³⁵⁵ et représentative du pluralisme social³⁵⁶. La confrontation des expériences individuelles doit permettre de dégager une « rationalité

³⁵⁰ S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 13.

³⁵¹ Cité par. S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste.*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 191.

³⁵² S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste.*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 20.

³⁵³ Cité par. S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste.*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 217.

³⁵⁴ S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 16.

³⁵⁵ S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 155.

³⁵⁶ S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 238.

collective »³⁵⁷, qui n'existe ni en dehors des hommes, ni dans leur conscience seule, mais qui doit être construite et systématiquement réinterrogée³⁵⁸. La légitimité de la norme ne découle plus ni du pouvoir de son auteur, ni de l'adéquation de son contenu à une référentiel externe, mais des conditions de sa production³⁵⁹. Dans la théorie du droit proudhonienne, « Conflit et dialectique sont considérés comme corollaires d'une société libre et doivent donc être intégrés à la formation de la norme, et non artificiellement résolu par le monisme législatif »³⁶⁰. Le destinataire du droit naturel n'est donc pas le législateur, qui peut choisir ou non de trouver une inspiration dans ces lois sans que cela n'atteigne la validité de la règle qu'il édicte, ou qui tire au contraire sa légitimité de lui à travers la figure du contrat social. Si la référence au droit naturel permet la reconnaissance de droits subjectifs, ils ne sont opposables à l'État que dans la mesure où ils impliquent sa disparition, pour que soient justement respectés les principes organiques de liberté et d'altérité.

99. La conception proudhonienne du juste est partagée de façon relativement unanime par les autres auteurs anarchistes. L'apparente contradiction consistant à postuler le matérialisme tout en ayant recours à la valeur pour guider l'action est d'ailleurs résolue par BAKOUNINE en ces termes :

« Le matérialisme nie le libre arbitre et aboutit à la constitution de la liberté ; l'idéalisme, au nom de la dignité humaine, proclame le libre arbitre, et, sur les ruines de toute liberté, fonde l'autorité. Le matérialisme repousse le principe d'autorité, parce qu'il le considère, avec raison, comme le corollaire de l'animalité, et qu'au contraire le triomphe de l'humanité, but et sens principal de l'histoire, n'est réalisable que par la liberté. En un mot, vous trouverez toujours les idéalistes en flagrant délit de matérialisme pratique ; tandis que vous verrez les matérialistes poursuivre et réaliser les aspirations, les pensées les plus largement idéales. »³⁶¹

³⁵⁷ S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 249.

³⁵⁸ S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 26.

³⁵⁹ Le résumé d'Anne-Sophie CHAMBOST est limpide : « Renversant le schéma d'une régulation imposée par l'Etat, Proudhon propose un système juridique d'autorégulation (principe d'immanence) dans laquelle la notion d'ordre qui le fonde n'est plus verticale et descendante (la loi), mais horizontale et ascendante. Elle évolue des individus aux groupes, et des groupes à l'ensemble de la société. L'ensemble renvoie l'image de cercles concentriques de coordination et de collaboration, dont le rayon s'élargit progressivement, vers le dégagement des normes de la raison collective ». S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 249.

³⁶⁰ S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 254.

³⁶¹ M. BAKOUNINE, *Dieu et l'État*, L'altiplano, 2008, pp. 101-102. (Nous soulignons).

L'humain ne se soumet pas à un idéal qui modèle ses conditions d'existence – d'où le rejet unanime des théories du contrat social³⁶² –, il est porté par un processus naturel d'émancipation – de son animalité première puis de toute autorité externe –, duquel découlent les valeurs de liberté, d'égalité et de solidarité susceptibles de le réaliser en société. Comme le relève un auteur, le programme libertaire « n'est rien d'autre qu'une nouvelle conception de l'humanité, une nouvelle anthropologie révolutionnaire, qui fait de l'homme le cœur et l'acteur de sa propre histoire »³⁶³. Ce recours à un contenu de valeurs fort permet, selon KROPOTKINE, d'éviter l'écueil d'un communisme qui « ne préjuge en rien la part de liberté qui sera garantie à l'individu »³⁶⁴ et peut donc s'actualiser en la forme d'un régime autoritaire. Il est toutefois porteur d'un risque : que la référence aux lois naturelles aboutisse à l'émergence d'une conception transcendantale de la justice, posant ainsi tant la question de la définition de son contenu – et donc de son universalité – que celle de sa garantie – et donc, de l'existence de mécanismes de contraintes externes. En d'autres termes, qu'en voulant contourner la loi positive par la loi naturelle, l'on revienne à imposer, au nom de la nature humaine plutôt qu'au nom de l'État, un contenu juridique prédéterminé.

100. La contradiction n'est toutefois qu'apparente. En effet, BAKOUNINE prend soin de préciser que les lois naturelles auxquelles il se réfère sont d'une nature dynamique et complexe, et qu'il serait vain d'espérer en saisir le contenu exhaustif, à défaut notamment d'avoir suffisamment développé la science sociologique³⁶⁵. La seule référence acceptable est alors l'Homme en sa qualité d'acteur, puisque l'autorité imposée doit toujours avoir été rendue légitime par lui, au risque sinon de porter atteinte aux valeurs anarchistes – et donc naturelles. Pour l'auteur en effet, « il n'y a point d'autorité fixe et constante, mais un échange continu d'autorité et de subordination mutuelles, passagères et surtout volontaires »³⁶⁶. Comme le rapporte Vincenzo RUGGIERO, le théoricien anarchiste MALATESTA a très tôt dénoncé le risque inhérent au recours à des principes de justice abstraits et propose dans son *Ideario* de percevoir la justice comme un processus, dont le contenu se dessine « au cours des interactions humaines, quand des besoins individuels et collectifs émergent et que le problème de leur satisfaction

³⁶² M. PARAIRE, *Proudhon, Bakounine, Kropotkine. La révolution libertaire*, Les éditions de l'Épervier, 2010, pp. 118-123.

³⁶³ M. PARAIRE, *Proudhon, Bakounine, Kropotkine. La révolution libertaire*, Les éditions de l'Épervier, 2010, p. 65

³⁶⁴ P. KROPOTKINE, « Communisme et anarchie », *Publications des « temps nouveaux »*, n°27, 1903, p. 18.

³⁶⁵ M. BAKOUNINE, « Fédéralisme, socialisme et antithéologisme », in *Œuvres*, P.-V Stock, t. I, 1895, pp. 75-80.

³⁶⁶ M. BAKOUNINE, *Dieu et l'État*, L'altiplano, 2008, p. 66.

consensuelle est posé »³⁶⁷. En fondant ce qui est juste sur l'interaction, l'expérience et le conflit, la valeur reste en mouvement et n'aboutit jamais à recréer l'état de soumission externe contraire à la liberté. C'est en cela qu'elle est respectée, au même titre que les lois naturelles qu'elle supporte. Sa perspective rejoint ici celle de PROUDHON, pour lequel la justice repose, nous l'avons vu, sur une reconnaissance de garanties mutuelles, et résulte donc de l'organisation du corps social et de sa cohésion – optimale dans le cadre de l'anarchie. Ce qui permet d'ailleurs à MALATESTA de conclure que la justice « n'est ni le monopole d'une autorité souveraine, ni le cadeau du règne de la nature »³⁶⁸ mais qu'elle prend forme au travers des expériences sociales partagées.

101. La conception de la justice retenue par les anarchistes est désormais connue. Elle est, en outre, tout à fait similaire à celle défendue par beaucoup d'abolitionnistes contemporains. Pour en comprendre la portée révolutionnaire, il convient toutefois de creuser les liens indissociables entre philosophie du droit et de la connaissance et les débats que des conceptions du monde opposées nourrissent depuis l'anachisme moderne, jusqu'à l'abolitionnisme contemporain³⁶⁹.

§2. *La dialectique du fait et de l'idée*

102. Est-il possible de s'accorder sur une conception unique de ce qui est vrai, de la façon par laquelle la valeur s'arrime au fait ? Existe-t-il une réalité, et donc une justice, en dehors du sujet ? Dans la conception du monde abolitionniste, la question est doublement importante : d'abord parce que la relativité des valeurs entraîne nécessairement une remise en question d'un système pénal fondé sur des vérités incontestables, ensuite parce qu'elle implique de repenser la façon dont la réalité, qui n'est plus simplement donnée, est construite ou imposée. Quitter la conception statique et réductrice de *l'absolu* pour embrasser celle, dynamique et située, du *relatif*, nécessite de se maintenir dans une tension permanente, celle du mouvement de va-et-vient entre la chose et le sujet (A), l'individu et la totalité (B), le pluralisme et la Raison (C).

³⁶⁷ V. RUGGIERO, "Crime and Punishment in Classical and Libertarian Utopias", *The Howard Journal*, Vol. 52, n°4, September 2013, p. 423.

³⁶⁸ E. MALATESTA, cité par V. RUGGIERO, "Crime and Punishment in Classical and Libertarian Utopias" in *the Howard journal of crime and justice*, 2013, p. 429.

³⁶⁹ M. TROPPER, *La philosophie du droit*, Que sais-je?, PUF, 2015, p. 15.

A. Observation vs. Pratique et expérience du réel

103. Interroger le juste implique une certaine conception de ce qui est vrai, et plus exactement de ce qu'il est possible ou non de connaître. Le problème conceptuel posé est de taille : en étudiant « la correspondance entre la connaissance et sa représentation »³⁷⁰, on s'interroge sur la possibilité d'un jugement objectif, sur le « rapport de la connaissance produite à la "vérité" »³⁷¹ et donc, à la valeur du savoir³⁷².

104. L'idéalisme est défini comme « la tendance philosophique qui consiste à ramener toute existence à la pensée, au sens le plus large du mot *pensée* »³⁷³. La réalité n'a d'existence qu'autant qu'elle est pensée et ne peut donc s'actualiser que subjectivement, par le biais du substrat qu'est le sujet pensant. L'objet se trouve donc *dans* l'idée : sa connaissance ne peut dériver de son expérience sensorielle, elle fait nécessairement appel à des « lois de la pensée »³⁷⁴, des idées premières et universelles, des *donnés*. En ce sens, la doctrine rationaliste est un idéalisme puisqu'elle postule que « toute connaissance certaine vient de principes irrécusables, *a priori*, évidents, dont elle est la conséquence nécessaire, et d'eux seuls, les sens ne pouvant fournir qu'une vue confuse et provisoire de la vérité »³⁷⁵. Pour illustrer la théorie, on peut songer aux mathématiques ou aux droits de l'Homme : deux contenus de connaissance que la conscience *déduit* du réel par le jeu de la *Raison*.

105. Le réalisme, à l'inverse, est « la doctrine d'après laquelle l'être est indépendant de la connaissance *actuelle* que peuvent en prendre les sujets conscients »³⁷⁶. Ici, le réel est indépendant de l'idée, le premier préexistant la seconde. L'objet existe *en dehors* de sa représentation, cette dernière pouvant alors être objectivement validée lorsqu'elle est conforme à la réalité de l'objet. Le positivisme, lorsqu'il désigne « des doctrines qui se rattachent à celles d'Auguste Comte ou qui lui ressemblent, et qui ont pour thèses communes que seule la connaissance des faits est féconde ; que le type de la certitude est fourni par les sciences

³⁷⁰ J.-L. LE MOIGNE, *Les épistémologies constructivistes*, Que sais-je ?, PUF, 2012, p. 70.

³⁷¹ A. GESLIN, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit ». in B. SERGUES, (Dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, LGDJ, Lextenso éditions; Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 14.

³⁷² B. JOLIBERT, « Subjectivité et vérité », in G. FERRÉOL (dir.), *Place et statut de la subjectivité dans les sciences sociales*, Éditions EME, 2014, p. 14.

³⁷³ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e ed., 2010, v. « Idéalisme ».

³⁷⁴ J.-M. BESNIER, « Chapitre II. Anatomie des théories », J.-M. BESNIER éd., *Les théories de la connaissance*, Paris, PUF, 2021, pp. 24-38.

³⁷⁵ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 3^e ed., 2010, v. « Rationalisme ».

³⁷⁶ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 3^e ed., 2010, v. « Réalisme ».

expérimentales ; [...] »³⁷⁷ , est donc un réalisme. La physique ou la sociologie sont construites selon la méthode positiviste puisque ces deux disciplines consistent à *induire* par *l'expérience* du réel la vérité des choses.

106. Aussi fondamental que ce clivage demeure, il n'en reste pas moins la cristallisation de deux attitudes « naïves et dogmatiques »³⁷⁸ , tombant dans l'écueil commun – et paradoxal concernant l'idéalisme – de l'empirisme simpliste. Comme le relève Michel MIAILLE en effet, rationalisme et positivisme présupposent que le vrai peut être extrait soit de l'idée qui s'impose à la conscience, soit du fait dont elle a l'expérience³⁷⁹. Dans les deux cas, le sujet demeure passif, presque extérieur au processus de connaissance. Toute attitude consistant à postuler une *opposition* entre matière et esprit serait ainsi dénuée d'intérêt scientifique, la connaissance du réel ne pouvant être qu'une *relation* de l'esprit à la matière : « il n'y a pas plus de matière inerte en elle-même qu'il n'y a de pensée en elle-même : la conscience est toujours conscience de quelque chose »³⁸⁰. L'auteur poursuit, citant MARX cette fois-ci, pour lequel la pensée s'approprie le réel comme « produit de l'élaboration des perceptions et des représentations en concepts », comme un « tout pensé, un concret pensé »³⁸¹.

107. L'opposition précédemment envisagée entre HEGEL et MARX sur le thème de l'Histoire prend ici une autre dimension : au primat de l'idée (la liberté pour HEGEL), est opposé non pas celui de la matière (le mode de production pour MARX) mais celui de la relation entre la matière et l'idée, la *Praxis*. Considérée comme l'« exercice d'une activité volontaire modifiant ce qui nous entoure »³⁸², la *Praxis* est le fondement de la théorie de la connaissance de MARX, indissociable de sa vocation révolutionnaire³⁸³. C'est en modifiant la nature que l'Homme produit la vie sociale, et avec elle le type de structure dans lequel il s'insère. Le réel, sa critique et le projet d'émancipation s'enchevêtrent au sein de la *Praxis* puisque la connaissance du monde doit avoir pour finalité sa transformation réelle³⁸⁴. Cette vision totale

³⁷⁷ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 3^e ed., 2010, v. « Positivisme ».

³⁷⁸ Selon la formule de K. POPPER, cité par J.-M. BESNIER, « Chapitre II. Anatomie des théories », Jean-Michel Besnier éd., *Les théories de la connaissance*. Presses Universitaires de France, 2021, pp. 24-38.

³⁷⁹ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 285.

³⁸⁰ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 91.

³⁸¹ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 91.

³⁸² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 3^e ed., 2010, v. « Pratique ».

³⁸³ A. SANCHEZ VASQUEZ et K. NAIR, « La philosophie de la praxis comme nouvelle pratique de la philosophie », *L'Homme et la société*, N^o. 43-44, 1977, pp. 141-149.

³⁸⁴ Rappelons sa formule célèbre : « Les philosophes n'ont fait qu'interpréter le monde ; il faut désormais le transformer ».

de la philosophie permet ainsi de dépasser la dichotomie réductrice idéalisme/réalisme : le réel devenant « l'élaboration conceptuelle du contenu saisi dans la perception et la représentation »³⁸⁵. La logique marxienne considère l'Homme déterminé dans ses rapports à la matière mais la matière comme lui étant contingente, car résultant de son activité et dépendante de la *Praxis*. La réalité y apparaît donc en mouvement, un tout et non un objet que le sujet peut ou non saisir. La relation entre l'objet et le sujet forme *ensemble* la vie réelle selon le processus dialectique de lutte des classes, et donc de la lutte du prolétariat contre la bourgeoisie, sens et but de l'Histoire.

108. La matière existe en dehors de l'Homme puisqu'elle est – il convient de le rappeler – *dernière instance* de sa détermination dans la pensée de MARX. Mais le sujet ne se contente pas de la recevoir passivement, il l'intègre, la *conceptualiste* et peut ainsi agir sur elle dans un *sens* précis. Elle lui est contingente par la pratique sociale ; d'où l'intérêt pour l'auteur de parvenir à une représentation scientifique du réel, débarrassée des fétiches qui en masquent les contradictions, les rapports de force, et en ralentissent donc la *transformation*.

109. Le contexte de la guerre froide, la critique nécessaire du régime stalinien et le développement des sciences humaines ont néanmoins poussé certains auteurs à repenser le matérialisme dialectique à la lumière des théories philosophiques de leur époque³⁸⁶. La proposition poursuit un objectif affiché : celui d'ouvrir le marxisme à une nouvelle classe de travailleurs petits bourgeois qui ne se reconnaît plus dans le projet communiste originel du fait de sa relative intégration au capitalisme. Elle a également pour ambition de fédérer l'ensemble des populations opprimées – occidentales, colonisées, féminines, racialisées ou homosexuelles. La philosophe marxiste Tran DUC THAO propose ainsi de combiner le matérialisme dialectique consistant à « montrer dans le réel lui-même la vérité de l'idée »³⁸⁷ et la démarche phénoménologique³⁸⁸. Rattachée au philosophe HUSSERL et depuis éclatée comme méthode au sein d'un grand nombre de doctrines³⁸⁹, elle consiste à rechercher « comment en fait il y a de la vérité pour nous »³⁹⁰. Comme chez MARX, le réel n'est pas conçu comme un objet qu'il est

³⁸⁵ H. LEFEBRE, *Le matérialisme dialectique*, PUF, Paris, 1990, p. 81.

³⁸⁶ A. FERON, « 18. Marxisme et phénoménologie en France », J.-N. DUCANGE éd., *Marx, une passion française*, La Découverte, 2018, pp. 229-240.

³⁸⁷ T. DUC THAO, « Marxisme et phénoménologie », *Revue internationale*, n°2, février 1946, pp. 168-174.

³⁸⁸ Pour un compte rendu de la vie du philosophe, injustement méconnu compte tenu de son influence sur la philosophie moderne, V. J. BENOIST, et M. ESPAGNE. *L'itinéraire de Tran Duc Thao. Phénoménologie et transfert culturel / Phénoménologie et matérialisme dialectique*. Armand Colin, 2013.

³⁸⁹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e ed., 2010, v. « Phénoménologie ».

³⁹⁰ J.-F. LYOTARD, *La phénoménologie*, Que sais-je ?, PUF, 2004, p. 46.

spontanément possible de saisir, indépendamment de sa représentation dans la conscience du sujet et donc de manière purement empirique – ce n’est donc pas un positivisme. Mais si pour l’auteur c’est surtout le mouvement de la matière à l’Homme qui est pensé, celui-ci le reproduisant idéalement dans sa conscience, la phénoménologie prend comme point de départ le *sujet* et interroge au contraire *l’Intentionnalité*³⁹¹. La vie sociale est conçue comme un ensemble de phénomènes, qui se manifestent à nos *sens* par le biais de l’expérience que nous en avons. La connaissance du monde dépend donc de *l’expérience individuelle du réel*³⁹². Dans la logique phénoménologique, « la vérité n’est pas un objet, c’est un mouvement, et elle n’existe que si ce mouvement est effectivement fait par moi »³⁹³. Son appréhension demeure un processus subjectif, qui ne peut être distingué de l’ancrage du sujet dans son *monde vécu*. L’Homme n’est plus « dans la société comme un objet dans une boîte, il l’assume par ce qu’il a de plus intérieur »³⁹⁴. La vie sociale possède évidemment une existence matérielle en dehors de l’expérience que nous en avons mais son *essence* est nécessairement subjective et dépendante d’une structure de conscience particulière, elle-même corrélée à une expérience du monde spécifique. Il s’agit donc de renverser le « dogmatisme inné »³⁹⁵ qui consiste à croire en l’objectivité du monde et de rechercher, pour chaque individu, de quel *point de vue* le monde lui apparaît. La démarche phénoménologique invite donc au scepticisme face aux concepts et significations universels. Elle propose une méthode méditative qui consiste pour le sujet à s’extraire de son aliénation au sein du monde « donné », faussement objectivé, à le *réduire*. Le réduire à la seule expérience sensorielle des choses, celle d’un « spectateur désintéressé »³⁹⁶ ayant réussi à mettre entre parenthèses toute autre perception que la sienne propre. Cette perception purement subjective est alors confondue avec la connaissance vraie du monde. Si ce retour à un idéalisme radical est rejeté par la plupart des phénoménologues³⁹⁷, la phénoménologie offre néanmoins une piste féconde pour revenir au sujet sans pour autant tomber dans le culte de sa Raison ou de l’objectivité des choses. Entre la matière et son essence, elle insère une forme de liant, celui de *l’expérience subjective et sensorielle du monde*. Posée

³⁹¹ « La phénoménologie c’est l’Intentionnalité » E. LEVINAS, *En découvrant l’existence avec Husserl et Heidegger*, J. Vrin, coll. « Bibliothèque d’histoire de la philosophie », 1988, p. 126.

³⁹² J.-L. LE MOIGNE, *Les épistémologies constructivistes*, Que sais-je ?, PUF, 2012, p. 68.

³⁹³ J.-F. LYOTARD, *La phénoménologie*, Que sais-je ?, PUF, 2004, p. 38.

³⁹⁴ M. MERLEAU-PONTY, *Sens et Non-Sens*, Editions Nagel, 1966, p. 228.

³⁹⁵ E. LEVINAS, *En découvrant l’existence avec Husserl et Heidegger*, J. Vrin, coll. « Bibliothèque d’histoire de la philosophie », 1988, p. 35.

³⁹⁶ J.-F. LYOTARD, *La phénoménologie*, Que sais-je ?, PUF, 2004, p. 31.

³⁹⁷ A l’instar de MERLEAU-PONTY qui énonce avec justesse que : « Le solipsisme ne serait rigoureusement vrai que de quelqu’un qui réussirait à constater tacitement son existence sans être rien et sans rien faire, ce qui est bien impossible, puisqu’exister c’est être au monde » M. MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, 1945, p. 414.

en termes marxien, la phénoménologie offre des pistes pour comprendre la façon dont s'articulent base économique, superstructure idéologique et sujet :

« La *primauté* de l'économique ne supprime pas la vérité des superstructures, mais la renvoie à son origine authentique, dans l'existence vécue. Les constructions idéologiques sont relatives au mode de production, non pas parce qu'elles le reflètent – ce qui est une absurdité – mais simplement parce qu'elles tirent tout leur sens d'une expérience correspondante, où les valeurs « spirituelles » ne sont pas représentées, mais vécues et senties, et que toutes les expériences particulières s'insèrent dans l'expérience totale de l'homme dans le monde. En tant que celle-ci se définit à chaque moment dans ses lignes les plus générales, par les rapports économiques existants, et qu'une modification dans ces rapports entraîne une réorganisation de l'ensemble, il sera vrai de dire que le mouvement de l'histoire se réfère en dernier ressort aux conditions de la vie matérielle. Chaque état nouveau de la technique implique une « culture » nouvelle, non pas que celle-ci doive le refléter, mais parce qu'elle n'est authentiquement culture que si elle exprime les intuitions originales que les nouvelles conditions de vie ont fait apparaître »³⁹⁸.

110. La combinaison du marxisme et de la phénoménologie propose une autre façon d'envisager la *praxis*. Le mode de production produit une certaine herméneutique, c'est-à-dire un ensemble de significations symboliques typique. Il crée donc, en ce sens, sa propre idéologie. Dans leur expérience du monde vécu, les hommes intègrent ces significations qui leur permettent de donner du sens à ce qui les entoure. La « structure complexe » que décrit MARX est sécrétée par le réel, par le rapport entre la matière, l'expérience du sujet, et le sens qu'il lui donne. Elle devient, dans le vocabulaire de Tran DUC THAO « infrastructure existentielle »³⁹⁹. C'est donc également dans cette expérience, dans le « monde réalisé » que la connaissance se crée et avec elle la possibilité d'une transformation. Il n'y a plus d'un côté le réel et de l'autre l'idéologie bourgeoise le masquant mécaniquement, mais un réel qui ne peut être compris que par les significations propres à une « culture ». Ce qui permet d'ailleurs à l'auteur d'en déduire l'existence d'une « communauté originelle, celle à laquelle on appartient par sa naissance et son éducation première, qu'on ne peut pas abandonner, parce que, par elle, chacun de nous

³⁹⁸ T. DUC THAO, « Marxisme et phénoménologie », *Revue internationale*, n°2, février 1946, pp. 168-174.

³⁹⁹ A. FERON, « Qui est Tran Duc Thao ? Vie et œuvre d'un philosophe vietnamien », *Contretemps*, 2014 [En ligne], consulté le 06.06.21.

plonge dans les racines de l'existence. »⁴⁰⁰. L'appartenance à une communauté distincte implique forcément une conception du monde différente, qu'il n'est pas possible de concilier autour de concepts communs. Cette limite n'est toutefois pas naturelle ou biologique mais sociale et dépendante d'un mode de production spécifique, d'une structure capitaliste ou coloniale, que l'auteur invite naturellement à dépasser :

« La théorie *humaine* ne consistera pas dès lors à calculer les déterminations objectives, dans leur matérialité abstraite, mais à trouver dans le monde réalisé le sens de l'existence que nous avons à assumer. Que ce sens ne soit pas uniquement dans l'établissement d'une économie nouvelle, c'est ce qui s'impose par la notion même d'une réalité humaine. L'analyse phénoménologique du travail spirituel concret, comme moment de l'existence réelle, donnera à la dialectique des rapports de production la pleine signification d'une appropriation universelle ».

111. En dépit du relativisme qu'il postule, l'auteur appelle à s'élever « au-dessus des horizons particuliers pour se placer "à un point de vue humain". »⁴⁰¹ Puisque la réduction phénoménologique est impossible, il faut se trouver en état de constante vigilance vis-à-vis de nos propres catégories de pensées, qui sont contingentes d'un mode de production spécifique.

112. La revalorisation de l'expérience et du vécu indique une voie d'insertion à la *praxis* révolutionnaire, comme point d'entrée d'une spiritualité transformatrice. D'autres auteurs vont tenter, à *partir de* et *en réaction* à ce contenu philosophique, de proposer une lecture sociologique de la réalité appuyée sur la dialectique de l'individu et de la totalité.

⁴⁰⁰ Cité par A. FERON, « Qui est Tran Duc Thao ? Vie et œuvre d'un philosophe vietnamien », *Contretemps*, 2014 [En ligne], consulté le 06.06.21.

⁴⁰¹ A. FERON, « Qui est Tran Duc Thao ? Vie et œuvre d'un philosophe vietnamien », *Contretemps*, 2014 [En ligne], consulté le 06.06.21.

B. Perspective individuelle vs. Organisation sociale

113. L'œuvre de MANNHEIM offre la possibilité d'une théorie sociologique de la connaissance qui revalorise l'expérience vécue du sujet tout en maintenant son ancrage social⁴⁰². L'auteur reproche au matérialisme historique de dénoncer toute autre perspective que la sienne comme une fausse représentation de la réalité. Pour lui si les idéologies sont « ces interprétations de la situation qui ne sont pas le produit d'expériences concrètes, mais une sorte de connaissance dénaturée (distorted) de ces expériences qui servent à masquer la situation réelle et agissent sur l'individu comme une contrainte »⁴⁰³, elles ne sont pas réductibles aux *fétiches* bourgeois. Elles sont, comme dans la phénoménologie, une partie intégrante de la vie sociale qu'il est vain de penser pouvoir remplacer par une connaissance objective des choses. MANNHEIM postule en effet l'impossibilité de formuler certaines vérités autrement qu'à travers leur « relativité-dans-l'être »⁴⁰⁴. Pour conserver une portée scientifique, le marxisme a dû justifier la raison pour laquelle le prolétariat est présenté comme la classe « méritant » d'accéder à l'émancipation et pourquoi, du même coup, la grille d'analyse des faits sociaux qu'il propose est fonction du projet de sa libération. Le matérialisme ne peut être une éthique : il ne doit pas découler de la valeur mais du fait⁴⁰⁵. MANNHEIM ruine en quelques sortes les prétentions du marxisme à l'objectivité et le renvoie au statut d'idéologie parmi les idéologies. Il en conserve néanmoins une certitude : la relation unissant la conscience du sujet et sa « charpente socio-historique »⁴⁰⁶. La réalité est donc une affaire de *points de vue* relatifs à la position de classe du sujet. La rivalité permanente qui en découle est à la fois ce qui constitue la réalité et ce qui en interdit l'appréhension. C'est là toute l'originalité de son *perspectivisme* qui s'exprime au travers du paragraphe suivant :

« Le caractère particulier de cette situation, c'est que, dans cette lutte de rivalité pour atteindre à une perspective sociale correcte, toutes ces approches et ces points de vue en conflit ne se « discréditent » en aucune façon, nous voulons

⁴⁰² M. LÖWY, « Mannheim et le marxisme : idéologie et utopie », *Actuel Marx*, n°43, 2008, pp. 42-49.

⁴⁰³ K. MANNHEIM, cité par P. KAHN, « Idéologie et Sociologie de la Connaissance dans l'Œuvre de Karl Mannheim », *Cahiers Internationaux de Sociologie*, 1950, Vol. 8, p. 151.

⁴⁰⁴ K. MANNHEIM, « De la concurrence et de sa signification dans le domaine de l'esprit », *L'Homme & la Société*, 2001/2 (n° 140-141), p. 21.

⁴⁰⁵ Sur ce sujet, l'article de M. LÖWY rend compte de façon limpide des tentatives de « réification » de la conscience de la classe prolétaire, puis de la progressive « rationalisation » de l'École de Francfort, tenante moderne de la théorique matérialiste, devenue « critique ». M. LÖWY, « Le marxisme rationaliste de l'École de Francfort », *L'Homme et la société*, n° 65-66, 1982, pp. 45-65.

⁴⁰⁶ K. MANNHEIM, « De la concurrence et de sa signification dans le domaine de l'esprit », *L'Homme & la Société*, 2001/2 (n° 140-141), p. 21.

dire qu'ils ne se montrent ni vains ni inexacts. Bien plutôt aperçoit-on avec de plus en plus de clarté qu'il est possible de penser utilement à partir de n'importe quel point de vue, bien que le degré de fécondité qu'on peut atteindre varie de position à position. Chacun de ces points de vue révèle les relations réciproques dans la complexité vitale des événements sous un angle différent, et l'on entrevoit ainsi de mieux en mieux que le processus historique est quelque chose de plus compréhensif que tous les points de vue individuels existant et que notre base de pensée, en son état actuel d'atomisation, n'atteint pas une vue complète des événements. La masse des faits et des points de vue est bien trop vaste pour pouvoir être accommodée selon notre appareil théorique et notre capacité de systématisation dans leur état actuel. »⁴⁰⁷

114. En d'autres termes, si toutes les postures ne sont pas également pertinentes, c'est uniquement en considération de leur ensemble que l'on peut espérer comprendre la réalité qui nous entoure. L'auteur se défend ainsi de tomber dans un relativisme⁴⁰⁸ radical « où chacun aurait raison (ou bien personne) »⁴⁰⁹, puisqu'il propose en effet de déduire de la synthèse de ces vérités partielles une possible compréhension du monde et, partant, la réalisation de l'utopie.

⁴⁰⁷ K. MANNHEIM, *Idéologie et Utopie*, 1929, Traduit de l'anglais par Pauline ROLLET, Classiques de l'UQAM, p. 121 [En ligne], consulté le 06.05.21. Une édition papier de l'ouvrage est également disponible en français, mais la traduction du passage précité nous semblait moins claire. K. MANNHEIM, *Idéologie et Utopie*, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2007, p. 205.

⁴⁰⁸ Le fait de postuler la relativité de la connaissance humaine reviendrait, pour de nombreux auteurs, à témoigner d'un nihilisme « inquiétant » qui ne mériterait que le peu de crédit que l'on doit aux systèmes finissant en *isme*. (R. BOUDON, *Le relativisme*, Que sais-je?, PUF, 2008, pp. 1-8) Notons, à cet égard, qu'en France comme dans le monde anglo-saxon, les définitions du relativisme sont données par ses opposants, ce qui participe à ne rendre compte que d'une vision assez injuste de la doctrine. En France avec Raymond BOUDON, auteur prolifique, partisan d'une conception rationnelle et donc « scientifique » des jugements de valeur et de vérité, à qui l'on doit également les références R. BOUDON, « Misère du relativisme », *Commentaire* 2006/4 (Numéro 116), p. 876-892 ; R. BOUDON, 1999, « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *L'avenir du droit*, Paris, PUF/Dalloz, pp. 11-24 ; R. BOUDON, « L'explication cognitive des croyances collectives », dans R. BOUDON, A. BOUVIER et F. CHAZEL (éd.), *Cognition et sciences sociales*, Paris, PUF, coll. « Sociologies », pp. 15-57 ; R. BOUDON, 1995, *Le juste et le vrai. Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Paris, Fayard. Et à l'étranger, comme le relève C. GEERTZ, "Distinguished Lecture : Anti Anti-Relativism", *American Anthropologist*, New Series, Vol. 86, N°2, 1984, p. 263. La position relativiste est pourtant d'autant moins absurde qu'elle est même défendue par des chercheurs dans le domaine de l'astrophysique : A. BARRAU, « La cosmologie comme "manière de faire un monde". Physique, relativisme et irréalisme », in A. BARRAU et D. PARROCHIA (dir.), *Formes et origine de l'Univers*, Dunod, Paris, 2010.

⁴⁰⁹ K. MANNHEIM, « De la concurrence et de sa signification dans le domaine de l'esprit », *L'Homme & la Société*, 2001/2 (n° 140-141), p. 21. V. également le passage suivant de *Idéologie et utopie*, qui démontre les liens qu'entretient la pensée de l'auteur avec la phénoménologie : « on peut dire qu'il existe une différence fondamentale entre, d'une part un esprit partisan aveugle et l'irrationalisme qui naît d'une indolence mentale ne sachant voir dans l'activité intellectuelle qu'une propagande et des jugements personnels arbitraires, et, d'autre part, le type de recherche qui s'intéresse sérieusement à l'analyse objective et qui, après avoir éliminé toute évaluation consciente, découvre un résidu d'évaluation irréductible inhérent à la structure de toute pensée ». K. MANNHEIM, *Idéologie et Utopie*, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2007, p. 61. Pour une analyse éclairante sur le sujet, V. R. KARSENTY, « Mannheim et le "marxisme occidental" », *Phantasia* [En ligne], Volume 6, 2017, consulté le 26.05.2021.

MANNHEIM énonce ainsi la portée révolutionnaire de sa doctrine : « Nous pourrions transformer l'ensemble de la société dès demain, si tout le monde pouvait se mettre d'accord. Le véritable obstacle est que tout individu est prisonnier d'un système de relations établies, qui, dans une grande mesure, entrave sa volonté »⁴¹⁰. L'état de conscience transcendantal auquel invitait la phénoménologie est précisé par l'auteur sous la forme de la synthèse des perspectives qu'il reviendrait, selon lui, aux « intellectuels qui n'ont aucune attache sociale »⁴¹¹ d'effectuer et de diffuser⁴¹². On trouve ici une forme de parenté avec le concept « d'intellectuel organique » du marxiste GRAMSCI, sorte d'entrepreneur moral devant contrer l'hégémonie culturelle bourgeoise⁴¹³. Mis en relation avec les propositions de Tran DUC THAO, on peut discerner dans la sociologie de MANNHEIM une piste de réflexion pour garantir le dialogue et l'action collective en dépit de la nécessaire subjectivation de la *praxis*⁴¹⁴.

115. La tentative de MANNHEIM a pourtant fait l'objet de vives critiques. Des sociologues, il s'est vu reprocher sa posture philosophique sous-jacente, « la croyance à une sorte d'objectivité dynamique qui se dégage de l'élaboration graduelle de la vérité par correction mutuelle »⁴¹⁵, ayant pour fonction de légitimer l'action sociale. De la théorie critique, il se voit au contraire reprocher son relativisme « intégral »⁴¹⁶, la première école de Francfort étant particulièrement hostile au caractère « total » de l'idéologie proposée par MANNHEIM. HORKHEIMER rappelle que pour MARX, il existe une identité possible entre le réel et l'idée et que celle-ci est cristallisée par l'exploitation universelle et concrète des hommes⁴¹⁷. L'idéologie ne peut donc être qu'une production de la classe ayant intérêt à masquer sa domination et la *praxis* ne peut avoir qu'une dimension : celle d'une activité réelle de libération du prolétariat. MANNHEIM se trompe en cherchant le moyen de distinguer le *vrai* du *faux*, les contradictions

⁴¹⁰ K. MANNHEIM, *Idéologie et Utopie*, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2007, p. 129.

⁴¹¹ K. MANNHEIM, *Idéologie et Utopie*, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2007, p. 127.

⁴¹² Pour une riche analyse du concept, V. G. TVERDOTA, « "Intellectuels librement attachés" : jalons pour une réévaluation de la sociologie de l'intelligentsia de Karl Mannheim », *Cahiers du GRM* [Online], 6, 2014, consulté le 11.05.2021.

⁴¹³ A. GRAMSCI, *Cahiers de prison*. Cahiers 1,2,3,4 et 5, Gallimard, 1996. V. Également l'excellente synthèse G. HOARE, N. SPERBER, *Introduction à Antonio Gramsci*. La Découverte, « Repères », 2019, 128 pages. Pour une confrontation des deux concepts dans l'optique d'une revalorisation de la « sociologie des intellectuels », V. là encore G. TVERDOTA, « Intellectuels librement attachés : jalons pour une réévaluation de la sociologie de l'intelligentsia de Karl Mannheim », *Cahiers du GRM* [En ligne], 6 | 2014, consulté le 12.11.19.

⁴¹⁴ Rappelons toutefois que l'œuvre de MANNHEIM est antérieure à celle de Tran DUC THAO, ce qui explique d'ailleurs qu'elle ne soit pas encore teintée du structuralisme que l'on discerne déjà dans celle du phénoménologue. Elle nous semblait néanmoins pertinente comme proposition d'action concrète.

⁴¹⁵ P. KAHN, « Idéologie et Sociologie de la connaissance dans l'œuvre de Karl Mannheim », *Cahier internationaux de Sociologie*, 1950, Vol. 8, p. 153.

⁴¹⁶ R. ARON, *La sociologie allemande contemporaine*, Paris, PUF, 1966, 1935, p. 67 cité par M. LÖWY, « Mannheim et le marxisme : idéologie et utopie », *Actuel Marx*, n°43, 2008, p. 48.

⁴¹⁷ M. HORKHEIMER, *Théorie critique*, Payot, 2009, p. 315

du monde ne sont pas des oppositions entre « systèmes de pensées », ou « vécus situés » mais des luttes de pouvoirs concrètes qu'il s'agit pour les dominés de remporter par le biais de la connaissance effective et du dépassement de leur propre condition⁴¹⁸. L'école de Francfort, inquiète de la montée du fascisme, revendique la dimension critique de sa démarche épistémologique⁴¹⁹. Elle se méfie de la prétendue neutralité scientifique, qui, étrangère à l'éthique, n'est rien d'autre que l'alibi de la « civilisation technologique »⁴²⁰.

116. La critique de l'École de Francfort élude injustement les potentialités transformatrices de la sociologie de la connaissance de MANNHEIM. Une explication réside certainement dans sa volonté de dépasser la crise de l'irrationalisme à laquelle la renvoient l'évocation du « perspectivisme » et son auteur premier. En effet, NIETZSCHE emploie le terme dès la fin du XIX^e siècle lorsqu'il affirme « que tout n'est que perspective parce que tout est interprétation et que l'interprétation est le résultat de notre position dans le monde »⁴²¹. Mais il n'en déduit pas la même chose que MANNHEIM puisque chez lui, le caractère essentiellement interprétatif de la connaissance est absolument indépassable. Indépassable car il tient à son vecteur même : le langage. Pour NIETZSCHE en effet, les concepts sont institués par les mots et les mots ne sont que des noms donnés aux choses pour organiser la vie en société. Le langage est une abstraction réductrice, incapable d'exprimer la complexité du monde et donc sa vérité. Il est aussi le seul mode d'expression de la pensée, il *est* la pensée et n'a d'autre fonction que de servir les besoins immédiats de notre survie⁴²². Les vérités sont donc des « illusions dont on

⁴¹⁸ M. HORKHEIMER, *Théorie critique*, Payot, 2009, pp. 44-53.

⁴¹⁹ M. LÖWY, « Le marxisme rationaliste de l'École de Francfort », *L'Homme et la société*, n° 65-66, 1982, pp. 45-65. V. également G. HOTTOIS, *De la Renaissance à la Postmodernité. Une histoire de la philosophie moderne et contemporaine*, « Chapitre 19. L'école de Francfort : théorie critique et philosophie de la communication », De Boeck Supérieur, 2005, pp. 397-420.

⁴²⁰ M. HIRSCH, « L'École de Francfort : une critique de la raison instrumentale », *L'Homme et la société*, n°35-36, 1975, pp. 115-147.

⁴²¹ J. CHAMBERLAND, *Nietzsche et les sciences sociales*, Thèse de philosophie, Montréal, 1989, p. 15. On trouve une trace nette du perspectivisme de NIETZSCHE lorsqu'il écrit : « De même qu'il est de toute nécessité qu'un arbre porte ses fruits, nos idées sortent de nous-mêmes, nos évaluations, nos « oui », nos « non », nos raisons et nos causes se développent, tous parents et en relation les uns avec les autres comme autant de témoignages d'une volonté, d'un état de santé, d'un terroir, d'un soleil. Seront-ils à votre goût ces fruits de notre jardin ? Mais qu'importe cela aux arbres à nous autres, philosophes ? Qu'importe cela ? » *La généalogie de la morale*, Gallimard, 1971, p. 10.

⁴²² « La motivation derrière le développement de nos organes de connaissance, selon Nietzsche, est la préservation et le maintien de l'espèce humaine. Les choses mêmes que nous percevons, les objets de notre connaissance, ainsi que la manière dont nous les percevons, sont contraintes et déterminées par l'utilité de ces perceptions. Nietzsche a écrit que "la mesure de ce dont nous sommes en quelque sorte conscients dépendante de l'utilité grossière de son devenir conscient". En d'autres termes, nous percevons seulement ce que nous avons besoin de percevoir afin de survivre. » K. CARR, "Nietzsche on nihilism and the crisis of interpretation", *Soundings: An Interdisciplinary Journal*, 73(1), 1990, p. 90.

a oublié qu'elles le sont »⁴²³. Il en va de même pour nos jugements et croyances, qui résultent simplement de la nécessité historique de justifier des rapports de domination entre les forts et les faibles. En retraçant la généalogie du « bien » et du « mal », NIETZSCHE pense en effet découvrir la naissance de la morale moderne dans les luttes opposant l'aristocratie et le clergé. Lorsque les premiers ont voulu faire de leurs intérêts des valeurs universelles en usant la puissance, les seconds ont répondu par la ruse et ont fait de l'état de soumission factuel du reste de la population la nouvelle actualisation du « bien » universel :

« Soyons, disent les faibles, le contraire des méchants, c'est-à-dire bons. Est bon quiconque ne fait violence à personne, quiconque n'offense, ni n'attaque, n'use pas de représailles et laisse à Dieu le soin de la vengeance, quiconque se tient caché comme nous, évite la rencontre du mal et du reste attend peu de chose de la vie, comme nous, les patients, les humbles et les justes... Nous les faibles, *nous sommes décidément faibles ; nous ferons donc bien de ne rien faire de tout ce pour quoi nous ne sommes pas assez forts.* »⁴²⁴

La plupart des valeurs nous paraissent évidentes et rationnelles pour la seule raison qu'elles sont anciennes⁴²⁵. La seule valeur authentique est celle qui s'actualise dans le flux de l'existence, qui ne vaut que pour soi et qui prend la forme non du « bien » et du « mal » mais du « bon » et du « mauvais ». D'où l'affirmation du nihilisme Nietzscheen, à savoir l'inexistence de la Raison, de la morale et de la vérité. Difficile, dans cette conception du monde, de justifier une *praxis* révolutionnaire collective⁴²⁶...

117. L'utilisation de la catégorie du langage comme horizon indépassable de la connaissance est à mettre en relation avec les travaux d'un contemporain de NIETZSCHE, DE

⁴²³ Cité par S. MARTON, « Le problème du langage chez Nietzsche. La critique en tant que création », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 74, no. 2, 2012, pp. 225-245.

⁴²⁴ F. NIETZSCHE, *La généalogie de la morale*, Gallimard, 1971, p. 67. Pour un exposé très complet de l'œuvre du philosophe sur le sujet V. P. DE RIBAUCCOURT « Les théories de Nietzsche sur l'origine et la valeur de la morale », *Revue philosophique de Louvain*, n°37, 1903. pp. 43-60.

⁴²⁵ « Tout ce qui vit longtemps est progressivement saturé de raison au point que ses origines irrationnelles deviennent improbables. Presque toute histoire précise de l'origine de quelque chose ne semble-t-elle pas paradoxale et sacrilège pour nos sentiments ? Le bon historien ne se contredit-il pas sans cesse ? » F. NIETZSCHE, *L'Aurore, Rationalité ex post facto*, 1881.

⁴²⁶ Et pourtant, son auteur ne le concevait lui-même pas du tout comme un fatalisme : « Nihilisme : manque de but, manque de réponse au pourquoi ? Il atteint son maximum de force (relative) en tant que force violente de destruction, nihilisme actif. Son opposé serait le nihilisme fatigué, qui n'attaque plus rien ». F. NIETZSCHE, cité par A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e ed., 2010, v. « Nihilisme ».

SAUSSURE. Linguiste célèbre, DE SAUSSURE propose de repenser l'étude du langage non plus à travers le sens qu'il donne aux choses, mais *par sa structure propre*. En étudiant les éléments sonores du langage – les phonèmes – il observe qu'un *son* différent peut entraîner un *sens* différent ou non, selon les usages et selon les langues. Pour comprendre un phonème, il faut donc comprendre les *relations* qu'il entretient avec les autres phonèmes⁴²⁷. L'auteur fait un constat similaire concernant les mots et les concepts. Il distingue *la valeur du mot* et sa *représentation conceptuelle* – le mot « mouton » et l'animal observé par exemple – puisque sa *valeur* dépend non seulement de l'*échange* contre le concept – le mot mouton me permet de désigner le mouton – mais surtout de la *comparaison* aux autres mots – le mot mouton désigne-t-il l'animal entier ? Une partie de l'animal ? Tous les animaux doux ? Pour convaincre de sa démonstration, DE SAUSSURE écrit :

« Le français mouton peut avoir la même signification que l'anglais sheep, mais non la même valeur, et cela pour plusieurs raisons, en particulier parce qu'en parlant d'une pièce de viande apprêtée et servie sur la table, l'anglais dit mutton et non sheep. La différence de valeur entre sheep et mouton tient à ce que le premier a à côté de lui un second terme, ce qui n'est pas le cas pour le mot français. Dans l'intérieur d'une même langue, tous les mots qui expriment des idées voisines se limitent réciproquement : des synonymes comme redouter, craindre, avoir peur n'ont de valeur propre que par leur opposition ; si redouter n'existait pas, tout son contenu irait à ses concurrents [...] Si les mots étaient chargés de représenter des concepts donnés d'avance, ils auraient chacun, d'une langue à l'autre, des correspondants exacts pour le sens ; or il n'en est pas ainsi [...] Dans tous ces cas nous surprenons donc, au lieu d'idées données d'avance, des valeurs émanant du système. Quand on dit qu'elles correspondent à des concepts, on sous-entend que ceux-ci sont purement différentiels, définis non pas positivement par leur contenu, mais négativement par leurs rapports avec les autres termes du système. »⁴²⁸

De cela, il faut tirer trois conséquences importantes : 1) on ne comprend le concept qu'en comprenant les relations entre tous les concepts, puisqu'il ne peut se définir que dans le rapport différentiel qu'il entretient avec eux, avec *la structure entière du langage*. 2) Puisque

⁴²⁷ « Mais énumérer ces facteurs de production du son, ce n'est pas encore déterminer les éléments différentiels des phonèmes. Pour classer ces derniers, il importe bien moins de savoir en quoi ils consistent que ce qui les distingue les uns des autres » F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Payot, Paris, 1971, p. 75.

⁴²⁸ F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Payot, Paris, 1971, pp. 187-189.

les concepts sont définis par leur structure, alors *si la structure est différente, les concepts sont différents*. 3) Si le concept est dépendant d'une structure de langage particulière, *alors les mots déterminent les choses*.

118. Les travaux du linguiste ont une influence déterminante. Dès le milieu du XX^e siècle, ils inspirent le *structuralisme*, un courant de pensée qui va rapidement s'étendre à l'ensemble des sciences sociales – l'anthropologie, la psychologie, la littérature, la philosophie. Les partisans du structuralisme n'étudient plus leur objet en fonction de ses propriétés intrinsèques, mais par le biais du modèle théorique de la structure, à savoir « un tout formé de phénomènes solidaires, tels que chacun dépend des autres et ne peut être ce qu'il est que dans et par sa relation avec eux »⁴²⁹. *L'identité de l'objet considéré se dilue au profit de la structure à laquelle il appartient*. L'objet en question pouvant n'être autre que la personne humaine elle-même. C'est pour cette raison que le structuralisme est souvent associé à une *déconstruction du sujet* : celui-ci n'est plus à l'origine des choses, on ne cherche plus son *intentionnalité*. La subjectivité n'est plus considérée que comme *un effet* de la structure : on passe « de la subjectivité constituante à la subjectivité constituée »⁴³⁰. Puisque la conceptualisation de l'objet dépend du système de langage dans laquelle il s'inscrit, les hommes sont dépendants dans leur représentation du monde, comme de leur propre identité, d'un système qui leur est étranger. La subjectivité n'est plus ce qui fonde le réel, elle est au contraire instituée par la structure qui lui donne nécessairement un sens spécifique.

119. La révolution structuraliste va balayer sur son passage les tentatives pourtant prometteuses de conciliation du marxisme et de la phénoménologie. En 1970, le philosophe français ALTHUSSER déduit des apports de la linguistique la nécessité de penser la vie sociale non plus à partir de son mode de production concret, et donc de la *praxis*, mais de la « reproduction »⁴³¹. Par *reproduction*, l'auteur entend désigner la reproduction de la force de travail⁴³², composante essentielle du maintien du capitalisme. Dans sa théorie de la plus-value, MARX dénonce en effet l'inadéquation existante entre la force de travail effectivement fournie

⁴²⁹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e ed., 2010, v. « Structure ».

⁴³⁰ E. BALIBAR, « Le structuralisme : une destitution du sujet ? », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 45, no. 1, 2005, pp. 5-22.

⁴³¹ L. ALTHUSSER, « Idéologie et appareils idéologiques d'État. (Notes pour une recherche) », *Sur la reproduction*. Paris, PUF, 2011, p. 15.

⁴³² C'est-à-dire qu'il entend répondre aux deux questions suivantes : comment le capitalisme assure-t-il le maintien de l'exploitation de la force de travail des prolétaires ? Pourquoi les gens acceptent-ils les conditions de travail qui sont les leurs ?

par le travailleur et le salaire fourni par l'employeur, puisque celui-ci en dégage un bénéfice. Le salaire correspond seulement à la valeur nécessaire à garantir la reproduction de la force de travail, c'est là tout le processus d'aliénation qu'il dénonce⁴³³. La théorie structuraliste de cette aliénation est reformulée par ALTHUSSER de la façon suivante :

« Pour énoncer ce fait dans une langue plus scientifique, nous dirons que la reproduction de la force de travail exige non seulement une reproduction de sa qualification, mais, en même temps, une reproduction de sa soumission aux règles de l'ordre établi, c'est dire une reproduction de sa soumission à l'idéologie dominante pour les ouvriers et une reproduction de la capacité à bien manier l'idéologie dominante pour les agents de l'exploitation et de la répression, afin qu'ils assurent aussi "par la parole" la domination de la classe dominante »⁴³⁴.

120. Au salaire succède donc l'*idéologie*. Une idéologie dont la diffusion contamine la totalité des institutions et instances sociales, celles d'État bien sûr, mais également les entités les plus privées comme celle de la famille⁴³⁵. Le sujet, intégralement institué par l'idéologie et ce avant même sa naissance, se trouve soumis à la structure capitaliste. D'où la posture « anti-humaniste » d'ALTHUSSER, qu'il prête également à MARX : puisqu'il n'y a pas d'autre essence de l'Homme que celle sécrétée par la structure sociale, toute tentative de raisonner à partir de valeurs humanistes ne peut être, elle aussi, que contingente et produite par l'idéologie bourgeoise. Il existe une proximité entre la thèse d'ALTHUSSER et celles de DUC THAO et MANNHEIM, mais si les deux derniers ont avant tout voulu théoriser la possibilité pour le sujet

⁴³³ K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique*, Quadrige/PUF, t. I, « Achat et vente de la force de travail », 1993 : « Pour que ce rapport persiste, il faut que le propriétaire de la force de travail ne la vende jamais que pour un temps déterminé, car s'il la vend en bloc, une fois pour toutes, il se vend lui-même, et de libre qu'il était se fait esclave, de marchand, marchandise. S'il veut maintenir sa personnalité, il ne doit mettre sa force de travail que temporairement à la disposition de l'acheteur, de telle sorte qu'en l'aliénant il ne renonce pas pour cela à sa propriété sur elle ». Sur les débats importants qui ont divisés philosophes et sociologues concernant le concept de reproduction, V. E. RENAULT, « Comment Marx se réfère-t-il au travail et à la domination ? », *Actuel Marx*, vol. 49, no. 1, 2011, pp. 15-31.

⁴³⁴ L. ALTHUSSER, « Idéologie et appareils idéologiques d'État. (Notes pour une recherche) », *Sur la reproduction* Presses Universitaires de France, 2011, p. 9.

⁴³⁵ « Avant de naître, l'enfant est donc toujours-déjà sujet, assigné à l'être dans et par la configuration idéologique familiale spécifique dans laquelle il est « attendu » après avoir été conçu. Inutile de dire que cette configuration idéologique familiale est, dans son unicité, fortement structurée, et que c'est dans cette structure implacable plus ou moins « pathologique » (à supposer que ce terme ait un sens assignable), que l'ancien futur sujet doit « trouver » « sa » place, c'est-à-dire « devenir » le sujet sexuel (garçon ou fille) qu'il est déjà par avance. On comprend que cette contrainte et cette pré-assignation idéologiques, et tous les rituels de l'élevage puis de l'éducation familiaux ». L. ALTHUSSER, « Idéologie et appareils idéologiques d'État. (Notes pour une recherche) », *Sur la reproduction*. Presses Universitaires de France, 2011, p. 285.

d'avoir recours à son expérience sensorielle pour dépasser les fausses représentations, pour s'extirper de son aliénation et par la *praxis* transformer le réel, le premier n'est animé que par un souci épistémologique. Si une théorie de la connaissance scientifique doit pouvoir rendre compte des mécanismes à l'œuvre lors de l'intégration du réel et notamment du rapport qu'ils entretiennent avec nos préconceptions idéologiques⁴³⁶, le structuralisme ne peut postuler autre chose que le caractère indépasseable de l'idéologie et avec lui, l'impossibilité pour le sujet d'agir ou de penser « librement »⁴³⁷.

121. Il y a incontestablement quelque chose de nécessaire à la démarche proposée par ALTHUSSER, à l'adoption d'une attitude sceptique vis-à-vis de nos certitudes les plus ancrées, à la volonté d'aller chercher un paterne dans l'espace économique que nous partageons qui pourrait expliquer la façon dont nous pensons et agissons collectivement. Il y a toutefois, et de façon tout aussi incontestable, un reproche à lui adresser : celui de vouloir gommer l'Homme de sa propre histoire en masquant par le voile non plus de l'idéologie elle-même mais du postulat de son caractère total, les contradictions du réel, les luttes actives et pratiques, les tentatives et les émancipations réussies. On trouve même pour un auteur « un effroyable pédantisme, un pénible ascétisme de l'intellect, un manque de sensibilité et de sensualité, un refus de l'émotion comme du "vécu" qui sont la marque d'une période de repli, de retrait de la pensée »⁴³⁸ dans l'œuvre d'ALTHUSSER. En voulant garantir la scientificité de sa doctrine, ce dernier aboutit paradoxalement à réifier l'idéologie qu'il voulait précisément dénoncer⁴³⁹.

⁴³⁶ C'est, du reste, tout l'enjeu de l'épistémologie entendu dans son sens le plus large de « l'étude de la constitution des connaissances valables ». J.-L. LE MOIGNE, *Les épistémologies constructivistes*, Que sais-je ?, PUF, 2012, p. 3.

⁴³⁷ « Si l'homme est le produit de la structure, cela veut dire que je ne suis, par exemple, pas maître de mon discours, parce que les mots que j'emploie n'ont pas seulement le sens que je veux, mais aussi celui qu'ils tiennent du fait qu'ils ne se définissent que relativement à d'autres mots, c'est-à-dire d'un système linguistique qui, comme nous l'a appris la linguistique structurale, fonctionne par oppositions distinctives » F. MATONTI, « 19. Marx structuraliste », J.-N. DUCANGE éd., *Marx, une passion française*, La Découverte, 2018, pp. 241-251.

⁴³⁸ H. LEFEBVRE, « Les paradoxes d'Althusser », *L'Homme et la société*, N. 13, 1969, p. 15.

⁴³⁹ Henri LEFEBVRE reproduit dans son article le document par lequel les premiers disciples d'ALTHUSSER, marquant leur rupture avec sa pensée, lui reprochent à demi-mot le confort bourgeois de sa démarche épurée de toute considération pratique : « Un certain nombre des éléments qui participaient activement aux mouvements d'étudiants n'étaient communistes que de nom ; ils s'intéressaient au marxisme d'un point de vue théorique mais n'avaient aucun désir de se placer sur les positions du prolétariat, de participer activement à la lutte des classes, de se mettre au service du prolétariat et du peuple. Leurs préoccupations étaient des préoccupations d'école, de petit cénacle, non des préoccupations d'intellectuels révolutionnaires mais de futures autorités académiques bourgeoises. Ces éléments développèrent une théorie nuisible selon laquelle la seule pratique que doivent avoir les « théoriciens » est la « pratique théorique ». Leur « théorie » niait le rôle fondamental de l'organisation du prolétariat dans la centralisation des idées justes des masses » *Journal de la Commune étudiante, Schnapp et Vidal-Naquet*, 1969, document 148, cité par H. LEFEBVRE, « Les paradoxes d'Althusser », *L'Homme et la société*, N. 13, 1969, p. 13

122. Les critiques suscitées par l'irrationalisme nietzschéen et le structuralisme entraînent un effet de retour à la Raison qui demeure profondément ancrée dans la théorie critique de l'époque.

C. Pluralisme des valeurs vs. Rationalité communicationnelle

123. Tirant les leçons d'un structuralisme déshumanisé, Jürgen HABERMAS, issu de la deuxième génération de l'école de Francfort, entend ré-instituer le sujet dans l'Histoire par le vecteur même qui l'en a exclu : le langage. La première étape de la pensée d'HABERMAS est sa clarification de la distinction entre l'éthique et la morale.

124. Lorsque nous appréhendons le réel, nous pouvons avoir deux attitudes distinctes : soit une attitude neutre, objective, purement rationnelle et descriptive. C'est ce à quoi prétend le discours empirique, un simple constat – *le ciel est bleu aujourd'hui*. Mais il est également possible d'avoir une deuxième attitude qui consiste à émettre un jugement sur ce réel, à le mesurer : l'attitude est alors normative⁴⁴⁰. Lorsque le réel est mesuré, il l'est en fonction de valeurs – d'un contenu *axiologique* – *Qu'est-ce que vaut un ciel bleu ?* C'est ici que la distinction d'HABERMAS est importante puisqu'il oppose à la normativité *éthique*, la normativité *morale*⁴⁴¹. Pour ce dernier, la normativité éthique est une normativité « faible », elle repose sur des « valeurs-valorisations » propres à une expérience subjective, qui « s'éprouvent mais ne se prouvent pas »⁴⁴², qui relèvent donc de l'intuition et non de la raison – *Le ciel est bleu aujourd'hui, il est agréable, il est « bon »*. La normativité morale, à l'inverse, considère non plus le « bon » dans toutes ses variations mais le *juste* dans sa dimension universelle, absolue. C'est une « valeur-validation » qui implique un devoir-être, qui s'impose rationnellement et peut donc être imposée. La morale relève de la *conformité du contenu*, non du *contenu lui-même* – de la forme, non de la substance, contrairement à l'éthique – *Le bleu d'aujourd'hui est la couleur qu'il faut au ciel, par opposition aux autres couleurs qui sont mauvaises*.

⁴⁴⁰ L'origine étymologique du mot « norme » se trouve dans le latin *norma* qui signifie « l'équerre », soit un instrument de mesure.

⁴⁴¹ J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, éd. Du cerf, Paris, 1992, p. 11 et s.

⁴⁴² Y. QUINIOU, « Morale, éthique et politique chez Habermas », *Actuel Marx*, 1998/2, n°24, pp. 69-83.

125. Pour des auteurs comme NIETZSCHE ou ALTHUSSER, tout contenu axiologique est *forcément* relatif puisque contingent – d’une structure, d’un langage, d’une idéologie. Il n’y a donc pas de morale, seulement des éthiques ; d’où l’impossibilité de fonder rationnellement un combat politique. Pour des auteurs comme MANNHEIM et Tran DUC THAO, si la normativité est relative à une culture ou un groupe social, il demeure possible de dépasser cet état pour parvenir à une normativité transcendante par la synthèse des expériences vécues. On pourrait donc passer d’une normativité éthique à une normativité morale.

126. Dans la théorie marxienne, les choses sont un peu plus complexes... MARX écrit que la normativité est forcément relative puisque la morale est un *fétiche* supposé justifier le mode de production capitaliste. En ce sens d’ailleurs, il rejette tout « idéal » comme forcément idéologique – c’est le point de départ de son matérialisme – ce qui explique la nécessité pour lui de fonder sa théorie sur un autre terrain que celui des valeurs, celui de l’Histoire. Le communisme repose sur une lecture scientifique « objective » de l’Histoire qui n’est pas guidé par une transcendance du juste mais par les luttes concrètes du prolétariat⁴⁴³. Le progrès historique ne peut s’effectuer que par la fin de son exploitation car elle coïncide avec le progrès technique et celui de la nécessaire maîtrise de la Nature, donnée factuelle irréductible. Pas d’idée de « bien » autre que celle de la lutte elle-même, nous l’avons dit. Pas de connaissances autres que celles dégagées directement de la *praxis* par la *praxis*, par la confrontation aux contradictions de la vie réelle – une raison « pratique », jamais théorique et encore moins morale. La majorité des auteurs qui ont étudié le sujet a toutefois fait remarquer que MARX, dans sa critique du capitalisme d’une part, et dans son assimilation du progrès historique à la libération des hommes d’autre part, ne peut se dispenser d’une approche normative⁴⁴⁴. Pour certains, il ne s’agirait toutefois que d’une normativité éthique : « L’éthique de Marx n’est certainement pas une éthique du devoir, mais elle peut être considérée comme une éthique de la vertu : la critique marxienne se nourrit de la perspective d’une forme de vie plus coopérative, plus riche et plus universelle. Cette forme de vie, toutefois, n’est pas proposée par Marx comme un devoir-être moral ; il pense plutôt qu’elle ne pourra naître que des intérêts, des conflits et

⁴⁴³ V. Par exemple : « La classe ouvrière n’a pas d’utopies toutes faites à introduire par décret du peuple. Elle sait que pour réaliser sa propre émancipation, et avec elle cette forme de vie plus haute à laquelle tend irrésistiblement la société actuelle de par sa propre action économique, elle aura à passer par de longues luttes, par toute une série de processus historiques, qui transformeront complètement les circonstances et les hommes. Elle n’a pas d’idéal à réaliser mais seulement à libérer les éléments de la société nouvelle que porte dans ses flancs la vieille société bourgeoise qui s’effondre » K. MARX, *la Guerre civile en France*, éditions sociales, 1871.

⁴⁴⁴ Pour une brève synthèse, V. S. PETRUCCIANI, « "Marx and Morality". Le débat anglo-saxon sur Marx, l’éthique et la justice », *Actuel Marx*, 1991/2 n°10, pp. 147-167.

des nécessités du développement réel »⁴⁴⁵. Pour les autres, il faudrait y voir une normativité morale : « Mais le communisme ne propose pas seulement une forme concrète de vie : il revendique une forme universelle pour la vie des hommes, qui exige que les conditions d'un libre choix de la vie "vie bonne", de la forme de vie souhaitée, soient offertes à tous – ce qui est autre chose et proprement moral »⁴⁴⁶.

127. La première école de Francfort, nous l'avons dit, avait pleinement revendiqué sa posture critique au nom d'une normativité morale forte fondée sur l'impératif de libération des personnes exploitées. La rationalité scientifique, sous couvert de neutralité axiologique, est dénoncée car aboutit à recréer les conditions propres au maintien et à l'expansion du capitalisme. Car dans l'ombre de la science, se cache la figure de la *rationalité instrumentale*.

128. Pour comprendre le concept, il convient de revenir sur la pensée du sociologue Max WEBER. Étudiant les conditions et les raisons de l'agir social – la façon dont nous interagissons avec les autres – WEBER distingue deux types de rationalités susceptible d'orienter l'action des individus : la rationalité axiologique et la rationalité instrumentale.

« Agit d'une manière purement rationnelle en valeur celui qui agit sans tenir compte des conséquences prévisibles de ses actes, au service de ce que, selon sa conviction, paraissent lui commander le devoir, la dignité, la beauté, les directives religieuses, la piété ou la grandeur d'une cause, quelle qu'en soit la nature. [...] Agit de façon rationnelle en finalité celui qui oriente son activité d'après les fins, moyens et conséquences subsidiaires et qui confronte en même temps rationnellement les moyens et les fins, la fin et les conséquences subsidiaires et enfin les diverses fins possibles entre elles. »⁴⁴⁷.

Aux côtés de la rationalité en valeur – axiologique – et de la rationalité en finalité – instrumentale – WEBER mentionne deux autres déterminants de l'agir social : l'*émotion* et la *tradition*. Ces différents modes d'action cohabitent et entrent en contradiction en permanence.

⁴⁴⁵ S. PETRUCCIANI, « "Marx and Morality". Le débat anglo-saxon sur Marx, l'éthique et la justice », *Actuel Marx*, 1991/2 n°10, p. 163.

⁴⁴⁶ Y. QUINIOU, « Quelle normativité pour la critique du capitalisme : éthique ou morale ? », *Actuel Marx*, 1999/1 n°25, p. 97.

⁴⁴⁷ M. WEBER, *Économie et société*, Paris, Plon, 1971, p. 56. Sur l'application de la sociologie de WEBER au domaine juridique, V. *Infra* n°371.

L'auteur entend néanmoins démontrer que la société moderne est caractérisée par la domination de la rationalité instrumentale. En effet, la sécularisation propre à la modernité aurait entraîné un processus de « désenchantement du monde » où la magie, les croyances, la spiritualité sont remplacées par le calcul, l'efficacité et la prévisibilité⁴⁴⁸. Processus largement encouragé par le développement de la science et de la Raison, il mène toutefois inexorablement à l'hégémonie d'un type de structure sociale particulier : la bureaucratie. Les caractéristiques qu'il donne de la bureaucratie sont les suivantes : principe de compétences de l'autorité ordonnées généralement par des règles fixes, principe de la hiérarchie des fonctions et des différents niveaux d'autorité qui « impliquent un système bien ordonné de domination et de subordination »⁴⁴⁹, une masse importante de documents écrits, la formation professionnelle, le plein emploi de la force de travail des fonctionnaires, le nécessaire apprentissage technique spécialisé des règles du fonctionnement de l'administration et une forte division du travail dans l'administration qui mène à l'objectivation des tâches. WEBER conclut son article par un parallèle entre modernité, bureaucratisation et capitalisme : « L'exécution objective signifie exécution selon des "règles calculables" sans rapport avec les individus. "Sans égard pour l'homme" est également le mot d'ordre du marché et en général de toute poursuite d'intérêts économiques explicites »⁴⁵⁰. Si la rationalité instrumentale présente des avantages certains, WEBER déplore son influence prépondérante sur les modalités de l'action sociale qu'il considère en contradiction avec les aspirations émancipatoires des Lumières et partant, l'autonomie du sujet agissant⁴⁵¹.

L'autre conséquence de la modernité et de la dissolution des croyances collectives dans le culte de la rationalité se trouve, pour WEBER, dans l'irréconciliable « polythéisme » des valeurs qui en découlent⁴⁵². Pour l'auteur, les contradictions entre valeurs religieuses,

⁴⁴⁸ « L'intellectualisation et la rationalisation croissantes ne signifient donc nullement une connaissance générale croissante des conditions dans lesquelles nous vivons. Elles signifient bien plutôt que nous savons ou que nous croyons qu'à chaque instant nous *pourrions*, pourvu *seulement que nous le voulions*, nous prouver qu'il n'existe en principe aucune puissance mystérieuse et imprévisible qui interfère dans le cours de la vie ; bref que nous pouvons *maîtriser* toute chose par la *prévision*. Mais cela revient à désenchanter le monde ». M. WEBER, *Le savant et le politique*, Paris : Union Générale d'Éditions, 1963 p. 61.

⁴⁴⁹ M. WEBER, «Caractéristiques de la bureaucratie.» In P. BIRNBAUM et F. CHAZEL (Dir.) *Sociologie politique*. Tome 1, Paris: Librairie Armand Colin, pp. 256-263.

⁴⁵⁰ M. WEBER, «Caractéristiques de la bureaucratie.» In P. BIRNBAUM et F. CHAZEL (Dir.) *Sociologie politique*. Tome 1, Paris: Librairie Armand Colin, pp. 256-263. Notons que ce constat est opéré par Max WEBER dès 1922 et qu'il est encore largement pertinent aujourd'hui.

⁴⁵¹ M. LÖWY, « Habermas et Weber », *Actuel Marx*, N°24, 1998, p. 105.

⁴⁵² « S'il est une chose que de nos jours nous n'ignorons plus, c'est qu'une chose peut être sainte non seulement bien qu'elle ne soit pas belle mais encore *parce que et dans la mesure où* elle n'est pas belle [...] De même une chose peut être belle non seulement bien qu'elle ne soit pas bonne, n'ait précisément par ce en quoi elle n'est pas bonne. Nietzsche nous l'a réappris, mais avant lui Baudelaire l'avait déjà dit dans les *Fleurs du Mal*, c'est là le titre

politiques, esthétiques, morales, juridiques, ne peuvent être épuisées par la Raison ou la science. La science elle-même étant toujours le passage d'un fait à un jugement de la valeur sur le fait, et, en ce sens, un postulat relatif à celui qui le formule, puisque « tout travail scientifique présuppose toujours la validité des règles de la logique et de la méthodologie qui forment les fondements généraux de notre orientation dans le monde »⁴⁵³. D'où l'idée d'une forme de pessimisme chez WEBER, qui ne conçoit pas la possibilité d'une réconciliation rationnelle des valeurs et avec elle, de l'agir social – que tout l'ensemble des individus partagent la même conception du vrai, du bon, du juste et dirige donc dans le même sens son action.

129. HABERMAS, lui, est résolument plus optimiste et entend au contraire revaloriser la place occupée par la rationalité dans la modernité. Il distingue ainsi les sphères du travail, de l'économie et de l'État dominées par la rationalité instrumentale qu'il dénonce, et la sphère de l'interaction, du « monde vécu socioculturel ». Au lieu de penser la neutralisation de la première – ce qu'il estime bien impossible⁴⁵⁴ – l'auteur raisonne en termes d'équilibre : le monde vécu ne doit pas être entièrement « colonisé » par la rationalité formelle. Il entend donc formuler une *procédure* permettant l'élaboration d'une rationalité spécifique au monde vécu qui pourrait assurer son autonomie vis-à-vis de la bureaucratie. C'est là tout l'enjeu de sa « *rationalité communicationnelle* »⁴⁵⁵. Contrairement aux philosophies rationalistes des Lumières, la théorie d'HABERMAS ne postule pas une raison abstraite et individuelle « compréhensive »⁴⁵⁶, mais une raison fondée sur l'*intersubjectivité communicationnelle* – la discussion avec l'autre. L'Homme choisit les valeurs qui vont déterminer son action après une « prise de conscience » rationnelle qui ne peut avoir lieu que dans le cadre de la discussion, seule à même de permettre le passage d'une normativité éthique et à une normativité universelle – et donc morale. La

qu'il a choisi pour son œuvre poétique. Enfin la sagesse populaire nous enseigne qu'une chose peut être vraie bien qu'elle ne soit et alors qu'elle n'est ni belle ni sainte ni bonne. Mais ce ne sont là que les choses les plus élémentaires de la lutte qui oppose les dieux des différents ordres et des différentes valeurs » M. WEBER, *Le savant et le politique*, Paris : Union Générale d'Éditions, 1963 p. 73. V. Sur le sujet, A. RENAUT, « Chapitre deuxième. La guerre des dieux : remarques sur les fondements philosophiques du multiculturalisme », *Pluralisme et délibération : Enjeux en philosophie politique contemporaine*, Ottawa : Les Presses de l'Université d'Ottawa [en ligne], consulté le 10.06.2021.

⁴⁵³ M. WEBER, *Le savant et le politique*, Paris : Union Générale d'Éditions, 1963 p. 81. On retrouve ici le postulat relativiste tel que nous l'avons déjà envisagé, et tel qu'il a pu être défendu par des astrophysiciens. V. *Supra* n°114.

⁴⁵⁴ « Dans un monde vécu largement rationalisé, la réification ne doit plus se mesurer qu'aux conditions de la socialisation en général, et non par rapport au passé des formes de vie pré-modernes, passé invoqué avec nostalgie et souvent entouré de romantisme » HABERMAS, cité par M. LÖWY, « Habermas et Weber », *Actuel Marx*, N°24, 1998, p. 108.

⁴⁵⁵ Qu'un auteur paraphrasant HABERMAS, résume de cette façon : « grâce à une "rationalisation sur le plan du cadre institutionnel", médiatisée par le langage, c'est-à-dire, "une discussion publique, sans entraves et exempte de domination", on peut arriver à une sorte de consensus rationnel "sur le caractère approprié et souhaitable des principes et normes orientant l'action" ». M. LÖWY, « Habermas et Weber », *Actuel Marx*, N°24, 1998, p. 112.

⁴⁵⁶ I. AUBERT, « Sujet et intersubjectivité », *Trajectoires* [En ligne], 2, 2008, consulté le 23.06.2021

morale, dépendante dans son actualisation de l'acte de communication intersubjectif, va fonder et légitimer la règle induite de l'échange. Pour ce dernier en effet, « la valeur sociale d'une norme est fonction du fait que celle-ci est acceptée dans le cercle de ceux à qui elle s'adresse »⁴⁵⁷ et son existence ne peut donc être dissociée du processus dialogique de sa justification. Dans le cadre de la pensée d'HABERMAS, comme dans celui de l'anarchisme, « la socialité, par sa structure essentiellement communicationnelle, est l'unique et vrai lieu de la découverte de la normativité »⁴⁵⁸. Il existe donc deux « niveaux » de normativité : le niveau pratique, qui s'actualise au cours de chaque discussion par la prise de conscience et le niveau moral, qui se tient comme une sorte de nuage au-dessus de la vie réelle, qui vient à la fois justifier la procédure elle-même et alimenter les prises de consciences. La connexion entre les deux niveaux s'effectuant par le biais de la Raison.

HABERMAS ne s'arrête pas là, l'intérêt de sa doctrine est de proposer les conditions précises susceptibles de parvenir à cette prise de conscience, sans que la raison ne soit « polluée » par les déterminismes idéologiques qu'il ne nie pas⁴⁵⁹. La théorie de l'auteur a naturellement fait l'objet de critiques, que l'on pourrait résumer sous la qualification d'humanisme idéologique naïf⁴⁶⁰. Mais il faut néanmoins lui reconnaître la conceptualisation

⁴⁵⁷ J. HABERMAS, « Notes pour fonder une éthique de la discussion », in *Morale et communication* (1983), trad. C. Bouchindhomme, Paris, Cerf, 1986, p. 83.

⁴⁵⁸ L. JAFFRO, « Habermas et le sujet de la discussion », *Cités*, vol. 5, no. 1, 2001, pp. 71-85.

⁴⁵⁹ C'est ce que HABERMAS nomme la *situation idéale de parole*, situation dont la garantie procédurale est pour lui le seul rôle du droit qui doit s'abstenir de tout référence à des principes préétablis pour laisser le soin aux personnes concrètes engagées dans une discussion contextualisée d'élaborer leur propre normativité... L'éthique de la discussion doit permettre d'opérer une médiation entre des principes de justice abstraits et faussement universels et des valeurs communautaires et individuelles forcément relatives puisqu'à la fin du processus de discussion, les participants doivent avoir rationnellement dégagé les principes généraux de justice qui leur sont applicables. Pour que les citoyens puissent s'autoréguler, un certain nombre de conditions structurelles doivent néanmoins être réunies, lesquelles sont formulées par HABERMAS sous forme de *droits à une participation égalitaire à la démocratie* – sans que l'on sache très bien comment et par qui ceux-ci sont supposés être déclarés et sanctionnés. V. Pour deux exposés exhaustifs de la posture de l'auteur, M. DEFLEM, « La notion de droit dans la théorie de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas », *Déviance et société*, vol. 18, n°1, 1994, pp. 95-120 et B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, pp. 147-176. Pour un exposé exhaustif des conflits entre WEBER et HABERMAS, V. M. LÖWY, « Habermas et Weber », *Actuel Marx*, No. 24, 1998, pp. 105-114, l'auteur concluant que l'« on peut se demander, néanmoins, si le perspectivisme weberien n'est pas, par rapport à notre époque, un point de vue plus lucide que le modèle linguistique d'Habermas. L'utopie néo-rationaliste de ce dernier est séduisante, mais fondée sur des illusions typiquement libérales sur les vertus miraculeuses de la « discussion publique et rationnelle des intérêts », la production consensuelle de « normes éthico-juridiques », etc. Comme si les conflits d'intérêts et de valeurs entre classes sociales, ou la « guerre des dieux » dans la société actuelle entre positions morales, religieuses ou politiques antagoniques pouvaient être résolus par un simple paradigme de communication intersubjective, de libre discussion rationnelle. Du point de vue marxiste qui est le nôtre, le constat brutal de Weber sur la contradiction irréductible des valeurs, et son analyse des résultats aliénants de la rationalité instrumentale sont un point de départ plus fécond pour l'analyse de la société moderne, que les rêves de réconciliation linguistique des valeurs d'Habermas. »...

⁴⁶⁰ V. Par exemple et de façon limpide, J. AUMÈTRE, « Habermas et Althusser : critique de l'idéologie scientiste et critique de l'humanisme idéologique », *Philosophiques*, 15(1), 1988, 141-167.

d'une théorie sociale qui tout en restant résolument critique délocalise la normativité de la sphère des rapports de production à la sphère des rapports de communication⁴⁶¹. Par ailleurs, dans le cadre de l'étude qui nous intéresse, il n'est pas anodin de constater que des liens étroits existent entre la normativité communicationnelle D'HABERMAS et la théorie de la justice anarchiste.

130. Anne-Sophie CHAMBOST soulève elle-même la proximité des deux thèses lorsqu'elle rappelle que pour PROUDHON, « la légitimité de la norme est fondée sur le fait que ses destinataires en sont les créateurs, au terme d'un processus de consultation dont les conditions ont été spécifiées. Le respect de ces modalités fonde la légitimité des normes de la raison collective »⁴⁶², là où HABERMAS considère presque cent ans plus tard que « seules les conditions procédurales présidant à la genèse démocratique des lois, assurent la légitimité des lois édictées »⁴⁶³. Les doctrines s'unissent autour de la nécessité de garantir l'expression du pluralisme non par un contenu normatif contraignant mais par le processus même de sa construction. Elles se distinguent néanmoins si l'on songe à ce qui fonde la nécessité de ce processus : la morale. Si pour HABERMAS la morale se justifie d'elle-même – elle est ce ciel dans lequel les valeurs flottent comme des nuages – les anarchistes rattachent la liberté que doit garantir le pluralisme à la nécessité du lien d'entraide entre les hommes pour garantir leur survie. Le référentiel moral absolu de l'altérité n'est plus fondé sur ce qui est juste, mais sur ce qui est *nécessaire* et *donc* juste. C'est parce que la survie de l'espèce humaine dépend de la possibilité d'un consensus normatif rationnel que la procédure anarchiste est considérée comme opératoire. Pour reprendre la terminologie de Kelsen, « la norme fondatrice » nécessaire à tout système normatif dont la légitimité repose sur la conformité – à Dieu, à la Nature, à la Raison, à une norme juridique supérieure – est, dans l'anarchisme, l'Humanité non comme essence métaphysique, mais comme réalité organique concrète. Autrement dit, la rationalité collective doit bien exister, autrement nous ne serions pas là pour en débattre⁴⁶⁴...

⁴⁶¹ M. HIRSCH « L'École de Francfort : une critique de la raison instrumentale », *L'Homme et la société*, N. 35-36, 1975, pp. 115-147.

⁴⁶² S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 275.

⁴⁶³ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, cité par S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste*, L'univers des normes, PU Rennes, 2004, p. 275

⁴⁶⁴ V. *Infra* n°350 et s.

Conclusion de chapitre

131. La conception du monde sur laquelle s'appuie l'abolitionnisme est héritée des pensées marxistes et libertaires. Elle invite d'abord à se tenir à distance des idées et des valeurs qui nous semblent données, pour découvrir derrière elles l'emprunte de la matérialité – du mode de production et des rapports de pouvoirs qui en garantissent la pérennité. Elle propose ensuite de dépasser ces idées préconçues pour envisager à la place un modèle de vie sociale plus proche des lois naturelles de l'entraide et de la diversité. Elle implique enfin de se maintenir dans la tension d'une dialectique, celle qui oppose le singulier au pluriel et qui cherche dans les rapports entre les hommes et leur environnement structurel les possibilités et conditions de leurs influences réciproques, de leurs évolutions – de leur *révolution*.

Conclusion de titre

132. L'abolitionnisme n'est pas une doctrine cohérente et uniforme, pas plus que ne le sont entre elles les pensées, individuelles ou collectives, que nous avons discutées jusque-là. L'objet de ce titre n'était donc pas d'exposer la progression linéaire des savoirs contestataires ou d'étudier le courant abolitionniste dans sa genèse. Il s'agit bien au contraire de montrer les multiples ruptures, similarités, contradictions et contingences qui contribuent, ensemble et en même temps, à l'abolition du système pénal. À ce titre, la pensée des auteurs abolitionnistes *stricto sensu* est un élément de réponse mais ne saurait l'épuiser. S'il peut être didactique d'opérer quelques rapprochements entre les doctrines expressément abolitionnistes ou non sur le mode de l'identité – nous l'avons fait – il est bien plus pertinent de concevoir l'ensemble non sous la forme d'un miroir mais d'un *kaléidoscope* : une multitude de couleurs et de formes qui s'enchevêtrent de façon dynamique lorsque l'on interroge du regard l'abolition, et qui forment combinées un modèle unique : celui de la critique, de la contradiction et de la dialectique, et, *in fine*, de la liberté

Titre 2. La liberté, condition de la critique

133. La critique n'est pas seulement un vecteur de libération, elle en est également le préalable : dénoncer les structures nécessite de s'émanciper des savoirs qui les naturalisent et qui fondent en nous leur évidence. Ici, la posture abolitionniste se confond avec une démarche épistémologique qui tient à la remise en question des catégories et contenus de connaissances assurant le maintien de l'édifice pénal. Abolir les pratiques implique avant toute chose de se débarrasser de l'idée de leur nécessité, de s'y *autoriser*. Une fois amorcé, le processus réflexif auquel la critique invite s'alimente par lui-même, puisqu'il autorise le dévoilement des rapports de pouvoirs et de domination sur lesquels repose un système que l'on ne peut plus se justifier ou sciemment légitimer. C'est le rôle des théories critiques que de montrer, derrière le masque de l'idée, la contingence de la matière ; derrière celui des savoirs modernes (Chapitre 1) et contemporains (Chapitre 2), l'influence du mode de production et de ses transformations⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ « Bien des gens puisent leur idéal de justice dans les rapports juridiques qui ont leur origine dans la société basée sur la production marchande, ce qui, soit dit en passant, leur fournit agréablement la preuve que ce genre de production durera aussi longtemps que la justice elle-même », K. MARX, *Le Capital*, Ed. Sociales, Paris, 1969, Livre I, Chpt II. p. 95.

Chapitre 1. Naissance et consolidation des savoirs modernes

134. Le postulat matérialiste est résumé par ENGELS de la façon suivante : « le facteur qui détermine, en définitive, l'Histoire est la production et la reproduction de la vie réelle. »⁴⁶⁶. Autrement dit, c'est dans la structure économique d'une société qu'il faudrait trouver, *en dernière instance*, la matrice des théories et systèmes qui la fondent et la composent. Suivant cette posture épistémologique, la naissance et la consolidation des savoirs modernes ne sont plus attribuées au progrès naturel des idées, rythmé par les prises de conscience individuelles de quelques individus géniaux. Elles sont contingentes de rapports de pouvoirs qui ont rendus possible l'« émergence historique de quelque chose comme la prison »⁴⁶⁷ (Section 1), eux-mêmes profondément ancrés dans les impératifs liés au développement, à la même période, du mode de production capitaliste (Section 2).

Section 1. De l'idéalisme au matérialisme des savoirs pénaux

135. Bien que leur enchaînement chronologique semble relever d'une évidence mécanique (§1), les théories de la peine sont en réalité impuissantes lorsqu'il s'agit d'expliquer « l'introduction des formes spécifiques de châtiment, dans le complexe de la dynamique sociale »⁴⁶⁸. Pour en donner une analyse cohérente, il faudrait donc « se défaire tout d'abord de l'illusion que la pénalité est surtout (sinon exclusivement) une manière de réprimer les délits » et s'attacher à l'étude historique des « systèmes punitifs concrets »⁴⁶⁹ (§2).

§1. Une histoire idéale des savoirs sur la peine

136. Chacun le sait, le droit pénal « évolué » est un corollaire de la fondation de l'État : c'est son « affermissement » qui permet de « transférer de la victime au Roi, l'action en réparation du préjudice subi par la société »⁴⁷⁰. Ses premiers « efforts » auraient ainsi consisté à « limiter les excès et le caractère anarchique de la vindicte »⁴⁷¹. Le pluralisme juridique

⁴⁶⁶ F. ENGELS. *Lettre à J. Bloch*, le 21 septembre 1890.

⁴⁶⁷ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 10 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 95-96.

⁴⁶⁸ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 3.

⁴⁶⁹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 3.

⁴⁷⁰ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 7, n° 11.

⁴⁷¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 103, n°54.

médiéval, les coutumes et compositions archaïques s'effacent progressivement au profit d'une centralisation du droit de punir dans les mains du monarque, représentant de Dieu sur terre, laquelle atteint son paroxysme au cours du XVI^e siècle, lors de son affranchissement de la tutelle du pape⁴⁷². Après avoir fait état de l'arbitraire des peines de l'Ancien régime ainsi que de leur cruauté, déploré les lettres de cachet et l'équité des parlements, rappelé la confusion entre le droit et la religion, et conclu à l'insécurité juridique et l'inefficacité de la justice pénale monarchique, il est alors d'usage de rendre « hommage »⁴⁷³ à la figure messianique du marquis de BECCARIA. Précédant les développements sur sa pensée, on trouve souvent une allusion aux travaux de MONTESQUIEU, ROUSSEAU ou LOCKE, et avec eux une référence au *pacte social*, à la liberté et à la séparation des pouvoirs, précurseurs théoriques nécessaires à la pensée du juriste italien. Le traité *des délits et des peines*, publié en 1764, est un ouvrage exemplaire. Son auteur, guidé par un humanisme que l'on suppose sincère, entend distinguer l'infraction de la faute morale ou religieuse, établir comme seule source de l'infraction la loi promulguée par le souverain et comme seule justification de la peine son utilité sociale. Il ne s'agit plus d'impressionner les consciences par le spectacle du châtiment corporel brutal, mais de les dissuader « en associant, dans l'esprit de tous, la sanction pénale au comportement criminel »⁴⁷⁴. La peine doit donc perdre sa coloration vengeresse ou rédemptrice, pour n'être plus *qu'un instrument au service du bonheur de tous*. Le criminel n'est plus celui qui manque à une obligation privée ou viole un interdit sacré, il est celui qui *rompt le pacte social* et contre lequel la société doit se défendre, mais *seulement se défendre*. Ainsi, la modernité s'ouvre sur un rapport au crime inversé, puisque de litige privé ou péché moral il est naturellement devenu « phénomène social et menace pour l'ordre public »⁴⁷⁵. La formation de l'État et du droit pénal moderne s'inscrivent ensemble dans un même processus de rationalisation du pouvoir, des valeurs et de la vie collective : si le pacte social doit mettre fin à la guerre de « tous contre tous »⁴⁷⁶, il est du devoir des théoriciens de justifier les pratiques pénales les plus à même de garantir la paix qui en découle. Avec, comme contrainte irréductible, l'équilibre précaire dans le creux duquel se joue la contradiction entre *la liberté individuelle et le bien commun*. « Soumettre la force au droit, faire du droit pénal le bouclier des citoyens contre l'État, proportionner l'usage de la peine aux strictes nécessités de son but, en faire un instrument de

⁴⁷² E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 7, n°12.

⁴⁷³ V. Par exemple E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, n°13 et s.

⁴⁷⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 14, n°24

⁴⁷⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 103, n°54.

⁴⁷⁶ M. FOUCAULT, *La société punitive, Cours au collège de France, 1972-1973*, Gallimard, 2013, p. 14.

pédagogie populaire, voilà ce qu'était pour l'essentiel la doctrine classique originaire : elle incarnait et incarne toujours ce qu'on appelle le droit pénal libéral »⁴⁷⁷, une « idée magnifique que le législateur contemporain donne parfois le sentiment d'oublier »⁴⁷⁸. Suivant ces préceptes, les réformateurs proclament la légalité des délits et des peines, limitent le nombre d'incriminations et interdisent que soit prise en compte la personnalité du criminel puisque seule compte désormais l'atteinte objective portée à la société. Le juge, pour ne pas créer de rupture d'égalité entre les citoyens, doit se contenter d'appliquer la peine prévue par le code, dans sa nature comme dans son *quantum*. Le code révolutionnaire distingue des peines « afflictives et infamantes » réservées aux crimes, la privation de liberté. L'emprisonnement, jusque-là simple modalité de garantie sur la personne, devient donc une peine à proprement parler, « ce qui semble logique dans une société faisant de la liberté le souverain bien »⁴⁷⁹, et dans laquelle l'on prête déjà au travail effectué en détention des vertus salvatrices. L'œuvre des constituants ne reste toutefois pas longtemps en vigueur. La Terreur et l'instabilité politique qui en découle génèrent une hausse importante de la criminalité, en considération de laquelle est adopté le code Napoléonien de 1810. Sa « grande sévérité »⁴⁸⁰ est le résultat d'un utilitarisme exacerbé où la pédagogie bienveillante des Lumières s'efface au profit de l'intimidation et de l'impératif de neutralisation des individus dangereux⁴⁸¹. *In fine*, « l'utilité sociale l'emportera sur l'idée de justice, non sans produire – il est vrai – un résultat tangible : les troubles de la période antérieure cessèrent »⁴⁸². La défaite de NAPOLEON en Russie fragilise néanmoins l'Empire, et sa chute définitive laisse place à un nouveau régime politique, les monarchies constitutionnelles de la Restauration (1814-1830) et de Juillet (1830-1848). Durant cette

⁴⁷⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 109, n°59.

⁴⁷⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 14, n°25.

⁴⁷⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 19, n°34.

⁴⁸⁰ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 19, n°34.

⁴⁸¹ Notons d'ores et déjà que trois auteurs contredisent la vision traditionnelle d'une opposition franche entre le « prétendu libéralisme du code de la Constituante » et la « tonalité plus répressive du travail napoléonien » : « Bien qu'animé du désir de repenser le pénal dans un sens moins idéaliste et plus utilitariste, bien que déployant de vastes moyens, mobilisant de grands experts et menant une enquête auprès de tous les tribunaux, les juristes de l'Empire ne parviendront pas à élaborer un texte radicalement ou même significativement différent de celui de 1791. Précisément, la hiérarchie des intérêts protégés, le détail de beaucoup d'infractions, tout comme l'échelle de gravité des sanctions connaissent peu de variations essentielles. Pour employer une expression moderne, le code de 1810 n'est qu'une déclinaison, une variation, un développement de son prédécesseur. Il n'introduit aucune rupture significative et apparaît plus comme la réforme d'un ensemble qui fait déjà autorité que comme l'expression d'une nouvelle pensée sur le contenu de l'ordre public et sur la façon de le préserver ». Toutefois, « la transformation des arguments utilisés pour exposer les motifs est flagrante. L'idéal d'humanisation et de perfectibilité humaine a fait place à une intense préoccupation utilitariste. La recherche de la sûreté de la stabilité sociale prime sur toute chose ». P. LASCOURNES, P. PONCELA et P. LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*. Hachette, 1989, p. 174.

⁴⁸² E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 25, n°41.

période, les doctrines pénales se multiplient. « Incompatibles »⁴⁸³ les unes vis-à-vis des autres, elles cherchent pourtant toutes à nuancer la conception objective de la responsabilité héritée des Lumières. Tout au long du XIX^e siècle, les théoriciens vont tâcher de dépasser une vision « purement juridique du problème criminel »⁴⁸⁴ et d'adapter la peine aux causes réelles de la délinquance afin que celle-ci puisse « remplir son but perfectionnel »⁴⁸⁵. La *personnalité du criminel* devient un enjeu d'ordre public. Dans le même temps, la prison continue – et continuera – de se développer, en France comme dans le reste de l'Europe⁴⁸⁶.

À l'utilitarisme libéral de BECCARIA et BENTHAM⁴⁸⁷, succède ainsi le rétributivisme de KANT⁴⁸⁸ et HEGEL⁴⁸⁹. Pour le premier auteur en particulier, la peine n'est plus un moyen mais une fin en soi : elle n'est plus utile mais *juste*. « La loi pénale est un impératif catégorique », une « exigence absolue de la raison et de la moralité »⁴⁹⁰ cristallisée par la vertu expiatoire de la pénalité. Cette nouvelle justification de la peine n'entraîne pas de grandes conséquences sur la technique juridique, puisqu'elle postule toujours le libre arbitre et implique de conserver l'analogie entre le crime et sa peine. Non plus cette fois-ci par souci de pédagogie et de dissuasion mais par *nécessité métaphysique*. Elle permet néanmoins rétrospectivement de justifier la grande sévérité de magistrats nostalgiques du temps où le crime était considéré comme une faute morale et où le criminel était jugé selon son intention coupable⁴⁹¹. Insatisfaits des excès de la doctrine rétributiviste mais néanmoins conscient des insuffisances des classiques, des juristes vont proposer, durant la même période, une conciliation entre les deux thèses. On doit au plus notable d'entre eux la formule suivante : « La pénalité a, quant à la mesure des peines, deux limites : celle du juste et celle de l'utile ; elle ne peut dépasser ni l'une ni l'autre : jamais plus qu'il n'est juste et jamais plus qu'il n'est utile : à la moins élevée de ces

⁴⁸³ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 29, n°47.

⁴⁸⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 120, n°70.

⁴⁸⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 120, n°70.

⁴⁸⁶ J.-P ALLINE, « Les politiques criminelles en France de la Révolution à nos jours », *Les prémices d'une science européenne du droit criminel*, L'Irascible, n°6.

⁴⁸⁷ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789.

⁴⁸⁸ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Vrin, 1992. (La première édition allemande date de 1785).

⁴⁸⁹ F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, 1989. (La première édition allemande de 1820)

⁴⁹⁰ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 212.

⁴⁹¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 31, n°50.

deux limites, le droit de punir pour la société s'arrête »⁴⁹². Les doctrines prudentes d'ORTOLAN⁴⁹³, de ROSSI⁴⁹⁴ ou de FAUSTIN-HELIE⁴⁹⁵ attirent l'attention sur la proportionnalité entre la pénalité et le « degré de liberté de l'agent »⁴⁹⁶, la justice lui étant désormais forcément *relative*. Le délicat équilibre formulé par les néoclassiques entre responsabilité subjective et objective se trouve néanmoins bouleversé dans le dernier quart du XIX^e siècle par l'apparition de la doctrine positive italienne.

137. Usurpant la place des juristes dans les réflexions sur le droit, le médecin LOMBROSO publie en 1876 son traité sur *l'Homme criminel*. Poncif de l'étude des savoirs sur le crime, la phrénologie, et plus largement l'anthropologie criminelle, incarnent ce moment où la science voulant suivre le chemin de la vérité s'égare sur celui du dogmatisme irrationnel. La doctrine positive italienne n'est toutefois pas réductible à celle du criminel né, et les discours des disciples juristes de LOMBROSO, GAROFALO⁴⁹⁷ et FERRI⁴⁹⁸, articulant déterminisme biologique et politique criminelle en témoignent. Lorsque le XIX^e siècle s'achève, la question criminelle est pleinement devenue question sociale et chacun est conscient de la nécessité de lui trouver une réponse⁴⁹⁹. Explicitement opposé à l'individualisme des Lumières, FERRI propose de « rééquilibrer les droits de la société par rapport à ceux des individus » et « d'enrayer des exagérations déraisonnables contraires à la nécessité suprême de la défense sociale »⁵⁰⁰. Constatant comme le reste de ses contemporains l'incapacité de la prison à remplir les fonctions de dissuasion et de réformation qui lui sont assignées, il entend durcir le régime des peines et neutraliser, avec le criminel, le risque de sa récidive⁵⁰¹. La définition du crime comme transgression de la loi, chère aux libéraux, est critiquée par GAROFALO en ce qu'elle enferme le

⁴⁹² J. ORTOLAN cité par F. TULKENS *et al.*, *Introduction au droit pénal*, Waterloo, Kluwer, 9^e éd., 2010, p. 21. Sur le même auteur V. X. PIN, « Ortolan, le droit pénal comparé et le droit pénal européen. Humanisme et justice » in *mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, pp.809-827 et J.-L. HALPERIN, « L'originalité de la doctrine pénaliste en France depuis la codification napoléonienne », *Archive de Philosophie du droit*, t.53, 2010, pp. 26-36.

⁴⁹³ J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal. Pénalité, juridictions, procédure*, Paris, Plon, 1885.

⁴⁹⁴ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1835.

⁴⁹⁵ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Paris, Plon, 1867.

⁴⁹⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 34, n°54.

⁴⁹⁷ R. GAROFALO, *La criminologie*, Paris, Alcan, 1905 (La première édition italienne date de 1888).

⁴⁹⁸ E. FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris, Alcan, 1905 (La première édition italienne date de 1880).

⁴⁹⁹ F. DIGNEFFE, « L'école positive italienne de la défense sociale », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Vol. 1, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 307.

⁵⁰⁰ E. FERRI, Cité par F. DIGNEFFE, « L'école positive italienne de la défense sociale », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 279.

⁵⁰¹ J.-L., HALPERIN, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 1, no. 1, 2010, pp. 9-16.

théoricien dans un cercle vicieux : « pendant qu'on recherche ce que la loi doit considérer comme délit, on finit par nous dire que c'est ce qui est défendu par la loi »⁵⁰². Il propose comme palliatif de distinguer des simples atteintes à la sécurité de l'État, les crimes « naturels », qui contreviennent aux sentiments de pitié et de probité. Mais l'objectif de l'italien n'est pas de réduire l'incrimination à sa portion congrue pour en limiter le caractère attentatoire aux libertés, loin s'en faut. Il entend simplement distinguer, en deux codes, les incriminations pouvant faire l'objet d'une étude d'anthropologie criminelle – de celles qui concernent chaque État en particulier et qu'il lui appartient de criminaliser ou non – donc des infractions de désobéissance politique⁵⁰³. L'individu qui porte atteinte aux sentiments de pitié et de probité est *anormal*, *antisocial*. La peine prononcée à son encontre n'a donc pas à s'inquiéter d'être juste, pourvu qu'elle permette de neutraliser sa dangerosité et protéger la société. Dans un registre similaire, quoi que moins précis, FERRI définit le crime comme les actes qui « troublent les conditions d'existence et choquent la moralité moyenne d'un peuple à un moment donné »⁵⁰⁴. Naturel chez le premier auteur, le crime devient social chez le second, ou plus exactement *anti-social*⁵⁰⁵. Ainsi s'effectuerait l'un des premiers glissements – ou plutôt dérapage – du principe de culpabilité à celui de la dangerosité : l'État doit se défendre contre les individus *dangereux* qu'il s'agit d'identifier scientifiquement⁵⁰⁶. Il n'est pas inutile de préciser que FERRI, comme GAROFALO, soutiennent le projet de code ROCCO⁵⁰⁷ – le second en serait même, « le véritable précurseur »⁵⁰⁸...

⁵⁰² R. GAROFALO, Cité par F. DIGNEFFE, « L'école positive italienne de la défense sociale », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 285.

⁵⁰³ F. DIGNEFFE, « L'école positive italienne de la défense sociale », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 285.

⁵⁰⁴ E. FERRI, Cité par F. DIGNEFFE, « L'école positive italienne de la défense sociale », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 286.

⁵⁰⁵ Tu perds ton sang-froid.

⁵⁰⁶ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 123, n°74.

⁵⁰⁷ Du nom du ministre de la Justice de MUSSOLINI, qui proposait lui aussi d'envisager le droit pénal non comme outil de protection des garanties individuelles contre l'État, mais instrument au service de l'affirmation de son autorité : « La Révolution française fit triompher l'individualisme ; le fascisme lui oppose le principe d'une forte organisation sociale faisant commencer un nouveau cycle, celui de la reconstruction et de la consolidation de l'État. » A. ROCCO, cité par F. DIGNEFFE, « L'école positive italienne de la défense sociale », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 277. L'autrice ajoute, « Il importe toutefois de noter que cette idée du renforcement de l'État et du contrôle social a également fait son chemin dans les sociétés démocratiques ».

⁵⁰⁸ F. DIGNEFFE, « L'école positive italienne de la défense sociale », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 277.

138. Un autre médecin – cette fois-ci français – s’empresse d’opposer à l’archaïsme du facteur héréditaire la pertinence du *milieu social* dans le passage à l’acte criminel. Selon LACASSAGNE⁵⁰⁹, il y aurait en effet « deux facteurs du crime : un facteur individuel, auquel [il] n’attache pas une grande importance, et un facteur social qui [lui] semble très important »⁵¹⁰. Cette attitude progressiste n’est toutefois qu’un affichage supposé marquer la rupture entre criminologie italienne et française, puisque LACASSAGNE poursuit « la société, selon son état, ne fait révéler ou non la nature criminelle de certains individus, nature intégralement déterminée à l’avance par leur hérédité »⁵¹¹. Le médecin légiste, fidèle à sa tradition, préconise comme remède à la criminalité des mesures *d’hygiène sociale* – lutter contre l’alcoolisme et les épidémies par exemple – mais surtout une répression sévère : « L’État a le droit et le devoir de se défendre : il faut expulser le criminel hors du territoire, ou mieux encore s’en débarrasser plus sûrement par la mort. Celle-ci délivre la République d’un danger évident, et ce malheureux d’une existence trop lourde »⁵¹².

139. Les thèses positivistes, unanimement critiquées par les pénalistes contemporains en raison de leurs « excès »⁵¹³, trouvent toutefois une forme de rédemption dans ce qu’elles auraient permis d’inspirer⁵¹⁴. Les figures rassurantes de Raymond SALEILLES⁵¹⁵ d’un côté, Filippo GRAMATICA⁵¹⁶ et Marc ANCEL⁵¹⁷ de l’autre, n’empruntent ainsi au déterminisme que dans la limite de l’idéal de liberté et d’humanisme cher aux juristes.

140. Le premier est un néoclassique « éclectique »⁵¹⁸, qui entend proposer une conciliation entre la liberté classique et le déterminisme positiviste. Si l’on ne peut ignorer

⁵⁰⁹ A. LACASSAGNE, *Précis d’hygiène privée et sociale*, Paris, Masson, 1875.

⁵¹⁰ A. LACASSAGNE, cité par L. MUCHIELLI, « Hérédité et "Milieu social". Le faux antagonisme franco-italien. La place de l’Ecole de Lacassagne dans l’histoire de la criminologie », in L. MUCHIELLI (Dir.), *Histoire de la criminologie française*, L’Harmattan, 1994, p. 191.

⁵¹¹ A. LACASSAGNE, cité par L. MUCHIELLI, « Hérédité et "Milieu social". Le faux antagonisme franco-italien. La place de l’Ecole de Lacassagne dans l’histoire de la criminologie », in L. MUCHIELLI (Dir.), *Histoire de la criminologie française*, L’Harmattan, 1994, p. 191.

⁵¹² A. LACASSAGNE, cité par L. MUCHIELLI, « Hérédité et "Milieu social". Le faux antagonisme franco-italien. La place de l’Ecole de Lacassagne dans l’histoire de la criminologie », in L. MUCHIELLI (Dir.), *Histoire de la criminologie française*, L’Harmattan, 1994, p. 210.

⁵¹³ « L’excès de cette doctrine a incontestablement nui à sa crédibilité », E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 32, n°52.

⁵¹⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 128, n°79.

⁵¹⁵ R. SALEILLES, *L’individualisation de la peine, étude de criminalité sociale*, Paris, Alcan, 1898.

⁵¹⁶ F. GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1964.

⁵¹⁷ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1954.

⁵¹⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 33, n°53.

l'influence nécessaire du second et continuer d'embrasser pleinement la théorie du choix rationnel, on ne peut non plus se départir du premier puisqu'il s'agit du « *fondement* de l'idée de sanction »⁵¹⁹. Pour l'auteur, la conception sociale de la peine est indissociable de celle de la causalité entre la liberté et le crime, même si celle-ci n'est que « virtuelle » : « fonder la responsabilité hors de l'idée de liberté n'a aucune prise sur les masses »⁵²⁰. D'où la nécessité de conjuguer les deux approches en proposant une peine *individualisée*, fonction de la personnalité du criminel – déterminisme – mais qui doit, *in fine*, lui permettre d'agir conformément aux attentes de la société – liberté. Ainsi, selon sa formule célèbre : « la seule utilité que l'on peut demander à la peine, c'est de faire du criminel un honnête homme ou de le mettre hors d'état de nuire »⁵²¹. Cette méfiance face au positivisme est partagée par GARRAUD⁵²² et TARDE⁵²³, qui entendent, de concert avec SALEILLES, « défendre la vraie science du droit contre les empiétements dangereux des doctrines nouvelles »⁵²⁴. Il est du devoir du juriste, pourtant dépossédé de son territoire au profit des médecins, d'œuvrer à la résolution d'une « crise de la pénalité »⁵²⁵ que le positivisme cristallise mais qui trouve ses racines dans « l'angoisse universelle des consciences, la crise de la morale, de la notion du devoir »⁵²⁶.

141. En parallèle, une autre tentative de conciliation entre droit pénal classique et positivisme prend corps sous le nom d'*école de défense sociale*. Si les juristes précités affichaient une préférence pour les théories libérales, PRINS⁵²⁷ et VON LISZT⁵²⁸ oscillent quant

⁵¹⁹ C. DEBUYST, « L'école française dite "du milieu social" », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 387.

⁵²⁰ R. SALEILLES, cité par C. DEBUYST, « L'école française dite "du milieu social" », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 386.

⁵²¹ R. SALEILLES, cité par C. DEBUYST, « L'école française dite "du milieu social" », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 388.

⁵²² R. GARRAUD, « Rapports du droit pénal et de la sociologie criminelle », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1886, pp. 9-23

⁵²³ G. TARDE, « Sociologie criminelle et droit pénal », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1893, pp. 513-525.

⁵²⁴ M. KALUSZYNSKI, « Identités professionnelles, identités politiques : médecins et juristes face au crime au tournant du XIXème et du XXème siècle », in L. MUCHIELLI (Dir.), *Histoire de la criminologie française*, L'Harmattan, 1994, p. 221.

⁵²⁵ G. TARDE, cité par M. KALUSZYNSKI, « Identités professionnelles, identités politiques : médecins et juristes face au crime au tournant du XIXème et du XXème siècle », in L. MUCHIELLI (Dir.), *Histoire de la criminologie française*, L'Harmattan, 1994, p. 222.

⁵²⁶ M. KALUSZYNSKI, « Identités professionnelles, identités politiques : médecins et juristes face au crime au tournant du XIXème et du XXème siècle », in L. MUCHIELLI (Dir.), *Histoire de la criminologie française*, L'Harmattan, 1994, p. 222.

⁵²⁷ A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, institut Solvay de Sociologie, 1910.

⁵²⁸ F. VON LISZT, « Les facteurs sociaux de la criminalité », traduit par P. CUCHE, *Mitteilungen des I.K.V.*, Band 11, 1904, pp. 235-268.

à eux du côté du positivisme. Leur préoccupation n'est plus l'acte criminel mais *l'état dangereux* contre lequel il convient de mettre en place toute une série de mesures sociales que la politique criminelle ne saurait épuiser à elle seule. La science du crime doit ainsi permettre de distinguer les individus aptes des individus inaptes à vivre en société : si les premiers doivent être protégés et éduqués, les seconds doivent être *neutralisés*⁵²⁹. La finalité comme le moment ou la durée de la sanction est entièrement fonction de l'un ou l'autre des deux impératifs – pénalité dissuasive ou réformatrice dans le premier cas, *mesure de sûreté* dans le second. Peu réjouissantes et vivement critiquées, ces perspectives inspirent néanmoins les législateurs européens et suscitent « une politique criminelle de défense sociale s'articulant autour des notions de danger et de diagnostic, de traitement et de protection, d'adaptation et de réhabilitation »⁵³⁰. La doctrine de PRINS et VON LITSZ, que l'on considère fort peu différente du positivisme italien⁵³¹, est rendue anachronique dès le lendemain de la Seconde Guerre mondiale. La nouvelle école de défense sociale, portée par les juristes français Marc ANCEL et italien GRAMATICA, renversent la perspective de leurs prédécesseurs : « le but immédiat n'est plus désormais de défendre la Société contre les délinquants. Il s'agirait plutôt de défendre les délinquants eux-mêmes contre la société qui les méconnaît ou refuse de les comprendre. Il faut tout mettre en œuvre pour « resocialiser » les criminels, et lorsque cet objectif sera atteint, c'est en fin de compte la Société toute entière qui en bénéficiera »⁵³². Les deux auteurs diffèrent néanmoins sur un point fondamental : celui du concept de responsabilité.

142. Contrairement à ANCEL, GRAMATICA conteste l'opportunité de conserver une référence à la responsabilité pénale ou morale. Mais il prend soin de préciser qu'il ne s'agit aucunement de nier la nécessité pour l'individu de répondre de ses actes à l'encontre des autres, comme celle de le dissuader de tels agissements. Au contraire, c'est précisément pour remplir plus effectivement cette tâche que le système qu'il propose doit abandonner le vieux principe de la responsabilité⁵³³. Car le problème qu'il s'agit de résoudre n'est pas celui du rapport et de la proportion entre le crime et la peine – ce que le concept de responsabilité permet de mesurer

⁵²⁹ F. DIGNEFFE, « L'école positive italienne de la défense sociale », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 337.

⁵³⁰ F. TULKENS, citée par M. VAN DE KERCHOVE, « Introduction », *Déviante et Société*, vol. 34, no. 4, 2010, pp. 479-482.

⁵³¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 130, n°81.

⁵³² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 131, n°82.

⁵³³ F. GRAMATICA, « La notion de responsabilité dans le système de Défense sociale », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II, Paris, Pedone, 1975, p. 110.

– mais celui du *devoir*⁵³⁴ que l'individu a vis-à-vis de la société. L'impératif de la moralisation du criminel laisse place à celui de sa socialisation, la culpabilité à l'*antisocialité* et la peine à la mesure de défense sociale. La mesure en question, parfaitement adaptée à la subjectivité « *bio-psycho-sociologique* »⁵³⁵ de l'*antisocialité* du criminel – qui n'en est plus un – doit tendre à sa prévention, à son éducation, à son amendement, à son traitement mais aussi à sa *correction* :

« Cependant, si l'on accepte le principe de l'abolition (transformation) de la "peine", et de sa substitution dans un système à fonction rationnellement sociale, il ne faut pas exclure que certaines *mesures de défense sociale* puissent avoir un caractère socio-thérapeutique de répression de l'antisocialité, ou même de blâme social. Mais il ne s'agira plus de peines, car elles se confondront avec une simple réaction. De même que le père peut infliger un blâme à son fils rétif ou même, éventuellement (forcément dans certaines limites et sous réserve que soit évité l'abus des moyens de correction), le « frapper » afin de corriger son caractère. Mais ce faisant, il ne le condamne pas, ne le « soumet » pas à une peine. Au fond, le père sait que c'est *lui* qui a engendré son fils ; tout comme la société, qui sait que chaque homme est, dans son essence, son *frère*. »⁵³⁶

« L'abolitionniste »⁵³⁷ GRAMATICA serait donc bien plutôt un *transformateur* de pénalité, en quelque chose dont on peine à discerner les contours nouveaux, dont on peine même à savoir s'ils le sont vraiment⁵³⁸. La *défense sociale nouvelle* proposée par ANCEL entend bien conserver le principe de responsabilité comme ancrage d'une défense sociale qui se veut individualisée, humaniste, curative et rééducatrice. La théorie du magistrat est présentée comme une réaction au positivisme italien, qui « pourrait se résumer en deux propositions très simples : pas d'opinion préconçue sur l'*homo criminalis*, pas d'opinion préconçue sur les mesures à

⁵³⁴ F. GRAMATICA, « La notion de responsabilité dans le système de Défense sociale », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II, Paris, Pedone, 1975, p. 113.

⁵³⁵ F. GRAMATICA, « La notion de responsabilité dans le système de Défense sociale », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II, Paris, Pedone, 1975, p. 114.

⁵³⁶ F. GRAMATICA, « La notion de responsabilité dans le système de Défense sociale », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II, Paris, Pedone, 1975, p. 121.

⁵³⁷ « Ainsi, par exemple, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, un auteur comme Filippo Gramatica va développer une doctrine abolitionniste intimement liée aux conceptions contemporaines de l'État social. Une telle doctrine diffère singulièrement de celle, plus récente, de Louk Hulsman qui, en phase avec la crise de l'État social, contient une critique de l'appareil étatique et présente une dimension nettement plus communautariste » L. AUBERT and P. MARY, « L'abolition par la réforme », *Champ pénal/Penal field* [Online], Vol. XII | 2015, consulté le 08.07.2021.

⁵³⁸ Outre les similarités évidentes entre les fonctions de la mesure de défense sociale et celles prêtées à la peine, on peut également signaler que la notion d'*antisocialité* de GRAMATICA est composée de trois éléments : un élément matériel, un élément psychologique et un élément juridique ... R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 133, n°84.

appliquer au délinquant »⁵³⁹. Le principe de légalité est néanmoins conservé dans toutes ses dimensions, de la définition de l'incrimination à l'interdiction des peines indéterminées. Si l'auteur suggère l'abandon de certaines « fictions » juridiques qui complexifient la matière pénale et masquent la personnalité et le vécu du criminel, il se refuse à nier celle, pourtant largement critiquée, du libre arbitre⁵⁴⁰. Au contraire, le processus de resocialisation sur lequel il entend fonder sa doctrine doit permettre à l'individu de développer *un sens véritable du devoir* lui permettant de vivre en harmonie avec la collectivité. Apport majeur de l'école de Marc ANCEL : la responsabilité morale n'est plus le fondement mais l'aboutissement de la réaction sociale⁵⁴¹.

143. L'influence de la doctrine du magistrat sur le droit positif est « ambiguë »⁵⁴². Pour un auteur, elle aurait participé – plus ou moins malgré elle et de plus ou moins loin – au glissement que l'on observe aujourd'hui entre culpabilité et dangerosité et au développement des mesures de sûretés en faisant « de la resocialisation un prétexte à la neutralisation »⁵⁴³. Pour un autre, elle n'aurait permis que le développement de mesures de probation, faute pour elle d'avoir pu « convaincre le corps social qu'il est dans son intérêt de faire bon accueil aux délinquants pour ne pas accentuer leur marginalité »⁵⁴⁴. Pour ce deuxième auteur en effet, le « danger » de la doctrine d'ANCEL ne réside pas dans son instrumentalisation sécuritaire – pourtant contraire à la « magnifique idée » d'un droit pénal libéral – mais bien dans le risque qu'elle comporte d'exacerber « le désir de vengeance des victimes tentées de faire justice elles-mêmes [...] C'est l'impact de la répression sur l'opinion publique qu'AnceL a sous-estimé »⁵⁴⁵. Invoquant la sociologie pour justifier son propos, l'auteur rappelle la célèbre phrase de DURKHEIM pour qui la peine serait « le signe qui atteste que les sentiments collectifs sont toujours collectifs, que la communion des esprits dans la même foi reste entière, et, par-là elle répare le mal que le crime a fait »⁵⁴⁶. La fonction essentielle du droit pénal serait donc celle

⁵³⁹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 135, n°86.

⁵⁴⁰ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 137, n°87.

⁵⁴¹ Sur les similitudes qu'entretiennent la pensée d'ANCEL et l'abolitionnisme, V. B. DREYFUS, *Regards contemporains sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, IRASC, L'Harmattan, 2010. pp. 76-80.

⁵⁴² B. DREYFUS, *Regards contemporains sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, IRASC, L'Harmattan, 2010. p. 202.

⁵⁴³ B. DREYFUS, *Regards contemporains sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, IRASC, L'Harmattan, 2010. p. 184.

⁵⁴⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 42, n°64.

⁵⁴⁵ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 42, n°64.

⁵⁴⁶ E. DURKHEIM, cité par E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 43, n°64. Que l'on soit d'accord ou non avec cette hypothèse, il est gênant de constater que l'auteur la traite comme un fait incontestable

d'exprimer, par le rituel de la peine, les valeurs fondamentales d'une société afin d'en maintenir la cohésion. Le raisonnement est similaire chez MERLE et VITU, pour lesquels le « néo-pragmatisme » de la doctrine contemporaine serait une conséquence de la lassitude des auteurs vis-à-vis des oppositions entre les justifications de la peine. Puisqu'aucun système ne semble cohérent sur le plan de ses effets matériels, autant s'en remettre à sa *nécessité symbolique* : « il est tentant de construire une nouvelle responsabilité pénale sans blâme, un nouveau droit pénal sans peine, une nouvelle Justice pénale sans juges. Mais l'on peut craindre alors qu'en vertu d'une loi sociologique souvent illustrée par l'histoire, les réactions vindicatives des victimes ou de la foule ne suppléent elles-mêmes à la carence de la Justice »⁵⁴⁷. Naviguant au gré de la succession des discours legalistes, statistiques, médicaux et sociologiques, le juriste échoue finalement sur son hypothèse de départ : celle de la *guerre de tous contre tous* et du pacte social, à une nuance près néanmoins – mais elle est de taille –, celle de la transformation du droit de se défendre en *pouvoir* – et même en *devoir* – de punir⁵⁴⁸.

dans la mesure où 1) il existe un vif débat sur la pertinence sociologique de l'hypothèse consensualiste 2) une vraie incertitude sur le point de savoir si DURKHEIM envisageait ici la peine *telle qu'elle est effectivement appliquée* aujourd'hui ou *telle qu'elle l'était dans les sociétés traditionnelles*. (V. *Infra* n°242 et s.) Il est tout aussi gênant d'évoquer une « opinion publique » que plus aucun sociologue n'ose encore hypostasier, surtout lorsqu'il s'agit d'en faire dépendre les orientations législatives de parlementaires « soucieux de ne pas se couper de leur électorat » (E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 43, n°64) puisqu'en plus de présumer son caractère monolithique, on normalise du même coup son instrumentalisation par le politique... V. notamment P. ROBERT, « The extent of public information and the nature of public attitudes towards the social control of crime » in Conseil de l'Europe, European Committee on Crime Problem, *Public opinion on crime and criminal justice*, Strasbourg, 1979, pp. 45-117, sp. p. 55 « Le mythe de l'opinion publique » ; P. BOURDIEU, « L'opinion publique n'existe pas », in *Questions de sociologie*, Paris, Les éditions de minuit, 1984, pp. 222-235 ; D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, 2005.

⁵⁴⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 145, n°94.

⁵⁴⁸ P. PONCELA, « Droit de punir et pouvoir de punir, une problématique de l'État », in *Archives de philosophie du droit*, t.28, 1983, pp. 123-135. L'autrice remarque le déplacement du fondement du droit de punir, à l'origine indexé à la légitimité de l'État (et donc de la philosophie classique), vers le registre du « phénomène criminel » et du devoir de punir (et donc de la criminologie). Dans le même sens, V. S. COHEN, *Against criminology*, Transaction Publishers, 2009, p. 4 : « Comme le suggère David Matza (...), le positivisme criminologique a réussi l'exploit étonnant de séparer l'étude du crime de la contemplation de l'État. Le classicisme a été rejeté comme une simple spéculation métaphysique ».

§2. Une histoire matérielle des transformations de la peine

144. L'analyse foulcadienne de la naissance du régime de pénalité moderne permet de renoncer à deux postulats idéalistes qui en limitent la compréhension, et qui, maintenant le juriste dans un état de quasi-nostalgie vis-à-vis des Lumières, lui interdisent d'en repenser fondamentalement les acquis. Ces deux postulats, devenus mythes, sont ceux du caractère protecteur de la légalité (A) et de la justification théorique de la pénalité (B).

A. Le mythe de la légalité

145. Une première lecture de l'exposé qui précède pourrait donner l'impression suivante : L'État et le droit pénal sont inextricablement liés dans et par la nécessité d'assurer une vie sociale paisible. Dès lors que cette évidence fut admise, les théoriciens ont cherché à concilier contrainte et humanité, bonheur du plus grand nombre et du plus petit, au sein d'un système qui ne devait pencher ni trop du premier côté, au risque d'être immoral, ni trop du second, au risque d'être inutile. Parce qu'il repose tout entier sur les principes d'égalité, de liberté et de rationalité, le système pénal des Lumières tient le rôle de phare dans la tempête des doctrines qui se sont succédé. Or, si l'on se félicite du progrès effectué depuis l'époque des châtiments corporels en place publique, l'on déplore dans le même temps les transformations du droit pénal classique vers un droit pénal *postmoderne*⁵⁴⁹ dont les caractéristiques sont les

⁵⁴⁹V. M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GUIDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009. Dans une synthèse de leurs travaux de recherches, les auteurs constatent le glissement d'un droit pénal moderne qui « sous la double influence des juristes du droit naturel et des philosophies du contrat social, s'est laïcisé, unifié et individualisé. La rationalité juridique, notamment à travers la codification, a construit une hiérarchie des normes, des catégories, plus de clarté et de sécurité, renforçant ainsi son autorité et sa volonté d'universalité. En France, l'unification se réalise autour de l'État-nation et le droit moderne apparaît alors comme l'expression sacralisée, par la loi, de la volonté générale. L'individu est la valeur première et l'autonomie de la volonté lui permet de créer du droit par déclaration ou contrat. Les droits dits subjectifs sont opposables à l'État qui doit les protéger », à la perte de « confiance dans le droit et un déclin donnant naissance, dans les années soixante-dix au mouvement de dérégulation et à l'émergence d'une nouvelle normativité marquée par la complexité et la par flexibilité. La complexité trouve sa source dans la multiplicité des normes juridiques, dans le déclin de la loi au profit du règlement, dans l'émergence des autorités administratives devenues indépendantes. Le modèle pyramidal s'étirole pour laisser place à celui du réseau, phénomène mis en évidence dans les sciences sociales. La flexibilité et le flou du droit caractérisent des solutions pragmatiques, certes adaptables à cette réalité de plus en plus complexe, mais au détriment de la stabilité et de la sécurité juridiques. La légitimité de la norme ne serait plus acquise, elle ne pourrait s'évaluer qu'à l'aune de son efficacité, de ses résultats » (M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (Dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, Synthèse de rapport scientifique, Novembre 2007, p. 4). Pour un constat similaire appliqué à l'ensemble du droit, V. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE. « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 44, no. 1, 2000, pp. 1-82.

suivantes : 1) le « décrochage des principes modernes »⁵⁵⁰ du droit pénal – la confusion entre culpabilité et dangerosité, entre le criminel et l'*ennemi*⁵⁵¹ qui entraîne un affaiblissement de la légalité et le brouillage des frontières entre le droit pénal et les autres matières ou entre le droit pénal commun et le droit pénal d'exception, créant un « continuum répressif »⁵⁵² administratif et procédural ; 2) l'extension spatiale et temporelle du champs d'application de la loi pénale, l'intensification du contrôle dans l'espace public et privé par le biais d'outils technologiques de surveillance et de traçabilité⁵⁵³ ; 3) une contamination du procès pénal par une logique de gestion de couts et des flux, dont l'efficacité est indexée à la productivité, et dans le cadre duquel le rituel symbolique de la proclamation de valeurs s'efface au profit de la contractualisation de la justice, des procédures simplifiées et des alternatives aux poursuites⁵⁵⁴. La juridictionnalisation de l'application des peines, le maintien des grands principes directeurs de la procédure pénale et surtout de la prison comme peine de référence fonctionneraient toutefois comme des « îlots de modernité »⁵⁵⁵, que l'on imagine alors salvateurs. Pour certains, la rupture ne serait donc pas tout à fait consommée, puisqu' « un droit pénal postmoderne intégrerait totalement la rationalité économique dans la décision judiciaire et l'y subordonnerait », ce qui « n'est pas encore le cas »⁵⁵⁶. Pour d'autres, il faudrait bel et bien proclamer la mort du droit pénal libéral⁵⁵⁷ mais œuvrer ardemment à la réanimation de « la fonction préventive séculaire de la peine »⁵⁵⁸ – plutôt qu'à la consolidation de celle de la mesure

⁵⁵⁰ M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (Dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, Synthèse de rapport scientifique, Novembre 2007, p. 6.

⁵⁵¹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité — Droit pénal de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 1, no. 1, 2010, pp. 69-80 ; J.-F. DREUILLE (Dir.), *Droit pénal et politique de l'ennemi*, Jurisprudence. Revue critique, 2015 ; C. LAZERGES et H. HENRION-STOFFEL. « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, no. 3, 2016, pp. 649-662 ; J. ALIX et O. CAHN. « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 4, no. 4, 2017, pp. 845-868.

⁵⁵² J. ALIX, « Répression administrative et répression pénale : l'émergence d'un continuum répressif », *Savoir/Agir*, vol. 55, no. 1, 2021, pp. 41-48.

⁵⁵³ M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (Dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, Synthèse de rapport scientifique, Novembre 2007, pp. 8-9.

⁵⁵⁴ M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (Dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, Synthèse de rapport scientifique, Novembre 2007, pp. 8-9.

⁵⁵⁵ M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (Dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, Synthèse de rapport scientifique, Novembre 2007, p. 12.

⁵⁵⁶ M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (Dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, Synthèse de rapport scientifique, Novembre 2007, p. 14 ; Sur les ambiguïtés de la posture des auteurs du rapport, V. V. GAUTRON, « Michel Massé, Jean-Paul Jean et André Guidicelli (dir.), Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines. », *Champ pénal/Penal field* [Online], Vol. VII | 2010.

⁵⁵⁷ « Le droit pénal libéral est mort, vive le droit pénal de la dangerosité » J. ALIX, « Aux confins de la répression pénale », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 273.

⁵⁵⁸ J. ALIX, « Radicalisation et droit pénal », *RSC*, 2020, p. 769.

de sureté – dont l'on trouve un parfait exposé dans « les manuels de droit pénal général »⁵⁵⁹. *Anticipation, dématérialisation, automatisation, globalisation, formalisation, rentabilisation*, le droit pénal est à tout le moins dévoyé, malmené et rongé par son impéritie, il n'est plus que l'ombre de lui-même. Comme le sont d'ailleurs tous les condamnés dont l'on regrette quand même les conditions de détention indignes⁵⁶⁰, puisque que la peine doit être humaine pour être

⁵⁵⁹ J. ALIX, « Radicalisation et droit pénal », *RSC*, 2020, p. 769. Pourtant, c'est aussi dans un manuel de pénologie – certes belges, et non français – que l'on trouve un compte rendu très détaillé des études menées pour évaluer l'effet réel de la peine en matière de prévention individuelle et dont les conclusions laissent songeur quant au rôle tenu par la pénalité moderne : « 1) Selon certaines indications, les sanctions pécuniaires sont plus efficaces que la probation ou le traitement en établissement pour les délinquants primaires et pour ceux qui ont subi une condamnation antérieure, dans tous les groupes d'âge 2) La plupart des études montrent que les peines d'assez longue durée en institution n'ont pas plus de succès que les plus courtes [Lesquelles, n'ont elles-mêmes pas plus d'effets positifs mais plus d'effets négatifs que les mesures alternatives, S. SNACKEN, « Les courtes peines de prison », *Déviante et société*, Vol. 10 - n°4, 1986, pp. 363-387], 3) les institutions ouvertes, en particulier pour la « meilleure catégorie des délinquants », semblent avoir une efficacité au moins aussi grande que les traitements en milieu fermé ; 4) Les résultats d'ensemble ne diffèrent pas beaucoup selon les traitements différents : ces résultats semblent extrêmement négatifs, mais ils présentent un aspect positif en ce qui concerne les décisions de traitement. Ils indiquent que certains délinquants peuvent être considérés comme des "bons risques", quel que soit le traitement auquel ils sont soumis et cette circonstance encouragerait à employer pour eux des méthodes n'impliquant ni incarcération ni surveillance étroite ; 5) Même si les taux d'ensemble de succès des différents traitements sont très similaires, ces traitements ont des effets variables sur les différentes catégories de délinquants ; selon toutes les études, tous les traitements aboutissent à un échec relatif avec les délinquants endurcis. "L'un des rôles principaux que la recherche peut jouer consiste à étudier de manière plus intense ces "mauvais risques", afin de formuler des hypothèses sur des traitements alternatifs et peut-être plus appropriés pour les différentes catégories de délinquants considérés en gros actuellement comme des échecs du système pénitentiaire" ». G. KELLENS, *Punir. Pénologie & Droit des sanctions pénales*, Éditions juridiques de l'Université de Liège, 2000, pp. 73-74. L'idée d'un traitement alternatif du terrorisme fondé sur une appréhension sociologique, psychologique ou de science politique du terrorisme est également abordé par J. ALIX. On peut néanmoins douter de la possibilité de combiner outil pénal et lutte contre le séparatisme, surtout si cette combinaison doit se fonder sur un « retour à l'individualisation de la répression » et au « crédo libéral de la liberté individuelle et de la réversibilité des trajectoires de violences » (J. ALIX, « Radicalisation et droit pénal », *RSC*, 2020, p. 769) qui n'a donc jamais fait ses preuves et dont l'échec patent aurait précisément conduit une partie de la doctrine à renoncer à toute entreprise de légitimation théorique de l'appareil punitif par ce biais. (V. *Supra* n°143 et *Infra* n°239).

⁵⁶⁰ Garantir la « dignité » du criminel est un impératif que l'on ne se lasse pas de rappeler malgré la difficulté liée à l'identification précise de sa substance et de sa réelle compatibilité avec le principe même du droit pénal, comme le résume P. PONCELA, « En droit de l'exécution des peines, la question de la disponibilité du droit au respect de sa propre dignité ne pourrait être posée qu'avec beaucoup de prudence étant donnée la situation de contrainte où se trouvent les personnes condamnées ». P. PONCELA « Quelques aspects du respect de la dignité en droit de l'exécution des peines », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010/3 (N° 3), p. 645-656 ; V. également, concernant les évolutions jurisprudentielles et législatives récentes « Si la machine contentieuse mise en place peut faire impression, l'étendue et la qualité des transformations qui pourraient en résulter demeurent cependant à ce jour très incertaines [...] la rareté des libérations, le risque pour les personnes détenues exerçant un recours de faire l'objet d'une mesure de transfert les éloignant de leur famille, la difficulté pour les intéressées de documenter la réalité de leurs conditions de détention devant le juge sont autant d'obstacles dissuasifs. Surtout, l'objectif fixé par l'arrêt J.M.B. c. France, d'une « résorption définitive de la surpopulation carcérale « est encore aujourd'hui totalement hors de portée ». N. FERRAN, « Combattre la surpopulation carcérale et l'indignité des conditions de détention. Dans les coulisses d'une "guérilla contentieuse" », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, 2021, consulté le 02.08.2021. V. Enfin, sur les limites matérielles à sa garantie, « Malgré ces limites et celles qui émergeraient d'une étude plus précise de la jurisprudence, qui dépasserait largement le cadre du présent article, l'on constate que la dignité humaine influe désormais, directement ou indirectement, sur l'appréciation juridique des conditions de détention. Elle doit cependant être conciliée, comme en matière constitutionnelle, avec les impératifs de sécurité publique et surtout les restrictions budgétaires qui condamnent les prisons à une longue décrépitude et les prisonniers à une situation souvent insoutenable » P. COSSALTER, « La dignité humaine en droit public français : l'ultime recours, Intervention à la

juste, mais aussi utile. Ce que, chacun le sait, la prison n'est pas – bien qu'elle demeure nécessaire⁵⁶¹. Se redessine sur fond de crise de la pénalité les contours de « l'énigme de l'humanisme répressif »⁵⁶² : comment défendre tout à la fois la société et celui dont on veut la protéger⁵⁶³ ?

146. C'est précisément dans le traité *des délits et des peines* de BECCARIA que l'on trouve l'une des premières représentations de ce criminel chimérique, mi-sujet de droit, mi-objet de correction. Lorsque l'auteur écrit que le droit de punir est fondé sur « la nécessité de défendre le dépôt de la sûreté publique contre les usurpations des particuliers »⁵⁶⁴, il signifie que c'est parce que les individus s'associent pour garantir leur liberté, qu'ils doivent en échange accepter qu'elle puisse leur être retirée. L'impératif de liberté se confond avec celui de la contrainte puisque l'« usurpation » de la première – le crime – menace l'ensemble du groupe et nécessite donc la seconde – la peine. En rompant le pacte social, le criminel fait peser à la société le risque d'un retour à la forme primitive et sauvage d'une association sous forme de « hordes »⁵⁶⁵. Le crime est donc ce qui nuit à tous, et le criminel déjà cet être « juridiquement paradoxal »⁵⁶⁶ puisqu'il brise le pacte auquel il est présumé avoir souscrit en acceptant de vivre en société. Il était libre de restreindre sa liberté et n'a pas respecté l'accord tacite de sa socialisation : il est à la fois l'« ennemi »⁵⁶⁷ de la société et son débiteur – à la fois en rupture vis-à-vis d'elle et toujours tenu par elle. Il ne peut donc en être exclu, mais doit pour la réintégrer payer sa dette, être *requalifié comme sujet de droit*⁵⁶⁸. Comment cette transformation – *correction* – doit-elle opérer ? En réinvestissant le criminel d'un rôle social, celui « de réintroduire, en face du *code et des crimes*, la présence réelle du signifié – c'est-à-dire de cette

7ème conférence-débat du Centre de droit public comparé », *Revue générale du droit*, [Online], 2014, consulté le 02.08.2021.

⁵⁶¹ V. TOURNIER, *La prison. Une nécessité pour la République*, Éditions Buchet & Chastel, 2013.

⁵⁶² A. PIRES, « La doctrine de la sévérité maximale au siècle des Lumières », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 79.

⁵⁶³ Cette contradiction, qui n'est pas nouvelle, est reformulée en termes postmodernes de la manière suivante : « L'évolution de la procédure pénale au début du XXe siècle se situe aujourd'hui en Europe dans un moment de "compromis historique" entre deux injonctions contradictoires: d'une part, le respect des garanties du procès équitable au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ce qui complexifie les procédures et allonge nécessairement les durées; d'autre part une logique d'efficacité du système pénal face à un accroissement continu de la délinquance et de la masse des affaires à juger. » M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (Dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, Synthèse de rapport scientifique, Novembre 2007, p. 14.

⁵⁶⁴ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, Chapitre II, « Du droit de punir ».

⁵⁶⁵ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, Chapitre II, « Du droit de punir ».

⁵⁶⁶ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 106.

⁵⁶⁷ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 10 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 34

⁵⁶⁸ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 153.

peine qui selon les termes du code doit être infailliblement associée à l'infraction »⁵⁶⁹. Les réformateurs l'ont bien compris : l'erreur du pouvoir monarchique fut d'agir par excès, tantôt de violence, tantôt d'indulgence⁵⁷⁰. L'inhumanité des supplices n'est dénoncée que parce qu'elle est contreproductive : elle endurecit l'âme⁵⁷¹, et la rend donc moins « malléable ». Pour changer les conduites, il ne faut pas être bon ou méchant, il faut être *constant* : « C'est ainsi que la plus petite force, quand on l'applique continuellement, détruit à la fin dans un corps le mouvement le plus violent »⁵⁷². Il faut aussi être *partout*, que le nouveau pouvoir ne soit plus partagé entre des instances aux intérêts conflictuels – les seigneurs, les cours souveraines, les bailliages, les instances administrative ou policière et le pouvoir discrétionnaire du roi – qui laissent trop d'espace de jeu aux conduites qu'il s'agit de réguler. Il faut « insérer le pouvoir de punir le plus profondément dans le corps social »⁵⁷³. Un pouvoir uniforme, universel, une nouvelle « économie des châtimets »⁵⁷⁴ : un *code*. Au sens propre comme au sens figuré puisque pour les réformateurs il s'agit d'associer, sur le papier comme dans les esprits, le crime à sa peine : c'est la *légalité*. Non plus comme moyen de se défendre du pouvoir, mais comme une nouvelle stratégie consistant à le rendre plus subtil, efficace et économique⁵⁷⁵ :

« Quand vous aurez formé la chaîne des idées dans la tête de vos citoyens, vous pourrez alors vous vanter de les conduire et d'être leurs maîtres. Un despote imbécile peut contraindre des esclaves avec des chaînes de fer ; mais un vrai politique les lie bien plus fortement par la chaîne de leurs propres idées ; c'est au plan fixe de la raison qu'il en attache le premier bout ; lien d'autant plus fort que nous en ignorons la texture et que nous le croyons notre ouvrage ; le désespoir et le temps rongent les liens de fer et d'acier, mais il ne peut rien contre l'union habituelle des idées, il ne fait que la resserrer davantage ; et sur

⁵⁶⁹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 151, nous soulignons.

⁵⁷⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 96, décrivant le « surpouvoir » monarchique.

⁵⁷¹ « Semblable aux fluides qui, par leur nature, se mettent toujours au niveau de ce qui les entoure, l'âme s'endurcit par le spectacle renouvelé de la cruauté. Les supplices devenus fréquents effrayent moins, parce qu'on s'habitue à leur horreur, et les passions toujours actives sont, au bout de cent ans, moins retenues par les roues et les gibets qu'elles ne l'étaient auparavant par la prison. Pour que le châtimet soit suffisant, il faut seulement que le mal qui en résulte surpasse le crime ; encore doit-on faire entrer dans le calcul de cette équation la certitude de la punition et la perte des avantages acquis par le délit. » C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, Chapitre XXVII, « De la douceur des peines ».

⁵⁷² C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, Chapitre II, « Du droit de punir ».

⁵⁷³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 98.

⁵⁷⁴ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 89.

⁵⁷⁵ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 121.

les molles fibres du cerveau est fondée la base inébranlable des plus fermes Empires. »⁵⁷⁶

147. L'image est partagée par BECCARIA, lequel prend néanmoins un peu plus de peine à rappeler l'utilité publique de ce nouveau dispositif : « Cette chaîne, qui descend du trône jusqu'à la cabane, dont les nœuds sont également faits pour le plus grand et le plus misérable des hommes, ne signifie autre chose, sinon que l'intérêt public exige que les conventions utiles au plus grand nombre soient observées »⁵⁷⁷. Voilà donc, dans l'esprit des Lumières, ce que doit être le nouveau système pénal : un « pouvoir idéologique »⁵⁷⁸ généralisé, et plus seulement son application localisée. Une hypothèse similaire est formulée par l'auteur abolitionniste T. MATHIESEN, pour lequel la légalité moderne aurait remplacé la religion dans l'organisation de la soumission des classes laborieuses aux propriétaires terriens puis à ceux des moyens de production⁵⁷⁹. Si l'on comprend ce qu'elle doit permettre, on a toutefois plus de mal à discerner les contours de la peine « idéale » des réformateurs. Suivant la logique des théoriciens du XVIII^e siècle, Michel FOUCAULT énonce quelques-uns de ses critères⁵⁸⁰. Ainsi, son caractère *public et infaillible*, puisqu'il s'agit par son biais de réactiver dans l'ensemble des consciences la signification de l'interdit. Les caractères *relatif et finement gradué* de la peine qui doit correspondre exactement, dans sa nature et son intensité, à l'attaque sociale contre laquelle il s'agit de se défendre. Et puisqu'il s'agit de restituer le criminel comme membre du corps social,

⁵⁷⁶ J.M. SERVAN, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, 1767, p. 35 ; cité par M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 121-122.

⁵⁷⁷ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, Chapitre III, « Conséquences ».

⁵⁷⁸ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 122.

⁵⁷⁹ « C'est là que se trouve la raison, telle que je la comprends, du fait que le niveau idéologico-religieux s'est vu attribuer un rôle dominant sous le féodalisme : les conceptions concernant le divin, en particulier les conceptions suggérant que l'usage de la force par la classe supérieure était inviolable du fait de leur origine divine, super-empirique, pouvaient justifier l'utilisation de la contrainte non-économique sans par ceux qui possédaient la terre. [...] Sous le mode de production capitaliste, d'autre part, les producteurs de valeur - les travailleurs - sont divorcés des moyens de production, non seulement par l'absence d'une relation de propriété, mais aussi par l'absence d'une relation de possession : les travailleurs sous le capitalisme ne possèdent aucune partie des moyens de production pour leur propre usage : ils sont économiquement contraints de vendre leur force de travail aux capitalistes pour survivre. Sous le mode de production capitaliste, les moyens de contrainte physiques et non économiques deviennent moins importants en tant que point de départ ; la contrainte purement économique, intégrée au système de production, est en règle générale suffisante. Lorsque la contrainte est intégrée dans l'arrangement économique même, quand le seul besoin de subsistance, sans que la force physique, oblige une personne à vendre sa force de travail contre un salaire, la justification divine de la force physique mentionnée ci-dessus devient moins une nécessité. En conséquence, un système de règles devient plus nécessaire, qui régule, légitime et justifie les arrangements économiques obligatoires complexes [...] L'hypothèse ici est seulement que le mode de production capitaliste est peut-être le premier mode de production dans lequel la loi plutôt que la religion a été dominante, parce que c'est le premier mode de production dans lequel la contrainte est vraiment structurelle et donc vraiment invisible et rendue la responsabilité de tout le monde et de personne. C'est précisément le caractère obscur et impénétrable de la contrainte qui favorise le besoin d'un système d'idées basé sur la loi/ » T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action. Towards a strategy under late capitalism*, Academic Press, 1980, pp. 166-169.

⁵⁸⁰ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 24 janvier 1973, Gallimard, 2013, pp. 63-84.

la peine doit permettre de le *réduquer*. Il dégage alors trois formes possibles de pénalité : le modèle de l'*infamie* – là où la société juge par sa propre réaction, sans déléguer à une instance judiciaire et où l'honneur devient « l'unique loi »⁵⁸¹ –, le modèle *du talion* – qui permet la parfaite adéquation de la peine au crime – et le modèle de *l'esclavage public* – qui permet à la société de recevoir réparation tout en réduisant l'individu à la nécessité sociale du travail productif⁵⁸². Voilà donc l'ensemble des qualités du système de pénalité des Lumières auquel il faudrait rendre hommage. Or, et c'est tout le point de départ de la réflexion de FOUCAULT sur la généalogie de la prison, ce n'est pas du tout ce que l'on voit apparaître, ni dans le code révolutionnaire, ni dans le code de 1810. Ce que l'on voit apparaître comme peine de référence, c'est l'enfermement. Soit un système qui n'est « ni collectif comme l'infamie, gradué en sa nature même comme le talion, réformateur comme le travail forcé. C'est un système punitif abstrait, monotone, rigide qui est venu s'imposer non seulement dans les faits, [...] mais à l'intérieur même des discours »⁵⁸³.

B. Le mythe de la pénalité

148. On trouverait donc et dès l'origine, deux contradictions profondes : la première interne à la théorie des réformateurs, et qui fait du criminel celui qui rompt un pacte par lequel il est pourtant encore tenu, et la seconde qui lui est extérieure, puisque la pénalité suggérée n'est pas celle qui se trouve effectivement appliquée.

149. Ce premier processus de « dérivation »⁵⁸⁴ – du pacte social à la figure du criminel-enemi – est accompagné à la même époque d'un mouvement similaire, cette fois-ci non plus théorique mais *institutionnel*. La figure du Procureur participe tout au long du Moyen Âge à substituer à l'image d'un souverain arbitre des conflits individuels – SAINT LOUIS sous son chêne – celle d'un souverain responsable de l'ordre que le crime a troublé et donc directement

⁵⁸¹ BRISSOT, cité par M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 24 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 70.

⁵⁸² Car n'oublions pas que c'est ainsi que BECCARIA envisage l'oisiveté : « Et voilà la raison qui porte les gouvernements sages à ne point souffrir dans le sein du travail cette espèce d'oisiveté politique, que d'austères déclamateurs ont mal à propos confondue avec celle qui est le fruit des richesses accumulées par l'industrie. Cette dernière devient nécessaire et utile à mesure que la société s'étend et que l'administration se restreint ». C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, Chapitre XIV, « Des gens oisifs ».

⁵⁸³ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 24 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 71.

⁵⁸⁴ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 10 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 36.

lésé par lui⁵⁸⁵. Le développement de l'action publique n'est toutefois ni le résultat d'une prise de conscience philosophique, ni d'une influence religieuse qui aurait eu pour effet de transfigurer les fondements de l'autorité. Elle s'est dégagée progressivement de la pratique et résulte de trois facteurs principaux : « l'importance croissante de la fonction disciplinaire du seigneur féodal face à ceux qui lui étaient économiquement soumis », « la lutte des autorités centrales pour renforcer leur influence en élargissant le champ de leurs prérogatives juridiques » et surtout « l'intérêt fiscal »⁵⁸⁶. L'intervention de l'État comme partie au procès lui permet de justifier la fiscalisation de la procédure pénale, laquelle devient alors une source de revenue fructueuse puisque si celui peut se voir créditer des confiscations ou amendes prononcées en plus du dédommagement de la victime, les charges administratives sont supportées par les accusés qui doivent s'acquitter de contributions légales⁵⁸⁷. Jusqu'au XVII^e siècle néanmoins, si le Procureur agit pour le compte de l'État, l'appareil judiciaire demeure l'objet d'une appropriation privée et transmissible à titre d'héritage. Dans le contexte de crise économique et sociale de la période, des connivences d'intérêts vont ainsi fleurir entre les officiers de justice et le reste de la population. Les uns comme les autres se trouvant soumis à une pression fiscale royale grandissante, les premiers en deviennent réticents à punir les seconds. « D'où la nécessité de faire appel à un autre appareil : ce fut l'invention qui consista à substituer à la répression une technique de prélèvement sur la population »⁵⁸⁸, autrement dit, l'enfermement des personnes dangereuses. À cette fin sont créées les instances administratives et de police précitées. Leur rôle est de maintenir l'ordre royal en évitant le recours coûteux à l'armée et en dépossédant du même coup « de leur pouvoir judiciaire, et donc politique, un grand nombre de gens, notamment les éléments qui subsistent de la féodalité et les parlementaires »⁵⁸⁹. La tolérance vis-à-vis de ce nouvel appareil qui sans être à proprement parler punitif n'en est pas moins très coercitif – puisque les intendants et lieutenant de police peuvent par exemple prendre contre les individus qu'ils estiment problématiques de mesures d'extradition, de bannissement ou de réclusion – a de quoi surprendre. En étudiant de plus près son fonctionnement, FOUCAULT en trouve toutefois la raison :

⁵⁸⁵ « Au nom de l'ordre et de la paix qu'il est censé faire régner, il vient déclarer que le criminel l'a atteint, lui, du seul fait qu'il s'est mis dans un état de guerre "sauvage" avec un individu en l'attaquant indépendamment des lois » M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 10 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 35.

⁵⁸⁶ G. RUSHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale*, Les éditions de Cerfs, Paris, 1994, p. 128.

⁵⁸⁷ G. RUSHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale*, Les éditions de Cerfs, Paris, 1994, p.128 ; M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 10 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 92.

⁵⁸⁸ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 14 février 1973, Gallimard, 2013, p. 126.

⁵⁸⁹ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 14 février 1973, Gallimard, 2013, p. 127.

« Il s'agit de créer des sortes de circuits de dérivation qui font que, en différents points de cet appareil d'État, un certain nombre d'individus, qui n'appartiennent pas forcément à la classe dirigeante et n'ont pas les mêmes intérêts, puissent localement [détourner] une fraction du pouvoir et l'utiliser pour leur propre compte. Ces groupes renforcent ainsi, finalement, le pouvoir, puisqu'ils exercent un pouvoir, qui leur est transmis par la classe dominante, dans le droit fil de cet appareil d'État – lequel permet donc de faire adhérer au pouvoir un certain nombre d'individus qui n'ont pas d'intérêts directs à le soutenir. »⁵⁹⁰

150. Le vecteur par lequel va s'établir cette ramification du pouvoir est celui des lettres de cachet. FOUCAULT explique en effet que la grande majorité d'entre elles n'étaient pas émises directement par le roi mais étaient au contraire sollicitées par la population auprès des instances administratives afin de pouvoir « exercer, au nom du Roi, une espèce de pouvoir souverain grâce à quoi on peut [procéder à] l'exil, [à] la réclusion de son voisin, son parent, etc »⁵⁹¹. Le Roi lui-même n'intervient pas dans le processus, il « prête » en quelque sorte son pouvoir à la population qui s'en sert pour sanctionner les comportements qui ne sont pas définis comme des infractions et qui appartiennent aux catégories de « du désordre et de la violence »⁵⁹² – la débauche et l'infidélité conjugale par exemple – ou qui sont incriminés mais auxquels on ne veut pas appliquer la loi – la sorcellerie notamment. Le mode de sanction largement privilégié par les demandeurs est celui de *l'enfermement*, lequel ne s'effectue pas dans des prisons mais dans des maisons religieuses ou publiques – des *hôpitaux généraux* ou des *dépôts de mendicité*. Les individus enfermés ne le sont pas en raison de la faute qu'ils ont commise mais en considération de leur *état dangereux* ou *instable*. La durée de la détention est donc relative aux changements qui s'opèrent dans leur comportement ou aux *remords* qu'ils expriment. Ainsi, alors que dans le régime classique « c'est sur ceux qui n'ont pas encore commis le crime que la peine [...] doit produire ses effets. La fonction préventive de la peine porte essentiellement sur les autres, par le biais de l'exemple », dans le système parajudiciaire des lettres de cachet, et donc de l'enfermement, « naît l'idée d'un internement qui doit agir jusqu'à ce que soient changées les dispositions, non pas des autres, mais de celui-là même qui a commis la faute »⁵⁹³. Le comportement déviant est alors surveillé, étudié, il fait l'objet d'un *savoir spécifique*⁵⁹⁴ qui se constitue à partir des archives des lettres de cachet mais aussi à partir de registres tenus au

⁵⁹⁰ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 14 février 1973, Gallimard, 2013, pp. 128-129.

⁵⁹¹ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 14 février 1973, Gallimard, 2013, p. 130

⁵⁹² M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 14 février 1973, Gallimard, 2013, p. 131.

⁵⁹³ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 14 février 1973, Gallimard, 2013, p. 132.

⁵⁹⁴ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 14 février 1973, Gallimard, 2013, p. 135.

sein des maisons d'internement, ancêtres des cliniques psychiatriques auxquelles FOUCAULT consacre un ouvrage spécifique⁵⁹⁵. Ce savoir constitue selon lui la matrice de la psychiatrie, de la sociologie et de criminologie⁵⁹⁶, et donc, de façon presque récursive, du système de pénalité qui va se développer à partir de la Révolution.

151. La fin du XVIII^e siècle est donc marquée par un double processus de *dérivation*, l'un théorique et l'autre pratique, qui converge sur une figure : celle du *criminel-ennemi social*. Son émergence n'est toutefois pas la conséquence d'une prise de conscience idéale, d'un changement de *représentation*⁵⁹⁷, autrement c'est un autre système de pénalité qui aurait été mis en place, plus conforme à ce qui découle « logiquement » de l'œuvre de BECCARIA. Œuvre qui ne peut pas non plus avoir été simplement induite de la pratique, puisque la prison est uniquement évoquée par le juriste, comme ses contemporains, comme moyen de s'assurer de la présence du criminel au procès⁵⁹⁸. Pourtant, théorie et pratique se sont bien retrouvées dès le début du XIX^e siècle pour faire de l'emprisonnement l'une des peines de référence du nouveau système répressif.

152. En parallèle de ces deux premiers processus de dérivation, – théorique et institutionnelle – FOUCAULT observe néanmoins un troisième phénomène que l'on pourrait qualifier de « colonisation » de la pratique carcérale et de la théorie qui l'accompagne par la religion chrétienne. Alors que les premiers convergeaient pour faire du crime un attentat contre l'ordre public, le deuxième opère sa requalification comme faute qu'il s'agit d'expier. Le lieu dans lequel s'effectue la requalification non plus juridique mais morale du condamné est appelé

⁵⁹⁵ M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, 1972.

⁵⁹⁶ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 14 février 1973, Gallimard, 2013, p. 135.

⁵⁹⁷ Selon FOUCAULT, le criminel comme ennemi social n'est pas un postulat théorique mais un *échangeur* : « c'est ce qui assure la cohérence, et la relative systématisme d'éléments hétérogènes », du code pratique, au code théorique, au code épistémique. « C'est lui qui permet qu'une institution comme l'action publique (mise en place pour des raisons politiques et fiscales) soit transposée dans la théorie pénale sous la forme du principe », lui qui « fait du procureur (agent de la fiscalité royale) dans la théorie pénale le représentant de la société », encore lui qui « fait de la peine définie par les codes une mesure de protection de la société » et toujours lui qui « permet que le criminel (poursuivi par le représentant de la société et condamné en son nom) devienne descriptible en terme (psychologique, psychiatrique) d'individu a-social ». Et d'ajouter, « dans la mesure où la sociologie de la délinquance décrit, dans son vocabulaire, la pratique de l'action publique à partir de l'échangeur (criminel-ennemi), il est clair que la théorie psychologique ne pourra jamais réévaluer de fond en comble la pratique pénale, quelles que soient les critiques qu'elle en fait ». M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 10 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 39.

⁵⁹⁸ Certaines recherches tendent néanmoins à démontrer que la prison aurait été utilisée comme peine avant les dates indiquées par FOUCAULT, V. J. FERRAND, « Temps mort. Généalogie de la prison comme peine, de la naissance du purgatoire aux errements du temps présents », *Prisons et droits : visages de la peine*, Irascible n°5, Éditions Campus ouvert, 2015, pp. 69-108.

le *pénitentier*.⁵⁹⁹ Les discours entourant la privation de liberté en Europe se teintent d'une coloration religieuse jusqu'ici soigneusement rejetée et l'on voit l'organisation carcérale partout imiter celle pratiquée au sein des communautés religieuses Quakers émigrées aux États-Unis. Dans la conception Quaker de la politique, le pouvoir n'est légitime que s'il permet d'assurer la distinction entre le bien et le mal, il doit « protéger la personne et les biens des hommes contre la violence et les méfaites des méchants »⁶⁰⁰. Le crime est considéré comme un péché et la pénalité comme le moyen, pour le condamné, de retrouver en son cœur le chemin de la bonne *moralité*. La forme qui dérive de cette finalité est celle de l'emprisonnement cellulaire individuel puisqu'elle offre la possibilité au criminel-pécheur de se recueillir dans la solitude de sa propre spiritualité. Si, aux États-Unis, le système Quaker est rapidement remplacé par celui d'Auburn où les condamnés travaillent ensemble la journée et ne sont isolés que la nuit⁶⁰¹, l'Europe est divisée entre partisans du premier et du second régime. Cristallisé en France par les vifs échanges entre Charles LUCAS, l'administrateur des prisons françaises, et Alexis de TOCQUEVILLE⁶⁰², le débat entre travail collectif et encellulement individuel reflète l'opposition entre une conception de la peine comme vecteur de correction – par le travail – et vecteur de moralisation – par le recueillement. Dans les deux cas néanmoins, l'impératif reste le même : celui de la *transformation du condamné*, que celle-ci agisse en priorité sur son corps ou sur son âme⁶⁰³. À ceci près que l'inclusion de la rhétorique Quaker de l'amendement, de la moralité et de spiritualité, exerce deux effets distincts sur le rapport à la pénalité qui l'a vu naître. Le premier est qu'elle entraîne une « culpabilisation du crime »⁶⁰⁴ qui va avoir des effets sur les savoirs qui se créent à partir de la surveillance du criminel détenu, jusque-là réduits à la question de la « guérison » de sa dangerosité⁶⁰⁵. Le second est qu'il donne au système pénal une épaisseur nouvelle :

« Ainsi s'explique également l'impression d'ancienneté de la prison, dont on se détache si difficilement : si elle paraît si profondément enracinée dans notre culture, c'est précisément qu'elle est née lestée d'une morale chrétienne qui lui donne une profondeur historique qu'elle n'a pas. Au confluent de cette morale chrétienne avec son épaisseur millénaire et d'un savoir qui en réalité est n'est

⁵⁹⁹ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 31 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 91.

⁶⁰⁰ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 31 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 89.

⁶⁰¹ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 278.

⁶⁰² A.-S. LETERRIER, « Prison et pénitence au XIXe siècle », *Romantisme*, vol. 142, no. 4, 2008, pp. 41-52.

⁶⁰³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 279.

⁶⁰⁴ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 31 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 93.

⁶⁰⁵ Du fait de sa contingence à la pratique de la détention dans les hôpitaux généraux.

né que d'elle mais qui a fonctionné pour la justifier, la rationaliser, la prison paraît indéracinable, prise dans une sorte d' « évidence » ; elle se lance ainsi indéfiniment. »⁶⁰⁶

153. Depuis son érection, le système de pénalité moderne aurait donc dû être *utile*. Utile comme *instrument de défense sociale*, susceptible de dissuader les signataires du pacte social de le briser. Utile comme *instrument de transformation individuelle*, susceptible d'amender le criminel, de le réformer ou de le guérir. Il est à la fois code, cellule, atelier et hôpital⁶⁰⁷. Chacun de ses caractères lui ayant été dévolu par des vecteurs distincts, et souvent exclusifs les uns des autres. Chacun aboutissant néanmoins à faire de l'emprisonnement la pénalité de référence. Pourtant, dès le début également, l'emprisonnement n'a pas manqué d'être précisément dénoncé du fait de son incapacité à remplir les fonctions qui sont les siennes. Nombre d'auteurs le remarquent, le discours sur la réforme de la prison est contemporain de son institutionnalisation⁶⁰⁸. Comme le sont d'ailleurs ceux qui soulèvent les contradictions qui composent le socle théorique de la pénalité moderne⁶⁰⁹. Criminel-ennemi ou criminel-pécheur, dangerosité ou culpabilité, défense sociale ou faute morale, Dissuader ou transformer, punir ou réformer, amender, guérir, sans que l'on sache bien, au fond, qui de la pratique, de la théorie, ou de la religion est vraiment à l'origine de quelle fonction.

154. L'« énigme de l'humanisme répressif » qui agite la doctrine aujourd'hui n'est en somme pas bien différente de celle qui l'agitait hier. Et l'on vient à se demander si la véritable nécessité du système pénal, plus que de dépendre de sa réussite, ne se fonde pas plutôt sur son échec⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 31 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 94

⁶⁰⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 288.

⁶⁰⁸ De façon célèbre, M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, pp. 267-360.

⁶⁰⁹ À l'instar des précurseurs dont nous avons envisagé la pensée. V. *Supra* n° 17 et s.

⁶¹⁰ « 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'infracteur d'occasion en délinquant d'habitude, organisation d'un milieu fermé de délinquance. » M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 317.

Section 2. L'intégration du mode de production à l'étude de la justice criminelle

155. Une relecture approfondie de l'émergence et la consolidation des systèmes punitifs modernes suivant la méthode matérialiste doit procéder selon les étapes suivantes :

« Se défaire d'abord de l'illusion que la pénalité est avant tout – sinon exclusivement – une manière de réprimer les délits » : *règle de lecture critique*, propre à nous affranchir de certains présupposés qui, engagés dans nos concepts, en paralysent l'emploi. 2. « Analyser plutôt les systèmes punitifs concret », les étudier comme des phénomènes sociaux [...], les replacer dans leur champ de fonctionnement [...], montrer que les mesures punitives ne sont pas simplement des mécanismes " négatifs " qui permettent de réprimer [...], mais qu'elles sont liées à toute une série d'effets positifs et utiles [...] " : *règle de lecture opératoire*, propre à dégager le processus de construction d'un texte dont l'objet de recherche porte sur les régimes punitifs. 3. Après avoir mis en relations " les différents régimes punitifs avec les systèmes de production où il prennent leurs effets [...] " et après avoir saisi qu'avec le système industriel, en rupture avec la production manufacturière, " exigeant un marché libre de la main-d'œuvre, la part du travail obligatoire diminuerait au XIXe siècle dans les mécanismes de punition et (qu')on lui substituerait une détention à fin corrective ", "retenir ce thème général que, dans nos sociétés, les systèmes punitifs sont à replacer dans une certaine *économie politique du corps*. » ⁶¹¹

La démarche permet de remplacer les objectifs traditionnels de la pénalité par de nouvelles finalités, que le système de justice criminelle se trouve alors tout à fait capable de respecter : la gestion des travailleurs innocupés (§1), des illégalismes (§2) et de la productivité capitaliste (§3).

⁶¹¹ M. FOUCAULT, Cité par V. R. LEVY et H. ZANDER, « Introduction » in *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 72.

§1. *Dissuasion et correction sociale*

156. L'ouvrage de RUSCHE et KIRCHHEIMER est l'un des premiers à avoir proposé une relecture de l'histoire de la pénalité à la lumière des impératifs économiques d'une époque donnée⁶¹². Non pas pour démontrer une éventuelle corrélation entre pauvreté et passage à l'acte – ce qui a pour conséquence de *naturaliser le crime* comme comportement dangereux – ou pour étudier le lien entre la criminalité et la peine – ce qui a pour conséquence de *naturaliser la peine* comme conséquence inévitable du crime, mais pour dénoncer au contraire ces équations simplistes en ajoutant une donnée supplémentaire : celle du mode de production⁶¹³. Tout au long de leur ouvrage, les auteurs se sont efforcés de relier les transformations de la pénalité aux fluctuations du marché de travail dans les contextes distincts de l'essor, de la solidification et de l'expansion du capitalisme. Ils relèvent ainsi que le passage d'une pénalité brutale et cruelle à une pénalité réformatrice entre la fin du Moyen Âge et l'Ancien régime s'effectue en parallèle d'une augmentation du besoin de main d'œuvre et d'une valorisation corrélative de la force de travail du condamné⁶¹⁴. Le corps du criminel, devenu utile, ne doit plus être malmené. Dans le même temps néanmoins, l'attitude sociale à l'égard de la pauvreté se modifie. Le mendiant, le vagabond et le petit voleur aptes à travailler ne doivent plus être aidés en vertu du principe catholique de l'aumône universelle, ils doivent être condamnés pour leur paresse – c'est l'objet de la doctrine calviniste – et dissuadés de pratiquer « cette rétention de leur force de travail »⁶¹⁵ – c'est l'objet du système de pénalité. Châtiments corporels, bannissement et galères sont ainsi progressivement remplacés par la peine privative de liberté dans les maisons de correction et les travaux forcés⁶¹⁶. Les hôpitaux généraux français, dont la fondation est vivement encouragée par les jésuites, suivent le modèle de manufactures où le travail des détenus est soit géré par l'institution elle-même, soit mis à la disposition d'entrepreneurs privés⁶¹⁷. L'objectif est de former des travailleurs efficaces à des coûts réduits. La discipline est assurée par le

⁶¹² Le premier est certainement celui de W. A. BONGER, *Criminalité et conditions économiques*, G.P. Tierie éditeur, Amsterdam, 1905.

⁶¹³ « Car il est clair qu'un phénomène tel que le régime des peines est enraciné au plus profond du système social dont il fait partie, de sorte qu'il serait peu fructueux de l'en considérer indépendamment ». G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 88. V. également p. 123 et s.

⁶¹⁴ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 145.

⁶¹⁵ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 167.

⁶¹⁶ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 200.

⁶¹⁷ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 170.

recours à la ritualisation de la journée de travail, sauf lorsque le devoir religieux risque de limiter la productivité⁶¹⁸. Catholicisme et calvinisme interviennent donc chacun en soutien de ce nouveau système, ce qui prouve selon les auteurs que « les points de vue purement idéologiques passaient après les motifs économiques en tant que forces motrices de l'ensemble du mouvement »⁶¹⁹. C'est dans ce contexte favorable aux populations défavorisées que se développent les théories des Lumières :

« La question de la nature de la peine concerne essentiellement les classes inférieures. La question de la définition plus précise du droit matériel et d'une amélioration des méthodes de la procédure pénale dut entre-temps soulever une bourgeoisie qui ne l'avait pas encore emporté dans sa bataille pour le pouvoir politique et qui exigeait des garanties légales pour assurer sa propre sécurité. Il s'agit là de deux questions distinctes et totalement indépendantes, qui se trouvaient entremêlées dans les pamphlets rédigés par les réformateurs de l'époque en raison de la pénurie conjoncturelle de main-d'œuvre dont souffrait le système de production, en cette période de l'ascension de la bourgeoisie. »⁶²⁰.

157. L'inconstance du système d'Ancien régime, bien qu'offrant régulièrement des avantages aux pauvres, se trouve dénoncée par la bourgeoisie en leur nom. De la même façon, l'impératif de rationaliser le système de pénalité autour de règles fixes et prévisibles, et distinguant l'acte susceptible de remettre en question l'ordre social de la faute morale est présenté par les réformateurs comme le vecteur essentiel d'un progrès humaniste fondé sur l'égalité entre tous, là où, dès le départ, le fonctionnement effectif de la justice pénale est bien trop complexe pour permettre aux personnes dépourvues des connaissances et des moyens financiers suffisants pour utiliser à leur avantage les mécanismes procéduraux supposés garantir cette égalité formelle⁶²¹. La convergence des intérêts bourgeois et prolétaires cristallisée par l'humanisme progressif des Lumières est donc pour le moins précaire, et sa contingence aux nécessités du capitalisme se trouve dévoilée dès la première moitié du XIX^e siècle. La hausse démographique et les débuts de l'industrialisation entraînent l'inversion du rapport de force

⁶¹⁸ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 173.

⁶¹⁹ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 181.

⁶²⁰ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 206.

⁶²¹ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, pp. 212-123.

entre prolétaires et bourgeois. La hausse de la criminalité liée à la paupérisation d'un prolétariat qui revendique désormais son droit au travail fait ressurgir dans le code pénal de 1810 le spectre du châtement corporel et dans les théories de la peine celui de la rétribution⁶²². Quant aux lieux de privation de liberté, si tout le monde s'accorde pour dénoncer leur incapacité à réformer les condamnés, la raison invoquée ne réside pas dans la critique de son incapacité à les réinsérer mais dans celle de les *dissuader* : « la faible différence entre les conditions de vie dans les prisons et la vie normale était une des causes de l'augmentation croissante du nombre des personnes incarcérées »⁶²³. Le nombre conséquent de travailleurs sans emploi et la condition misérable de la classe ouvrière ont fait craindre au pouvoir bourgeois que les prolétaires choisissent, plus qu'un travail mal payé, une incarcération pour mendicité, vagabondage ou atteinte aux biens. C'est l'une des raisons pour laquelle, selon RUSH et KIRCHHEIMER, l'encellulement individuel est privilégié en Europe alors qu'il est rapidement abandonné aux États-Unis où la situation économique est bien meilleure : « le sentiment de dépendance et d'impuissance totales créé par l'isolement passait pour la pire torture que l'on puisse infliger à quelqu'un »⁶²⁴. L'impossibilité de rentabiliser le travail en détention du fait du faible coût du travail libre est un autre argument en faveur du système Quaker et de l'appareil de justification idéologique qui l'accompagne – moralisation, expiation, recueillement... Il faut attendre le début du XX^e siècle pour que la hausse de la production industrielle liée à l'impérialisme engendre de nouveau des conditions favorables aux travailleurs. Au même moment émergent de nouvelles théories progressistes du crime, leurs auteurs se positionnant expressément à rebours du moralisme jugé archaïque alors en vigueur. Le crime est considéré comme une production sociale, et le criminel un individu victime de sa condition qu'il s'agit de *réinsérer*⁶²⁵. On insiste de plus en plus sur la nécessité d'adapter la peine à la personnalité du délinquant, de la *personnaliser*. RUSH et KIRCHHEIMER attribuent le recul du formalisme des Lumières à la consolidation du pouvoir bourgeois sur les appareils administratifs et de gouvernement – la classe sociale bourgeoise n'ayant plus rien à craindre de l'appareil punitif qu'elle contrôle désormais⁶²⁶. La justification principale de la pénalité devient sa capacité à provoquer

⁶²² Par le biais notamment des théories de KANT et d'HEGEL précitées. G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 234.

⁶²³ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 244.

⁶²⁴ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 278.

⁶²⁵ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, pp. 288-289.

⁶²⁶ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 291.

l'amendement du condamné, celui-ci n'étant plus conçu comme une « lubie charitable » mais comme un investissement : « l'idée de la faute de la société était associée à celle de restituer la plus grande quantité possible de forces productives à la société »⁶²⁷. Les auteurs observent néanmoins que loin de provoquer un changement en profondeur du système de pénalité, la doctrine de la réinsertion participe simplement à implanter un système de récompense interne à l'incarcération, de remise de peine ou de libération conditionnelle, qui ont en réalité comme seul effet – et fonction – de renforcer les processus de discipline et de conformation déjà à l'œuvre dans les premiers pénitenciers⁶²⁸. Ces dispositifs trouvent en outre rapidement une limite à la sortie de prison du condamné puisque l'aide qui pourrait lui être apportée dans le cadre de sa réinsertion dans le processus de travail ne doit pas faire obstacle aux principes d'une *société de libre concurrence*⁶²⁹. Les auteurs font ensuite état d'une vaste étude statistique de laquelle ils déduisent que « la politique des peines, dans toutes ses variations, n'a aucun effet réel sur le taux de criminalité »⁶³⁰. Si la seule réponse adéquate se trouve dans une politique sociale solide à même de garantir à tous un niveau de vie décent, l'ouvrage s'achève sur le regret suivant :

« 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 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 existant. »⁶³¹.

158. Dès la sortie de *peines et structure sociale*, les critiques se sont multipliées pour dénoncer le structuralisme ou l'*économisme*⁶³² réducteurs de ses auteurs, la complexité de la politique criminelle ne pouvant selon ces dernières être réduite aux seules fluctuations du

⁶²⁷ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 292.

⁶²⁸ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 308.

⁶²⁹ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 310.

⁶³⁰ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 370.

⁶³¹ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 373.

⁶³² V. *Supra* n°68.

marché du travail⁶³³. Il nous semble toutefois que l'ouvrage de RUSH et KIRSHHEIMER est plus nuancé. Ces derniers ne nient pas plus l'influence de paramètres idéologiques sur le système pénal qu'ils ne décrivent le capitalisme comme une structure monolithique, exempte de contradictions et déterminant la totalité des instances sociales. Ils entendent simplement démontrer leur contingence à une structure économique et sociale plus large. Plusieurs leçons tirées du livre étudié permettent d'appuyer cette hypothèse.

159. La première est relative au principe de *Less eligibility*, c'est-à-dire à l'idée bourgeoise selon laquelle la pénalité, pour rester dissuasive, ne doit pas instaurer un avantage indû pour le condamné par rapport au travailleur libre, *homo œconomicus* rationnel et maximisateur. La situation à l'intérieur des prisons doit rester plus mauvaise que celle de la classe ouvrière à l'extérieur, pour que celle-ci continue de préférer sa situation à celle du criminel⁶³⁴. Ce principe idéologique agit comme un plafond de verre à l'amélioration des conditions de détention, et rappelle douloureusement la relativité du progrès accompli en la matière⁶³⁵. Il court-circuite également les tentatives des associations ou des personnels sociaux d'apporter une aide véritable aux condamnés enfermés ou en probation. Cette grille de lecture permet de mieux comprendre l'un des « échecs » de politique criminelle souvent dénoncé : « l'intérêt de la société à la réhabilitation des criminels est contradictoire avec son prétendu intérêt au maintien de l'effet dissuasif de l'emprisonnement, qui serait incompatible avec la garantie de certains avantages »⁶³⁶. Il y a donc à l'intérieur du système de pénalité des contradictions entre deux pratiques pourtant orientées vers la même nécessité structurelle.

160. La deuxième leçon est tirée de l'analyse statistique menée par les auteurs : puisque le type de pénalité ou sa fréquence n'a aucun effet réel sur le crime, il convient de neutraliser

⁶³³ V. R. LEVY et H. ZANDER, « Introduction » in *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, pp. 34-72 et T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action. Towards a strategy under late capitalism*, Academic Press, 1980, pp. 32-44.

⁶³⁴ « En effet, si une véritable amélioration de la situation des prisonniers se produisait au-delà de la limite indiquée, tout cadre possible d'un régime des peines éclaterait, puisque des couches sociales très étendues ne seraient plus détournées du crime ». G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 90. V. également « En général, du moins dans la période examinée jusqu'à présent, on peut constater que la force des détenus et leurs conditions de vie et de travail ont eu tendance à rester un pas derrière celles du prolétariat dans son ensemble. En fait, si cela ne se produisait pas, les prisons perdraient, du point de vue de classe dirigeante, tout leur pouvoir dissuasif ». D. MELOSSI et M. PAVARINI, *The prison and the factory, Origins of the penitentiary system.*, The Macmillan Press, 1981, p. 51.

⁶³⁵ Sur le caractère subjectif et socialement relatif des souffrances ressenties par les condamnés, v. L.H.C HULSMAN, « Critical Criminology and the concept of crime », *Contemporary Crisis*, n°10, 1986, p. 65.

⁶³⁶ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 311.

le lien entre le crime et la peine et d'envisager plutôt celui entre la crise du marché de l'emploi, dont l'indice est le taux de chômage et l'emprisonnement. L'emprisonnement est une réponse à une crise qui n'est pas celle du crime mais celle de l'emploi. Une crise *sociale*, donc. En ce sens, la politique sociale épuise la politique criminelle, dont elle n'est plus *l'ultima ratio* mais un élément à part entière⁶³⁷. Lorsque les auteurs évoquent en conclusion la « dépendance fonctionnelle » de la peine vis-à-vis de l'ordre social existant, cela ne signifie donc pas que la peine est nécessaire à la protection de la société, mais qu'elle est un instrument de régulation utilisé par les tenants de l'ordre social pour garantir son maintien – ou du moins éviter d'adresser les causes réelles du chômage. Le point central de la démonstration des auteurs n'est donc pas le marché de l'emploi⁶³⁸, mais la réaction du pouvoir face à la menace d'une crise sociale susceptible de remettre en question son hégémonie⁶³⁹. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle arriveront deux auteurs des années plus tard, à l'issue de leur propre étude sur les liens entre emprisonnement et marché de l'emploi : « L'emprisonnement n'est pas une réponse directe à l'augmentation de la criminalité, mais une réponse idéologiquement motivée à la menace virtuelle posée par l'inflation d'une population constituée de personnes économiquement marginalisées »⁶⁴⁰.

161. La troisième concerne *le faible degré d'influence que tiennent les théories pénales ou les justifications religieuses dans les transformations effectives du système de pénalité*. Il s'agit là d'un postulat matérialiste classique – primauté de la chose sur l'idée –, dont les auteurs arrivent néanmoins à rendre compte avec détails et pédagogie. Ainsi rappellent-ils en étudiant l'apparition des théories sociales du crime à la fin du XIX^e siècle, que leurs créateurs :

« ont oublié que les théoriciens classiques s'étaient élevés en leur temps contre le caractère inhumain de la pratique pénale de leur époque. Les réformateurs plus récents ont ainsi créé l'illusion que certaines pratiques pénales sont liées à certaines théories pénales et qu'il suffit de détruire ces dernières pour venir à bout des premières. Le caractère séduisant de toute théorie pénale unilatérale

⁶³⁷ V. R. LEVY et H. ZANDER, « Introduction » in *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 71.

⁶³⁸ R. LEVY et H. ZANDER, « Introduction » in *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 46.

⁶³⁹ En ce sens, V. D. MELOSSI, « L'hégémonie et les vocabulaires de la motivation punitive : la gestion discursive des crises sociales », *Criminologie*, vol. XV, n°2, 1992, pp. 93-114.

⁶⁴⁰ S. BOX et C. HALE, "Economic crisis and the rising of prison population", *Crime and Social justice*, vol. 18, p. 22. V. également W. de HAAN, *The politics of redress. Crime, punishment and penal abolition*, Unwin Hyman, 1990, pp. 36-63 et G. THIERRY et B. LAFFARGUE, « Crise économique et criminalité. Criminologie de la misère ou misère de la criminologie ? », *Déviance et société*, Vol. 8 - N°1, 1984, pp. 73-100.

réside précisément dans le fait qu'elle suscite de faux espoirs en une pratique claire et fructueuse. Mais c'est inverser l'ordre des facteurs que d'accepter sans critique l'idée d'une souveraineté de la théorie sur la réalité, au lieu de considérer l'innovation théorique comme l'expression d'un changement nécessaire, voire déjà réalisé de la pratique sociale. »⁶⁴¹

162. La théorie n'étant toutefois pas dépourvue d'effet puisqu'elle permet de justifier rétrospectivement les innovations nées de la pratique et de conforter leurs acteurs, comme le reste de la société, dans le sentiment d'un progrès rationnel. Les auteurs attirent ainsi l'attention sur le danger d'une lecture idéaliste, philanthropique⁶⁴² – et confinant au narcissisme doctrinal – de l'histoire des savoirs pénaux. Ils ne postulent toutefois pas leur dissolution totale au profit de la matière, mais envisagent simplement une manière adéquate de rendre compte de leur articulation.

163. La dernière leçon tient à l'importance accordée à la *discipline*, la *productivité* et la *conformité*, à chaque étape de la transformation de la pénalité. Y compris, nous l'avons vu, lorsque la sauvegarde de l'un de ces trois objectifs venait directement limiter ou contredire l'une des finalités « officielles » de la peine. Il s'agit d'une piste de résolution prometteuse de l'énigme soulevée par FOUCAULT du maintien d'un système dont tout semble pourtant indiquer l'impéritie.

§2. *Différenciation et maintien des illégalismes*

164. Le point de départ du raisonnement de FOUCAULT se situe dans le constat de la précarité des appareils politiques de pouvoir et dans l'inquiétude, pour ceux qui les détiennent, de s'assurer de leur pérennité. FOUCAULT observe qu'un système économique qui repose sur des divisions sociales encourt perpétuellement le risque d'une remise en cause ou d'une révolte, comme l'a d'ailleurs prouvé la Révolution française⁶⁴³. Ce qui est vrai pour les dispositifs de pouvoir l'est aussi, et peut être surtout, pour l'appareil économique qui se développe à la fin du mercantilisme puisque « l'industrie met massivement et directement l'appareil de production

⁶⁴¹ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 289.

⁶⁴² L. DELIA, « Sens et non-sens de la prison », *Prisons et droits : visages de la peine*, Irascible n°5, Éditions Campus ouvert, 2015, p. 15.

⁶⁴³ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Résumé du cours, Gallimard, 2013, p. 265.

au contact de ceux qui ont à le faire fonctionner »⁶⁴⁴. Le risque de déprédation ou de dégradation est donc accru, et dans un système politique qui repose sur le mode de production capitaliste, la menace se fait double : l'atteinte au bien entraîne du même coup un transfert de propriété et un transfert de pouvoir.

165. C'est ici que FOUCAULT introduit le concept important de l'« *illégalisme* », entendu comme « l'ensemble des pratiques illicites associées chacune à des groupes sociaux distincts »⁶⁴⁵. Si sous l'Ancien régime les illégalismes *populaires* étaient tolérés par l'appareil de justice dont les détenteurs partageaient souvent les intérêts⁶⁴⁶, l'accession au pouvoir de la bourgeoisie restructure la société non plus selon le privilège d'ordre mais selon celui de la propriété. Une opposition nouvelle se développe entre les illégalismes *de biens* – transferts de propriété – et les illégalismes *de droits* – fraudes, évasions fiscales, opérations commerciales irrégulières⁶⁴⁷, opposition concrétisée par une dualité de juridictions⁶⁴⁸. Les premiers font l'objet d'une lourde répression, les seconds de processus de transactions ou d'amendes⁶⁴⁹. Mais les illégalismes de biens n'épuisent pas la catégorie de l'illégalisme populaire puisqu'il ne suffit pas que le prolétaire s'abstienne de porter activement atteinte à la propriété du bourgeois, il faut en plus qu'il accepte de participer à la reproduction de son capital : « le problème est alors de fixer les ouvriers à l'appareil de production, de les établir ou les déplacer là où il a besoin d'eux, de les soumettre à son rythme, de leur imposer la constance ou la régularité qu'il requiert, bref, de les constituer comme une force de travail »⁶⁵⁰. Une série de nouveaux délits viennent donc s'assurer du maintien de la bonne moralité des prolétaires comme l'interdiction de la loterie ou l'obligation du livret ouvrier – un document qui doit être montré à chaque patron pour tracer les emplois successifs des travailleurs. À cela s'ajoutent de nombreuses mesures et campagnes de propagande dont l'objectif est d'établir une distinction entre le bon et le mauvais ouvrier : celui qui honore son travail par son application et celui qui se déshonore lui-même par son manque de productivité. Dans les discours dominants, l'individu oisif est rapidement assimilé

⁶⁴⁴ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Résumé du cours, Gallimard, 2013, p. 265.

⁶⁴⁵ N. FISHER et A. SPIRE. « L'État face aux illégalismes », *Politix*, vol. 87, no. 3, 2009, pp. 7-20.

⁶⁴⁶ V. *Supra* n° 149 et s.

⁶⁴⁷ N. FISHER et A. SPIRE. « L'État face aux illégalismes », *Politix*, vol. 87, no. 3, 2009, pp. 7-20

⁶⁴⁸ M. FOUCAULT, *La société punitive*, leçon du 21 février 1973, Gallimard, 2013, p. 144 ; M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, pp. 88-106.

⁶⁴⁹ Sur la constance de ce dualisme appliqué à la criminalité « en col blanc », V. les études mentionnées par N. FISHER et A. SPIRE. « L'État face aux illégalismes », *Politix*, vol. 87, no. 3, 2009, pp. 7-20 et l'ouvrage édifiant P. LASCOUMES et C. NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes. De la criminalité en col blanc à la corruption politique.*, Armand Colin, 2nd éd, 2018.

⁶⁵⁰ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Résumé du cours, Gallimard, 2013, p. 266.

à la délinquance, celle-ci étant conçue comme « la suite inévitable de l'irrégularité »⁶⁵¹. Or, nous l'avons montré, le criminel est devenu « ennemi-social », et son comportement un danger pour la société entière, y compris – sur le plan des représentations toujours – pour les autres prolétaires de bonne moralité. La codification des comportements criminels participe à renforcer la perméabilité sociale de la binarité légal/illégal, le but étant que chacun intègre comme une évidence la distinction de nature entre le non criminel et le criminel – entre le bon prolétaire et le mauvais.

166. En parallèle de ce nouveau système idéologique, le caractère continu et total de la contrainte carcérale entraîne la mise en place d'un dispositif performant de surveillance, d'étude et de discipline du condamné. La transformation de la pénalité relève d'un nouveau rapport entre le pouvoir politique et le corps, à sa *régularité*. Cristallisée par la prison, la « physique » moderne du pouvoir est ainsi résumée :

« Une nouvelle *optique*, d'abord : organe de surveillance généralisée et constante ; tout doit être observé, vu, transmis : organisation d'une police ; institution d'un système d'archives (avec fiches individuelles), établissement d'un panoptisme. Une nouvelle *mécanique* : isolement et regroupement des individus ; localisation des corps ; utilisation optimale des forces ; contrôle et amélioration du rendement ; bref, une mise en place de toute une discipline de la vie, du temps, des énergies. Une nouvelle *physiologie* : définition des normes, exclusion et rejet de ce qui ne leur est pas conforme, mécanisme de leur rétablissement par des interventions correctrices qui sont d'une manière ambiguë thérapeutiques et punitives. »⁶⁵²

FOUCAULT n'entend pas montrer ici l'effectivité du système pénal dans sa mission de correction, *au contraire*. L'assujettissement des corps n'est pas la fonction de la prison, elle en est simplement un effet de pouvoir qui a pour conséquence la création d'un savoir spécifique sur le criminel, une « science des prisons », ancêtre de la criminologie⁶⁵³. On étudie l'irrégularité du criminel comme on le ferait une maladie. Partant, on substantialise son anormalité, on lui donne une existence empirique, « scientifique ». On isole la délinquance

⁶⁵¹ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Résumé du cours, Gallimard, 2013, p. 267.

⁶⁵² M. FOUCAULT, *La société punitive*, Résumé du cours, Gallimard, 2013, p. 268.

⁶⁵³ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 24 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 80.

comme un « phénomène sociale autonome »⁶⁵⁴. Le nouveau *pouvoir* qui s'exerce sur le corps du condamné est un nouveau *savoir* qui fait office de connecteur entre le crime comme *atteinte à la loi* et le criminel comme *individu immoral*. Ce savoir connecteur, c'est celui qui s'articule autour de la notion de *criminel-ennemi* et qui rassemble les variations d'« une espèce de discours psycho-juridique qui a pour fonction de retranscrire en termes de correction, de régénération, de guérison des éléments juridiques de la pénalité et inversement, de recoder les notions morales en catégories pénales »⁶⁵⁵. Ce discours, c'est la *criminologie*. Sous la plume des « scientifiques », le criminel devient une espèce à part, ce dont atteste rétroactivement la nécessité de son traitement au sein d'un dispositif de pénalité spécifique⁶⁵⁶. Et lorsque celui-ci échoue inévitablement à « réintégrer » le criminel qu'il sélectionne et marginalise, lorsqu'il *fabrique* la délinquance⁶⁵⁷, il prouve au reste de la société l'existence de populations pathologiques que celle-ci doit craindre et rejeter. La distinction originelle entre illégalisme populaire et bourgeois est absorbée par la distinction entre l'irrégulier et le régulier, et l'ordre social bourgeois devient, grâce à l'échec de la prison, la nouvelle *norme sociale*⁶⁵⁸.

« Si donc, pour reprendre la question tout au début : pourquoi cette étrange institution de la prison, pourquoi ce choix d'une pénalité dont le dysfonctionnement a été sitôt dénoncé ?, il faut peut-être lui chercher une réponse de ce côté : la prison a l'avantage de produire de la délinquance, instrument de contrôle et de pression sur l'illégalisme, pièce non négligeable dans l'exercice du pouvoir sur les corps, élément de cette physique du pouvoir qui a suscité la psychologie du sujet. »⁶⁵⁹

167. La démonstration de FOUCAULT ne s'articule pas autour des effets de causalité des fluctuations économiques sur les formes de pénalité. Le philosophe cherche plutôt à comprendre *la fonction* qu'occupe un système de punitivité au sein d'un contexte social et économique donné. C'est la raison pour laquelle si RUSH et KIRCHHEIMER sont souvent réduits à l'économisme, FOUCAULT est quant à lui critiqué pour son fonctionnalisme ou son

⁶⁵⁴ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 21 février 1973, Gallimard, 2013, p. 153.

⁶⁵⁵ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 7 mars 1973, Gallimard, 2013, p. 182.

⁶⁵⁶ V. *Infra* n°219 et s.

⁶⁵⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 324.

⁶⁵⁸ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 28 mars 1973, p. 243 : « Le discours qui va maintenant accompagner le pouvoir disciplinaire, ce ne peut plus être le discours mythique ou héroïque, qui racontait la naissance du pouvoir et avait pour fonction de le conforter. C'est un discours qui va décrire, analyser, fonder la norme et la rendre prescriptible, persuasive ».

⁶⁵⁹ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Résumé du cours, Gallimard, 2013, p. 269.

*volontarisme*⁶⁶⁰. Pour les premiers, la pénalité serait simple *conséquence* du capitalisme, pour le second, elle serait *instrument* de celui-ci. Il s'agit toutefois moins de « modèles herméneutiques »⁶⁶¹ opposés que de *tendances*, de variations autour d'objets similaires : le mode de production, les savoirs pénaux, la discipline, la prison. Il nous semble en ce sens que la théorie de FOUCAULT complète ou complexifie plus qu'elle n'infirme celle de ses prédécesseurs.

168. Là encore, trois leçons peuvent être dégagées d'une lecture *généalogique* de la prison – de ses origines et de son maintien.

169. La première est que l'institutionnalisation de la prison, son échec, et les réformes proposées ne doivent plus être pensés comme trois étapes chronologiquement successives du développement de la pénalité mais comme *un tout indissociable* qui produit des effets spécifiques et qui constitue en lui-même le « système carcéral »⁶⁶². Face à la pérennité du système, les effets qu'il produit n'en sont plus des anomalies ou des dérives mais *sa fonction même*. Le système n'échoue plus à supprimer les infractions, il réussit au contraire à « distinguer, distribuer et utiliser » les illégalismes dans une « tactique générale des assujettissements »⁶⁶³.

170. Le deuxième tient, là encore, au rôle occupé par la criminologie dans la constitution et le maintien de l'appareil punitif. FOUCAULT est radical sur la question : les savoirs sur le crime sont contingents des structures qu'ils pérennisent. Le processus de différenciation du criminel n'est possible que parce qu'il est substantialisé par tout un ensemble de discours à prétention scientifique. Il est biologiquement, psychologiquement ou sociologiquement *différent*, soit parce que les criminologues s'attachent directement à le démontrer, soit parce

⁶⁶⁰ V. *Supra* n°69 ; V. M. IGNATIEFF, « State, civil society and total institutions: A critique of recent social histories of punishment », in S. COHEN et A. SCULL (Dir.) *Social control and the State*, Basil Blackwell, 1986, pp. 75-101. Et plus largement l'ensemble des contributions de l'ouvrage qui entendent dénoncer les postures strictement structuralistes et fonctionnalistes – ou *totales* – et revaloriser l'influence des luttes des acteurs institutionnels dans les transformations du système pénal. FOUCAULT lui-même ayant pourtant déjà explicité sa position nuancée sur le sujet, M. FOUCAULT, « La poussière et le nuage », in M. PERROT (Dir.) *L'Impossible Prison, Recherches sur le système Pénitentiaire au XIXe siècle*, Paris, Éd. du Seuil, coll. « L'Univers historique », 1980, pp. 29-39. (Réponse à un article de J. LEONARD, « L'historien et le philosophe, À propos de Surveiller et Punir. Naissance de la prison », in M. PERROT (Dir.) *L'Impossible Prison, Recherches sur le système Pénitentiaire au XIXe siècle*, Paris, Éd. du Seuil, coll. « L'Univers historique », 1980, pp. 9-28.).

⁶⁶¹ L. DELIA, « Sens et non-sens de la prison », *Prisons et droits : visages de la peine*, Irascible n°5, Éditions Campus ouvert, 2015, p. 15.

⁶⁶² M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 316.

⁶⁶³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 318.

que leur simple existence suppose la nécessité d'un savoir distinct sur une catégorie de personnes ou de comportements qui doivent donc l'être aussi. Le discours « vrai » se confond avec le discours « utile » – *le savoir avec le pouvoir* :

« Avez-vous déjà lu des textes de criminologie ? Ils vous laissent pantois. Et je dis cela avec étonnement, pas avec agressivité, parce que je ne comprends pas comment le discours de la criminologie a pu se maintenir à ce niveau. On a l'impression que le discours de la criminologie a une telle utilité, qu'il est "tellement nécessaire et vital pour le fonctionnement du système", qu'il n'a même pas besoin de chercher une justification théorique pour lui-même, ou même simplement un cadre cohérent. Elle est entièrement utilitaire. Je pense qu'il est nécessaire de rechercher pourquoi un discours " savant " est devenu si indispensable au fonctionnement du système pénal au XIXe siècle. Il était nécessaire à l'alibi, employé depuis le XVIIIe siècle, selon lequel si vous imposez une peine à quelqu'un, ce n'est pas pour punir ce qu'il a fait, mais pour transformer ce qu'il a fait »⁶⁶⁴.

171. La dernière leçon tient à la place centrale qu'occupe la notion de « criminel-ennemi ». Les mécanismes disciplinaires de la prison ne visent que marginalement la correction du détenu, l'effet réhabilitation est nul. Mais puisque ces mécanismes sont une version exacerbée de ceux que l'on trouve dans les usines, les écoles ou les hôpitaux⁶⁶⁵, ils renforcent le sentiment général que l'individu récidiviste est *inapte à vivre en société*, laquelle fonctionne selon les mêmes exigences de conformisme et de soumission nécessaires au modelage de la société capitaliste moderne. Le *criminel-ennemi* du pacte social existe donc bel et bien puisqu'il peuple les prisons et nourrit les ouvrages de criminologie. Dans les consciences, l'effet est double. Le pacte social existe bien et il a pour fonction d'assurer la *sécurité* de ses signataires. Si l'individu qui le brise menace la sécurité de tous, alors il est un risque, un danger qu'il faut *neutraliser*. Et l'on voit alors se constituer avec la pénalité moderne, « un état d'hostilité entre les criminels et la totalité du corps politique ; la désignation d'un front de guerre ; toute une

⁶⁶⁴ M. FOUCAULT, "Prison talk, an interview", *Radical philosophy*, n°16, 1997, pp. 10-15 ; V. également M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, pp. 28-29 et 315.

⁶⁶⁵ « 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 de 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 à la prison ? » M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 264.

entreprise de ségrégation par quoi les criminels d'une part et la société de l'autre vont se retrouver face à face. Et c'est là où on rencontre l'enfermement »⁶⁶⁶.

172. À l'analyse de la contingence et de la fonction de l'enfermement s'ajoute celle des formes et contradictions qu'il partage avec le mode de production qui l'a vu naître.

§3. Circulation des richesses et soumission des travailleurs

173. Contrairement aux deux auteurs précédant, Dario MELOSSI, Massimo PAVARINI⁶⁶⁷ et PAŠUKANIS⁶⁶⁸ revendiquent leur filiation avec le marxisme. Ils entendent appliquer la méthode du matérialisme historique à l'étude de la pénalité moderne. Le système pénal est considéré comme un élément de la superstructure, une instance spécifique qui n'entretient ni un rapport de causalité, ni un rapport instrumental avec elle. Il fait partie intégrante du mode de production et en épouse donc la *forme*. Il s'agit d'une troisième variation au sein des grilles de lecture matérialistes qui n'est toutefois pas complètement étrangère à celle de RUSH, KIRCHHEIMER et FOUCAULT. Les six auteurs se rejoignent sur deux points importants, celui de l'analogie entre les formes du salaire et de la détention et celui de la reproduction par le système carcéral des contradictions propres au mode de production capitaliste.

174. Nous l'avons dit, le passage du châtiment corporel à l'emprisonnement est classiquement présenté comme un progrès humaniste cohérent dont le résultat est l'érection de la liberté au rang de valeur fondamentale du système de pénalité⁶⁶⁹. Les auteurs précités y voient au contraire une résurgence du *principe de réparation équivalente* sous une forme spécifique à la société capitaliste : « 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 aient été réduites à la forme la plus abstraite et la plus simple, au travail humain mesuré par le temps »⁶⁷⁰. La rupture entre idéalisme et matérialisme historique est sensible : là où les partisans du premier fondent le nouveau système sur le principe de liberté – le citoyen qui trahit le pacte social en « usurpant » la liberté de ses cosignataires se voit priver de la sienne – les tenants du second n'y

⁶⁶⁶ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 24 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 64.

⁶⁶⁷ D. MELOSSI et M. PAVARINI, *The prison and the factory, Origins of the penitentiary system.*, The Macmillan Press, 1981.

⁶⁶⁸ B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-P. Brohm, Paris, E.D.I, 1971.

⁶⁶⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 19, n°34. V. *Supra* n°136 et s.

⁶⁷⁰ B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-P. Brohm, Paris, E.D.I, 1971, p. 166.

constatent qu'une nouvelle forme d'assujettissement du temps de vie du prolétaire. Le passage d'une société féodale à une société capitaliste modifie les enjeux liés à la *constitution du mode de production* puisqu'il ne s'agit plus, selon FOUCAULT, d'assurer le *prélèvement* d'une somme d'argent sur une population territorialement délimitée, mais de *séquestrer* les individus pour les intégrer à l'appareil industriel : « il s'agit de constituer le temps de la vie des individus en force de travail »⁶⁷¹. Pour ce dernier comme pour PAŠUKANIS, *forme salaire* et *forme prison* sont équivalentes, puisqu'il s'agit à chaque fois d'une appropriation du temps de vie constitutive d'un pouvoir spécifique – économique ou pénale⁶⁷². Dans les deux cas également, la séquestration repose sur l'idée d'un *contrat* – de travail ou social – et d'une *rétribution*. Il n'y aurait donc pas d'un côté les théories rationnelles et progressistes des Lumières – la peine doit être utile au criminel et à la société – et de l'autre les théories absolues métaphysiques et archaïques de KANT ou d'HEGEL – la peine doit « rendre » au criminel la souffrance qu'il cause par son acte⁶⁷³. Le système mis en place par les révolutionnaires est un système d'équivalence, non pas de souffrance, mais de temps⁶⁷⁴. *La forme juridique* de la peine de prison – son expression en unité temporelle – est indissociable de son contenu, lequel n'est qu'accessoirement utile ou juste. La nature de l'emprisonnement est épuisée par le temps qui s'écoule, ronge les corps et les esprits, soumet les condamnés et les prépare à un processus d'exploitation industrielle obéissant aux mêmes codes⁶⁷⁵. Le code pénal est un contrat de travail dont la connaissance – présumée – oblige l'adhésion. Son *exécution* est conditionnée par le jugement de culpabilité, la peine devant permettre au criminel d'acquitter sa *dette*. Lorsque celui-ci l'a purgée, il revient au *statu quo ante*, « c'est-à-dire à l'existence individualiste dans la société, à la "liberté" de contracter des obligations et de commettre des délits »⁶⁷⁶. La forme contractuelle de la justice pénale n'est pas une dérive des théories rétributivistes qui viendrait porter atteinte à la cohérence d'un système de défense sociale fondée sur la liberté et la rationalité. Elle est une « conséquence des rapports de la société de production marchande dont elle se nourrit »⁶⁷⁷. L'hégémonie de la peine de prison en est le corollaire et la peine privative

⁶⁷¹ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 28 mars 1973, Gallimard, 2013, p. 235.

⁶⁷² M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 24 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 71.

⁶⁷³ B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-P. Brohm, Paris, E.D.I, 1971, p. 167.

⁶⁷⁴ « Il fallut rapporter à un dénominateur commun l'argent des classes supérieures et le temps des classes inférieures. » G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. F. LAROCHE, Les éditions du Cerf, Paris, 1994, p. 322.

⁶⁷⁵ D. MELOSSI et M. PAVARINI, *The prison and the factory, Origins of the penitentiary system.*, The Macmillan Press, 1981, p. 56.

⁶⁷⁶ B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-P. Brohm, Paris, E.D.I, 1971, p. 172.

⁶⁷⁷ B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-P. Brohm, Paris, E.D.I, 1971, p. 167.

de liberté la forme la plus « absolue de la "valeur d'échange" (lire : valeur du travail salarial) »⁶⁷⁸.

175. Avec la grille de lecture proposée par les auteurs « révisionnistes », l'*incompatibilité* entre les finalités de réformation sociale et le caractère rétributif de la peine est absorbée par le « dualisme pénal », à savoir l'*articulation* entre la légalité, la codification, la proportionnalité – rétribution formelle – et l'appareil correctif, modulable et moralisateur mis en place à l'intérieur du système carcéral – réformation par la discipline⁶⁷⁹. Le dualisme pénal ne peut être résolu par une critique rationnelle relative au sens de la peine ou au manque de cohérence théorique d'un auteur ou d'un autre. Il est une reproduction, un *effet*, dans un domaine spécifique de la contradiction centrale du système capitaliste :

« La forme juridique générale qui assure un système de droits égalitaires est neutralisée par un réseau serré de structures de pouvoir inégalitaires qui reproduisent les disjonctions politico-socioéconomiques qui nient les relations formellement cimentées par la nature (contractuelle) du droit. Nous assistons donc à l'existence simultanée d'un *droit* et d'un *non-* ou *contre-droit*, ou encore de la *raison contractuelle* et de la *nécessité disciplinaire*. La contradiction à ce niveau d'interprétation est " objective " et reflète en fait l'insoluble problème inhérent au mode de production capitaliste lui-même entre la sphère de la distribution ou de la circulation et la sphère de la production ou de l'extraction de la plus-value »⁶⁸⁰.

176. Dans la société bourgeoise, l'individu doit être libre pour s'engager et soumis pour travailler. Libre pour faire circuler les richesses, soumis pour les produire. C'est ce dualisme que l'on retrouve au sein de l'institution carcérale, entre un *individu-sujet-de-droit* et un *individu-objet de-correction*. C'est encore lui que rationalise la figure du criminel-ennemi. C'est enfin lui que dissimule le principe d'égalité entre les Hommes, si fièrement déclaré par les révolutionnaires. Pour être libres, il faut être égaux. L'égalité n'est pas la conséquence du contrat, mais sa condition nécessaire. C'est la raison pour laquelle les Lumières vont en chercher la source dans la Raison et non, comme le feront plus tard les positivistes-formalistes

⁶⁷⁸ D. MELOSSI et M. PAVARINI, *The prison and the factory, Origins of the penitentiary system.*, The Macmillan Press, 1981, p. 185.

⁶⁷⁹ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 24 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 235, p. 180.

⁶⁸⁰ D. MELOSSI et M. PAVARINI, *The prison and the factory, Origins of the penitentiary system.*, The Macmillan Press, 1981, p. 186.

comme KELSEN, dans la loi elle-même. Or, si cette égalité d'affichage est essentielle, elle n'en est pas moins illusoire. Dans une société organisée autour de la reproduction des richesses, une distinction s'opère nécessairement entre ceux qui détiennent les outils ou le capital permettant cette reproduction et ceux qui ne possèdent qu'eux-mêmes, et donc leur force de travail potentielle. Socialement inégaux, les hommes sans capitaux ne sont libres que de « choisir » l'exploitation – au sein d'une manufacture s'ils acceptent le travail légal ou d'une prison s'ils le refusent – ou la misère. Émancipé de la coercition féodale, le prolétaire n'en est pas pour autant libre, ou seulement de mourir de faim⁶⁸¹. Sa soumission à la contrainte économique est assurée par un pouvoir disciplinaire diffus qui la rend « naturelle et spontanée »⁶⁸², aussi indispensable à l'exploité qu'à celui qui tire profit de son travail.

177. Envisager les principes de liberté et d'égalité entre les hommes et face à la loi comme des fictions contingentes de la nature contractuelle des rapports de domination dans la société moderne ne renouvelle pas seulement l'approche des écueils relatifs à la pénalité. La liberté du sujet dans ses actes et dans sa volonté demeure également le fondement de la *responsabilité* pénale⁶⁸³. La réticence des magistrats à prononcer l'abolition du discernement ou à reconnaître contrainte et état de nécessité entre pourtant directement en contradiction avec l'objectif de défense sociale. Elle entraîne la pénalisation d'individus nécessitant une mesure d'assistance psychologique ou économique et encourage donc la marginalité de l'auteur. Le dogme de la liberté individuelle permet par ailleurs de légitimer le consentement du condamné à la sanction pénale ou à la reconnaissance de sa culpabilité lorsque celui-ci est nécessaire – c'est-à-dire à masquer sa situation de vulnérabilité – sans pour autant permettre un recul significatif du domaine de l'incrimination au profit de celui de l'autodétermination⁶⁸⁴. La liberté n'est pas un principe théoriquement cohérent du point de vue de ses effets. Le constat est le même s'agissant du principe d'égalité objective que contredit la réalité de *l'accès à la justice* et la différence de traitement entre les prévenus et condamnés bénéficiant d'un capital social et économique suffisant pour organiser leur défense et les autres⁶⁸⁵. Ce que Valeria VEGH WEIS

⁶⁸¹ D. MELOSSI et M. PAVARINI, *The prison and the factory, Origins of the penitentiary system.*, The Macmillan Press, 1981, p. 25.

⁶⁸² D. MELOSSI et M. PAVARINI, *The prison and the factory, Origins of the penitentiary system.*, The Macmillan Press, 1981, p. 26.

⁶⁸³ V. T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action. Towards a strategy under late capitalism*, Academic Press, 1980, p. 143 et s; V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, pp. 162 et s.

⁶⁸⁴ Sur l'hétérogénéité du consentement dans sa forme et ses effets, v. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, Thèse de droit, Grenoble, 1999, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2002, 724 p.

⁶⁸⁵ Sur le sujet, V. le dossier récent de la *revue Droit et société*, vol. 106, no. 3, 2020, notamment A. LEJEUNE, et A. SPIRE. « Inégalités sociales et judiciaires face au tribunal. Présentation du dossier », *Droit et société*, vol. 106,

décrit de la période moderne est encore valable aujourd'hui : « l'inégalité matérielle empêche les individus réels d'invoquer les droits qui leur sont attribués en tant que personnes abstraites »⁶⁸⁶. Liberté et égalité épousent, comme le reste de l'appareil coercitif, les formes, les besoins et les contradictions du mode de production de la réalité⁶⁸⁷.

Conclusion de chapitre

178. Les systèmes sociaux ne naissent ni du fait du hasard, ni du progrès des idées. Ils sont contingents du mode de production qui en façonnent les instruments et en orientent l'action. Dès sa naissance, et à l'époque même de son apogée « humaniste », le système pénal fut conditionné dans sa forme comme dans ses finalités par les impératifs du capitalisme émergent. Les effets d'exclusion, de stigmatisation et de reproduction des inégalités sociales souvent dénoncés à son propos, comme d'ailleurs sont incapables à assurer les fonctions que les théoriciens lui ont tour à tour assigné, ne sont ni des dérives, ni des anomalies. Ils sont une partie intégrante de son identité dont il semble – justement – très idéaliste d'imaginer pouvoir se débarrasser, tout en maintenant l'intégrité structurelle du système de justice criminel ; d'autant plus d'ailleurs que celui-ci s'adapte et se transforme déjà, en parallèle, à son mode de production.

no. 3, 2020, pp. 517-526 ; P. LASCOURMES et C. NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes. De la criminalité en col blanc à la corruption politique.*, Armand Colin, 2nd éd, 2018 ; J. FERMONT et C. PANIER, *Justice : affaire de classes, entretiens menés par Michael Verbauwhe*, Bruxelles, Aden, 2014.

⁶⁸⁶ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 183.

⁶⁸⁷ « Enfin, le cas de la France a ceci d'intéressant que la Révolution française – révolution « bourgeoise » par excellence – introduit très tôt un idéal d'égalité juridique face au marché, dont il est intéressant d'étudier les conséquences pour la dynamique de la répartition des richesses [...] Là encore, cette expérience est tout à fait pertinente pour l'analyse du monde d'aujourd'hui, où de nombreux observateurs continuent de s'imaginer [...] qu'il suffit de mettre en place des droits de propriété toujours mieux garantis, des marchés toujours plus libres, et une concurrence toujours plus « pure et parfaite », pour aboutir à une société juste, prospère et harmonieuse », T. PIKETTY, *Le capital au XXI^e siècle*, Les éditions du Seuil, 2013, pp. 60-61.

Chapitre 2 : Progressions et retours en arrière des savoirs contemporains

179. La période récente paraît marquée par de profondes transformations, lesquelles atteignent tant les mécanismes de pénalité que les types de savoirs qui lui sont liés – c’est l’hypothèse de la postmodernité. Pourtant, à bien y regarder, l’appareil punitif contemporain ne s’oppose pas au système pénal moderne, dont il continue d’exercer la fonction principale : assurer la pérennité du mode de production, en dépit de ses propres contradictions. Celui-ci a beau se transformer, s’adapter, muter quant à *sa forme*, il ne change pas dans *ses fondements*. Il en va de même pour le système de justice criminel, comme en témoigne la constance de ses effets (Section 1), ou de l’édifice théorique par le biais duquel il est justifié (Section 2).

Section 1. (Non) Évolution de la pénalité

180. La pénalité contemporaine tient toujours le rôle de régulateur des populations que l’appareil de production ne parvient pas à intégrer, elle se contente simplement d’ajuster ses instruments aux crises successives qui le traversent (§1), et dont elle n’est elle-même, dans sa forme et ses mécanismes, qu’un simple effet (§2).

§1. De la discipline carcérale à la boulimie pénale

181. Les adaptations récentes du mode de production capitaliste aux tensions internes qu’il génère, si elles ne modifient pas sa finalité première – la différenciation et la gestion des illégalismes – (A), entraîne toutefois une reconfiguration de ses processus de sous- (B) et sur-criminalisation (C).

A. Adaptation du mode de production

182. Récipiendaire de l’*Outstanding book award* de l’Academy of Criminal Justice Sciences en 2019, Valeria VEGH WEIS a récemment proposé d’appliquer la méthode marxienne à l’étude de la pénalité contemporaine⁶⁸⁸. La dépendance du système pénal au mode de

⁶⁸⁸ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017. Pour un compte rendu en français de l’ouvrage, V. G. SALLE, « Sélectionner et punir. Pour une criminologie marxiste. Entretien avec Valeria Vegh Weis », *Revue périodes* [En ligne], 2018, consulté le 05.07.2021.

production capitaliste est analysée par le biais de la notion de « sélectivité pénale », qui correspond à la fonction de différenciation des illégalismes identifiée par FOUCAULT. Pour chacune des grandes périodes clés du développement du capitalisme – accumulation primitive (fin XV^e à début XVIII^e), libérale (fin XVIII^e à fin XX^e) et néolibérale (fin XX^e à nos jours) – l’auteur dresse une typologie des comportements sous et sur-criminalisés ainsi que les discours accompagnant les transformations de l’appareil punitif. À la sélectivité pénale originelle succède un « ordre social disciplinaire »⁶⁸⁹, dont la légitimation progresse d’un discours légal à un discours statistique, médical et social, à mesure qu’évoluent les conditions économiques et besoins de l’appareil de production des richesses⁶⁹⁰. Les développements de Valeria VEGH WEIS correspondent tout à fait à ceux des auteurs précités, lesquels n’ont toutefois pas pu prolonger leur analyse à la période contemporaine, c’est-à-dire au moment non plus de la naissance ou de la consolidation mais de *l’expansion* du capitalisme, tant du point de vue géographique que culturel. C’est ici que l’analyse de l’auteur paraît la plus fondamentale, puisqu’elle offre une nouvelle interprétation du phénomène de « glissement » observé par les pénalistes⁶⁹¹.

183. Valeria VEGH WEIS situe la date de début de la période étudiée au dernier quart du XX^e siècle, après la crise du pétrole de 1979 avec la fin du fordisme comme système de production et l’apparition d’une nouvelle forme d’accumulation du capital caractérisée par la *mondialisation* et l’*automatisation*⁶⁹². L’hégémonie des marchés financiers et le déplacement de la *production* du capital à la *spéculation* sur le capital entraînent une « expulsion de masse des travailleurs »⁶⁹³, particulièrement des jeunes hommes peu qualifiés qui se retrouvent en plus en compétition avec les femmes récemment arrivées sur le marché du travail⁶⁹⁴. Le manque de travail rémunéré n’est pas un phénomène nouveau, il est observé – nous l’avons vu – dès les premiers stades de l’industrialisation. Le travail forcé puis l’émigration vers les États-Unis et les deux guerres mondiales avaient toutefois permis de « soulager la pression » sans pour autant

⁶⁸⁹ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 184.

⁶⁹⁰ V. *Infra* n°221.

⁶⁹¹ V. *Supra* n°145.

⁶⁹² V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 188. C’est également la période que retiennent les tenants du postmodernisme, même s’ils attribuent les causes de l’évolution à des facteurs qui ne sont pas uniquement économiques : « La période postmoderne pourrait se percevoir au début des années soixante-dix, s’affirmer avec la chute du mur de Berlin en 1989 et la fin d’un mode bipolaire, les attentats du 11 septembre 2001... » M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (Dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, Synthèse de rapport scientifique, Novembre 2007, p. 2.

⁶⁹³ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 185.

⁶⁹⁴ N. CHRISTIE, *L’industrie de la punition*, Éditions AutrementFrontières, 2003, p. 71.

résoudre le problème de fond⁶⁹⁵. La fin des années 1960 marque ainsi l'entrée dans une nouvelle phase de précarisation du marché du travail⁶⁹⁶ caractérisée par 1) la multiplication des contrats de courtes durée et l'émergence d'un nouveau « précarariat »⁶⁹⁷ 2) l'accentuation de l'écart des richesses⁶⁹⁸ 3) et l'augmentation exponentielle de la paupérisation, notamment chez les

⁶⁹⁵ N. CHRISTIE, *L'industrie de la punition*, Éditions AutrementFrontières, 2003, pp. 70-71.

⁶⁹⁶ Notons que pour Noam CHOMSKY, le point de départ de la restructuration de l'économie autour de la finance et de la délocalisation est la réaction volontaire et calculée des élites pour contrecarrer la demande grandissante de justice sociale issue des mouvements sociaux des années 1960, laquelle ce serait accompagnée d'une série de mesures pénales ultra-répressives visant précisément les comportements liés à l'effet de précarité engendrée par la nouvelle économie (N. CHOMSKY, *Requiem pour le rêve américain. Les dix principes de concentration de la richesse et du pouvoir*, Climats – Essais, 2017, *Principe n°2, façonnez l'idéologie*). Pour une analyse différente des rapports qu'entretiennent mouvements sociaux et système pénal, V. J. BERARD, *La justice en procès. Les mouvements de contestation face au système pénal (1968-1983)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013. Selon ce dernier, le tournant sécuritaire serait principalement lié aux contradictions internes des mouvements de gauche, dont une partie aurait d'abord critiqué l'instrument pénal pour finalement tenter de l'utiliser à son profit (ainsi le féminisme avec la répression du viol, ou le marxisme avec la répression de la criminalité financière ou du travail). L'ambivalence doctrinale de la Gauche, au pouvoir en France dans les années 1980, serait donc à l'origine du tournant sécuritaire. L'interprétation de Jean BERARD a néanmoins été critiquée par le sociologue Philippe ROBERT, dont l'approche est similaire à celle de Noam CHOMSKY : « Au milieu des années 1970, la Droite – qui est au pouvoir depuis les débuts de la Ve République mais qui sent son hégémonie menacée – découvre enfin le moyen efficace pour endiguer le mouvement de remise en cause né de mai 1968 : au début de la décennie, les années Marcellin étaient hypnotisées sur le risque d'importation maoïste d'une subversion terroriste externe ; rien ne venant, le nouveau titulaire de la place Beauvau va recentrer l'alarme sur l'insécurité générée par la délinquance ordinaire. Il faudra attendre la fin de la décennie pour qu'Alain Peyrefitte donne forme à cette doctrine par la loi Sécurité et libertés qui propose de négliger et l'explosion des vols et, bien entendu, la criminalité financière, et de se concentrer uniquement sur la violence. Comme personne n'en voit alors de manifestation patente, la Gauche, enfin parvenue au pouvoir, réussira à renvoyer partiellement cette loi aux oubliettes. Il n'empêche qu'elle a fixé jusqu'à nos jours la feuille de route de la Droite en matière de sécurité ». P. ROBERT, « Bérard Jean, La justice en procès. Les mouvements de contestation face au système pénal (1968-1983) », *Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies*, Vol. 19, n°1, 2015, pp. 119-122.

⁶⁹⁷ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 195. Sur la notion de précarariat et les débats consistants à en faire une classe sociale à part entière ou non, V. L. WACQUANT, *Punishing the Poor : The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Durham et Londres, Duke University Press, 2009 ; L. WACQUANT, « Les geôles du precariat », *Vie sociale et traitements*, vol. 124, no. 4, 2014, pp. 13-18. ; S. CONTARINI, L. MARSÌ, *Précarariat : pour une critique de la société de la précarité*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2014 ; G. STANDING, *Le Précarariat. Les dangers d'une nouvelle classe*, Paris, Les Éditions de l'Opportun, 2017.

⁶⁹⁸ Écarts de richesse qui seraient une conséquence directe du mode de production capitaliste, tant du point de vue *mathématique* (« La principale force déstabilisatrice est liée au fait que le taux de rendement privé du capital r peut être fortement et durablement plus élevé que le taux de croissance du revenu et de la production g . L'inégalité $r > g$ implique que les patrimoines issus du passé se recapitalisent plus vite que le rythme de progression de la production et des salaires. Cette inégalité exprime une contradiction logique fondamentale. L'entrepreneur tend inévitablement à se transformer en rentier, et à dominer de plus en plus fortement ceux qui ne possèdent que leur travail. Une fois constitué, le capital se reproduit tout seul, plus vite que ne s'accroît la production. Le passé dévore l'avenir » », T. PIKETTY, *Le capital au XXIe siècle*, Les éditions du Seuil, 2013, p. 942.) que *doctrinal* (« Vous savez, en fait, c'est tellement traditionnel qu'il a été décrit par Adam Smith en 1776. Vous lisez le célèbre *Wealth of Nations*... Il dit qu'en Angleterre, les principaux architectes de la politique sont les personnes qui possèdent la société - à son époque, les marchands et les fabricants. Et ils s'assurent que leurs propres intérêts sont très bien pris en charge, quel que soit l'impact sur le peuple d'Angleterre ou d'autres. Maintenant, ce ne sont pas les marchands et les fabricants, mais les institutions financières et les multinationales. Les gens qu'Adam Smith appelait les "maîtres de l'humanité" - et ils suivent la vile maxime, "Tout pour nous et rien pour les autres." Ils vont juste poursuivre des politiques qui leur profitent et nuisent à tous les autres. Et en l'absence d'une réaction populaire générale, c'est à peu près ce à quoi on peut s'attendre » N. CHOMSKY, *Requiem pour le rêve américain. Les dix principes de concentration de la richesse et du pouvoir*, Climats – Essais, 2017, p. 12.).

populations jeunes, masculines, peu éduquées, urbaines et racisées⁶⁹⁹. Cette fois-ci néanmoins, le processus d'exclusion économique s'effectue en parallèle d'un processus d'inclusion culturelle : les individus sont fermement inclus dans le paradigme culturel de la consommation et de la réussite, mais systématiquement exclus de sa matérialisation⁷⁰⁰. C'est en raison de ce double processus d'inclusion et de rejet que l'auteur qualifie la sélectivité pénale typique du néolibéralisme de « boulimique »⁷⁰¹ :

« Des couches croissantes de pauvres sont incorporées (ingérées) dans des modèles culturels qui imposent la consommation comme faisant partie intégrante de la réussite et du bonheur. Cependant, ces couches de pauvres n'ont pas accès aux moyens économiques pour atteindre ces niveaux de consommation de masse. De plus, ils ne peuvent même pas être incorporés (digérés) dans la discipline du travail. Le résultat est un processus d'inclusion culturelle et d'exclusion économique, dans lequel le système de justice pénale opère au nom de la discipline de travail sur ceux qui ont été expulsés de la matrice économique. C'est la base du mécanisme de *surcriminalisation boulimique*.

La sélectivité criminelle boulimique a un autre aspect à explorer : elle encourage les processus d'expansion du capital qui produisent (ingèrent) de plus grandes quantités de capital. Ce processus à base financière est réalisé dans des délais si courts qu'il ne peut supporter une inversion productive de ces sommes d'argent (elles ne peuvent être correctement digérées). A l'inverse, ces richesses sont éjectées sous forme de capital spéculatif. C'est la base du mécanisme de *la sous-criminalisation boulimique*. »⁷⁰²

⁶⁹⁹ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 195. ; M. HARRIS, *Why nothing works. The anthropology of Daily life*, Simon & Schuster, 1981 ; L. WACQUANT, "Marginalité, ethnicité et pénalité dans la ville néolibérale : une cartographie analytique", *Revue de l'Institut de Sociologie*, 83, 2013, 17-39.

⁷⁰⁰ « En effet, ces sous-ensembles économiquement exclus sont plus inclus culturellement que les secteurs aisés en raison de la consommation de masse, de la télévision comme source d'information quotidienne et de la violence comme expression de la virilité. » V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 187.

⁷⁰¹ Terme qu'elle reprend des travaux de J. YOUNG, *the vertigo of late modernity*, London: SAGE publications ltd, 2007.

⁷⁰² V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 185.

B. Comportements sous-criminalisés

184. Considérons en premier lieu le processus de sous-criminalisation de comportements pourtant à l'origine de dégâts sociaux importants. L'autrice insiste sur deux catégories particulières : les « manœuvres » liées au fonctionnement normal de l'économie de finance et les occupations et agressions engendrées par la « guerre contre le terrorisme » à l'étranger⁷⁰³. Quant à la première, elle résulte du constat assez accablant de la faible criminalisation – primaire et secondaire, de l'incrimination à la pénalisation – des comportements économique, écologique et politique socialement destructeurs et dont les raisons – structurelles, idéologiques, institutionnelles – ont été détaillées avec soin dans l'ouvrage De P. LASCOURMES et C. NAGELS⁷⁰⁴. V. VEGH WEIS met quant à elle en avant la « symbiose »⁷⁰⁵ entre le crime et le capitalisme financier, qui reposent sur des mécanismes similaires – le profit individuel, l'accumulation de biens, le risque, la dissimulation, la banalisation – et entre le secteur économique et politique, tant du fait de l'influence des lobbys que de la nécessité pour les seconds de bénéficier de l'aide des premiers pour financer leur campagne⁷⁰⁶. L'autrice ne manque pas de pointer du doigt la responsabilité des universitaires pénalistes qui continuent d'envisager ces types de criminalité comme déviantes, lorsqu'elles sont un « élément inséparable de la fonction de production du système »⁷⁰⁷. Quant à la seconde, V. VEGH WEIS constate que le nombre important d'exactions commises sur des territoires étrangers ou dans les prisons militaires suite aux attentats de 2001 par les puissances occidentales, en dépit de leur extrême gravité et du développement parallèle du droit

⁷⁰³ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 199.

⁷⁰⁴ P. LASCOURMES et C. NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes. De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, 2^e édition, Armand Colin, 2018. *Contra*, V. M. MASSE, C. DUPARC, B. AUBERT, « La pénalisation du politique », in M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (Dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, Paris, PUF, 2009.

⁷⁰⁵ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 213. L'autrice reprend le terme d'« abolitionnisme sélectif » que R. VAN SWAANINGEN utilise pour qualifier le volume d'infractions « vulgaires » de petites délinquances qui n'est plus traité par le système pénal faute pour lui d'avoir les structures suffisantes pour qualifier la situation relative à la criminalité d'élites. C'est aussi ce que Louk HULSMAN sous-entend, lorsqu'il écrit « Pour ma part, je crois que dans les domaines non encore criminalisés, il faudrait éviter à tout prix la criminalisation. Et dans le souci de retrouver une égalité de traitement pour tous, je souhaiterais plutôt qu'on s'inspire, à l'égard de ceux qu'on appelle couramment les "petits délinquants", des procédés conciliatoires qui s'exercent à travers le Ministère des finances, la Commission d'opération en bourse, et d'autres intermédiaires, en marge du système pénal qu'il s'agit d'abolir pour tout le monde ». J. BERNAT DE CELIS et L. H. C. HULSMAN, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Le Centurion, 1982, p. 143.

⁷⁰⁶ C'est également le constat de Noam CHOMSKY, pour lequel « La concentration de la richesse entraîne la concentration du pouvoir, d'autant plus que le coût des élections monte en flèche, ce qui force en quelque sorte les partis politiques à se mettre dans la poche des grandes sociétés », N. CHOMSKY, *Requiem pour le rêve américain. Les dix principes de concentration de la richesse et du pouvoir*, Climats – Essais, 2017, p. 10.

⁷⁰⁷ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 217.

international pénal, n'ont pas ou peu fait l'objet de sanctions pénales⁷⁰⁸. Il en va de même concernant les mesures de surveillance ou de profilage conduites à l'intérieur même des frontières sous le « terme protecteur de "guerre contre le terrorisme" » et qui sont pourtant hautement attentatoires aux libertés individuelles⁷⁰⁹. Là encore, il n'est pas difficile de relier processus de sous-criminalisation et impératifs liés au mode de production capitaliste :

⁷⁰⁸ « Après les deux guerres mondiales et les massacres mondiaux pendant la sélectivité sociodisciplinaire, la sélectivité criminelle boulimique a favorisé les occupations illégales basées sur la lutte contre le terrorisme au Moyen-Orient. Malgré les avancées du droit international, ces occupations ont été sous-criminalisées à la fois en raison des faibles normes applicables à ces actes (principalement les contraintes de la définition internationale du génocide) et en raison de l'application limitée du droit international". V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 287. La remarque de l'autrice concernant l'entêtement de la plupart des juristes à présenter criminalité économique et faiblesse de la réaction sociale à leur encontre comme des « anomalies » est certainement applicable à ceux qui s'étonnent encore de ne pas voir pleinement fonctionner la Cour pénale internationale s'agissant des infractions commises par les occidentaux dans les États colonisés ou envahis – ce qui revient plus ou moins au même. On suivra donc avec intérêt – mais peu d'espoir – l'ouverture éventuelle d'une situation devant la CPI suite à la demande formulée officiellement par le Centre européen pour les droits constitutionnels et humains et soutenue par plusieurs ONG, d'enquêter sur la responsabilité d'entreprises d'armement et des responsables publics chargés de fournir les licences d'exportation français, espagnols, allemands, italiens, et anglais, dans les crimes de guerre commis au Yémen. V. Le site d'Amnesty International et notamment l'article « Crime de guerre et entreprises d'armement – Une enquête s'impose » mis en ligne en décembre 2019 à l'adresse suivante : <https://www.amnesty.fr/actualites/crimes-de-guerre-et-entreprises-darmement-enquete>. On suivra avec le même intérêt le déroulement des poursuites engagées en France contre la société LAFARGE du fait, notamment, de financement d'entreprise terroriste. L'une de ses filiales aurait remis plus de 13 millions d'euros à l'État islamique pour pouvoir maintenir son activité en Syrie, leur aurait en outre vendu du ciment et se serait procuré auprès d'eux les matières premières nécessaires à la conduite de ces opérations – ce dont, semble-t-il, l'État français était au courant depuis 2014 (« Affaire Lafarge : une note prouve que l'État était informé des versements d'argent à Daech », *Libération*, 13 juillet 2021, [en ligne], consulté le 20.07.2021. La Cour de cassation est saisie de six pourvois d'associations contestant l'annulation de la mise en examen des faits de complicité de crimes contre l'humanité prononcée par la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris du 7 novembre 2019 – laquelle avait estimé que l'intention spécifique au crime contre l'humanité faisait défaut, alors que la société LAFARGE, simplement complice, ne doit aux termes de l'article 121-7 al.1 du code pénal que « sciemment » faciliter l'infraction, c'est-à-dire avoir conscience de participer à l'infraction principale au moment de son acte de complicité – ainsi que le rejet de la demande de constitution de partie civile des associations – aux motifs qu'elles ne rempliraient pas les conditions posées aux articles 2-4, 2-9 et 2-22 du code de procédure pénale relatives aux statuts et finalités de l'association, alors que celles-ci ont effectivement accompagnées les anciens salariés de LAFARGE dès les premiers moments de la constitution du dossier et du dépôt de plainte. (V. l'entretien accordé par les deux avocates responsables du Centre européen pour les droits constitutionnels et les droits de l'homme et de l'association Sherpa, S. BRIDIER, « Affaire Lafarge en Syrie : la chambre de l'instruction a utilisé un "procédé déloyal" », *Dalloz actualité*, 12 décembre 2019). Le 7 septembre 2021, la Cour de cassation a annulé l'arrêt de la chambre de l'instruction, confirmant l'argument des avocates de l'association Sherpa selon lequel il importe peu que la société n'ait pas eu l'intention de voir l'argent utilisé à des fins terroristes puisqu'il suffit que l'auteur du financement soit au courant que les fonds sont destinés à être utilisés par un groupe terroriste pour que les faits soient susceptibles d'être établis. (Cass., Crim., 7 septembre 2021, n°19-87.367, D. 2021. 1629 – 1630.). La haute juridiction confirme néanmoins d'une part le rejet de la demande de constitution de partie civile de l'association Sherpa, dont l'objet n'est pas la lutte contre le terrorisme mais contre les crimes économiques – et ce, en dépit de l'aide qu'elle a effectivement apporté aux anciens salariés de l'entreprise – et d'autre part le fait que les associations ne peuvent déclencher l'action civile par voie d'action pour les infractions de travail forcé et servitude, mais seulement par la voie de l'intervention après avoir obtenu l'accord des salariés, réduisant ainsi drastiquement la portée de leur assistance, dans des domaines qui laissent pourtant et par définition, les victimes particulièrement démunies – ceux de la criminalité internationale et des personnes morales.

⁷⁰⁹ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 209.

« Le discours légitimant la perpétration de ces actes repose sur une division manichéenne entre "citoyens" et "ennemis". Les habitants des territoires occupés sont traités comme des "terroristes" dans une opération métonymique qui permet l'usage indiscriminé de la force contre des populations entières, sur la base d'accusations contre des individus spécifiques⁷¹⁰. Remarquez comment, dans une ligne de continuité historique, ces conquêtes et occupations sont des conditions préalables essentielles à l'installation et à la reproduction du capital, à la fois en assurant le domaine de marchés nouveaux ou captifs et en garantissant des matières premières à faible coût ou gratuitement aux puissances mondiales, renforçant ainsi leur position sur le marché mondial. La sous-criminalisation des actes de contre-terrorisme s'est paradoxalement accompagnée d'une sur-criminalisation des individus qui ont tenté d'affronter et de résister aux occupations.⁷¹¹»⁷¹².

185. La perméabilité des frontières entre pratiques socialement réprouvées et pratiques nécessaires au capitalisme est manifeste, comme le sont d'ailleurs les effets de miroir que l'on observe entre comportement *sous-criminalisés* et *sur-criminalisés*.

⁷¹⁰ Notons qu'aux États-Unis, l'ancien militaire et lanceur d'alerte Daniel HALE à l'origine de la fuite de documents confidentiels démontrant que les frappes aériennes en Afghanistan touchaient principalement des populations civiles a été condamné à 45 mois d'emprisonnement : <https://www.salon.com/2021/07/27/the-price-of-conscience-drone-warfare-whistleblower-gets-45-months-in-prison/>.

⁷¹¹ Notons là encore que de nombreux militaires lanceurs d'alertes mettent directement en cause la responsabilité des frappes aériennes dans le recrutement de nouveaux combattants de l'État islamique : <https://www.theguardian.com/world/2015/nov/18/obama-drone-war-isis-recruitment-tool-air-force-whistleblowers> . Sur les difficultés relatives à la définition du terrorisme du fait notamment de sa contingence au contexte politique, V. C. LE ROUX, *L'infraction politique*, L'Harmattan, 2018 ; J. ALIX et O. CAHN (Dir.) *Terrorisme et infraction politique*, Mare & Martin, 2021.

⁷¹² V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, pp. 287-288.

C. Comportements sur-criminalisés

186. Considérons donc en second lieu le processus de *sur-criminalisation* de la population surnuméraire⁷¹³. Il faut d'abord préciser que la crise financière qui marque la fin des Trente glorieuses (1945-1973) est également à l'origine du déclin de l'État providence⁷¹⁴. Si jusque-là un ensemble de facteurs a permis au capitalisme de fonctionner de concert avec la protection sociale – les augmentations parallèles de la croissance, du profit, des emplois et des salaires dans le cadre du « compromis fordiste » ont fait converger le bien-être social et celui du capital – la capacité de l'État à garantir à tous un niveau de vie décent est remise en question par l'apparition et le développement du précaire. C'est donc, en plus d'une crise économique, une crise de *légitimité* de l'appareil étatique qu'il s'agit d'endiguer, et sur le fond desquelles vont de dessiner deux figures – qui sont, elles, réellement providentielles – celle du « déchet social » (*social junk*) et celle de la « dynamite sociale » (*social dynamite*)⁷¹⁵. Ce sont ces deux « catégories » de population que l'État, par le biais de l'appareil répressif, va tâcher de « manager »⁷¹⁶.

187. La catégorie du « déchet social » désigne les individus inaptes à ou refusant la participation à l'activité de production capitaliste, ce qui les rend couteux du point de vue de l'État puisqu'ils nécessitent une assistance sociale, mais relativement inoffensifs⁷¹⁷. Trop nombreux pour être confinés, trop nombreux pour être incorporés, ces personnes « inutiles au monde »⁷¹⁸ sont pénalisées du fait de comportements de survie et font l'objet d'alternatives aux poursuites ou à l'emprisonnement. L'autrice porte un regard très critique sur le développement de la médiation et des mesures de justice restaurative, qu'elle considère fonctionner en synergie

⁷¹³ Le problème est également exposé par CHRISTIE dans les termes suivants : « Il reste donc un excédent de population, tous ceux qui sont exclus de la production. Nous nous retrouvons confrontés à un problème classique : comment contrôler les classes dangereuses ? Comment contrôler tous ceux qui ne sont plus contrôlés par leurs collègues, et qui trouvent peut-être injuste de rester en dehors de l'activité de production, source d'importance et de dignité ? Comment contrôler ceux qui, en plus de tout cela, sont obligés de supporter des conditions matérielles très inférieures à celles des travailleurs ordinaires ? ». N. CHRISTIE, *L'industrie de la punition*, Éditions AutrementFrontières, 2003, p. 71

⁷¹⁴ P. ROSANVALLON, *La crise de l'État providence*, Seuil, 1981 ; F. EWALD, *L'État providence*, Grasset, 1986.

⁷¹⁵ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 225. L'autrice emprunte la terminologie à S. SPITZER, « Toward a Marxian theory of deviance », *Social problems*, 22, n°5, 1975, pp. 638-651.

⁷¹⁶ D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, Presses universitaires de Namur, 2010.

⁷¹⁷ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 226.

⁷¹⁸ « Pour parler brutalement, l'État est redevenu le gestionnaire des déchets de l'économie libérale : déchets industriels et environnementaux, déchets économiques issus des délocalisations d'entreprises et enfin déchets sociaux, inutiles au monde » D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation, Deuxième leçon, la légitimation de la livraison intentionnelle de douleur et ses défaillances*, Presses universitaires de Namur, 2010, pp. 43-74.

avec l’incarcération afin d’étendre le contrôle pénal à une plus grande catégorie de population tout en tenant compte des limites matérielles de la prison⁷¹⁹. Les alternatives participeraient en outre à faire peser sur le criminel, comme sur sa communauté, le poids de sa propre responsabilisation face à l’infraction⁷²⁰. Cette autonomisation du sujet – ou « activation »⁷²¹ – constituerait une échappatoire à l’échec de la fonction de prévention individuelle de la pénalité classique, tout en maintenant, sur le plan des principes, un idéal de réhabilitation qui ne peut plus être réalisé sur le plan économique⁷²². L’État providence abandonne ses fonctions de gestion du *risque social*, laquelle repose désormais sur des individus rendus incertains de leur

⁷¹⁹ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 230. C’est la reprise de la théorie plusieurs fois argumentée de « l’extension du filet pénal » par les mesures alternatives, lesquelles ne sont pas fondées sur une réelle entreprise de diversion des comportements en dehors de l’appareil punitif, mais par une logique gestionnaire au sein d’une volonté constante et inchangée de contrôle toujours plus étendu. V. J. FAGET, « Médiation pénale et travail d’intérêt général en France », in P. MARY (Dir.), *Travail d’intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Bruxelles : Bruylant, 1997 ; P. MARY, *Insécurité et pénalisation du social*, Labor, Bruxelles, 2003 ; D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, Namur : Presses universitaires de Namur, 2009 ; V. STRIMELLE, « La justice restaurative : une innovation du pénal ? » *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Séminaire Innovations Pénales, 2007 ; A. LENOIR, V. GAUTRON, « Les pratiques des parquets face à l’injonction politique de réduire le taux de classement sans suite », *Droit et société* 2014/3 (n° 88), p. 591-606 ; A. JONCKHEERE, « La diversification des sanctions du pénal à l’administratif : un même continuum ? » in D. SCALIA et C. GUILLAIN (Dir), *Les couts du système pénal, RDPC*, 28, 2020, pp. 81-84. V. *Infra* n°379 et s.

⁷²⁰ « Les auteurs d’infraction sont, enfin, via les alternatives, de plus en plus appelés à se concevoir comme "responsables" de la mesure pénale ou de la peine qui leur est imposée (et non seulement comme destinataires d’une sanction à subir passivement). La peine s’émancipe de la responsabilité de ses décideurs et de ses exécutants. Ce principe de responsabilisation laisse entendre que le justiciable a bien souvent à prendre en main non seulement la charge de la peine mais aussi celle de lui donner sens » D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation, Deuxième leçon, la légitimation de la livraison intentionnelle de douleur et ses défaillances*, Presses universitaires de Namur, 2010, pp. 43-74 ; V. également J.-F. CAUCHIE et G. CHANTRAINE, « De l’usage du risque dans le gouvernement du crime », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. II | 2005, consulté le 03.04.2021.

⁷²¹ A. FRANSSSEN, « L’état social actif et la nouvelle fabrique du sujet », in I. ASTIER et N. DUVOUX, *La société biographique : une injonction à vivre dignement*, L’Harmattan, 2006, pp. 75-104 ; A. FRANSSSEN, « État social actif : une nouvelle grammaire des risques sociaux » In, *Les ambivalences du risque : Regards croisés en sciences sociales [en ligne]*. Bruxelles : Presses de l’Université Saint-Louis, 2008 : « Face aux « limites » avérées ou déclarées de l’État social traditionnel, « passif », l’État social actif vise à une "société de personnes actives" tout en prétendant ne pas renoncer à l’objectif d’une protection sociale adéquate. Au paradigme de la « dépendance assistée », il s’agit d’opposer un paradigme de la "participation active de chacun". [...] Comme toute idéologie, celle de l’État social actif comporte également une tâche aveugle, moins par ce qu’elle énonce que par ce qu’elle tait et par les présupposés implicites du raisonnement. Ainsi, les "évolutions de société" – et en particulier " le marché" – n’y sont pas lues en terme conflictuel, comme résultant et faisant l’objet de rapports de force, mais y sont présentées comme autant d’évolutions objectives. En particulier, le "contexte macro-économique" de la globalisation marchande, les exigences de compétitivité qu’il impose et les effets de sélection qu’il opère n’y est pas remis en question, mais tend à être présenté comme une variable exogène à laquelle les populations, et en particulier les plus fragilisées, sont invitées à s’adapter au mieux à "une société compétitive basée sur la connaissance". »

⁷²² « Il n’y a plus de « où » et « comment » réhabiliter ces individus ; les prisonniers viennent de zones souffrant préalablement d’exclusion économique, politique et spatiale, et ils y retournent » V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 265 ; V. également, A. REA, « Les ambivalences de l’État social-sécuritaire ». *Lien social et Politiques*, (57), 2007, pp. 15–34.

devenir⁷²³. Il se fixe toutefois, et avec zèle, un nouvel objectif : celui de la prévention du *risque sécuritaire*.

188. La catégorie de la « dynamite sociale » regroupe ainsi les individus qui démontrent un « niveau élevé de conflictualité qui les présentent comme une menace à l'ordre social existant »⁷²⁴. Il s'agit principalement de jeunes hommes racisés, peu éduqués mais particulièrement intégrés culturellement. C'est à eux que se destine l'emprisonnement, l'approche « guerrière » de la tolérance zéro et la théorie de la fenêtre brisée⁷²⁵. Figures hégémoniques de la dynamite sociale, succédant au « jeune de banlieue », le « casseur » et le « terroriste en puissance » font chacun l'objet d'une répression intense et fondée sur un dispositif renforcé de surveillance de l'espace public et privé⁷²⁶. Ces figures ne sont pas choisies au hasard, elles s'inscrivent dans ce que FOUCAULT nomme « l'effet retour »⁷²⁷ de la

⁷²³ Pour une analyse du phénomène sur le plan psycho-social, V. A. EHRENBURG, *L'individu incertain*, Pluriel, 1995, pour lequel « La crise de l'action publique reporte alors sur la société ce que l'État assumait : l'initiative individuelle repose sur un défaut de politique au lieu d'être appuyée par l'exemple politique. Là est le problème réel, c'est-à-dire politique, qui se dissimule sous les préjugés moraux. La multiplication des demandes de reconnaissance personnelle ou de soutien pharmacologique et la confusion des lois et des images qui l'accompagnent expriment dans la banalité obscure du quotidien cette inversion de la dette. C'est pourquoi l'individu semble perdre de vue la dimension énergétique de la politique, sa capacité à mobiliser en offrant du sens. L'ambiance répressive n'est donc pas le résultat mécanique de l'augmentation des responsabilités, mais de son absence d'articulation au politique » (p. 309).

⁷²⁴ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 231.

⁷²⁵ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 240. Sur la fonction hautement démagogique d'une tolérance zéro par ailleurs tout à fait inconcevable du point de vue matériel, V. J. de MAILLARD et T. LE GOFF, « La tolérance zéro en France. Succès d'un slogan, illusion d'un transfert », *Revue française de science politique*, Vol. 59, 2009, p. 655-673. L'article offre en outre un résumé concis de la théorie de fenêtre cassée de J. WILSON et G. KELLING (J. Q. WILSON, G. L. KELLING, « Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety », *The Atlantic Monthly*, mars 1982) : « tous les comportements incivils et délictueux mais aussi tous les signes physiques de dégradations détériorant la qualité de l'espace urbain doivent être rapidement réparés afin d'éviter que ne s'installe un sentiment d'abandon de cet espace qui conduirait à une spirale du déclin urbain ». L'ensemble des auteurs cités sous cette note émettent toutefois des réserves quant à l'effet réel de la théorie sur la pratique, celle-ci ayant bien plus probablement eu une fonction de justification rétrospective des pratiques policières visant à harceler certaines catégories de populations sans raison valable, à l'image de la pratique du « Stop and Frisk » américaine qui n'a rien à envier à l'utilisation française du contrôle d'identité « aléatoire » (V. sur le sujet F. JOBARD, J. de MAILLARD. « Les relations police/population au prisme des contrôles d'identité » *Défenseur des Droits. Inégalités d'accès aux droits et discriminations en France. Contributions de chercheurs à l'enquête du Défenseur des droits*, La Documentation française, 2019).

⁷²⁶ S'ajoutent à la doctrine du droit pénal de l'ennemi, les ouvrages sur la pénalisation des comportements de manifestation ou de désobéissance civile : V. O. CAHN, « Construction d'un maintien de l'ordre (il)légaliste », *RSC* 2020, p. 1069 ; Le n°8 de la revue *l'Irascible, DésOBÉIR. Quoi qu'il en coûte*, Éditions campus ouvert, 2021 dont les premières pages donnent un aperçu de la législation française assez désespérant X. PIN, « Ouverture », pp. 12-34.

⁷²⁷ « Et on a, en cette fin du XVI^e siècle, sinon pour la première fois, du moins une première fois, je crois, une espèce d'effet de retour, sur les structures juridico-politiques de l'Occident, de la pratique coloniale. Il ne faut jamais oublier que la colonisation, avec ses techniques et ses armes politiques et juridiques, a bien sûr transporté des modèles européens sur d'autres continents, mais qu'elle a eu aussi de nombreux effets de retour sur les mécanismes de pouvoir en Occident, sur les appareils, institutions et techniques de pouvoir. Il y a eu toute une série de modèles coloniaux qui ont été rapportés en Occident, et qui a fait que l'Occident a pu pratiquer aussi sur lui-même quelque chose comme une colonisation, un colonialisme interne. » M. FOUCAULT, « Il faut défendre la société ». *Cours au Collège de France 1975-1976*, Gallimard-Seuil, 1997, p. 89 ; V. également « Nous pouvons

colonisation et sont contingentes du processus d' « hyper-ghettoïsation »⁷²⁸ qu'il a entraîné en périphérie des grandes villes. Ainsi, en France comme aux États-Unis, « la grande ville capitaliste s'est développée en mettant à disposition, près de ses usines et de ses chantiers, des masses de travailleurs dépossédés qu'elle a dû contenir et dominer par un système de bannissement social et policier »⁷²⁹. Aux États-Unis, ce système repose principalement sur la « war on drugs », qui, sous le prétexte d'endiguer les phénomènes de consommation de stupéfiants, permet à la police d'intensifier les contrôles à l'intérieur de ces zones et à la prison de jouer un rôle de « régulateur »⁷³⁰ du ghetto. De fait, le processus de sur-criminalisation s'inscrit dans la continuité de l'esclavage, puisque tout en maintenant et renforçant l'exclusion sociale des personnes noires, il leur interdit également l'accès à un travail rémunéré⁷³¹. Le caractère fondamentalement raciste de l'appareil carcéral est dénoncé depuis de nombreuses années par deux grandes figures du mouvement abolitionniste, Angela DAVIS⁷³² et Ruth

parler de ségrégation endocoloniale pour désigner cette forme de pouvoir qui développe et réagence des dispositifs issus des répertoires de la domination coloniale pour les appliquer à l'intérieur du territoire national aux strates inférieures des classes populaires ». M. RIGOUSTE, *La domination policière*, La fabrique éditions, 2012, p. 20.

⁷²⁸ « Le ghetto n'est pas seulement le moyen concret et la matérialisation de la domination ethnoraciale par la segmentation spatiale de la ville ; c'est aussi une puissante machine à identité collective en soi-même. En effet il contribue à incruster et à élaborer la division même dont il est l'expression, et cela de deux manières qui se complètent et se renforcent mutuellement ». L. WACQUANT, « Les deux visages du ghetto. Construire un concept sociologique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. no 160, no. 5, 2005, pp. 4-21 ; L. WACQUANT, *Parias urbains. Ghetto, banlieues*, État, Paris, La Découverte, 2006 ; L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, Raisons d'agir, 1999.

⁷²⁹ M. RIGOUSTE, *La domination policière*, La fabrique éditions, 2012, p. 20.

⁷³⁰ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 222.

⁷³¹ Sur ce point, V. l'ouvrage de M. ALEXANDER, *The New Jim Crow : Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, The New Press, 2010, ; pour un résumé de l'autrice traduit en français, V. M. ALEXANDER, « Le nouveau Jim Crow. Comment l'incarcération de masse transforme les personnes de couleur en citoyens de seconde zone de façon permanente », *Mouvements*, vol. 88, no. 4, 2016, pp. 59-64 » ; Notons par ailleurs que l'instrumentalisation de la « guerre contre les drogues » au profit du racisme systémique a été expressément reconnue par le responsable de la politique intérieure de NIXON à qui l'on doit son invention « Vous comprenez ce que je veux dire ? Nous savions que nous ne pouvions pas rendre illégal le fait d'être contre la guerre ou noir, mais en amenant le public à associer les hippies à la marijuana et les noirs à l'héroïne. Et en criminalisant fortement les deux, nous pouvions perturber ces communautés. Nous pouvions arrêter leurs leaders, faire des descentes dans leurs maisons, interrompre leurs réunions et les diffamer nuit après nuit aux nouvelles du soir. Savions-nous que nous mentirions à propos de la drogue ? Bien sûr que oui... » (J. EHRLICHMAN cité par V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 222).

⁷³² A. DAVIS, *Are prisons Obsolete?*, An open Media Book, 2010. L'autrice insiste en outre sur les liens indissociables qu'entretiennent système pénal et discrimination contre les femmes, mais également contre les personnes Queer, particulièrement transgenres, non genrées et intersexe particulièrement vulnérables incarcérées et sur la nécessité d'une critique intersectionnelle de l'appareil répressif: « Avant l'émergence du pénitencier et donc de la notion de punition en tant que "peine", l'utilisation de l'enfermement pour contrôler les mendiants, les voleurs et les fous ne faisait pas nécessairement la distinction entre ces catégories de déviance. À ce stade de l'histoire de la punition - avant les révolutions américaine et française - le processus de classification par lequel la criminalité est différenciée de la pauvreté et de la maladie mentale n'était pas encore développé. Alors que le discours sur la criminalité et les institutions correspondantes destinées à la contrôler distinguaient le "criminel" du "fou", la distinction sexuée s'est imposée et a continué à structurer les politiques pénales. Considérée comme féminine, cette catégorie de folie était fortement sexualisée. Lorsque nous considérons l'impact de la classe et de la race, nous pouvons dire que pour les femmes blanches et aisées, cette égalisation tend à servir de preuve pour l'émotionnel et le mental, mais pour les femmes noires et pauvres, elle a pointé vers la criminalité ». (p. 67) ou encore « pourquoi la compréhension de l'omniprésence des abus sexuels dans les prisons pour femmes est-elle un

MORRIS⁷³³. En France, c'est moins la lutte contre la drogue que les processus de « contre-insurrection » policiers appliquées aux quartiers populaires qui assurent la pérennité du système

élément important d'une analyse radicale du système carcéral, et en particulier de ces analyses prospectives qui nous mènent vers l'abolition ». (p. 83) ; V. également, du côté français, L. GAUTHIER, « Le traitement pénal des femmes : reflet d'un ordre genré », *RSC* 2021, p. 547. Sur les liens entre abolitionnisme pénal et féminisme, V. H. E. PEPINSKY, « The Contribution of Feminist Justice to Criminology », *Feminist Teacher*, vol. 4, no 1, 1989 ; R. van SWAANINGEN « Feminism and Abolitionism as Critiques of Criminology », *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 17, no 3, 1989 ; V. SALEH-HANNA, « Black Feminist Hauntology », *Champ pénal / Penal Field*, vol. 12, 2015 » ; V. SALEH-HANNA, *Penal abolition : an ideological and practical venture against criminal (in)justice and victimization*, Thèse de criminologie, Ottawa, 2000 ; L. SNIDER, « Towards safer societies : punishment, masculinities, and violence against women », in G. WEST et R. MORRIS, *The case for penal abolition*, Canadian Scholars' Press Inc., 2000, p. 111 et s. ; J. LEVINE et E. MEINERS, *The feminist and the sex offender, confronting harm, ending state violence*, Verso, 2020, reproduisant le communiqué de faisant suite à l'alliance des organisations INCITE ! Women, Gender Non-conforming, and Trans people of Color against violence et Critical Resistance : « En tant qu'abolitionnistes, nous sommes confrontés à la lutte entre deux forces de changement contradictoires... Nous partageons les sentiments d'indignation éprouvés par les victimes de viols ; nous pensons que les violeurs récidivistes doivent être empêchés de commettre d'autres actes de violence. D'un autre côté, nous ne soutenons pas la réponse de l'emprisonnement. Nous remettons en question les hypothèses de base selon lesquelles les punitions, les peines sévères et les attitudes rétributives permettront d'atténuer la douleur des victimes, de rééduquer les violeurs ou de protéger véritablement la société » (p. 35) ; J. MOGUL, A. RICHTIE et K. WHITLOCK, *Queer (In)justice : The Criminalization of LGBT People in the United States*, Boston, Beacon Press, 2011 ; et enfin l'ouvrage important G. RICORDEAU, *Pour elles toutes. Femmes contre la prison*. Lux, 2019, : « Le rôle joué par le féminisme dans l'abolitionnisme s'explique par le rapport au droit des principaux thèmes qui l'ont agité : le travail domestique (auquel ne s'applique pas le droit du travail), les préjugés sexuels et les violences (le droit pénal et le droit civil). Avec les questions de l'avortement et des préjugés sexuels, le féminisme, en demandant la dépénalisation de l'un et la pénalisation de l'autre, a aussi démontré que la critique du système pénal devait prendre en compte les rapports de domination liés au genre, et ne pouvait donc pas se contenter d'une grille d'analyse en termes de classes sociales – et donc de dénoncer seulement la justice « bourgeoise ». (p. 156)

Bien que discriminations de genre et capitalisme demeurent étroitement liés, « sur la nécessité de considérer le capitalisme non pas comme un ensemble de lois et de mécanismes purement économiques mais plutôt comme un ordre social complexe et articulé, qui contient en son sein des rapports d'exploitation, de domination et d'aliénation. De ce point de vue, la tentative est de comprendre comment l'accumulation capitaliste continue à produire, reproduire, transformer, renouveler et maintenir des rapports de hiérarchie et d'oppression [des sexes] » C. ARRUZA, citée dans C. VANDEN DAELEN, C. Bruneau, « Capitalisme et patriarcat : Deux systèmes qui se nourrissent l'un de l'autre », *CADTM*, [en ligne], 1^{er} Juillet 2020, consulté le 10.06.2021 ; C. ARRUZA, T. BHATTACHARYA, N. FRASER, *Féminisme pour les 99%. Un manifeste*, La découverte, 2019 ; S. FEDERICI, *Le capitalisme patriarcal*, La fabrique, 2019, « On peut travailler avec les catégories de Marx mais qu'on doit les reconstruire et modifier leur ordre architectural, de sorte que le centre de gravité ne soit plus exclusivement le travail salarié et la production de marchandises mais la production et la reproduction de la force de travail, et tout particulièrement la part de ce travail accompli par les femmes au sein du foyer. Car ce faisant, on rend visible un nouveau terrain d'accumulation et de lutte, et la vraie mesure de la dépendance du capital à l'égard du travail non payé et la vraie durée de la journée de travail. » (p. 77) ; (Pour un compte rendu, V. A. KOEHLIN, *Contretemps*, [en ligne]), consulté le 10.06.2021 ; T. BHATTACHARYA, « La source de vie du capitalisme : la base domestique et sociale de l'exploitation », *Contretemps*, en ligne, 2018, consulté le 10.06.2021 ; Pour une approche plus critique du marxisme, V. H. HARTMANN, & R. CORYELL, « Capitalisme, Patriarcat et ségrégation professionnelle des sexes », *Questions Féministes*, (4), 1978, pp. 13-38 ; H. HARTMANN, « The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism: Towards a more Progressive Union », *Capital & Class*, 3(2), 1979, pp. 1-33 ; M. MIES, *Patriarchy and Accumulation on a World scale : women in the International Division of Labour*, London and Atlantic Heights, 1986 : « The subordination and exploitation of women, nature and colonies are the precondition for the continuation of a global division of labour under the dictates of capital accumulation » (Pour un compte rendu en français, V. D. LEVEILLE, Review of [Maria Mies, *Patriarchy and Accumulation on a World Scale. Women in the International Division of Labour*]. *Recherches féministes*, 1(2), 1988, pp. 149-152.) Enfin, pour le lien entre féminisme, capitalisme, et colonialisme, V. l'ouvrage fondamental F. VERGES, *Un féminisme décolonial*, La fabrique, 2019.

⁷³³ R. MORRIS, *Penal abolition. The practical choice*, Canadian Scholars Press, 1998, pp. 10 et s et 112 et s.

de « socio-apartheid » mis en place à la fin des années 1970⁷³⁴. Comme J. EHRLICHMAN avant lui, l'ancien commissaire de Toulouse, Jean-Pierre HAVRIN, résume ainsi :

« Il y a un discours qui dit "il faut pas faire de ghetto", mais si on fait ce genre de manœuvres c'est bien pour en faire un ghetto. Et j'ai pas dit un camp... Mais un endroit où l'on ne peut pas sortir vraiment, où l'on est contrôlé chaque fois qu'on va et qu'on vient, c'est quand même quelque chose qui doit être fortement justifié par une réalité. Par une insécurité qui pourrait exister et non pas par une insécurité supposée qui ne serait due d'ailleurs qu'à l'origine des gens qui sont dans le quartier. [...] On peut se demander si l'emploi de la police de cette façon-là, pour entourer des quartiers, n'est pas pour déclencher quelque chose qui permettra d'alimenter encore la peur, d'employer des moyens de répression plus forts. Au bout d'un moment les gens sont excédés, donc on crée une réaction, avec l'emploi de techniques telles que celles-là ou l'emploi de mots tels que Karcher, et après, tout le monde s'étonne que ça explose... enfin sauf ceux qui l'ont créé. »⁷³⁵

188. De la ghettoïisation au « séparatisme », il n'y a qu'un pas, que le terroriste franchit avec succès pour prendre le relais de la « racaille »⁷³⁶ et justifier les nouveaux dispositifs de surveillance, contrôle et répression sur lesquels s'appuie l'« effet retour » de la colonisation.

189. Si la *sur-criminalisation* des catégories de population envisagées s'inscrit dans une stratégie de gestion des nombreux travailleurs que le mode de production capitaliste néolibérale a expulsés, elle est également un bon moyen d'endiguer la crise de légitimité politique entraînée par le déclin de l'État providence. L'anticipation dans les pratiques se traduit par l'insécurité dans les discours – et non l'inverse – que l'appareil pénal, pompier-pyromane, se propose d'éradiquer en jouant sur un sentiment d'anxiété légitime mais dévoyé. Légitime car fondé sur

⁷³⁴ M. RIGOUSTE, *La domination policière*, La fabrique éditions, 2012, p. 96 : « L'application de la contre-insurrection aux quartiers populaires finalise un processus de ségrégation entamé à la fin des années 1970, généralisé au début des années 1990 et industrialisé au début des années 2000. Nous pouvons parler d'un socio-apartheid, c'est-à-dire d'un système de « mise à l'écart » et de séparation socioraciste, non pas supporté par une structure juridico-administrative explicitement raciste et des périmètres immobiles comme en Afrique du Sud ou en Palestine, mais par un ensemble de discriminations sociales, économiques et politiques ainsi que des frontières symboliques et fluctuantes mises en œuvre par l'action combinée de la police et de la justice, des médias et des institutions publiques ».

⁷³⁵ J.-P. HAVRIN, cité par M. RIGOUSTE, *La domination policière*, La fabrique éditions, 2012, p. 98.

⁷³⁶ Du terme employé en 2005 par l'ancien président N. SARKOZY, alors ministre de l'Intérieur, pour désigner les habitants d'un quartier au nord de la ville d'Argenteuil.

une crise sociale réelle⁷³⁷. Dévoiyé car cette crise sociale ne conduit pas à une augmentation réelle de la criminalité⁷³⁸. L'exacerbation du ressentiment à l'égard du « déchet social » qui bénéficie de la solidarité nationale et de la peur à l'encontre de la « dynamite sociale » qui menace l'intégrité des biens et des personnes – typiques des contextes de récession économique⁷³⁹ – ne participe qu'à légitimer le contrôle exercé par les autorités sur une population que le mode de production néolibéral ne permet plus de discipliner par le travail. L'entreprise est d'autant plus aisée que l'inclusion culturelle et l'hétérogénéité du précaire favorisent son adhésion aux intérêts capitalistes, même s'ils en sont exclus ou si leur paupérisation en résulte précisément⁷⁴⁰. Autre effet de rétroaction du capitalisme financier, celui qu'engendre la mondialisation sur les questions d'identité et le rapport à l'« autre » :

« La recherche effrénée de l'identité n'est pas un résidu de l'époque de la pré-mondialisation, qui n'a pas encore complètement disparu mais qui est appelé à disparaître au fur et à mesure que la mondialisation progresse ; elle est, au contraire, l'effet secondaire et le sous-produit de la combinaison des pressions globalisantes et individualisantes et des tensions qu'elles engendrent. Les guerres d'identification ne sont pas contraires à la tendance à la mondialisation et ne l'entravent pas : elles en sont le fruit légitime et le compagnon naturel et, loin de l'arrêter, elles en lubrifient les rouages. »⁷⁴¹

⁷³⁷ « Les enquêtes de terrain n'ont nullement permis de vérifier les liens automatiques que l'analyse spontanée établit souvent entre exclusion, délinquance et insécurité. Certes, la victimisation réelle ou potentielle, tout comme l'isolement dans les zones urbaines dégradées, amplifie l'expression du sentiment d'insécurité. Mais ces phénomènes n'en épuisent pas pour autant le sens, car le sentiment d'insécurité ne tient pas seulement à la " peur du crime " et à la vulnérabilité relationnelle face à celui-ci ». Les auteurs reprennent par suite l'analyse de Z. BAUMAN (Z. BAUMAN, *Le coût humain de la mondialisation*, Fayard, 1999) et identifient trois composantes du sentiment d'insécurité : « l'insécurité sociale (ou la fragilité des conditions d'existence, l'incertitude de l'avenir (ou l'impossibilité de maîtriser le futur) et l'hétéronomie (ou la dépendance des individus à l'égard d'institutions ou de tiers) ». Y. CARTUYVEL, P. MARY, A. REA, « L'État social-sécuritaire », in L. VAN CAMPENHOUDT *et al*, *Réponses à l'insécurité, des discours aux pratiques*, Labor, 2000, pp. 407-408.

⁷³⁸ Plusieurs études s'accordent sur le sujet : *il n'y a pas de hausse de la violence ou de la criminalité* : L. MUCCHIELLI, *La France telle qu'elle est. Pour en finir avec le complainte nationaliste*, Fayard, 2020 ; C. ADAM *et al*, *Crime, justice et lieux communs, Une introduction à la criminologie*, Larquier, 2014, Chapitre 7, la délinquance ne cesse d'augmenter, pp. 177-137 ; L. MUCCHIELLI, *Violences et insécurité. Fantômes et réalités dans le débat français*, La découverte, 2007 ; L. MUCCHIELLI et P. ROBERT, *Crime et sécurité, l'état des savoirs, L'état des savoirs*, 2002 ; L. VAN CAMPENHOUDT *et al*, *Réponses à l'insécurité, des discours aux pratiques*, Labor, 2000,

⁷³⁹ Sur l'existence d'une véritable « culture du contrôle » prenant appui sur ces sentiments, V. D. GARLAND, *The culture of crime control and social order in contemporary society*, Chicago : the University of Chicago Press, 2001.

⁷⁴⁰ « Sous cette logique, l'industrie se voit accorder un contrôle omniprésent sur les populations économiquement intégrées effrayées qui se séparent de leur liberté par peur de perdre leur propriété ». V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 280.

⁷⁴¹ Z. BAUMAN, « Identity in the globalizing world », in A. ELLIOT et P. DU GAY, *Identity in Question*, Broché, 2009, p. 10.

190. La quête de l'autodétermination liée à l'hégémonie de l'individualisme donne une importance nouvelle à la question de l'identité et face aux incertitudes et confusions générées par la mondialisation, la question de savoir qui nous sommes ne semble trouver réponse que dans le rejet de ce que nous ne sommes pas. L'identité se conçoit politiquement sous la forme d'un antagonisme simpliste, de la défense d'« une vérité, d'une voie, d'une façon de vivre »⁷⁴². Du « nous contre eux », que l'appareil médiatique relaie et réifie⁷⁴³, assurant à chacun le confort d'« une vie libre de doutes, l'absolution de la nécessité pénible et déchirante de faire des choix et de prendre des responsabilités »⁷⁴⁴. L'identité individuelle se calque sur l'idéologie politique et l'opinion publique devient une composante à part entière du système pénal⁷⁴⁵ qui, en dépit

⁷⁴² Z. BAUMAN, *Liquid Fear*, Cambridge, Polity Press, 2006. p. 113.

⁷⁴³ « Les facteurs structurant le système sont la propriété et le contrôle directs des médias, mais aussi les autres sources de dépendance financière – et particulièrement les annonceurs –, ainsi que les intérêts et liens croisés des médias avec ceux qui font (et ont les moyens de définir) l'information et son sens. Le modèle de propagande intègre aussi d'autres formes de pouvoir, comme la capacité d'organiser des campagnes de protestation contre le traitement d'une information par les médias (dans le jargon : « flak » – du nom d'un canon de DCA allemand) et de fournir des « experts » confirmant la version officielle d'un événement donné. Enfin s'ajoute la capacité à faire régner l'idéologie et les principes élémentaires que les élites et le personnel médiatique tiennent pour acquis alors même qu'une bonne part de la population les récuse. » N. CHOMSKY et E. HERMAN, *La fabrication du consentement, De la propagande médiatique en démocratie*, Agone, 2008, préface. Sur le rôle des médias de masse dans l'exacerbation de l'antagonisme identitaire, V. Z. BAUMAN, *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty* Cambridge, Polity Press, 2007 ; D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, 2005 pour lequel « les médias de masse uniformisent nos sociétés et nous réunissent autour des mêmes images. Nous subissons la loi de ces constructions narratives qui composent les personnages, diffusent les scénarios, dessinent la carte de nos angoisses ». p. 58.

⁷⁴⁴ Z. BAUMAN, *Liquid Fear*, Cambridge: Polity Press, 2006, p. 116.

⁷⁴⁵ L'opinion publique est à la fois fin et moyen du contrôle pénal. Fin puisque sa « satisfaction » devient une des finalités assumées du système pénal (A. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, Vol. 33, n°1, 2001, pp. 179-204) ; moyen parce que l'individu endosse le rôle de garant du contrôle par le jeu de l'appareil médiatique. En effet, le modèle panoptique de surveillance benthamienne (décrit sous forme architecturale de la façon suivante par FOUCAULT : « À la périphérie un bâtiment en anneau ; au centre, une tour ; celle-ci est percée de larges fenêtres qui ouvrent sur la face intérieure de l'anneau ; le bâtiment périphérique est divisé en cellules, dont chacune traverse toute l'épaisseur du bâtiment ; elles ont deux fenêtres, l'une vers l'intérieur, correspondant aux fenêtres de la tour ; l'autre, donnant sur l'extérieur, permet à la lumière de traverser la cellule de part en part. Il suffit alors de placer un surveillant dans la tour centrale, et dans chaque cellule d'enfermer un fou, un malade, un condamné, un ouvrier ou un écolier. Par l'effet de contre-jour, on peut saisir de la tour, se découpant exactement sur la lumière, les petites silhouettes captives dans les cellules de la périphérie. Autant de cages, autant de petits théâtres, où chaque acteur est seul, parfaitement individualisé et constamment visible » M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 233), dont le rôle assumé était de garantir la discipline de l'ouvrier et dont la forme contaminait déjà de nombreuses institutions sociales (« Encore une fois, il ne s'agit pas d'institutions qui servent l'organisation capitaliste du travail, mais de cette organisation en tant que telle qui, de la famille à l'école, de l'hôpital à la prison, etc, organise une composante essentielle d'elle-même, la partie du capital dont il est possible d'extraire la plus-value. Ces institutions, leurs pratiques de formation, les idéologies et les théories qui prévalent en leur sein, ne peuvent être comprises qu'à la lumière du besoin essentiel du capital de se reproduire en passant par divers moments sociaux, produisant ainsi une nouvelle société » D. MELOSSI et M. PAVARINI, *The prison and the factory, Origins of the penitentiary system.*, The Macmillan Press, 1981, p. 46.) semble avoir laissé place à un modèle encore plus redoutable de « synoptique », où *via* la télévision et les représentations médiatiques de la criminalité, « tout regardant un seul » et où les êtres humains se contrôlent les uns les autres autant qu'eux-mêmes pour se conformer à l'idéal capitaliste (T. MATHIESEN, «The viewer society. Michel Foucault' Panopticon' revisited », *Theoretical Criminology*, Vol. 1(2), 1997, pp. 215-234 ; F. BOULLANT, « Michel Foucault, penseur des "disciplines" », in P.

de ses échecs répétés, fait office de frontière entre le « moi » et l'« autre » et de rempart contre l'effondrement d'un ordre social qui semble désormais la seule voie possible et désirable. Cet « individualisme défensif » serait d'ailleurs, pour Barbara HUDSON, le point d'ancrage des mutations contemporaines du système répressif :

« S'il n'y a rien de nouveau dans le fait que le gouvernement tente de gérer le risque et de promouvoir la sécurité ; s'il n'y a rien de nouveau dans l'utilisation des connaissances disponibles dans la lutte contre la criminalité, ce qui est nouveau, du moins dans la modernité, c'est la poursuite des objectifs de lutte contre la criminalité et de sécurité publique dans un contexte *d'une telle intolérance au risque et d'une telle culture du blâme individuel*. L'élément commun aux comptes rendus les plus influents des stratégies de contrôle de la criminalité de la fin des temps modernes et d'autres sphères politiques associées au risque est l'idée d'un retrait du social. »⁷⁴⁶

191. Faire reposer sur l'individu la gestion du risque social autrefois pris en charge par l'État induit, paradoxalement, un phénomène de relégitimation de son activité. L'affaiblissement du collectif – *du social* – entraîne un renforcement de l'autorité centralisée – *de l'État* – autour de la fonction qui l'avait vu naître : celle d'assurer la défense des uns contre les autres et d'endiguer la guerre de tous contre tous – soit, de garantir le *pacte social*⁷⁴⁷. Étant rappelé que ce processus n'agit que sur le plan idéologique et ne sert donc, *in fine*, qu'à renforcer le discours et les pratiques sécuritaires dans leur principe, indépendamment de leurs effets⁷⁴⁸. D'où l'idée du développement de la *rationalité managériale* du système pénal c'est-

ANCEL et J. MORET-BAILLY (Dir.) *Vers un droit commun disciplinaire ?* Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2007, p. 49.)

⁷⁴⁶ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 53 (nous soulignons). Au titre des comptes rendus auxquels renvoie l'auteurice, on peut citer la définition que donne U. BECK de la société du risque : « une phase de l'évolution de la société moderne dans laquelle les risques sociaux, politiques, écologiques et individuels engendrés par la dynamique du renouvellement, se soustraient de plus en plus aux instances de contrôle et de sécurité de la société industrielle » (U. BECK cité par A. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, 33(1), 2001, pp. 179–204.). V. U. BECK, « De la société industrielle à la société à risques. Problématiques de la survie, structures sociales et éveil d'une conscience écologique », *Revue Suisse de Sociologie*, vol. 19, 1993, pp.311-337 ; U. BECK, *Risk Society. Towards a New Modernity*, Londres, Sage Publications, 1992.

⁷⁴⁷ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 56.

⁷⁴⁸ Sur l'analyse percutante de l'« autopoïèse » sécuritaire – soit la capacité du discours sécuritaire à se fonder sur lui-même pour assurer sa continuité et sa reproduction – V. Y. CARTUYVEL, P. MARY, A. REA, « L'État social-sécuritaire », in L. VAN CAMPENHOUDT *et al*, *Réponses à l'insécurité, des discours aux pratiques*, Labor, 2000, pp. 407-429, « Le discours sécuritaire est un discours performatif car il contribue à faire advenir ce qu'il énonce

à-dire « une idéologie qui constitue le management en orientation, qui le rationalise et le légitime malgré l'absence de rationalité ou de légitimité externe. »⁷⁴⁹ : il n'y a plus besoin de justifier le système autrement que par l'évidence acquise de sa nécessité compte tenu de son monopole de neutralisation et de contrôle. Il n'y a donc pas de renoncement « pragmatique »⁷⁵⁰ à trouver une utilité au système pénal, mais une adhésion *idéologique* absolue à sa fonction, que la nouvelle « science actuarielle » se contente de venir conforter rétrospectivement⁷⁵¹. Ce constat est particulièrement saisissant s'agissant de l'appareil carcéral dont la nocivité sociale est proclamée presque aussi fort que son indépassable nécessité : « l'existence même de la prison n'est plus guère remise en cause, pendant que la légitimité de la figure de l'État de droit semble toujours plus robuste »⁷⁵².

§2. L'adaptation des instruments juridiques au type de gouvernamentalité

192. La réflexion sur les transformations contemporaines de la pénalité doit prendre comme point de départ et fil conducteur les exigences du mode de production capitaliste, que CHRISTIE résume de façon limpide :

« La situation est simple. Les sociétés occidentales sont confrontées à deux problèmes principaux : la richesse est

en mobilisant la peur et les groupes victimisés et en transformant l'incertitude lié au risque en une menace ». (p. 425).

⁷⁴⁹ D. KAMINSKI, « Troisième leçon : le management de la pénalité », in *Pénalité, management, innovation* [en ligne], Namur : Presses universitaires de Namur, 2010, consulté le 15.06.2021.

⁷⁵⁰ V. *Supra* n°143 ou encore J. VERVAELE « La naissance de l'État-Providence et le modèle des sciences pénales intégrées (gesamte Strafrechtswissenschaft) », *Déviance et société*, Vol. 13, 1989, n°2. pp. 141-154.

⁷⁵¹ On retrouve là encore le clivage entre les auteurs qui voient dans les transformations des systèmes une primauté de la matière, et ceux qui y voient au contraire l'influence des idées. On retrouve en outre la problématique relative à la fonction de légitimation des sciences sociales intégrées à l'outil pénal. V. relativement à la justice actuarielle, P. MARY, « Pénalité et gestion des risques : vers une justice « actuarielle » en Europe ? », *Déviance et Société*, vol. 25, no. 1, 2001, pp. 33-51 ; B. HARCOURT, « Pénalité néolibérale. Exceptionnalisme, autonomie, et pluridisciplinarité dans le droit pénal », *Arch. Phil. Droit*, n°53, 2010, pp. 38-57 ; B. HARCOURT, « Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIXe et XXe siècles » *Actes du colloque « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIXe au XXIe siècle »*, Rev. Sc. Crim, 1-2010, p. 47 ; T. SLINGENEYER, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ pénal/ Penal field* [Online], Vol. IV | 2007 : « Enfin, la dernière réflexion éthique concerne l'existence même de cet article. En effet, en abordant la nouvelle pénologie pour constater et se réjouir de ses limites actuelles, le présent texte ne participe-t-il pas à la réussite de l'« épreuve de souveraineté » d'un *savoir-pouvoir* actuariel dans le domaine de la pénalité ? En effet, si cet article n'a pas réussi à « dégoûter » les lecteurs du *savoir-pouvoir* présenté, c'est l'auteur qui risque d'être « dégoûté » d'avoir consacré un article à dénoncer ce *savoir-pouvoir* sans avoir produit une rupture épistémologique ».

⁷⁵² G. SALLE, « État de droit, État gestionnaire », *Champ pénal/ Penal field* [Online], Vol. III, 2006 ; V. également G. CHANTRAINE, « Dynamique carcérale et critique sociopolitique », *Cosmopolitiques*, 8, 2004, pp. 103-111 ; A. BROSSAT, 2001, *Pour en finir avec la prison*, Paris, La Fabrique.

inégalement répartie, et il en est de même de l'accès au travail rémunéré. Ces deux problèmes sont potentiellement synonymes de troubles sociaux importants. L'industrie de la punition permet d'y faire face et de les gérer. Cette entreprise génère du profit et du travail, en même temps qu'elle exerce un contrôle sur ceux qui risqueraient de troubler l'ordre social »⁷⁵³.

193. Quant à la question du profit, si la privatisation carcérale française demeure relativement restreinte⁷⁵⁴ – contrairement aux États-Unis⁷⁵⁵ ou à l'Angleterre⁷⁵⁶ – ce n'est pas pour autant qu'il faut douter de l'alliance fructueuse entre le capitalisme et le système pénal. Certes, l'appareil pénal coûte cher au contribuable, mais rapporte tout autant aux entreprises privées par l'obtention de marchés publics de construction de prison⁷⁵⁷, de la coercition policière⁷⁵⁸, ou de la pénalité alternative⁷⁵⁹.

⁷⁵³ N. CHRISTIE, *L'industrie de la punition*, AutrementFrontières, 2003, p. 19.

⁷⁵⁴ G. SALLE, « État de droit, État gestionnaire », *Champ pénal/ Penal field* [Online], Vol. III, 2006.

⁷⁵⁵ J. WANG, *Capitalisme carcéral*, Paris, Éditions Divergences, séries : « Cybernétique », 2019.

⁷⁵⁶ K. ALBERTSON, M. CORCORAN, and J. PHILLIPS, (Dir.) *Marketisation and Privatisation in Criminal Justice*. Bristol : Bristol University Press, 2020.

⁷⁵⁷ En France, suite au « plan 15 000 nouvelles places » annoncé par Emmanuel MACRON en 2018, cinq opérations de construction sont engagées, huit établissements classiques et trois prisons expérimentales sont attendues pour 2027 pour un budget total de 4,4 milliards d'euros...

⁷⁵⁸ « Deux grands types de gestion publique de la police se passent le relais à la tête de l'État français et permettent, par leur succession, que s'opère le développement du marché national de la coercition. Le premier, parfois désigné comme "de droit", consiste à développer l'innovation technologique et à doter les policiers de nouvelles armes pour compenser des réductions d'effectifs. Le second type, parfois dit "de gauche", consiste à multiplier les effectifs et à étendre la dotation de ces armes dans la police. L'alternance de ces deux modèles à la tête de l'État permet de soutenir successivement des cycles de recherche/développement et des cycles de fabrication/dotation. La possibilité d'expérimenter régulièrement ces marchandises dans des laboratoires humains, et de mettre en scène médiatiquement leur efficacité, permet ensuite à l'industrie sécuritaire française de s'étendre sur le marché international », M. RIGOUSTE, *La domination policière*, La Fabrique éditions, 2012, pp. 135-136.

⁷⁵⁹ Ainsi, l'attribution du marché public du bracelet électronique à l'entreprise Thalès qui doit d'ailleurs se réjouir d'avoir vu récemment consacrés tant la nouvelle peine principale de « détention à domicile sous surveillance électronique » (Article 131-4-1 du code pénal modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022) que le déploiement du bracelet géolocalisé anti-rapprochement au titre du contrôle judiciaire ou de la condamnation (Décret n° 2020-1161 du 23 septembre 2020 relatif à la mise en œuvre d'un dispositif électronique mobile anti-rapprochement suite à la loi n°2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille). Notons au passage la douce ironie dont fait involontairement preuve l'ancienne ministre de la Justice lorsqu'elle invoque les travaux de Michel FOUCAULT pour justifier l'élargissement du dispositif de surveillance électronique : « La probation, que l'intitulé même de ce colloque semble poser comme l'évolution ultime du système de sanction, est récente dans notre pays. Rappelons comment Michel Foucault, au travers de son ouvrage majeur, "Surveiller et punir", décrit "l'entreprise d'orthopédie sociale" que constitue la prison. Les murs, les portes et les verrous, le processus de constitution des "outils d'incarcération" traduisent l'appréhension sociale de l'enfermement, au fil des siècles. Depuis longtemps la société a donc pensé et mis en œuvre l'emprisonnement. » N. BELLOUBET, discours d'introduction au colloque "L'équilibre des peines : de la prison à la probation", Paris, 13 mai 2019. Quant aux effets réels de cette alternative à l'emprisonnement, V. Les contributions complémentaires de M.-S. DEVRESSE, « Innovation pénale et surveillance électronique : quelques réflexions sur une base empirique », *Champ pénal/ Penal field* [Online], Séminaire Innovations Pénales, 2007 : « La technologie étant ouverte aux usages que l'on peut en faire, il y a lieu de construire, autour des mesures qui y ont recours, de véritables projets dans lesquels des objectifs clairs et précis sont fixés, des limites sont tracées, des modalités d'usage sont précisées [...] Dès lors, lui laisser le soin de produire des effets dans les diverses sphères

194. La question du contrôle est plus complexe et nécessite de bien distinguer ce qui relève du fonctionnement classique du système pénal (A) de ce qui en est une mutation (B).

A. Modernité, normation et effacement de la loi

195. Quelle que soit la finalité attribuée à la pénalité moderne, on peut admettre que l'effet escompté réside globalement dans le fait de donner une direction spécifique à l'action des individus – les détourner du crime, les remettre sur le droit chemin, ou les immobiliser provisoirement. Il s'agit donc d'exercer un *pouvoir* sur leur conduite. Classiquement, ce pouvoir est considéré dans sa dimension répressive, autoritaire et centralisée, c'est-à-dire sous la forme d'une contrainte imposée de l'extérieur en réponse à une transgression ou de sa menace – c'est le principe de la dissuasion⁷⁶⁰. Ce mode d'expression du pouvoir est pourtant précaire

de la justice pénale, sans en réfléchir l'intégration, reviendrait à oublier qu'elle produira nécessairement en retour des effets sur la vie sociale, effets dont la maîtrise nous échappera sans doute plus rapidement » et de F. OLLIVAN, « Le lieu d'assignation à résidence dans le bracelet électronique : un marqueur d'inégalités sociales », *Espaces et sociétés*, vol. 170, no. 3, 2017, pp. 139-156, qui constate que si le bracelet électronique se contente de reproduire les inégalités matérielles, il creuse en outre celles relatives aux inégalités de statut puisqu'il crée une dépendance particulière du prévenu ou du condamné dont la probation dépend du bon vouloir de celui qui l'héberge. Il conclut ainsi, « Certes, contrairement à la prison qui éloigne le condamné, le PSE permet de le maintenir ou de le réinsérer dans un espace de vie quotidien ; mais cet espace n'est pas neutre et renvoie les placés aux inégalités de leur condition sociale ».

⁷⁶⁰ Il est particulièrement difficile d'évaluer l'effet réel de la prévention générale sur la population, tant le nombre de paramètres à prendre en compte est important et tant il varie d'un individu ou d'une situation sociale à l'autre – c'est au fond la question insoluble du libre arbitre ou du déterminisme qui se pose. À la complexité inhérente à l'analyse s'ajoute le peu d'études sur le sujet. Nous ne savons en réalité pas grand-chose de l'effet d'intimidation de la peine et les certitudes que nous avons quant à son efficacité, voire sa nécessité, sont en réalité plus idéologiques qu'empiriques. G. KELLENS résume les quelques éléments qui semblent agir sur son plus ou moins grand effet : 1) l'information sur la peine encourue ou subie, 2) le risque objectif d'être pris et poursuivi, 3) l'aspect clinique de la prévention et notamment la distinction entre les criminels professionnels, inadaptés ou occasionnels dont le rapport à la sanction n'est pas du tout le même. Il conclut « Ainsi, beaucoup d'illusions s'écroulent : la menace de la peine n'apparaît efficace, en principe, que pour les catégories de personnes pour lesquelles elle n'est pas utile », c'est-à-dire ceux qui sont déjà convaincus du bien-fondé de l'interdiction et *qui se contraignent eux-mêmes à ne pas la transgresser*. G. KELLENS, *Punir. Pénologie & Droit des sanctions pénales*, Éditions juridiques de l'Université de Liège, 2000, pp. 91-100. V. pour des conclusions similaires, « la très sérieuse » étude américaine A. BLUMSTEIN, J. COHEN et D. NAGIN (Dir.), *Deterrence and Incapacitation : estimating the effects of criminal sanctions on the crime rates*, Washington, National Academy of Sciences, 1978, citée par C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Éditions d'en bas, 1986, p. 117, et le tout aussi sérieux *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, pp. 77-97. Sur l'aspect sociologique de la contrainte à soi-même, on peut consulter l'étude menée sur le port de la ceinture de sécurité dans les mois suivants l'entrée en vigueur de l'ordonnance l'ayant rendu obligatoire en 1973 (C. MORAND *et al.* *Le port obligatoire de la ceinture de sécurité : hypothèses et données pour l'étude des effets d'une norme*. Genève : CETEL, 1977) : « Quant à la sanction pénale, bornons-nous à signaler notre réserve quant aux effets préventifs généraux que le législateur attribue systématiquement aux dispositions pénales et précisons que, parmi les conducteurs non attachés, 80 % savent parfaitement que leur comportement est passible, théoriquement, d'une amende ! Pour les partisans de la vocation socio-pédagogique de la loi, et singulièrement de la sanction pénale, il y a là matière à réflexion » (p.68). Le point aveugle de la théorie de la dissuasion est de postuler le fait que l'information et la sanction s'adressent à des individus semblables qui vont réagir de la même façon à la norme – les auteurs parlent de « naturalisation » du conducteur (p.67) –. Or, ce que l'on constate au contraire, c'est que *le rapport à la sécurité personnelle varie*

puisqu'il fonctionne sur le prérequis de la violation de l'interdit, soit de son propre échec à imposer un comportement. Il ne saurait en outre garantir longtemps l'ordre qu'il prescrit ; en témoignent les exemples historiques de l'effondrement des dictatures ou l'inefficacité des systèmes n'ayant eu recours qu'à l'usage répété de la force pour se maintenir⁷⁶¹. Il est donc exceptionnel, non pas en raison d'un droit humaniste à la sûreté, mais du fait de sa nocivité pour la survie de la structure elle-même. La vieille conception du pouvoir-conquête, celle qui s'appliquait au souverain sur son territoire et qui découlait des enseignements de MACHIAVEL ne convient pas aux exigences de la modernité⁷⁶².

196. Si ce n'est pas la peur de la sanction qui les dissuade d'agir, comment expliquer alors que l'immense majorité des individus s'appliquent à suivre les règles du jeu social⁷⁶³ ? Quels sont les ressorts de ce respect de la règle qui fait dire à M. MIAILLE que « la répression, est, en quelque sorte préexistence à l'obligation »⁷⁶⁴ ? Pour des idéalistes comme le Doyen CARBONNIER, il faut y lire l'acceptation volontaire d'individus sensibles au caractère rationnel de son utilité⁷⁶⁵. Pour un matérialiste marxien comme M. MIAILLE, il s'agit au contraire d'un

drastiquement d'un individu à l'autre, et plus exactement d'une classe sociale à l'autre : les classes populaires n'accordent pas la même importance à la protection de leur corps que les classes supérieures. « Il est dès lors possible d'admettre que certains comportements situationnels vont dépendre du mode de socialisation, de la position socio-économique et des habitudes corporelles de l'agent qui les détermine. L'égalité dans laquelle certains croient pouvoir modéliser l'automobiliste (notamment par le permis de conduire) est purement formelle, c'est une fiction » (p. 85). Citant L. BOLTANSKI, les auteurs concluent : « Pour les automobilistes, une acquisition différentielle selon les milieux sociaux de la "symbolique automobile" constitue une autre source d'inégalité ». (L. BOLTANSKI, « Les usages sociaux de l'automobile : concurrence pour l'espace et accidents ». *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, no 2/1.975, p. 28).

⁷⁶¹ L.H.C. HULSMAN, « L'évolution de la peine d'emprisonnement aux Pays-Bas », *RDPC*, 57/10, 1977, pp. 865-879 ; M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 102, citant les édits somptuaires. Les lois somptuaires du XVII^e relevaient à la fois de la morale et de l'économie et visaient à lutter contre la Vanité en interdisant le port de vêtements de luxe ou d'autres signes extérieurs de richesse. Toujours plus nombreuses, ciblées et répressives, ces lois n'eurent cependant aucun effet sur la pratique ; « Il fallut attendre le XVIII^e siècle pour que se répande une idée pourtant en germe déjà dans une loi de janvier 1654, mais qui n'avait connu aucun succès alors : le principe d'un impôt somptuaire sur les objets de luxe, qui met fin aux lois somptuaires. Que la grande époque de la Vanité s'achève dans le même temps n'a rien d'une coïncidence. L'impôt indirect sur les produits de luxe faisait entrer la France dans une fiscalité moderne, fondée sur l'intérêt économique et financier de l'État et l'ouverture hors de ses frontières. La conception de ces impôts procède d'un esprit complètement différent, voire opposé, à celui des lois somptuaires issues de la Vanité : la morale du Grand Siècle s'effaçait devant les « lumières » philosophiques et économiques. » (D. COURSE, « La façon de quoi nos lois essayent à régler les folles et vaines dépenses ». *Rôles et limites des lois somptuaires au XVIII^e siècle* », *Littératures classiques*, vol. 56, no. 1, 2005, pp. 107-117.)

⁷⁶² P. LASCUMES, « La Gouvernamentalité : de la critique de l'État aux technologies du pouvoir », *Le Portique* [Online], 13-14, 2004.

⁷⁶³ « Pour tant de procès devant les tribunaux, combien de situations s'organisent en revanche correctement du point de vue du droit, combien de contrats exécutés sans l'apparition d'un huissier ou d'un juge ? » M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 102.

⁷⁶⁴ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 102.

⁷⁶⁵ « L'individu est le plus souvent prêt à accueillir la loi, à se conformer volontairement à elle, parce qu'il en voit l'utilité. Si, dans la circulation routière, tout le monde roule à droite et non à gauche, c'est plutôt volontairement que par contrainte. L'homme est un animal raisonnable, et la raison bien mieux que la crainte lui dicte ce qu'il a à

effet idéologique de la structure, qui induit chez l'individu intégré par la « représentation que le système social se donne de lui-même »⁷⁶⁶ le sentiment de son évidence. Dans cette seconde hypothèse, l'individu est soumis non par la force mais par sa propre conception ou habitude de ce qu'il est possible, acceptable ou désirable de faire. Mais celles-ci ne sont pas spontanées. Elles résultent d'une autre *rationalité* du pouvoir, d'une autre façon de diriger l'action des individus « en déterminant le champ de leurs actions possibles »⁷⁶⁷, que FOUCAULT nomme *gouvernementalité*⁷⁶⁸. Mais, contrairement à M. MIAILLE, FOUCAULT ne résume pas la gouvernementalité à l'idéologie – soit à l'assujettissement des consciences. Il ancre la rationalité moderne du pouvoir dans *le corps* des vivants par le biais d'un *dispositif*⁷⁶⁹ dont la fonction est la création d'un *savoir* :

« Si le pouvoir ne s'exerçait que de façon négative, il serait fragile. S'il est fort c'est qu'il produit des effets positifs au niveau du désir et du savoir. Le pouvoir, loin d'empêcher le savoir, le produit. Si on a pu constituer un savoir sur le corps, c'est au travers d'un ensemble de

faire. Nous éprouvons dans la vie sociale le sentiment d'un rythme qui nous semble plus spontané que contrainte (nomos, en grec, c'est le rythme aussi bien que la loi). » M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 102. Le raisonnement paraît toutefois un peu simpliste et évacue trop rapidement l'aspect sociologiquement différentiel de la contrainte à soi-même que nous avons déjà envisagé. La même étude nuance en outre largement l'hypothèse d'une harmonie entre le rationnel et l'intuitif – que semble induire l'idée du « rythme » –, puisque ses auteurs relèvent que « d'une part la réglementation intervenue accroît nettement le nombre de comportements conformes à la règle ; d'autre part, le désaccord des sujets à l'égard de la valeur qui sous-tend la norme est lui aussi tout aussi flagrant et tout aussi croissant. On obéit plus et on est moins d'accord ! [...] Nous nous contenterons de signaler que ces résultats nourriront les doutes que l'on peut avoir à l'encontre de l'importance du facteur « consensus » parmi ceux qui déterminent le taux d'obéissance aux normes juridiques [...] il n'y a pas beaucoup de corrélation entre le taux d'adhésion à une norme juridique et son taux de respect » (C. MORAND *et al.* *Le port obligatoire de la ceinture de sécurité : hypothèses et données pour l'étude des effets d'une norme*. Genève : CETEL, 1977p. 55).

⁷⁶⁶ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 113.

⁷⁶⁷ B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, pp. 127-189.

⁷⁶⁸ L'étude de la gouvernementalité fait suite à celle de la discipline, lorsqu'après la parution de *Surveiller et Punir*, FOUCAULT va tâcher, lors de son cours au Collège de France de 1977, d'étudier « la manière dont les problèmes spécifiques de la vie et de la population ont été posés à l'intérieur d'une technologie de gouvernement qui, sans avoir, loin de là, toujours été libérale, n'a pas cessé d'être hantée depuis la fin du XVIIIe siècle par la question du libéralisme ». M. FOUCAULT, cité par M. SENELLART. « Situations du cours », in M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au collège de France, 1977-1978*, Seuil, 2004, p. 383. Pour deux analyses du concept dans les liens qu'il entretient avec le droit, V. B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, pp. 127-189 et P. LASCOURMES, « La Gouvernementalité : de la critique de l'État aux technologies du pouvoir », *Le Portique [Online]*, 13-14, 2004.

⁷⁶⁹ *Qu'est-ce qu'un dispositif ?* « Un ensemble résolument hétérogène comportant des discours, des institutions, des aménagements architecturaux, des décisions réglementaires, des lois, des mesures administratives, des énoncés scientifiques, des propositions philosophiques, morales, philanthropiques ; bref, du dit aussi bien que du non-dit, voilà les éléments du dispositif. Le dispositif lui-même, c'est le réseau qu'on établit entre ces éléments [...]. Le dispositif a donc une fonction stratégique dominante [...], ce qui suppose qu'il s'agit là d'une certaine manipulation de rapports de force [...]. C'est ça le dispositif : des stratégies de rapports de force supportant des types de savoir, et supportés par eux » G. DELEUZE, « Qu'est-ce qu'un dispositif ? », in *Michel Foucault philosophe*, éd. Seuil, 1989, pp. 185-195.

disciplines militaires et scolaires. C'est à partir d'un pouvoir sur le corps qu'un savoir physiologique, organique était possible »⁷⁷⁰.

Le savoir est à la fois *constitué par et constitutif du* pouvoir, puisque c'est en fonction des limites qu'il fixe que le sujet va déterminer la façon dont il doit agir.

197. Dans le cadre du dispositif disciplinaire moderne, nous l'avons dit, ce *savoir-pouvoir* agit sur et à partir du corps du condamné, un « corps-machine », qu'il faut dresser à l'exécution répétée d'une tâche. À travers lui, c'est le corps social entier qu'il faut fixer matériellement à l'appareil de production par le biais d'un processus de normation, qui va lui fixer symboliquement, « un modèle optimal »⁷⁷¹ en fonction duquel les conduites sont orientées. La normation disciplinaire est prescriptive, elle oriente les conduites sur le mode de la conformité à une référence externe selon l'opposition obligatoire/interdit. Ce modèle optimal est celui, objectif, du mode de production industriel qui nécessite une « obéissance mécanique »⁷⁷². Dans cette perspective, le droit n'a qu'une place minimale. Il agit comme un médiateur, comme le codeur symbolique de l'interdit – c'est le principe de légalité – d'un modèle qui lui demeure profondément hétérogène. Tout comme le sont d'ailleurs les pratiques qui doivent assurer la transformation de l'individu en vue de son intégration au mode de production – c'est la prison, mais aussi la manufacture, l'école ou l'hôpital.

198. Cette réintégration de la loi par la norme est difficile à percevoir puisqu'elle s'effectue en parallèle de la consécration de droits naturels agissant comme frontière et défense des individus contre l'État. FOUCAULT démontre néanmoins que la doctrine des droits naturels

⁷⁷⁰ M. FOUCAULT, « Pouvoir et corps », *Dits et écrits*, t. 2, Paris, Gallimard, 1975, p. 757. V également, « Il faut plutôt admettre que le pouvoir produit du savoir (et pas simplement en le favorisant parce qu'il le sert ou en l'appliquant parce qu'il est utile) ; que pouvoir et savoir s'impliquent directement l'un l'autre ; qu'il n'y a pas de relation de pouvoir sans constitution corrélatrice d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir. Ces rapports de « savoir-pouvoir » ne sont donc pas à analyser à partir d'un sujet de la connaissance qui serait libre ou non par rapport au système du pouvoir ; mais il faut considérer au contraire que le sujet qui connaît, les objets à connaître et les modalités de connaissance sont autant d'effets de ces implications fondamentales du savoir-pouvoir et de leurs transformations historiques. En bref, ce n'est pas l'activité du sujet de la connaissance qui produirait un savoir, utile ou rétif au pouvoir, mais le savoir-pouvoir, les processus et les luttes qui le traversent et dont il est constitué, qui déterminent les formes et les domaines possibles de la connaissance ». M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, p. 32. V. *Infra* n°206 et s.

⁷⁷¹ B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 134.

⁷⁷² Sur la notion d'obéissance comme mode de contrainte externe propre à la période disciplinaire V. D. KAMINSKI, « Violence et emprisonnement », *RSC*, 2013, p. 46 ; A. EHRENBERG, « De la névrose à la dépression. Remarques sur quelques changements de l'individualité contemporaine », *Figures de la psychanalyse*, vol. n°4, no. 1, 2001, pp. 25-41 ; A. SUPLOT, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n°43, mai 2001, pp. 51-58.

moderne n'est que la continuité d'un dispositif juridique du pouvoir hérité de la théorie du Prince : un souverain qui exerce un rapport de domination sur des sujets sur le modèle du permis et de l'interdit et son corolaire, la possibilité pour le sujet de s'opposer au souverain par l'appareil juridique⁷⁷³. C'est-à-dire que le pouvoir juridique se demande qui a le droit de faire quoi et dans quelle mesure : il pose des limites négatives. Or, FOUCAULT constate que « lorsque cet édifice juridique dans les siècles suivants aura échappé au contrôle royal, lorsqu'il sera retourné contre le pouvoir royal, ce qui sera en question, ce sera toujours les limites de ce pouvoir, et la question concernant ses prérogatives »⁷⁷⁴. La continuité s'effectue d'autant plus facilement que la fonction de légitimation de l'appareil juridique opère suivant les mêmes ressorts conceptuels, ou « échangeurs » : celui de la guerre de tous contre tous, du pacte social, de la nécessité de s'assujettir pour se protéger, et du dédoublement de l'individu, sujet de droit et objet de pouvoir⁷⁷⁵. Or, c'est précisément ce *savoir-pouvoir* qui va permettre, nous l'avons vu, la colonisation de la loi par l'appareil de pouvoir disciplinaire, agissant pourtant selon une toute autre rationalité – celle de l'obligation et de l'interdit, de la prescription et non de la prérogative.

199. Le droit nécessaire à la défense de la société devient le droit utile au fonctionnement du mode de production : « La raison économique a supplanté le droit naturel jusque dans sa naturalité, selon un argument circulaire : elle seule suit le cours naturel des choses, elle seule sert donc de fondement à un exercice du pouvoir efficace qui, s'il est efficace, révèle sa naturalité, et par suite sa légitimité »⁷⁷⁶. Si la fonction idéologique de l'appareil juridique, réactualisée par les Lumières sous la forme des Droits de l'Homme, est ravivée, le droit lui se fait simple relai d'une raison qui n'est plus celle de l'État mais celle de l'appareil de production. Il est une coquille vide, une « forme légitime dans laquelle se coule la norme secrétée par d'autres dispositifs »⁷⁷⁷.

⁷⁷³ B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 44.

⁷⁷⁴ M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société*. Cours au Collège de France, 1976, Seuil, 1997, p. 215.

⁷⁷⁵ « Il s'agit, à chaque fois, d'un sujet qui a des droits de nature (entendu comme des puissances), qu'il cède, auxquels il renonce en tout ou partie, au profit d'un souverain institué par ce transfert, mais qu'il retrouve sous forme de droits civiques. Le sujet de droit est donc irrémédiablement un sujet clivé. » B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 44.

⁷⁷⁶ B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 145 ; « Dans cette optique, il ne s'agira plus de savoir si l'exercice du pouvoir du souverain était a priori légitime, mais de mesurer en fonction du résultat - sur l'enrichissement et la croissance de la population -, si a posteriori son action s'est révélée utile, donc légitime. Le couple réussite/échec se substitua au couple légitime/illégitime pour évaluer l'action gouvernementale ».

⁷⁷⁷ B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 136.

200. Si le droit s’efface, les discours juridiques sur le droit et la peine, la criminologie et les sciences sociales jouent en revanche un rôle de légitimation très important, puisqu’ils vont s’attacher à justifier l’extériorité de la référence fondatrice du processus de normation – par la Raison, La Nature, la médecine, la sociologie – et permettre ainsi d’en masquer le véritable point d’ancrage économique⁷⁷⁸. Durant la période disciplinaire, le dispositif de pouvoir a donc pour finalité *l’intégration d’un sujet* sur lequel il ne suffit plus de *prélever* la richesse – c’est le système de l’impôt féodal qui allait de pair avec l’exercice d’un pouvoir-conquête souverain – mais dont le corps est utilisé pour la *produire*⁷⁷⁹.

B. Néolibéralisme, normalisation et retour du droit

201. Les choses changent néanmoins radicalement durant la période boulimique puisque la production du capital, dématérialisée et mondialisée, n’a plus besoin du corps du sujet. L’individu devient « à lui-même son propre capital, étant pour lui-même son propre producteur, étant pour lui-même la source de ses revenus »⁷⁸⁰, il doit consommer et entreprendre⁷⁸¹. À la statique disciplinaire succède le dynamisme et la fluidité néolibérales, lesquels sont exacerbés par les crises économiques, écologiques et sociales engendrées par un système de production qui ne fonctionne plus en « synergie » avec la population et qui touche les limites de la planète. L’interventionnisme économique étant exclu par les lois du marché, cet état de crise continue et le risque qu’il implique du point de vue du maintien de l’ordre social – et donc de l’appareil de production capitaliste – doit être contenu⁷⁸². Or, la maîtrise du risque social lié aux contradictions du capitalisme se traduit, du point de vue de la gouvernementalité, par le contrôle

⁷⁷⁸ « D’un côté, les règles de droit qui délimitent formellement le pouvoir, et d’un autre côté, l’autre extrémité, ce serait les effets de vérité que ce pouvoir produit, que ce pouvoir conduit, et qui, à leur tour, reconduisent ce pouvoir. Donc triangle : pouvoir, droit, vérité ? » M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, p. 26 ; V. *Infra* n°210.

⁷⁷⁹ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au collège de France, 1977-1978*, Seuil, 2004, p. 8.

⁷⁸⁰ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Seuil, 1979, p. 232.

⁷⁸¹ « Management participatif, groupes d’expression, cercles de qualités, etc., constituent de nouvelles formes d’exercice de l’autorité qui visent à inculquer l’esprit d’entreprise à chaque salarié [...] La contrainte imposée à l’ouvrier n’est plus l’homme-machine du travail répétitif, mais l’entrepreneur du travail flexible. Il s’agit moins de soumettre les corps, de les rendre dociles, que de mobiliser les affects et les capacités mentales de chaque salarié. » A. EHRENBERG, « De la névrose à la dépression. Remarques sur quelques changements de l’individualité contemporaine », *Figures de la psychanalyse*, vol. no4, no. 1, 2001, pp. 25-41.

⁷⁸² « Ne touchons pas à ces lois de marché, mais faisons en sorte que les institutions soient telles que ce soit bien ces lois de marché, et elles seules, qui soient le principe de régulation économique générale, et par voie de conséquence, le principe de régulation sociale. Par conséquent, aucun interventionnisme économique ou le minimum d’interventionnisme économique et le maximum d’interventionnisme juridique » M. Foucault, cité par B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 160.

d'une population-totalité, d'une multitude de « corps-espèce »⁷⁸³ dont il faut prévoir et orienter l'action. Au dispositif disciplinaire succède ainsi le dispositif sécuritaire et avec lui le processus inédit de normalisation qui repose sur un calcul différentiel des risques⁷⁸⁴. Plutôt que d'imposer d'en haut, selon un principe hiérarchique, un modèle de comportement objectif préétabli auquel il convient de se conformer, on fait simplement en sorte de maintenir une sorte de cohésion en anticipant les comportements les plus probables au niveau d'une population considérée dans son ensemble. Le code n'est plus prescriptif (permis/interdit), il est régulateur (tolérable/intolérable)⁷⁸⁵. Se développent ainsi logiquement les sciences actuarielles et la rationalité managériale où « le traitement d'individus est remplacé par le management de groupes, d'agglomérats statistiquement définis »⁷⁸⁶. L'intensification des crises économique, sociale et écologique combinée à l'évolution technologique entraînent en outre la mutation du dispositif sécuritaire, ou plutôt son affermissement autour d'un nouveau dispositif qui n'admet plus la possibilité d'un écart avec la norme : c'est le dispositif de contrôle⁷⁸⁷. Là où les dispositifs précédents, sans nier l'existence du risque social, entendaient simplement le *manager* – c'est-à-dire réduire la possibilité de sa survenance en jouant sur la correction de l'individu⁷⁸⁸ – le dispositif sécuritaire dans sa dernière version ambitionne de le *contrôler*, c'est-

⁷⁸³ Les techniques de régulation du corps-espèce appartiennent à ce que FOUCAULT nomme le « biopouvoir ». B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 131.

⁷⁸⁴ « On établit une morbidité normale statistique, puis on segmente en déboîtant des normalités les unes des autres, avant de rabattre ces normalités périphériques sur la moyenne statistique. Il convient ensuite de tirer les normalités périphériques vers la normalité dégagée de la moyenne statistique. Autrement dit, il s'agit d'un système inverse par rapport à celui des disciplines. Au lieu de poser la norme et de dresser en fonction d'elle, on prend une moyenne statistique à laquelle on fait jouer le rôle de norme au regard des normalités différentielles. » B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 134.

⁷⁸⁵ B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 132.

⁷⁸⁶ D. KAMINSKI, « Troisième leçon : Le management de la pénalité » In D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, Namur : Presses universitaires de Namur, 2010, pp. 75-92.

⁷⁸⁷ G. DELEUZE, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *Pourparlers*, mai 1990. V. néanmoins F. BOULLANT, « Michel Foucault, penseur des "disciplines" », in P. ANCEL et J. MORET-BAILLY (Dir.) *Vers un droit commun disciplinaire ?* Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2007, p. 49. L'auteur critique le fait que DELEUZE se soit « autoproclamé » penseur de la société de contrôle, là où il s'agit en réalité d'un attribut et d'une évolution naturelle des sociétés disciplinaires...

⁷⁸⁸ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 50. Pour l'auteur, la nouveauté ne viendrait donc pas de l'intégration de la gestion du risque au dispositif de pouvoir, mais du degré de tolérance vis-à-vis de lui. On trouve une interprétation similaire chez deux autres auteurs, pour lesquels le « risque » est une notion vide : « bien qu'il soit le socle d'une forme singulière de savoir, un "risque" n'a pas de signification en soi : il ne prend réellement sens qu'en s'insérant dans des logiques d'action et des rationalités spécifiques qui elles constituent le véritable horizon de l'analyse » J.-F. CAUCHIE et G. CHANTRAINE, « De l'usage du risque dans le gouvernement du crime », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. II, 2005, consulté le 20.06.2021. C'est aussi ce que démontre, quoi que d'une autre façon, Philippe ROBERT lorsqu'il reprend l'instrumentalisation, dès le XIX^e siècle, des discours sur la récidive et l'insécurité pour renforcer l'appareil répressif : « Sur le second versant du siècle, ce n'est plus le même récidiviste qui retiendra l'attention : on s'enrage désormais en pensant au mendiant, au vagabond, au voleur de poules endurci... Que le casier judiciaire permet maintenant de repérer. C'est que cette montée en puissance de l'obsession pour la récidive prend place dans une réorganisation de l'économie classique de la peine : on se convainc que certains restent insensibles à sa force dissuasive car ils échappent à la rationalité qui caractérise le bon citoyen. Le petit récidiviste impénitent

à-dire d'intervenir en amont de l'action des individus pour court-circuiter la possibilité même d'un choix de leur part⁷⁸⁹ et opérer ainsi « le repli du devoir-être sur le pouvoir-être »⁷⁹⁰. Inutile, dans la nouvelle conjoncture, de s'entêter à justifier la transformation de corps improductifs. Inutile également d'avoir recours au codage légal d'un modèle industriel dépassé⁷⁹¹. L'adhésion aux comportements de consommation et d'entreprise, comme le rejet collectif des « déchets » et « dynamites » sociaux⁷⁹², sont du reste bien plus efficacement assurés par l'outil médiatique en synergie avec le nouveau *savoir-pouvoir* actuariel. Paradoxalement néanmoins, le droit comme l'État sont revalorisés : le premier crée les conditions d'une liberté économique en perpétuelle reconfiguration⁷⁹³ et dont l'exercice produit en retour la légitimation de l'État nécessaire à la centralisation de la fonction de contrôle⁷⁹⁴. Les deux sont toujours soumis à la rationalité économique qui en dicte les orientations, mais ils lui sont dorénavant nécessaires non seulement du point de vue idéologique – par l'écran du pacte social – mais aussi matériel – par la production de la *liberté commerciale*⁷⁹⁵.

fournit par son obstination l'exemple même de ces "dégénérés" qui menacent l'état moral de la nation. Puisqu'il paraît décidément inamendable, on rêve plus ou moins ouvertement de l'éliminer ; cependant, la modestie de ses méfaits ne facilite pas l'adoption de mesures radicales qui paraissent disproportionnées ; heureusement, sa récurrence ouvre une issue si on en fait une preuve de dégénérescence ». P. ROBERT, « Peine, récurrence et crise sécuritaire », in F. TULKENS, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN (Dir.), *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Larcier, 2011, p. 260-2611.

⁷⁸⁹ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 75.

⁷⁹⁰ B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 177.

⁷⁹¹ « Il ne s'agit pas tant de rendre utile le délinquant en le réinsérant que de calculer les seuils en deçà desquels une peine a un effet économique significatif et ceux où elle a un coût trop élevé par rapport au taux de criminalité » B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 130.

⁷⁹² Notons la proximité de la catégorie de V. VEGH WEIS avec celle de « virus » ou de « pirate » que B. MAZABRAUD déduit de la phrase de G. DELEUZE sur les sociétés de contrôle : « Les sociétés de contrôle opèrent par machines de troisième espèce, machines informatiques et ordinateurs dont le danger passif est le brouillage, et l'actif, le piratage et l'introduction de virus. ». B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 180.

⁷⁹³ « Cette gouvernance économique se distingue de celle proposée par les libéraux classiques. Pour ces derniers, le problème principal concernait les conditions d'instauration, au sein d'un État historiquement donné, d'un espace de liberté qui serait le marché. Pour les néo-libéraux allemands, il en va différemment. Il s'agit de cerner comment régler l'exercice global du pouvoir sur les principes de l'économie de marché. Dans cette optique, la concurrence est un objet à construire. Plutôt que le "laisser-faire", il convient de mesurer une intervention vigilante afin qu'une structure concurrentielle pure soit à la fois créée et pérenne » B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 157.

⁷⁹⁴ M. SENELLART. « Situations du cours », in M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au collège de France, 1977-1978*, Seuil, 2004, p. 382.

⁷⁹⁵ « Le libéralisme formule ceci, simplement : je vais te produire de quoi être libre. », M. FOUCAULT, cité par B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 152 ; V. également, s'agissant de l'impact de cette « surdétermination économique » sur le droit administratif français « Ainsi qu'on a eu l'occasion de l'écrire ci-dessus, le nouveau droit de l'action publique se construit, au nom du "principe de réalité", dans la reconnaissance des exigences ou encore des nécessités de l'économie. Avec cette surdétermination économique du droit, les notions d'administration et de service public donnent accès à l'action publique marchande. » J. CAILLOSSE, « "Surdétermination économique" du droit et nouvelles figures du service public », *Politiques et management public*, Vol 29/3, 2012, 305-324.

202. Mais cette liberté boulimique est loin d'être synonyme d'émancipation. L'individu doit certes être autonome pour être à l'initiative de projets mais il est soumis au contrôle permanent d'un système social en crise. Il doit être suffisamment intégré pour avoir envie de consommer mais demeure fondamentalement exclu d'une économie non régulée. Il reste donc assujéti, non plus par la contrainte externe qui correspondait à celle de l'obéissance à la machine, mais par son propre engagement, son allégeance⁷⁹⁶ au système social. Seul responsable de lui-même mais privé des moyens nécessaires à son épanouissement, l'individu contrôlé est un sujet dépressif⁷⁹⁷, sommé de s'imputer la violence qu'il subit, en multipliant ainsi les effets⁷⁹⁸. Ce retour à la vassalité dans les consciences⁷⁹⁹ se double, sur le plan des

⁷⁹⁶ « Le sujet d'allégeance obéit à son propre engagement et non à l'ordre de l'autre. L'allégeance consiste donc à "bien se contraindre", à se montrer porteur d'une norme qui traduit "la valorisation sociale des explications et comportements préservant l'environnement de toute remise en question" et assurant la pérennité de cet ordre social ». (Citant B. GANGLOFF, « L'internalité et l'allégeance considérées comme des normes sociales : une revue », *les cahiers de psychologie politique*, n°2, oct. 2000). Contre celui qui n'aura pas été à la hauteur de la violence gouvernementale (enjoint d'agir comme un puissant, mais sans ressources), la violence usuelle de l'institution s'exercera d'autant plus confortablement, légitimité par l'incapacité du sujet à respecter les termes de son engagement unilatéral ». A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n°43, mai 2001, pp. 51-58 ; D. KAMINSKI, « Violence et emprisonnement », *RSC*, 2013, p. 461.

⁷⁹⁷ A. EHREBERG, *La Fatigue d'être soi. Dépression et société*, Odile Jacob, Paris, 1998 ; « De la discipline à l'initiative et de l'interdit au choix total, l'individualité est prise dans la question de ce qu'il est possible de faire et non dans celle de ce qu'il est permis de faire. La question de l'action est non pas : ai-je le droit de le faire ? mais : suis-je capable de le faire ? Nous sommes désormais profondément engagés dans une expérience commune où la référence au permis est emboîtée dans une référence au possible. De là l'invocation obsédante des limites que le sujet devrait s'imposer à lui-même pour rester un sujet, c'est-à-dire un type de personne correspondant à nos convictions normatives – et les raisons pour lesquelles nous adoptons ces convictions ne sont pas claires. Invocation dont la place inflationniste de la drogue, des dépendances et du dopage, toutes ces conduites de dépassement de soi, est un des marqueurs » A. EHREBERG, « De la névrose à la dépression. Remarques sur quelques changements de l'individualité contemporaine », *Figures de la psychanalyse*, vol. no4, no. 1, 2001, pp. 25-41.

⁷⁹⁸ « Il n'est guère de plus violente forme de domination que celle qui considère le faible comme un puissant, faisant appel à des ressources dont la gouvernementalité ici décrite oublie l'inégale répartition » D. KAMINSKI, « Violence et emprisonnement », *RSC*, 2013, p. 461 ; « Pour cette nouvelle anthropologie criminelle, le sujet est considéré en lui-même, séparé des autres : il n'est compris que "par le biais, l'aspect, l'espèce de réseau d'intelligibilité de son comportement qui fait que c'est un comportement économique". Non parce que l'approche néolibérale pense qu'on puisse le réduire à cette dimension économique mais parce qu'elle est "ce par quoi l'individu va devenir gouvernementalisable, ce par quoi on va avoir prise sur lui". Il vaut mieux, en d'autres termes, s'adresser à ses intérêts qu'à son sens moral. La différence entre ce sujet entrepreneur de lui-même du néolibéralisme et le partenaire de l'échange du libéralisme classique, c'est la solitude qui est postulée d'emblée » A. GARAPON, « Un Nouveau Modèle De Justice : Efficacité, Acteur Stratégique, Sécurité. », *Esprit*, no. 349, 2008, pp. 98–122. L'auteur en déduit l'émergence d'un « libéralisme autoritaire », dont il creuse les ressorts avec Denis SALAS dans l'ouvrage A. GARAPON et D. SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem, leçons d'Outreau*, Paris, Éd. Le Seuil, coll. Débats, 2006, 167 p ; V. Enfin, dès 1981, « Cette stratégie mène en effet vers "une démocratie autoritaire", vers une société où la barrière qui divise la population protégée de la zone toujours plus large de marginalisation et d'exclusion de la dynamique du marché officiel du travail devient de plus en plus haute. Dans cette situation, la "déviance" cesse d'être une occasion diffusée dans tout le tissu social, pour sélectionner une population criminelle restreinte, comme l'indique Foucault, pour se transformer en statut normal de personnes non protégées, c'est-à-dire de ceux qui ne sont pas sujets mais seulement objets du nouveau pacte social » A. BARATTA, « Remarques sur la fonction idéologique du pénitencier dans la reproduction de l'inégalité sociale », *Déviance et société*, Vol. 5, n°2, 1981, pp. 113-131.

⁷⁹⁹ « Le propre des contrats de dépendance est d'assujettir l'activité d'une personne aux intérêts d'une autre. Le contrat de travail en demeure le parangon, mais la formule qui y a été inventée - la subordination librement consentie - est en perte de vitesse, car la subordination ne suffit plus à satisfaire les besoins des institutions qui

stratégies punitives, d'une régression vers les formes de contrôle de la phase d'accumulation primitive⁸⁰⁰ – du XVe au XVIIIe siècles. Le carcan industriel avait permis de diffuser la normation en de multiples instances et réduire l'ingérence de l'appareil répressif dans les pratiques quotidiennes. La disparition progressive de l'appareil disciplinaire renvoie au dispositif qui précède sa naissance : celui d'une pénalité d'urgence, qui s'assure promptement et fermement du maintien de l'ordre social mis en péril par le criminel, individu « malveillant, rationnel et calculateur »⁸⁰¹ dont les circonstances personnelles, relevant elles-aussi d'une responsabilité purement individuelle, sont rarement considérées ou seulement pour aggraver sa répression. Deux autrices le soutiennent néanmoins, si cette régression est notable, elle l'est moins par la transformation radicale des formes de pénalité – qui, au fond, suit toujours la même stratégie d'ensemble⁸⁰² – que par le fait que ses objectifs réels soient aujourd'hui pleinement

rejetent le modèle pyramidal pour la structure en réseau. De facture féodale (comment ne pas penser à la vassalité ?), le réseau n'a que faire de la simple obéissance aux ordres. Il lui faut s'assujettir des personnes sans les priver de la liberté et de la responsabilité qui font l'essentiel de leur prix ». A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n°43, mai 2001, pp. 51-58. Pour un constat similaire, bien qu'en déduisant une progression plutôt qu'un retour en arrière, « Plus fondamentalement, ce phénomène participe de ce que Marcel Gauchet appelle désormais la "société du marché" : alors que, hier encore, les intérêts avaient à se légitimer comme parcelles d'un intérêt commun (ils apparaissaient comme les composantes d'une institution sociale, les éléments d'un compromis social préétabli par la loi), ils sont aujourd'hui reconnus légitimes par eux-mêmes, libres de jouer sans souci de la composition d'ensemble, invités à se maximiser chacun sans référence à un intérêt général devenu évanescant - où se retrouve l'image du marché sur lequel se confrontent "librement" les offres et les demandes, dans l'attente d'un hypothétique ajustement d'ensemble automatique. Dans ce contexte, explique Gauchet, le marché se donne comme " modèle général des rapports sociaux ", et le droit, plutôt que de passer par l'intervention formatrice du législateur, prend la forme privilégiée de " l'autorégulation " » F. OST et M. van de KERCHOVE. « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 44, no. 1, 2000, pp. 1-82 ; Pour une confrontation des deux approches, V. A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris : Seuil, 2010, pp. 103-108 et s.

⁸⁰⁰ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 199 et p. 265.

⁸⁰¹ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 259.

⁸⁰² « Le modèle caché suit le modèle des formes précédentes de sélectivité criminelle. Les fonctions latentes ont été orientées vers la neutralisation des secteurs sociaux problématiques, le contrôle des indigents modernes, la fragmentation de la classe ouvrière, la promotion d'une "industrie du contrôle de la criminalité" et le contrôle omniprésent de l'ensemble de la société » V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 266; Pour Barbara HUDSON, (B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003) les transformations actuelles découlent de la capacité réflexive de la modernité vis-à-vis de ses propres contradictions et des risques qu'elle engendre pour elle-même, laquelle serait la clé de voute du système des Lumières. (p. 44) La gestion du risque social, loin d'être un élément de nouveauté, servirait donc de point d'appui à l'organisation de la pénalité moderne (p.45), que les discours sur l'insécurité et l'identification d'une « classe dangereuse » viendraient déjà rétroactivement justifier (p.52 et p. 56) ; Sur la porosité des frontières entre dangerosité et culpabilité et le caractère constant du recours à la notion V. M. VAN DE KERCHOVE, « Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité », in C. DEBUYST (Dir.), *Dangerosité et justice pénale*, Masson – Médecine et hygiène, 1981, pp. 291-309 ; J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal/ Penal field* [Online], Vol. V, 2008 ; Ce qui ne signifie pas, bien entendu, qu'il n'existe pas un réel effet d'érosion du droit pénal classique, mais simplement que celui-ci est moins lié à une rupture brutale qu'à l'évolution naturelle d'un système dont la dialectique fondatrice ne pouvait être perçue avant que s'impose le « paradigme de la complexité » contemporain, V. F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, « D'où viennent les flous du pénal ? Les déplacements de l'objet et du sujet », in Y. CARTUYVELS et al., *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Ostrive*, L'Harmattan, 1998, pp. 131-141.

assumés : « Bien qu'il n'y ait rien de nouveau dans la conscience craintive du risque, il y a quelque chose de nouveau dans le fait de placer la responsabilité du risque sur les individus de façon aussi univoque [...] Ce qui est nouveau, peut-être, c'est la réunion du langage actuariel et probabiliste du risque et du langage moral de la faute »⁸⁰³. La formulation explicite du contrôle pénal est autorisée par quatre phénomènes interdépendants dont le détail a déjà été étudié mais que nous rappelons⁸⁰⁴ : 1) L'adhésion culturelle des classes défavorisées au rêve américain, qui personnalise le risque à l'ordre social capitaliste⁸⁰⁵ 2) La facilité avec laquelle le sentiment de peur peut être répandu, du fait de l'expansion des médias de masse⁸⁰⁶ 3) L'utilisation de données « légitimes » pour justifier rétroactivement l'intensification des contrôles des zones d'exclusion⁸⁰⁷ 4) La diffusion de la contrainte structurelle du profit, qui, touchant les classes de manière indifférenciée, entraîne un sentiment latent de frustration et d'angoisse qui facilite l'instrumentalisation du risque social⁸⁰⁸.

203. Le droit pénal postmoderne n'existe donc pas. Il n'y a ni rupture, ni dérapage, ni possibilité de revenir en arrière. Il faut admettre la disparition du plein emploi et de la croissance et avec elle celle de la légalité et de la réhabilitation. Le droit pénal des Lumières – qui n'a en fait jamais été appliqué⁸⁰⁹ – n'est pas un *idéal*⁸¹⁰ mais un *effet*, une adaptation de l'appareil

⁸⁰³ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, pp. 52-53.

⁸⁰⁴ V. *Supra* n°190.

⁸⁰⁵ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 187.

⁸⁰⁶ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 266.

⁸⁰⁷ V. VEGH WEIS, *Marxism and criminology. A history of criminal selectivity*, Haymarket Books, 2017, p. 270.

⁸⁰⁸ T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action. Towards a strategy under late capitalism*, Academic Press, 1980, p. 218 ; p. 221 : « Par le fait que nous ne voyons pas la contrainte, et que nous ressentons la détresse - sans pouvoir l'indiquer, la répression de notre propre époque est dissimulée. Par le fait que notre destin ne peut être séparé de celui de la classe supérieure, les classes sociales sont liées entre elles. Et parce que la situation de la classe supérieure est régie par une logique systémique extérieure à sa propre domination, la responsabilité du développement, s'il tourne mal, sera pulvérisée... ».

⁸⁰⁹ Puisque la théorie de BECCARIA s'est immédiatement trouvée colonisée par la pratique pénitentiaire, colonisation rendue possible par la convergence de rationalité entre la théorie et la pratique que cristallise le recours à la figure commune de l'ennemi-social. V. *Supra* n° 147 et s.

⁸¹⁰ V. très récemment A. SIMON, « La dystopie d'un monde sans peine », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2, no. 2, 2021, pp. 275-296, pour laquelle la dimension rétributive de la peine aurait été oubliée et devrait être rappelée afin que se régénèrent les principes protecteurs de légalité supposément pensés pour l'encadrer. Pour un point de vue sociologique sur les doctrines pénales de l'ennemi et la façon dont elles interagissent vis-à-vis des théories classiques, V. D. LINHARDT et C. MOREAU de BELLAING. « La doctrine du droit pénal de l'ennemi et l'idée de l'antiterrorisme. Genèse et circulation d'une entreprise de dogmatique juridique », *Droit et société*, vol. 97, no. 3, 2017, pp. 615-640 : « Elles concourent ainsi à traiter les instruments mis en œuvre dans la lutte contre le terrorisme comme des mauvaises mesures, potentiellement génératrices d'injustices graves, qui sont fondées sur de fausses justifications – celles que fournissent non seulement les zélés du droit pénal de l'ennemi, mais aussi tous ceux qui en reprennent certains éléments et s'en inspirent sans nécessairement en être conscients. L'objectif pratique de cette modalité critique est alors de réduire le droit pénal de l'ennemi à un faux droit, un droit "non existant" comme il y a des "objets non existants", fruit d'une obstination dans l'erreur et dans l'idéologie. ».

répressif aux besoins économiques d'une époque aujourd'hui largement révolue. Pas plus que nous ne reviendrons au mercantilisme ou au travail à la chaîne, nous ne reviendrons à la pénalité classique. Le droit pénal ne s'est jamais joué sur le terrain de la cohérence intellectuelle ou du respect de principes idéaux et les doctrines qui continuent de le postuler en regrettant ce qui s'en éloigne ne participent qu'à légitimer la totalité qui le produit. La même remarque s'applique à ceux qui regrettent la domination de *l'État de police* sur *l'État de droit*⁸¹¹. Il n'y a qu'un État moderne, qui n'est pas un simple instrument du système socio-politique mais la *forme libérale du pouvoir*⁸¹². Le droit qu'il engendre est quant à lui entièrement conditionné par la rationalité économique qu'il soutient en retour⁸¹³, jusque dans sa *forme* abstraite et générale qui dissimule les rapports de pouvoir qui le fondent⁸¹⁴.

204. Rapports de pouvoirs que les juristes, par l'adaptation et la reproduction des savoirs dominants sur le crime et le criminel participent à masquer et donc à naturaliser.

⁸¹¹ E. ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009, p. 43.

⁸¹² « L'État n'est pas un instrument au service d'un système socio-politique, il est ce système » M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 153. Il ajoute : « Le seul juriste, auteur de manuel, qui soit à notre connaissance lucide sur ce point est sans conteste J. Carbonnier. Lorsqu'il écrit, à propos des personnes morales, que "l'État est un concept irréductible à tout autre. Il n'est pas dans le système de droit ; il est ce système" » ; Si, « dès le XVIII^e siècle, la raison d'État fut repensée sous l'angle d'une rationalité économique », aujourd'hui « Ce n'est plus l'État qui s'auto-limite par le libéralisme, c'est l'exigence d'un libéralisme qui devient fondateur d'État » FOUCAULT cité par B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, pp. 127-189.

⁸¹³ « Chaque intervention sécuritaire crée donc des effets perturbateurs eux-mêmes à sécuriser. Dans cette optique, le droit est une sorte de pharmakon (à la fois mal et remède), mais n'a aucune prise sur la logique sécuritaire. Et, dans cette entropie, l'homo juridicus se voit toujours plus replié sous la figure hétérogène de l'homo oeconomicus. » B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, p. 172.

⁸¹⁴ « Jamais n'apparaît l'épaisseur de relations qui ne sont pas voulues, de choses auxquelles les hommes seraient liés, de structures contraignantes mais invisibles. Ce rapport croisé entre la forme valeur et la forme juridique (telle que la notion de norme et celle de personne l'expriment) me paraît éminemment significatif. Le système juridique de la société capitaliste se caractérise par une généralisation de la forme abstraite de la norme et de la personne juridiques. » M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 107 ; V. Également « Le sujet de droit n'était pas une sublime abstraction de l'homme, une façon de lui reconnaître des qualités et des valeurs individuelles pour faire de lui le modèle d'une humanité juste, généreuse, ouverte au monde ; il n'était que la Forme que revêt la marchandise pour pouvoir circuler. » B. EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique*. Hermann éditeurs, 2007, p. 236, exposant la pensée Marxienne ; ou encore « le dépérissement de certaines catégories (de certaines catégories précisément et non pas de telle ou telle prescription du droit bourgeois) ne signifie en aucun cas leur remplacement par les nouvelles catégories du droit prolétarien. De même, le dépérissement des catégories de la Valeur, du Capital, du Profit, etc. dans la période de transition vers le socialisme évolué, ne signifie pas l'apparition de nouvelles catégories prolétariennes, de la Valeur, du Capital, etc. Le dépérissement des catégories du droit bourgeois signifiera dans ces conditions le dépérissement du droit en général, c'est-à-dire la disparition du moment juridique des rapports humains » B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-P. BROHM, Paris, E.D.I, 1971, p. 50.

Section 2. (Non) évolution des savoirs pénaux

205. « Penser le droit comme un produit du législateur et appliqué par le juge est nettement insuffisant : ce n'est jamais qu'une image, celle de la société libérale de la fin du XVIII^e siècle. Il paraît pour le moins peu scientifique de s'en tenir à cette image. C'est pourtant ce que font sans hésitation nos juristes " introduisant " au droit. Cette simplification, qui est le fruit d'une domination idéologique de type bourgeois, ne résiste pas à l'examen »⁸¹⁵ ; c'est donc précisément à celui-ci qu'il convient de procéder, en relisant d'abord les enseignements foucauldien sur les origines politiques du savoir (§1), pour en déduire, le rôle prépondérant des doctrines juridiques (§2), pénales et criminologiques (3), et finalement des structures mêmes de l'Université (§4) dans la reproduction et la légitimation des rapports de domination que tentent maladroitement de cacher les conceptions dominantes de la juridicité.

§1. Méthode archéologique et obstacles épistémologiques

206. À travers la notion de *savoir-pouvoir*, FOUCAULT démontre comment le pouvoir institue un certain type de savoir qui va rétroactivement en confirmer la légitimité et orienter l'action de populations gouvernées – ainsi la prison dont la forme correspond à un besoin concret du capitalisme naissant et qui va en retour produire un certain type de savoir, la « science des prisons », ancêtre de la criminologie, ayant pour effet d'en justifier théoriquement l'opportunité et la naturalité⁸¹⁶. Le dispositif de pouvoir est donc l'« instance productrice de la pratique discursive »⁸¹⁷, le discours étant entendu au sens large comme énoncé ou contenu de connaissances. Il serait toutefois absurde de postuler un accord explicite entre tous les juristes, en connivence avec le capitalisme, pour maintenir en l'état l'appareil répressif, ou encore d'imaginer qu'aucun ne voit les problèmes que celui-ci pose concrètement. Pourtant, il paraît tout aussi absurde à l'immense majorité d'entre nous de renoncer à un appareil carcéral dont les fonctions continuent de sembler nécessaires en dépit de ses échecs répétés. Pour expliquer ce phénomène, FOUCAULT formule l'hypothèse suivante : « Il n'y a en fait de création possible, d'innovation possible, on ne peut dans l'ordre du langage ou dans l'ordre du savoir produire

⁸¹⁵ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 260.

⁸¹⁶ M. FOUCAULT, *La société punitive, Leçon du 24 janvier 1973*, Seuil, 2013 p. 80 et M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, Gallimard, 1975, pp. 239-256 où l'auteur revient en détail sur le rôle de Charles LUCAS, cofondateur de la Société générale des prisons, qui va, dans de nombreux ouvrages, tâcher de trouver les moyens objectifs et rationnels de la meilleure correction pénitentiaire ; V. *Supra* n°170.

⁸¹⁷ M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969, p. 15.

quelque chose de nouveau qu'en mettant en jeu un certain nombre de règles qui vont *définir l'acceptabilité ou la grammaticalité des énoncés* ou qui va *définir dans le cadre du savoir la scientificité des énoncés* »⁸¹⁸. Il existerait donc une sorte de *grille de lecture inconsciente* prédéterminant ce qu'il nous semble acceptable ou non de considérer comme vrai. Avant de s'intéresser spécifiquement à la naissance de la prison – à sa *généalogie*⁸¹⁹ –, FOUCAULT envisage cette grille de lecture comme le produit d'une façon de concevoir le monde propre à une civilisation donnée. Il nomme cette grille de lecture *épistémè*⁸²⁰, puis « système de positivité »⁸²¹ ou « système de rationalité »⁸²² et la méthode qui consiste à en étudier les règles de formation l'« archéologie du savoir »⁸²³. Le système de positivité renvoie donc à un ensemble d'éléments (objets, discours, pratiques...) qui se forment autour d'une même thématique et qui vont lui donner l'apparence d'une *cohérence rationnelle*. C'est-à-dire donner l'impression que le discours ou les pratiques produites sont *les bonnes* et que la vérité de leur adéquation découle d'une opération consciente de l'esprit. Dans cette représentation idéaliste, le sujet est libre et capable de saisir spontanément le réel et d'y déceler l'évidence, aidé dans cette tâche par la progression de la Raison à travers les époques. Le système de positivité se confond alors avec le paradigme⁸²⁴ et s'inscrit dans une évolution linéaire et naturelle des savoirs. Or, ce que FOUCAULT entend démontrer, c'est au contraire sa contingence à un contexte socio-historique déterminé et avec lui, la contingence du codage inconscient selon lequel nous sélectionnons des objets d'études et « découpons »⁸²⁵ sur eux ce qui relèverait de la science, par opposition à la simple croyance ou conviction. Substituant à l'archéologie du savoir la

⁸¹⁸ M. FOUCAULT, lors du débat télévisé opposant, en 1971, FOUCAULT à Noam CHOMSKY : <https://www.youtube.com/watch?v=OY93gHVynaY> (21'48) et commenté dans l'article suivant : P. VIRNO « Histoire naturelle. Le débat entre Chomsky et Foucault sur la « nature humaine », *Rue Descartes*, 2015/4 (N° 87), p. 84-100).

⁸¹⁹ C'est tout l'objet de *Surveiller et punir* que de retracer la *génése* de la prison.

⁸²⁰ Il distingue ainsi trois épistémès, celle de la Renaissance et du XVIe siècle, celle de l'époque classique et celle de l'époque moderne. M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

⁸²¹ M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, t. I, Gallimard, 1994, p. 723.

⁸²² P. SAUVETRE, « Michel Foucault : problématisation et transformation des institutions », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], 17, 2009, consulté le 13.06.2021.

⁸²³ M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969.

⁸²⁴ Le paradigme selon KUHN est un postulat conscient et volontaire qui résulte d'un consensus de la communauté scientifique sur des acquis à partir desquels peuvent être menées d'autres expériences : T.S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983, « les paradigmes, c'est-à-dire les découvertes scientifiques universellement reconnues qui, pour un temps, fournissent à une communauté de chercheurs des problèmes types et des solutions. » (p. 11). « Les hommes dont les recherches sont fondées sur le même paradigme adhèrent aux mêmes règles et aux mêmes normes dans la pratique scientifique. Cet engagement et l'accord apparent qu'il produit sont des préalables nécessaires de la science normale, c'est-à-dire de la genèse et de la continuation d'une tradition particulière de recherche. » (p. 30) « L'établissement d'un paradigme apporte à une communauté scientifique, entre autres choses, le moyen de choisir des problèmes dont on peut supposer qu'ils ont une solution, tant que l'on tient le paradigme pour acquis. » (p. 63).

⁸²⁵ M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969, p. 241.

généalogie, FOUCAULT déplacera l'objet de ses recherches du système de positivité – la grille de lecture – au dispositif de *savoir-pouvoir* qui en fournit les règles de formation et l'ancre plus directement « dans des formes sociales, dans des rapports de production, dans des luttes de classes »⁸²⁶ et donc dans des rapports de domination⁸²⁷.

207. La méthode archéologique ne perd pas pour autant son intérêt. Elle impose au chercheur une attitude sceptique vis-à-vis des catégories du vrai et du faux qu'il prend normalement pour acquis – pour *paradigme* – et qui s'articule autour de la problématique suivante : « *comment se fait-il que tel énoncé soit apparu et nul autre à sa place ?* »⁸²⁸. Ainsi, elle permet d'éviter ce que Pierrette PONCELA nomme les « trois poncifs de l'histoire des idées », à savoir l'*originalité*, la *cohérence* et le *changement*⁸²⁹. Le postulat de l'originalité consiste à sélectionner le discours savant en fonction de sa nouveauté, ce qui aboutit à hiérarchiser les auteurs suivant leur inventivité. Celui de la cohérence implique de chasser les contradictions éventuellement présentes dans l'énoncé d'un auteur pour pouvoir l'inscrire dans une unité discursive plus large⁸³⁰. Celui du changement, enfin, entend relier les discours entre eux, dans une sorte de transition continue et naturelle. Pour l'autrice, « l'analyse archéologique des transformations n'est rapportable ni au modèle théologique de la création, ni au modèle psychologique de la prise de conscience, ni au modèle biologique de l'évolution »⁸³¹. Le prisme du *changement*, considéré trop abstrait, trop lourd de biais, est remplacé par celui des *transformations*, des mutations concrètes qui modifient *notre façon même de connaître*. La méthode archéologique permet ainsi de *despécifier le savoir à prétention de vérité*⁸³², de le « reprendre comme pratique parmi d'autres pratiques »⁸³³ et d'élargir son champ. Appliqué au domaine pénal, celui-ci se trouve alors « tout autant investi dans des théories, des spéculations,

⁸²⁶ M. FOUCAULT, *Débat entre Michel Foucault et Noam Chomsky sur la nature humaine*, Eindhoven, 1971, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=OY93gHVynaY>, 27'31.

⁸²⁷ F. VAZQUEZ GARCIA, « La tension infinie entre l'histoire et la raison : Foucault et Bourdieu », *Revue internationale de philosophie*, vol. 220, no. 2, 2002, pp. 343-365.

⁸²⁸ M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969, p. 39

⁸²⁹ P. PONCELA, « L'archéologie du savoir juridique », *Archives de philosophie du droit*, t.33, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, p. 173.

⁸³⁰ C'est typiquement le cas lorsque les juristes mobilisent DURKHEIM V. *Supra* n° 143 et *Infra* n°245.

⁸³¹ P. PONCELA, « L'archéologie du savoir juridique », *Archives de philosophie du droit*, t.33, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, p. 174.

⁸³² Ce qui ne signifie pas pour autant que FOUCAULT nie toute possibilité d'un savoir objectif ou « scientifique » : « Loin de relativiser la valeur épistémologique de tous les savoirs en les voyant comme de simples créations du pouvoir, les études de Foucault établissent une distinction de degré entre les disciplines qui ont autonomisé leurs règles du jeu face au milieu politique et celles dont la dépendance continue à prévaloir » F. VAZQUEZ GARCIA, « La tension infinie entre l'histoire et la raison : Foucault et Bourdieu », *Revue internationale de philosophie*, vol. 220, no. 2, 2002, pp. 343-365. Et dont la criminologie fait éminemment partie...

⁸³³ M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969, p. 243.

des formes d'enseignement, des discours politiques, que dans des procédés, des techniques, l'activité délinquante elle-même, le geste du surveillant de prison ou la façon pour le juge d'instruction de mener l'information »⁸³⁴. Il ne s'agit donc plus de penser le savoir par sa frontière vis-à-vis des autres disciplines – le droit pénal, la criminologie, la sociologie, la psychologie, la philosophie, la politique criminelle –, mais par ce qui le relie à un système de positivité ou un dispositif de pouvoir historiquement déterminé⁸³⁵.

208. C'est, en des termes différents, une méthode tout à fait similaire à celle que M. MIALLE entreprend d'appliquer au droit dans son *Introduction critique* et qu'il énonce de la manière suivante :

« À cet égard, la situation est semblable dans tous les ordres d'enseignement, comme si la division du savoir était chose "naturelle". Le droit, c'est le droit ; l'économie, c'est l'économie⁸³⁶. Voilà à quoi aboutissent, au-delà des justifications les plus apprêtées, nos interlocuteurs. On peut montrer les facteurs économiques de

⁸³⁴ P. PONCELA, « L'archéologie du savoir juridique », *Archives de philosophie du droit*, t.33, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, p. 175. Pour un schéma du système pénal incluant l'ensemble de ces dimensions, V. L.H.C HULSMAN, « Une perspective abolitionniste du système de la justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », in C. DEBUYST (Dir.), *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Paris, Masson, Médecine et Hygiène, 1981, p. 8.

⁸³⁵ V. Du même avis quoi qu'utilisant une méthode différente, « L'histoire pénale ne se conçoit plus aujourd'hui sans l'apport de l'histoire sociale. Il n'est finalement pas même besoin de justifications empiriques, telles qu'une mise en lumière du caractère transcendant de la notion de traitement, qu'elle s'applique aux pauvres, aux marginaux ou aux clients du pénal, pour démontrer l'interdépendance des deux domaines de recherche. S'il faut s'avancer avec prudence, comme nous l'avons suggéré, sur le terrain de la formulation de réponses communes à la criminologie et à l'histoire sociale, comment ne pas ressentir le caractère actuel des questions de l'histoire sociale ? La description suivante ne soulève-t-elle pas plusieurs questions parmi les plus fondamentales de l'étude actuelle de la réaction sociale ? "Bien qu'aucun témoignage ne vienne affirmer que le taux de la criminalité, professionnelle ou non, ait augmenté de façon notable au fil du siècle, les agressions devinrent peu à peu le souci dominant des bourgeois parisiens. Ils [...] s'en prenaient aux officiers de justice qu'ils estimaient trop indulgents envers ceux qu'ils avaient arrêtés" Elle porte pourtant sur le Paris de la veille de la Révolution ! » R. ROTH, « Histoire pénale, histoire sociale : même débat ? » *Déviance et société*, Vol. 5, n°2, 1981, p. 197.

⁸³⁶ On trouvera d'autres variations sur le thème de la transdisciplinarité sous l'angle du « dialogue de sourd » entre le droit et le politique chez J. CAILLOSSE, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs » *Droit et société*, n°26, 1994. Justice et médias. pp. 127-154 ; De la nécessité d'une « économie politique du droit » : J. CAILLOSSE, « La sociologie politique du droit, le droit et les juristes », *Droit et société*, n° 77, 2011, p. 187-206 ; De la possibilité d'une réappropriation du droit par le social, J. COMMAILLE, « Les vertus politiques du droit. Mythes et réalités », *Droit et société*, vol. 76, no. 3, 2010, pp. 695-713 ; De la nécessité d'une économie politique tout court, « L'idée selon laquelle l'éthique du chercheur et celle du citoyen seraient irréconciliables, et qu'il faudrait séparer le débat sur les moyens et celui sur les fins, me semble être une illusion, compréhensible certes, mais pour finir dangereuse. Trop longtemps, les économistes ont cherché à définir leur identité à partir de leurs supposées méthodes scientifiques. En réalité, ces méthodes sont surtout fondées sur un usage immodéré des modèles mathématiques, qui ne sont souvent qu'une excuse permettant d'occuper le terrain et de masquer la vacuité du propos. Trop d'énergie a été dépensée, et l'est toujours, dans de pures spéculations théoriques, sans que les faits économiques que l'on cherche à expliquer ou les problèmes sociaux ou politiques que l'on cherche à résoudre aient été clairement définis ». T. PIKETTY, *Le capital au XXIe siècle*, Les éditions du Seuil, 2013, p. 946.

l'élaboration du droit et les conditions économiques de son application ; on pourrait inversement développer le thème des conditions juridiques de la vie économique. Mais tous ces projets ne changent pas l'essentiel. Or, ce que je me propose de montrer, c'est *que droit et économie, mais aussi politique et sociologie, appartiennent à un même "continent", sont redevables de la même théorie, celle de l'histoire. C'est que droit et économie peuvent être rapportés au même système de références scientifiques. Pour admettre cette nouvelle perspective, il faut abandonner le mythe de la division naturelle du savoir. Ce mythe n'est pas de papier : il est un obstacle, dans la mesure où il faut le forcer pour se donner les moyens de tracer un chemin scientifique.* »⁸³⁷

209. Il n'est pas anodin de constater que M. MIAILLE comme FOUCAULT envisagent « système de positivité » et « système de références scientifiques », comme des « obstacles épistémologiques »⁸³⁸, c'est-à-dire des éléments de pensée qui sont des « causes de stagnation et même de régression [...], des causes d'inertie »⁸³⁹ de l'innovation scientifique⁸⁴⁰. Du point de vue du juriste, si l'indépendance de la « science du droit » est incontestablement l'une de ces causes, elle a pour effet d'en sécuriser deux autres : la « fausse transparence du droit » et « l'idéalisme profond des explications juridiques »⁸⁴¹. Chacun de ces trois obstacles ayant pour

⁸³⁷ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 67.

⁸³⁸ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938.

⁸³⁹ G. BACHELARD, cité par A. GESLIN. « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit » in B. SERGUES (Dir.) *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, LGDJ, Lextenso éditions, 2016, p. 21. L'autrice cite d'ailleurs à titre d'exemple d'obstacle « de l'expérience première » l'indépendance de la « science du droit » dénoncée par M. MIAILLE, et ajoute en note de bas de page « Écrites voici près de 40 ans, ces remarques résonnent d'une particulière actualité au regard des évolutions contemporaines des programmes scientifiques »...

⁸⁴⁰ Quoi que l'on pense de la possibilité de trouver dans le mode de production la source objective de nos préjugés inconscients, interroger les catégories et contenus de savoir qui nous semblent évidents relève d'une réflexivité épistémologique féconde et nécessaire dont on ne peut que regretter la rareté dans les productions juridiques contemporaines. Du même avis mais sous l'angle d'une démarche de légitimation : A. GESLIN. « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit » in B. SERGUES (Dir.) *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, LGDJ, Lextenso éditions, 2016, p. 34 : « Les sciences du droit ayant à ce point partie liée avec le social, donc le politique, les citoyens ne sont-ils pas en droit d'attendre que les producteurs de ce savoir explicitent les motifs qui déterminent leurs recherches et aient le plus clairement possible conscience des effets qu'elles produisent ? » ; M. VAN DE KERCHOVE et F. OST. « Possibilité et limites d'une science du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 1, no. 1, 1978, pp. 1-39 : « Si les travaux qui se présentent explicitement comme relevant d'une science du droit sont rares, bien plus rares encore sont les contributions à une recherche épistémologique sur la possibilité et le statut de cette science. Cette situation paraît bien caractériser l'état d'une discipline naissante, non encore parvenue à la conscience claire de ses fondements et ne maîtrisant qu'imparfaitement son objet de recherche et ses techniques d'investigation. Situation périlleuse de la science du droit qui pourrait bien, comme nous tenterons de la montrer, ravalier ses propositions théoriques au rang de l'expérience naïve, des généralisations hâtives ou de l'idéologie ambiante ».

⁸⁴¹ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 38.

effet de « fétichiser »⁸⁴² le droit, c'est-à-dire de le maintenir à l'état d'abstraction conceptuelle, détaché des rapports de force concrets qui en sont à l'origine.

§2. *Savoirs juridiques et légitimation du droit*

210. Selon la méthode archéologique, le travail du chercheur en sciences humaines devrait s'articuler autour de la problématique suivante : « *comment se fait-il que tel énoncé soit apparu et nul autre à sa place ?* ». Si l'on considère le droit comme un énoncé, le travail du juriste devrait être d'en identifier la *source*. Or, comme le remarque M. MIAILLE, la notion peut faire l'objet d'une double acception : dans son sens *matériel*, elle renvoie à « ce à qui a "puisé" le système juridique, ce dont il s'est constitué, c'est-à-dire son contenu »⁸⁴³ ; dans son sens *formel*, elle renvoie simplement à une « technique d'édition des règles des normes »⁸⁴⁴. L'objet de la science du droit devrait donc être celui d'une explication unique, susceptible de « nous dévoiler pourquoi tel contenu (ainsi le droit capitaliste) prend telle forme (ainsi les sources formelles dominées par la loi) »⁸⁴⁵. Or il n'en est rien, loin s'en faut. Il suffit en effet d'ouvrir un ouvrage d'introduction au droit classique – et de référence – pour y découvrir au contraire que « la question de la définition du droit occupe traditionnellement les réflexions de philosophie du droit »⁸⁴⁶. Lorsque les valeurs ou « données sociales, économiques, scientifiques », sont « convoquées », elles le sont « on s'en doute » en fonction de conceptions philosophiques qui varient d'un auteur à l'autre puisque « les positivistes s'en tiendront le plus éloigné possible, les naturalistes valoriseront les sources spirituelles, les sociologues ramèneront l'ensemble aux données sociales ». *In fine*, si chacun demeure conscient que « le contenu de la règle n'est pas sorti de nulle part », celui-ci relève uniquement de sciences *auxiliaires*⁸⁴⁷, lesquelles, si elles « rendent d'utiles services dans la compréhension du droit et sont nécessaires pour l'élaboration d'une réforme », doivent restées cantonnées à l'espace d'élaboration de la politique juridique⁸⁴⁸. C'est seulement une fois ce travail achevé que le

⁸⁴² M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 40. V. *Supra* n°72.

⁸⁴³ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 227.

⁸⁴⁴ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 227.

⁸⁴⁵ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 227.

⁸⁴⁶ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 5^e éd. LGDJ, 2019, p. 17, n°6, Citant en note de bas de page A. SERIAUX, « Définir le droit n'est pas la tâche du juriste mais celle du philosophe », A. SERIAUX, « Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du droit », *Droits*, n°10, 1989, p. 85.

⁸⁴⁷ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 5^e éd. LGDJ, 2019, p. 68, n°65.

⁸⁴⁸ Notons que l'autrice renvoi, concernant la prise en compte de la donnée sociologique par « la politique juridique » au fait de « précéder les réformes d'enquêtes, afin d'identifier l'état et les besoins de l'opinion », notion pourtant hautement controversée V. *Infra* n°273.

juriste prend le relais pour « mettre en forme en utilisant la technique juridique » la norme secrétée par le politique en bonne intelligence. Chaque juriste est donc libre de faire son choix quant à l'importance à accorder à ses sciences auxiliaires puisque la science du droit est entière réductible à « cette seule mise en œuvre de la technique juridique »⁸⁴⁹.

⁸⁴⁹ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 5^e éd. LGDJ, 2019, pp. 68-69, n°66. Pascale DEUMIER témoigne néanmoins directement des contradictions dans lesquelles se trouve empêtré l'enseignant-chercheur à qui l'on aura assigné la lourde tâche d'introduire le droit aux étudiants. Partisane du décloisonnement des connaissances, elle écrit : « Il faudrait dès lors également ouvrir le contenu. Les questions générales sur le droit seraient extirpées de leur monde désancré du réel, désancré du social et du politique pour être mises en question par les approches philosophiques / sociologiques / politiques / historiques. Il faudrait toutefois se garder de reléguer ces approches à la seule question de la définition du droit et laisser perdurer l'idée qu'une fois cette question évacuée le juriste pourra se contenter de connaissances juridiques : un " bon juriste " sait " contextualiser " et " déjuridiciser " les questions, " déconstruire " et " reconstruire " un raisonnement. Par exemple, les sources du droit sont présentées formellement, comme dotées d'une autorité absolue et porteuses de solutions que le juriste va y découvrir. Elles le sont pour part et une telle présentation peut s'accommoder de leur application, courante, aux cas simples. Mais face à une question complexe ou nouvelle, ces mêmes sources seront plus souvent le point de départ de la discussion que son point d'arrivée. La désystématisation de l'introduction au droit ainsi évoquée à grands traits n'est pas une meilleure formule que sa dénationalisation : elle est seulement la plus conforme à ma propre vision du droit et de la formation, tout comme la dénationalisation est la plus cohérente avec la conception du droit de Pascal Ancel. [...] Toutefois, c'est une chose de rêver d'une introduction ouverte à toutes les disciplines juridiques et non juridiques, pensée en cohérence avec les grands systèmes, ancrée dans le pluralisme du droit et la pluralité des pensées ; c'en est une autre de la réaliser. Dans des travaux spécifiques, j'ai critiqué la relégation des " sciences auxiliaires ", prôné le croisement entre disciplines juridiques ou montré comment les magistrats mobilisent les sources comme arguments juridiques. Je n'ai pas pour autant réussi à intégrer ces analyses dans mon manuel d'introduction au droit, du fait des nombreuses contraintes qui pèsent sur une telle écriture. » (P. DEUMIER, « Désystématiser l'enseignement de l'introduction au droit ? » In *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Larcier, 2021, p. 261.). Dans une autre contribution (P. DEUMIER, « Quel contenu pour une introduction au droit ? », in R. CABRILLAC (dir.), *Qu'est-ce qu'une introduction au droit?*, Dalloz, 2017.), l'autrice approfondit les raisons qui l'ont empêché de mener à bien son projet de manuel initial, alors pensé dans une véritable approche interdisciplinaire. La première est celle de son indépassable complexité, là où l'ouvrage s'adresse par définition à des étudiants qui en sont encore à leurs premiers pas juridiques : « L'ambition pédagogique d'initiation n'est pas forcément compatible avec une réflexion poussée sur ce qu'est le droit. Le public de première année, qui n'a aucune vue sur le droit et qui va rapidement être plongé dans sa complexité [...] peut avoir besoin au préalable de repères, d'un cadre général relativement stable, ce que ne lui offrira peut-être pas un propos qui cherchera à aller au plus près de la complexité profonde du droit. [...] Dans mes nombreuses ébauches de plan, le premier à avoir été arrêté était tout entier articulé autour de la démonstration de la relativité du droit. [...] Après deux années d'expérimentation sur mes étudiants stéphanois, il a bien fallu admettre le naufrage pédagogique, les étudiants mélangeant allègrement les éléments d'hier et d'aujourd'hui, les explications théoriques et les outils de droit positif. Il a dès lors fallu renoncer, pour privilégier l'objectif de donner aux étudiants des repères et des outils clairs. Il est possible de contester ce renoncement : le propre de la présentation universitaire ne devrait-il pas être de privilégier la volonté de penser son objet et d'amener les étudiants à en faire autant ? » (p. 101). Le raisonnement est persuasif, mais l'on peut néanmoins s'interroger sur les possibilités qui sont *réellement* offertes aux étudiants le long de leur cursus pour orienter leur « volonté de penser » vers des domaines qui ne seraient pas strictement juridiques et leur permettraient donc de prendre le recul nécessaire à la remise en question de la matière. Tout comme l'on peut se demander dans quelle mesure, après leur avoir appris que « les sciences auxiliaires » sont par nature subsidiaires, il sera possible de les convaincre du contraire... Par ailleurs, s'il fallait s'arrêter à ce que les étudiants de première année risquent de mélanger pour sélectionner les contenus de cours à leur proposer, il y a fort à parier que la philosophie du droit et les sciences politiques ne soient pas les seules matières éliminées de la maquette universitaire... D'autant que ce qu'un enseignement décloisonné perdrait en clarté pourrait certainement être compensé par un gain en intérêt, les étudiants se trouvant probablement bien plus valorisés comme individus capables de réflexion et de réflexivité que comme simples réceptacles de préceptes incontestables qu'il s'agit passivement – et au mot près – d'intégrer et de restituer le jour J, en grisant des petites cases ou en suivant un plan précis. Un autre argument fourni par Pascale DEUMIER pour justifier le caractère très formaté des manuels de droit nous semble ainsi peut-être plus à même de l'expliquer. À propos des introductions critiques, comme celle de M. MIAILLE, l'autrice écrit : « C'est dès lors bien leur traitement qui les rend atypiques, en ce qu'ils défendent une conception doctrinale de la matière. Est-ce à dire que les autres ouvrages ne portent pas de conception doctrinale ?

211. C'est en substance ce que l'on trouve aussi dans un manuel de droit pénal général, de référence lui aussi : « On a écrit que "le coin des pénalistes a des fenêtres largement ouvertes sur l'extérieur"⁸⁵⁰. Cette formule présente l'avantage de souligner l'importance de l'environnement non juridique du droit pénal. Mais elle ne saurait faire oublier que "le coin des pénalistes" est d'abord celui du droit »⁸⁵¹. Un peu plus loin, le même auteur ajoute – sans que l'on sache bien s'il s'agit d'un souhait ou d'un constat, ce qui vaudrait pourtant la peine d'être précisé dans un ouvrage pédagogique – « Sans doute, le droit pénal ne peut-il rester totalement sourd aux contingences économiques [...] Mais il ne saurait davantage être déterminé par l'analyse économique que par les observations des sociologues ou les explications des psychiatres sur le phénomène criminel »⁸⁵². La nature formelle du droit n'en détermine pas seulement l'isolement vis-à-vis de ses sources matérielles, elle implique en outre que l'on se désintéresse de ses effets : « Comme toute la discipline juridique, le droit pénal est par nature abstrait et peu soucieux de son application : il définit le crime sans prétendre l'expliquer ; il le sanctionne sans prétendre le faire cesser. »⁸⁵³.

212. Le droit ne serait donc qu'un pur instrument, qu'une technique abstraite et le juriste désireux de respecter les limites de sa fonction devrait se contenter de le réfléchir de l'intérieur, le rendre opérationnel et conforme, sans se demander à *quoi exactement* et *dans quel but*. Un bon juriste, en somme, est un juriste assujéti à la règle, soumis à la technique et imperméable à la critique.

ou pas assez ? ou qu'elles ne seraient pas à même de nourrir la réflexion d'étudiants de doctorat ? à partir de quel degré d'originalité de la pensée une introduction au droit sort-elle du genre ? Pascal Ancel identifie ainsi comme caractéristique du genre des introductions au droit non leur contenu mais l'approche dominante privatiste, dogmatique et nationale. Mais, là encore, à partir de quel degré d'éloignement de cette dogmatique sort-on de la catégorie ? Dans l'attente de réussir à résoudre ces interrogations, il semble donc qu'il y ait une contrainte, très implicite, mais très partagée, qui pèse sur les introductions au droit : à trop s'éloigner du modèle dans ses grandes lignes, on court le risque d'être déclassé du genre de l'introduction au droit ». (p. 102). Soucieux d'appartenir au corps qui l'a secrété, l'enseignant universitaire bénéficie, lui aussi, d'une *liberté sous contrainte* caractéristique du mode de production capitaliste : libre de faire circuler son savoir, il est soumis – ou plutôt se soumet – aux contraintes de sa production...

⁸⁵⁰ L'auteur cite R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 213, n°144.

⁸⁵¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 144, n° 158.

⁸⁵² E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 172, « Aparté ». La posture de l'auteur s'éclaire lorsque l'on découvre, parfois, ce qu'il a retenu du matérialisme historique : « Oublions la théorie marxiste voyant dans la délinquance un facteur de stimulation et de progrès économique au sein des sociétés capitalistes (compte tenu des moyens qu'il faut mettre en œuvre pour combattre le crime) » E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 171, « Aparté ».

⁸⁵³ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 165, n° 179.

213. M. MIAILLE avait bien identifié le *positivisme*⁸⁵⁴ revendiqué d'un juriste se rêvant drapé de la même légitimité scientifique que le physicien qui par l'étude empirique du réel en déduit les lois de son fonctionnement : « toute connaissance est censée être tirée de l'expérience. Tout autre moyen serait réputé faire appel à des notions et des théories étrangères, suspectes de philosophie. Quoi de plus neutre, en effet, de plus objectif, de plus évident même que la constatation des choses et des institutions qui nous entourent ? »⁸⁵⁵. Ce qui n'est pas droit positif est opinion subjective, ce qui n'est pas science n'est que croyance, et ne saurait donc bénéficier d'une attention particulière, il ne s'agit que de l'*auxiliaire*. Pourtant, le physicien, a lui précisément compris que l'expérience est toujours une « expérience construite »⁸⁵⁶, et que le savant débute sa recherche par une hypothèse que la méthodologie scientifique doit lui permettre de *tester*, de remettre en question, de confirmer ou d'infirmer. Le scientifique, quelle que soit sa discipline, doit prendre de la distance vis-à-vis de son expérience du réel, car celle-ci, non interrogée, vient simplement confirmer l'*image* ou la *représentation* qu'il s'en faisait déjà – ses « prénotions »⁸⁵⁷. « Si je dois me fier à l'expérience, c'est un fait que je vois le soleil tourner autour de la terre »⁸⁵⁸ : voici la posture que revendique fièrement le juriste et qui l'amène, paradoxalement, à postuler que le droit et l'univers avec lui tournent autour non du fait mais de l'*idée* :

⁸⁵⁴ « L'étude scientifique du droit, c'est l'étude du droit expérimentalement constatable : le droit positif, autrement dit les règles de droit posées par les hommes. L'étude du droit doit concerner toutes ces règles, mais doit se limiter à celles seules » M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 44.

⁸⁵⁵ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 41.

⁸⁵⁶ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 42.

⁸⁵⁷ Selon le terme employé par DURKHEIM – qui n'a pas écrit que sur les états forts et définis de la conscience collective – pour désigner des représentations spontanées du réel, formées « par la pratique et pour elle », des idées toutes faites, que le chercheur doit déconstruire sous peine de développer une « analyse idéologique » et non une « science des réalités », E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Quadrige, PUF, 2013, pp. 15-16.

⁸⁵⁸ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 43. Pour une analyse psychologique de l'importance des représentations dans la pratique sociale et individuelle : « Quoi qu'il en soit cependant de cette irruption du non-sens dans l'histoire de l'homme, celui-ci reste très attaché à son désir de cohérence interne au point de se livrer à des réélaborations, des aménagements, voire un véritable bricolage cognitif allant jusqu'à la transformation de la réalité dans le sens de ses désirs. Le précepte stoïcien "plutôt changer ses désirs que l'ordre du monde" est inversé : l'ordre du Monde (c'est-à-dire la représentation qu'on en a) est soumis aux désirs. Ainsi, par exemple, la démonstration mathématique et astronomique de la rotondité de la Terre et de l'héliocentrisme à un moment où toute la croyance repose sur la représentation d'une Terre plate et géocentrique oblige à un tel remaniement du système de représentations qu'il est préférable de renoncer aux démonstrations scientifiques qu'au confort intellectuel. C'est l'attitude fondamentale de tout croyant. » P. MANNONI, « Chapitre premier. Définition différentielle des représentations sociales », in P. MANNONI (Dir.), *Les représentations sociales.*, PUF, 2016, pp. 7-36. ; Cette attitude défensive s'est aussi révélée face à l'infiniment petit et porte le nom de « Réflexe Semmelweis », du nom du médecin ayant découvert le principe de la contagion (et donc des microbes) et recommandé de se laver les mains entre chaque opération, ce qui semblait proprement aberrant à l'époque (M. DAVID-JOUGNEAU, « Semmelweis, Bandajevsky : des savants victimes de la répression scientifique », G. ACKERMAN (Dir.) *Les silences de Tchernobyl*. Autrement, 2006, pp. 79-91.) Il est défini comme « la tendance comportementale humaine à s'en tenir à des croyances préexistantes et à rejeter les idées nouvelles qui les contredisent (malgré des preuves suffisantes) ». V.K. GUPTA, C. SAINI, M. OBEROI, G. KALRA, M.L. NASIR, « Semmelweis Reflex: An Age-Old Prejudice », *World Neurosurg*, 2020 Apr, pp 119-125. ; V. également C. ROUSSET, *Le réel et son double*, Folio, 1976, sur le tolérance relative de l'être humain au réel.

« C'est sur ce matériau que va se fonder la science juridique, mais, par un paradoxe qui n'est qu'apparent, elle va aboutir à renverser complètement l'ordre des facteurs, créant ainsi les conditions de l'idéalisme. En effet, croyez-vous que la science juridique va analyser les rapports qu'entretiennent l'imaginaire et le réel et, partir de ce travail, expliquer à la fois le fonctionnement de l'image et celui de la vie sociale réelle ? Pas du tout ! aussi aberrant que cela paraisse, la science juridique va prendre pour argent comptant l'image que lui transmet la société et la tenir pour la réalité. La société nous affirme-t-elle que l'État est l'institution chargée de l'intérêt général ? La science juridique répond en écho par une théorie de l'État tout entière fondée sur la notion d'intérêt général. »⁸⁵⁹

214. La science du droit, sous couvert d'objectivité scientifique, participe à la reproduction et la diffusion d'une image de la vie sociale qui n'est pas neutre puisqu'elle se fonde sur des abstractions – la volonté, le contrat, les valeurs protégées – qui sont des fictions conceptuelles, des *productions idéologiques*. Qu'il soit nécessaire de partager certaines représentations du réel pour pouvoir vivre en collectivité est une chose, que celles-ci soient hypostasiées au point de devenir scientifiquement incontestables – ou du moins incontestées – en est une autre. Or, c'est la fonction même du juriste de *subsumer* la vie sociale dans des catégories juridiques qui deviennent des phénomènes en elles-mêmes, qui « n'appartiennent plus à la société qui les produit mais sont réputées exprimer la raison pure, la rationalité universelle »⁸⁶⁰. Qui les détachent de leur point d'ancrage historique et dissimulent les rapports de force bien réels dans lesquels ils s'inscrivent sous le voile pudique du « point de vue » philosophique, politique ou sociologique, voire – c'est un comble – de l'idéologie⁸⁶¹. Plus ou moins consciemment donc, le juriste qui se refuse à problématiser l'image de la société qu'il tient de son enseignement universitaire en redessine les contours, quel que soit le style de son trait. Qu'il soit *jusnaturaliste* – le fait juridique découle de la Raison de l'Homme –, *positiviste* – le fait juridique se confond avec le fait social –, ou *formaliste* – le fait juridique est légitimé par référence à un autre fait juridique –, il isole le droit des autres phénomènes sociaux puisqu'il

⁸⁵⁹ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 54.

⁸⁶⁰ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 56.

⁸⁶¹ « Respectueux de la personne, le légalisme ne saurait être "outrancier". Mieux vaut à cet égard un juriste technicien que prophète ou idéologue » E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 161, n°174, L'auteur renvoyant en note de bas de page à la remarque suivante : « Les marxistes n'ont pas manqué de souligner que les valeurs légitimant un système juridique coïncident avec l'intérêt de la classe dominante et sont donc des instruments d'oppression. Leur défense ou remise en cause relève alors davantage de la politique que du droit ».

en présume et postule la Vérité par conformité aux abstractions qu'il a lui-même posées – les Droits de l'Homme et/ou la volonté générale. Il peut donc, en âme et conscience, revendiquer « une définition empirico-descriptive de la science juridique »⁸⁶², et se limiter à l'étude de ses sources formelles. Il peut même assumer le fait de chercher la valeur de son analyse dans sa compatibilité avec le système existant : la théorie est bonne car elle permet de faire fonctionner la pratique dans le sens que celle-ci a prédéterminé. Le juriste est forcément le garant de l'ordre social – et donc du mode de production – même quand il en critique certains aspects puisque l'adhésion au système de référence scientifique du droit suffit à en reproduire l'idéologie :

« Cette existence de l'idée de l'État est importante pour le fonctionnement même des structures étatiques. Si chacun d'entre nous n'est pas intimement convaincu de la nécessité d'un État, c'est-à-dire de la valeur de cette (apparente) fonction d'apaisement et de règlement pacifique des conflits, si chacun de nous ne croit pas qu'il existe un bien commun, distinct et supérieur à nos intérêts particuliers, il devient difficile de faire fonctionner l'État. [...] Je dis simplement que le fonctionnement actuel de l'État, qui trouve bien d'autres racines que nos esprits, nécessite que nous ayons intériorisé les rapports sociaux réels en leur faisant subir une transformation. *C'est cela l'idéologie, le rapport imaginaire au réel.* Et cette idéologie joue un rôle actif dans la reproduction de l'État actuel. »⁸⁶³

215. Pour convaincre de la contingence indépassable du savoir juridique aux exigences du mode de production, M. MIAILLE retrace de façon limpide la généalogie de l'indépendance de la science du droit, des *summa divisio* sur la base desquelles elle opère – droit subjectif/objectif, droit public/droit privé⁸⁶⁴... – mais aussi de l'évolution des formes de savoirs

⁸⁶² M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 65.

⁸⁶³ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 53.

⁸⁶⁴ Ce point intéressera particulièrement le pénaliste curieux de comprendre pourquoi un droit qui se cristallise par le déclenchement d'une action *publique* appartient au domaine des privatistes. M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, pp. 179-181. M. MIAILLE reproche aux juristes d'y voir une énième trace de la primauté de l'Homme – puisqu'il s'agit conformément à ce qu'en disait BECCARIA de défendre sa liberté contre celle que d'autres pourraient usurper, voire – après tout pourquoi pas – contre l'État lui-même (« De plus, avec d'autres, on se permettra de rappeler que "le droit pénal, sous le régime de légalité qui est celui du droit moderne, est avant tout une garantie pour les particuliers, qui ne doivent être inquiétés que dans les limites fixées par la loi". Il est donc moins un droit de l'État qu'un droit contre l'État ». Citant P. ROUBIER, E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 174, n° 188.). Or, selon l'auteur l'explication est fallacieuse puisque le droit constitutionnel, comme le droit administratif ou les finances publiques consistent tout autant à protéger les droits de l'individu, en particulier si ceux-ci sont violés par l'administration elle-même – les libertés fondamentales relèvent d'ailleurs de la compétence des enseignants de droit public... Pour expliquer cette répartition a priori

eux-mêmes. Il démontre avec application dans son dernier chapitre comment les différentes doctrines juridiques se sont adaptées aux besoins du libéralisme. Ainsi, lorsque la bourgeoisie naissante a dû « faire craquer le vieux monde féodal »⁸⁶⁵, elle a eu recours pour justifier l'ordre qu'elle souhaitait mettre en place – et donc le droit qui l'institue – à une Raison supérieure, soit une donnée qui se trouve en dehors de la société telle qu'elle existait alors, qui la transcende pour en *justifier objectivement la transformation*. C'est la période du *jusnaturalisme*, des Droits de l'Homme, de la légalité et de l'égalité, dont nous avons déjà dit les liens avec le capitalisme⁸⁶⁶. Plus tard, lorsque le capitalisme fut institué, il fallut en conserver les acquis, *le normaliser*. C'est la période du positivisme sociologique, ou biologique : l'ordre social découle de l'état de la société elle-même. Enfin, lorsque le capitalisme fut parfaitement consolidé, il a fallu le *verrouiller de l'intérieur*, pour éviter sa remise en cause et garantir son maintien face aux contradictions qui le traversent. C'est la période actuelle du positivisme formaliste, où la seule référence à la règle de droit suffit à en justifier la légitimité.

216. Deux remarques s'imposent : la première est que le savoir qui suit n'annule pas celui qui le précède et que leur accumulation doit s'envisager comme des strates qui se superposent – ce qui explique la raison pour laquelle on trouve aujourd'hui dans les manuels et les discours une espèce de mélange de ces postures. La seconde est que ce mélange ne peut qu'aboutir à une attitude fondamentalement idéaliste qui repose presque entièrement sur les

arbitraire, M. MIAILLE avance l'hypothèse suivante : « Parmi les branches du droit, le droit pénal est certainement celui qui est ouvertement le plus répressif : c'est le qualificatif habituel pour les juges exerçant dans ce domaine [...] Or, ce qui me paraît intéressant, c'est la manière dont notre société contemporaine tente à tout prix de masquer ce phénomène répressif. Ainsi que M. Foucault le montre de manière lumineuse, la répression pénale, qui semblait se complaire dans le spectacle de ses actes, est aujourd'hui entièrement caractérisée par le phénomène inverse : celui du caché. [...] La place du droit pénal dans le droit privé me paraît être l'effet dans la "science juridique" de ce processus de camouflage de la répression. En prenant rang parmi les disciplines du droit privé, le droit pénal fait oublier qu'il est d'abord essentiellement un droit répressif. Et, pour en convaincre l'auditeur, on lui donnera l'argument de la protection de l'homme. Alors s'ouvre tout le champ des connotations de liberté, de volonté, d'individu, de droit lié à la personne qui sont les corollaires du droit privé ». Difficile ne pas être d'accord avec lui, lorsque l'on se trouve à lire dans les ouvrages classiques que la fonction *première* du droit pénal est de défendre les droits de l'Homme... (Pour une analyse plus détaillée, V. L'ouvrage collectif Y. CARTUYVELS (Dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, FUSL, 2007. Toujours sur la question de la distinction entre droit privé et droit public, M. MIAILLE ajoute que le clivage serait le même que celui qui oppose, dans la DDHC, l'homme au citoyen, et partant la volonté individuelle égoïste à la volonté morale altruiste représentée par le législateur, et donc par la loi. Il conclut ainsi : « c'est la forme de la société où nous vivons qui a produit ce clivage entre le public et le privé et en a marqué notre conscience, non l'inverse ! » M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, pp. 179-183. Pour un approfondissement des enjeux relatifs à cette *summa divisio* et les incidences et causes structurelles de celle-ci, V. B. BONNET et P. DEUMIER, *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, Dalloz, 2010.

⁸⁶⁵ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 184.

⁸⁶⁶ V. *Supra* n° 210 et s.

images de *la guerre de tous contre tous*, du *contrat social* et de la *volonté générale* – et donc du *criminel-ennemi*.

217. Il est tout à fait possible d'appliquer la même grille de lecture à la matière criminelle et à l'utilisation des « sciences auxiliaires » par les pénalistes.

§3. *Savoirs pénaux et naturalisation du crime*

218. L'analyse critique des savoirs pénaux sur le crime et le criminel met à jour leur influence sur la légitimation de ces deux figures, et leur glissement d'un statut de construction juridique à celui de donnée naturelle et distincte des autres comportements et personnalités – et nécessitant, donc, un traitement particulier. Dans cette entreprise de justification, l'ensemble des disciplines touchant à la question criminelle est mobilisé (A), chacune s'articulant autour d'un même système de positivité (B).

A. Dissolution des catégories de savoir

219. Le statut scientifique de la criminologie et son érection en discipline fait encore largement débat⁸⁶⁷. Les désaccords qui traversent la doctrine quant à la définition, la date de naissance, l'objet et le contenu même de la matière sont étroitement dépendants du positionnement des auteurs quant au statut théorique de la criminologie⁸⁶⁸. Si certains utilisent les critères de méthode de recueillement des données et de fiabilité des connaissances pour marquer la naissance d'une criminologie qui se voudrait « science exploratoire du phénomène criminel »⁸⁶⁹, d'autres la conçoivent au contraire comme un simple « champ d'étude », composé de « divers savoirs disciplinaires qui ont néanmoins un thème commun »⁸⁷⁰, que l'on pourrait désigner avec Alvaro PIRES, sous l'expression large de « question criminelle ». Dans

⁸⁶⁷ V. le numéro de la revue *Criminologie* consacré à la question et introduit par l'article de J. POUPART et A. P. PIRES, « La criminologie comme discipline scientifique. », *Criminologie*, volume 37, numéro 1, printemps 2004, p. 3–11.

⁸⁶⁸ A. PIRES, « La criminologie d'hier et d'aujourd'hui », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Vol. 1, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 19. L'auteur propose un tableau récapitulatif limpide des différentes positions et de leurs conséquences sur les types de recherche menées en criminologie.

⁸⁶⁹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 15.

⁸⁷⁰ A. PIRES, « La criminologie d'hier et d'aujourd'hui », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Vol. 1, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 23.

une telle perspective, il devient virtuellement possible d'inclure tout ce qui paraît important pour élucider cette question. Les délimitations substantielles et temporelles de la matière sont négociables, laquelle peut alors aussi bien remonter aux *lois* de PLATON, qu'elle peut comprendre l'ensemble des représentations médiatiques ou artistiques du crime et du criminel⁸⁷¹. La « tension permanente » entre champ d'étude et « activité spéciale de connaissance »⁸⁷² est donc source d'ambiguïté. Elle demeure néanmoins préférable aux « glissements de sens et d'orientation »⁸⁷³ qu'opère inéluctablement une criminologie qui prendrait pour *jugement de fait* – et donc absolu – ce qui est en réalité un *jugement de valeur* – et donc relatif. En travaillant à partir de catégories juridiques *créées* – l'infraction, la peine, la valeur protégée, la récidive –, une criminologie qui prétend être une science du *donné*, tombe inévitablement dans le même écueil que le juriste qui confond le réel et l'imaginaire : elle substantialise la catégorie juridique et l'idéologie qui l'accompagne⁸⁷⁴. Lorsque le

⁸⁷¹ Le seul impératif étant, pour Alvaro PIRES, d'inclure dans ce *corpus* certaines théories issues de la pensée classique ou « pré-scientifiques », qui vont, selon ce dernier, inaugurer un nouveau système de pensée dans le domaine du crime et de la peine. Le terme « pré-scientifique » est choisi par le criminologue Chrétien DEBUYST en référence à la philosophie de CANGUILHEM, pour caractériser une période pendant laquelle se développe un ensemble de savoirs qui, sans être eux-mêmes scientifiques, annoncent la constitution d'une science dans un domaine particulier (G. CANGUILHEM, *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie*, Paris, Vrin, 1988). Pour recevoir ce qualificatif, ces savoirs doivent témoigner d'une distance vis-à-vis de la magie et de la religion, d'un « état d'esprit » particulier de leurs auteurs, visant à se rapprocher du réel, de la matière par opposition à la métaphysique. Ainsi concernant les savoirs classiques : « on peut effectivement dire qu'ils sont "fondateurs" de quelque chose : d'une manière (sans doute paradoxale et sans qu'au départ, peut-être, ils ne l'aient réellement voulu) de problématiser l'étude de la délinquance à l'intérieur des rapports qu'elle entretenait avec le droit pénal et de le faire à partir d'une exigence scientifique qui portait sur l'ensemble des éléments en cause » C. DEBUYST, « Les savoirs diffus et préscientifique sur les situations problèmes au XVIIIe siècle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Vol. 1, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, pp. 71-145. Mais nous y reviendrons, V. *Infra* n°418

⁸⁷² A. PIRES, « La criminologie d'hier et d'aujourd'hui », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Vol. 1, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 70.

⁸⁷³ A. PIRES, « La criminologie d'hier et d'aujourd'hui », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Vol. 1, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 70.

⁸⁷⁴ Pour une problématisation du concept de crime : V. J. BERNAT DE CELIS, « Les grandes options de la politique criminelle. La perspective de Louk Hulsman », ; L. H. C HULSMAN, « Critical criminology and the Concept of crime », *Contemporary Crises*, volume 10, 1986, pp. 63-80 ; Pour une confrontation avec un criminologue très traditionnel, V. le débat opposant Louk HULSMAN à Maurice CUSSON, et dans lequel le premier avoue au second avoir « de grandes difficultés à comprendre comment on peut croire, dans ta chapelle, qu'il est possible d'aborder sérieusement des questions de politique criminelle sans tenir compte du fait que le crime et la criminalité (dans le sens où vous l'utilisez) sont un construit socio-juridique. ». Dans l'ordre : M. CUSSON, « De l'évolution pénale », *Déviance et société*, Vol. 14, n°3, 1990, pp. 315-323 ; L. HULSMAN, « Réponse à Maurice Cusson. », *Déviance et société*, Vol. 14, n°3, 1990, pp. 325-334 ; M. CUSSON, « Réponse à la réponse de Louk Hulsman. », *Déviance et société*, Vol. 14, N°3, 1990, pp. 335-337. On trouvera un exposé de la posture d'HULSMAN dans M. COQUET, *De l'abolition du système pénal. La perspective de Louk Hulsman*, L'Harmattan, Ed. Campus Ouvert, 2016, pp. 55-71. V. également, relançant le débat quelques années plus tard A. PIRES, « La criminologie et ses objets paradoxaux : réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme ». *Déviance et société*, Vol. 17, n°2, 1993, pp. 129-161 L'article a suscité une vive réaction de Philippe ROBERT, Lode VAN OUTRIVE et Christian DEBUYST, que l'on trouve résumée dans la publication suivante : Y. CARTUYVELS, « La criminologie et ses objets

criminologue prétend trouver une explication ou une solution au phénomène criminel, il « prouve » que celui-ci existe bien comme une chose *ontologiquement* distincte – c'est-à-dire par essence – d'un phénomène qui n'est pas *désigné* comme tel – c'est-à-dire du fait d'un jugement. Le bouclage entre le fait (l'essence) et la valeur (le jugement) s'effectue de la façon suivante : *L'individu qui commet une infraction est un criminel ; la criminologie est la science qui étudie le criminel ; le criminel est anormal puisqu'il fait l'objet d'un savoir spécifique ; son comportement est donc anormal lui aussi ; l'incrimination est justifiée ; l'individu qui commet une infraction est un criminel, etc...* Ce qui ne veut pas dire, bien sûr, que le comportement n'existe pas lui-même ou qu'il ne crée pas de difficultés, seulement que la frontière qui est abstraitement posée entre lui et les autres n'est pas donnée, mais construite – et partant *peut* être interrogée – par des rapports de forces historiquement déterminés – et partant *doit* être interrogée. C'est là l'illustration du *savoir-pouvoir* criminologique dont la généalogie suit celle de la prison qui le voit naître⁸⁷⁵.

220. Les discours strictement criminologiques ne sont pas les seuls à permettre ce bouclage, et la perméabilité de la criminologie vis-à-vis du droit pénal, mais aussi de la politique criminelle, de la philosophie ou de la médecine doit tenir en alerte le chercheur désireux d'éviter les obstacles épistémologiques adressés. En effet, le droit pénal positif dépend à la fois des orientations de politique criminelle et des techniques mises en place par les juristes⁸⁷⁶. Or, les doctrines juridiques s'appuient quant à elle nécessairement sur des conceptions

paradoxaux : retour sur un débat plus actuel que jamais ? », *Déviance et Société*, vol. 31, no. 4, 2007, pp. 445-464. V. *Infra* n° 284 et s.

⁸⁷⁵ V. *Supra* n°164 et s.

⁸⁷⁶ Selon la division entre source formelle et source matérielle précédemment exposée. V. *Supra* n°210.

philosophiques⁸⁷⁷, qui sont elles-mêmes porteuses de projet politique⁸⁷⁸. La politique criminelle, quant à elle nécessairement idéologique⁸⁷⁹, se fonde néanmoins sur la criminologie pour naturaliser ses orientations⁸⁸⁰. La criminologie, qui emprunte à de nombreuses disciplines dont elle n'est qu'une science appliquée⁸⁸¹, trouve pourtant son objet délimité par les catégories de droit pénal positif et emprunte indifféremment à la philosophie, la médecine, la psychologie, la sociologie, et au savoir technologique pour les substantialiser, autant qu'elle dépend dans son existence et son contenu d'enjeux de pouvoirs sociaux et institutionnels⁸⁸². Le droit pénal

⁸⁷⁷ « Il n'est pas de science sans philosophie ; pas de sciences autre que bâties sur quelques concepts généraux définis par les philosophes. Le système d'idées qui préside à notre doctrine encore officielle, œuvre des Beccaria, des Bentham ou des Feuerbach, porte encore la marque de la pensée "moderne" » M. VILLEY, « Des délits et peines dans la philosophie du droit naturel classique », in *Archives de philosophie du droit*, t.28, 1983, p. 181 ; « Bon gré, mal gré, le juriste ne peut comprendre la substance du droit pénal que s'il consent à sortir du savoir proprement juridique pour enquêter sur les fondements du pouvoir de punir qu'exerce l'État » J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 6e éd., PUF, 2005, p. 32. L'auteur distingue deux manières de rechercher les fondements du droit de punir, l'une consistant à la découverte de « théories justificatives ou idéologiques », l'autre, à en donner une explication pratique et à « en recommander un usage pertinent pour le bien commun » J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 6e éd., PUF, 2005, p. 41 ; « Réfléchir sur l'apport de la philosophie dans la théorisation du droit pénal, c'est, dès le départ, concéder que le droit peut avoir des fondements métajuridiques ; c'est convenir qu'il peut exister un au-delà de la norme juridique, qui joue un rôle essentiel dans la signification de cette norme, sinon même dans sa raison d'être » P.-J. DELAGE, « L'apport de la philosophie dans la théorisation du droit pénal », in J. LEROY (Dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal?*, LexisNexis, 2016, p. 17. V. Sur la critique – non marxiste – d'un positivisme consistant à nier de tels fondements, G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1991, pp. 154-156 et M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e éd., PUF, p. 53, l'auteur qualifie de « mortelle » l'attitude consistant à refuser, pour les juristes, « d'imaginer qu'il puisse exister d'autres principes que ceux à partir desquels ils travaillent et nient l'existence même des problèmes de philosophie du droit ». Sur la question non plus philosophique mais politique, et la tendance des juristes français à reproduire la méthode de l'Exégèse, v. J. CAILLOSSE, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société*, n°26, 1994. Justice et médias. pp. 127-154. Spec, p. 131. Sur les différentes acceptions du positivisme, v. M. TROPER, *La philosophie du droit*, Que sais-je ?, PUF, 2015, pp. 19-21 et F. NIORT, « Formes et limites du positivisme juridique », *Droit prospectif*, 1993/1, p. 157 et s.

⁸⁷⁸ La philosophie pénale est « animée par la recherche de la rationalité d'un système pénal donné, à la fois par rapport à quelque fin et/ou par rapport à quelque valeur [...] Dans ce sens, la plupart des "écoles pénales", furent et sont avant tout des écoles de politique pénale, comme beaucoup d'études sur la peine considérées à tort comme des ouvrages de philosophie pénale, d'ailleurs plus proches du syncrétisme que de l'éclectisme "traditionnel". Si, en effet, on peut déceler dans ces écrits une philosophie latente, plus ou moins clairement adoptée - inscription dans le texte même que le philosophe du droit devra déchiffrer, par contre l'objet de ces deux disciplines ne peut se confondre. Un philosophe du droit, en tant que tel, ne saurait proposer des solutions, car elles sont pour lui source autant qu'objet de constante interrogation. La valeur de la philosophie, disait justement Georges Bataille "est toute entière dans l'absence de repos qu'elle entretient". Elle assume la mise en question infinie, et tous ceux qui s'y adonnent savent à quel point cela est difficile et douloureux ; mais ainsi est la vie même, à la différence de la mort que l'absence ou le mauvais questionnement installe au creux du droit lui-même ». P. PONCELA, « La philosophie pénale, une inscription en marge et dans le texte », in F. RINGELHEIM (dir.), *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale*, Bruxelles, Éd. De L'université de Bruxelles, 1984, p. 57.

⁸⁷⁹ J. BERNAT DE CELIS, « La politique criminelle à la recherche d'elle-même », *APC*, 1977, pp. 3-60, spec. p. 10.

⁸⁸⁰ Ainsi lorsque le projet loi est accompagné, comme le fait remarquer P. DEUMIER, d'une enquête d'opinion ou d'un rapport d'experts. V. *Supra* n°210.

⁸⁸¹ L. MUCCHIELLI, « De la criminologie comme science appliquée et des discours mythiques sur la « multidisciplinarité » et « l'exception française », *Champ pénal/Penal field* [Online], Vol. VII, 2010.

⁸⁸² « L'histoire de la criminologie sera dès lors nécessairement inscrite dans une histoire plus large, sociale et politique, mais aussi une histoire des idées au sens où celles-ci font apparaître les intérêts et les valeurs en jeu, ou les conflits d'intérêts et de valeurs, d'où émergent sans doute les philosophies pénales dominantes » F. DIGNEFFE, « la criminologie et son histoire », *RICPT*, 1991, pp. 299-318, p. 301 ; « Des éléments dans la socio-histoire de la science font que certains découpages se produisent, orientés par des négociations, des prises de pouvoir ou des facteurs du hasard et fixés dans des institutions scientifiques, des diplômes universitaires, des moyens de

positif est finalement légitimé par la criminologie qui conditionne par le jeu de l'expertise son application, autant que la pratique des sciences appliquées par la criminologie se voit instrumentalisée par les objectifs de politique criminelle⁸⁸³.

221. L'exposé qui précède appelle trois remarques qui découlent les unes des autres. La première remarque est que l'on observe du côté des savoirs pénaux la même évolution que celle envisagée en politique criminelle⁸⁸⁴ ou dans les doctrines juridiques⁸⁸⁵ : comme le montre G. KELLENS, la « longue marche des criminologues », voit se succéder le temps des philosophes – *le légalisme* –, le temps des savants – *le positivisme* – et le temps des experts – *le formalisme*⁸⁸⁶. La deuxième est qu'il semble de plus en plus délicat de justifier la distinction entre les catégories de savoirs pénaux. Si politique criminelle, droit pénal positif, criminologie et philosophie du droit ne partagent ni les mêmes sources, ni les mêmes méthodes, l'ensemble est uni par le même *projet* : celui de résoudre la question criminelle⁸⁸⁷. La troisième remarque et conclusion des deux précédentes, est que ces savoirs « diffus »⁸⁸⁸ sont épistémologiquement équivalents puisqu'ils émanent d'un même système de positivité qui est encore celui de la *guerre de tous contre tous*, du pacte social et du criminel-ennemi⁸⁸⁹.

222. Une brève recension des manuels de droit pénal général permet de vérifier la validité de l'hypothèse qui précède.

communication scientifique par des revues et des colloques, un corps professionnel parfois même corporatiste » L. WALGRAVE, « À la recherche de la criminologie », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, n°1, 1993, p. 9.

⁸⁸³ D. KAMINSKI *et al.*, « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales : construction et déconstruction d'un concept », *Sociologie et sociétés*, 33(1), 2001, pp. 27–51.

⁸⁸⁴ V. *Supra* n°136

⁸⁸⁵ V. *Supra* n°213.

⁸⁸⁶ G. KELLENS, « La longue marche des criminologues », in F. RINGELHEIM (Dir.), *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale*, Bruxelles, Éd. De L'université de Bruxelles, 1984, pp. 318-329.

⁸⁸⁷ C. DEBUYST, « Pour introduire une histoire de la criminologie : les problématiques de départ », *Déviance et société*, Vol. 14 - N°4, 1990, p. 365.

⁸⁸⁸ « Soumis aux contraintes de leur production, de leur diffusion et de leur réception ». J. FERRAND, X. PIN, D. SCALIA, « Circulez, y'a rien à voir », in J. FERRAND, X. PIN, D. SCALIA, (Dir.) *Savoirs pénaux, savoirs diffus. La circulation d'une pensée pénale réformatrice de l'Europe des Lumières à la restauration monarchique. Revue de l'institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles* n°4, 2013, p. 20.

⁸⁸⁹ Concluant sa recension de façon similaire, « Indépendamment de leurs différences internes, les diverses théories du crime, dont le contenu est plutôt pauvre, mais qui sont en même temps plausibles et fonctionnelles, transmettent à travers leur apparence scientifique un message caché commun : il existe une chose telle que le "crime" contre laquelle seule une élite adéquatement équipée peut nous protéger. La tentative de critiquer ces théories du crime au niveau de leur contenu manifeste - tout en s'appuyant sur leur fonction explicative scientifique et en espérant développer à travers elles de nouvelles perspectives d'action - échouera non seulement à cause de leur apparente plausibilité, mais en même temps parce qu'une telle tentative est vouée à être piégée par leurs structures profondes communes cachées », S. QUENSEL, « Let's abolish theories of crime : an exhortation to further criminological debate », in J. R. BLAD, H. Van MASTRIGHT, N. A. UILDRIKS, (Dir.) *The criminal justice system as a social problem : an abolitionist perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987, p. 132.

B. Identification du système de positivité

223. Contraints de définir l'objet de leur exposé pour lui conférer une valeur scientifique, les pénalistes auteurs de manuels⁸⁹⁰ peuvent être grossièrement divisés en deux catégories : ceux qui fondent le crime dans les valeurs sociales – positivisme sociologique – et ceux qui le fondent dans les valeurs morales ou l'état de nature – jusnaturalisme.

224. Quant à ceux qui voient dans le crime l'atteinte à *des valeurs sociales*, on lit tout d'abord que « tous les actes incriminés sont par hypothèse socialement intolérables, ou en tout cas intolérés à un moment donné dans un pays donné, puisqu'ils sont frappés avec plus ou moins d'intensité des sanctions qui occupent partout le rang le plus élevé de la hiérarchie des sanctions juridiques, les sanctions pénales »⁸⁹¹. Notons d'emblée une rhétorique récurrente : si l'on peut dire que les crimes heurtent les sentiments collectifs c'est *parce qu'ils sont punis*. Sous couvert de positivisme sociologique – le crime est un fait social empiriquement constatable –, on renvoie donc au pouvoir discrétionnaire du législateur – la pénalisation d'un comportement. Le droit pénal est ici ce qui permet de circonscrire la criminologie. Un autre auteur inverse néanmoins le raisonnement puisque si le « crime (entendu au sens large) est un comportement légalement prévu et puni d'une peine »⁸⁹², – formalisme – le législateur ne s'autorise à punir que les comportements les plus dangereux et attentatoires à la « morale sociale (c'est-à-dire à des règles admises par l'immense majorité des hommes d'un pays) »⁸⁹³ – positivisme sociologique. La criminologie devient l'alibi du droit pénal, par l'intermédiaire du pacte social. Pour un troisième auteur, il faut au contraire se méfier de la « conscience collective impressionnable et changeante »⁸⁹⁴, et confier au législateur le soin de délimiter les comportements contraires à l'*ordre social*. Mais changer la forme ne résout pas le problème du

⁸⁹⁰ « Mais si le manuel de droit est rédigé par les professeurs eux-mêmes, son caractère didactique se fonde toujours sur une dimension scientifique essentielle, qui en fait sans aucun doute la spécificité par rapport aux manuels d'enseignement du primaire et du secondaire, puisque la finalité de l'Université est en effet de transmettre "le savoir hautement spécialisé de la science en train de se faire". Distinct des articles ou des thèses, qui adoptent un point de vue nécessairement plus resserré, le manuel apparaît d'ailleurs comme l'un des vecteurs essentiels de la structuration du droit, dont il contribue à soutenir le développement de nouvelles branches ». A.-S. CHAMBOST, « Premiers jalons pour une histoire des manuels de droits » in A.-S. CHAMBOST (Dir.) Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme de discours universitaire, LGDJ, 2014, p. 29.

⁸⁹¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^{em} éd., 1997, p. 29.

⁸⁹² J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e éd., 2019, p. 21.

⁸⁹³ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e éd., 2019, p. 21 ; « Véritable maladie du corps social, le phénomène criminel frappe l'observateur, à la fois par sa permanence et par son importance et en conséquence a suscité le développement d'une discipline nouvelle, la criminologie » p. 19.

⁸⁹⁴ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd., 2019, p. 6.

fond et l'auteur reprend en définitive la distinction entre délit naturel et délit artificiel pour identifier ce qui fait la substance de cet ordre social à protéger. Évitant de se pencher sur le premier, il renvoie à la « toute-puissance de la loi » et aux « contingences de toutes sortes »⁸⁹⁵ le soin de déterminer le second. Il conclut finalement qu'« en tout état de cause, qu'il s'agisse de délits naturels ou artificiels, que l'ordre social, largement entendu, préexiste à la loi ou qu'il résulte d'elle, il ne peut y avoir de phénomène criminel que si un texte (législatif ou réglementaire) a prévu et puni le fait antisocial »⁸⁹⁶. L'étudiant n'aura donc qu'à faire son choix, l'un comme l'autre aboutissant de toute façon à légitimer le seul processus formel d'incrimination. Les pages suivantes, destinées à démontrer « la réalité humaine et sociale »⁸⁹⁷ du phénomène criminel doivent d'ailleurs l'aider à comprendre que derrière « l'abstraction juridique »⁸⁹⁸ se cache un homme bien réel, « ennemi de la société »⁸⁹⁹. Le savoir criminologique permet donc, là encore, de justifier la catégorie pénale. Un quatrième auteur se contente de reprendre la définition du *Vocabulaire juridique*, dont il faut reconnaître l'exhaustivité puisque toutes les doctrines y sont représentées : le crime est une « transgression particulièrement grave, attentatoire à l'ordre et à la sécurité, contraire aux valeurs sociales admises, réprouvée par la conscience et punie par les lois »⁹⁰⁰. Le pénaliste se contente toutefois de piocher dans la liste deux sources de légitimation, que sont l'atteinte à l'ordre social – qui n'est toujours pas défini – et sa criminalisation formelle⁹⁰¹. Le cinquième auteur résout explicitement la tension entre le fait et la valeur par le recours à la figure du contrat social : le crime « apparaît comme la violation par un individu d'une règle sociale prévue par le droit, *de telle sorte* que la société se trouve atteinte dans les valeurs dont elle entendait assurer l'existence et la sauvegarde »⁹⁰². En d'autres termes, c'est parce que le comportement *est* incriminé qu'il *doit* être incriminé. La volonté du législateur se suffit donc à elle-même. L'argument n'est pas sans rappeler celui qu'oppose le Conseil constitutionnel lorsqu'est soulevée l'atteinte au principe constitutionnel de nécessité⁹⁰³.

⁸⁹⁵ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd., 2019, p. 6.

⁸⁹⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd., 2019, p. 7.

⁸⁹⁷ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd., 2019, p. 10.

⁸⁹⁸ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd., 2019, p. 10.

⁸⁹⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd., 2019, p. 11.

⁹⁰⁰ G. CORNU (Dir.) *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2018., « Crime ». Cité par J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 8^e édition, 2020, p. 15. Si les critères sont cumulatifs, la définition devrait inspirer un large mouvement de décriminalisation...

⁹⁰¹ J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 8^e édition, 2020, p. 15.

⁹⁰² P. SALVAGE, *Droit pénal général*, Presses universitaires de Grenoble, 2016, p.6, nous soulignons.

⁹⁰³ Selon la formule classique, le Conseil constitutionnel estime « qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci ». Cons. Const. 19 et 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, *Loi sécurité-liberté* ; Pour rappel, l'article 5 de la DDHC de 1789 énonce : « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est

C'est en substance la même justification que l'on trouve chez les derniers auteurs⁹⁰⁴, lesquels n'hésitent d'ailleurs pas à conclure que : « ce qui définit par essence le crime, dans

pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». On en déduit que législateur peut donc seul décider de ce qui est nuisible, ou non, à la Société. Puisqu'il est si « difficile d'imaginer qu'il puisse exercer son pouvoir d'incriminer de manière excessive » (!) et qu'une « sorte de présomption de nécessité est donc admise » (!!), (E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 239, n°273), on se demande bien pourquoi la doctrine s'embarrasse encore, du moins en apparence, à justifier matériellement l'infraction... Sauf à adhérer à l'hypothèse de FOUCAULT selon laquelle l'édifice pénal repose en grande partie sur la nécessité d'un savoir spécifique sur le crime et le criminel constitué à partir de la pratique punitive pour la légitimer en retour (V. *Supra* n°165). Une brève étude de deux projets de lois d'incrimination permet en outre de nuancer radicalement la croyance en la capacité d'autocensure du législateur. La « discipline de l'évaluation préalable » repose, s'agissant des projets de loi, sur les dispositions des articles 8 à 12 de la loi organique du 15 avril 2009 qui instaurent tout un processus dont le but est de permettre « d'apporter une démonstration rigoureuse de la nécessité d'un nouveau texte et de la proportionnalité de la réponse juridique envisagée, en vue d'assurer un bon équilibre entre les objectifs d'intérêt général qui inspirent la réforme et la prise en compte des différents intérêts particuliers en présence » (*Guide de légistique élaboré par le Secrétariat général du gouvernement et le Conseil d'État*, troisième édition mis à jour en 2017, consultable à l'adresse suivante : <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/guide-de-legistique/guide-de-legistique-edition-2017-format-pdf>) En pratique, le vecteur de cette démonstration est *l'étude d'impact*, sorte de document interministériel, fruit d'une collaboration collective entre divers secteurs juridiques ou non, personnalités indépendantes, groupes de travaux, etc... Précisons d'ores et déjà qu'il n'existe pas de dispositions spécifiques à la matière pénale concernant cette étude d'impact, et ce malgré la gravité de l'incrimination. Une fois cette étude achevée, le Conseil d'État est saisi et il doit rendre un avis – non conforme et dont la publication n'est pas automatique. *A priori* donc, il semble bien exister en amont de la production législative une forme d'encadrement du pouvoir de punir. Or, lorsqu'on regarde le contenu de ces fameuses études d'impacts, on se rend très vite compte de l'absence de sérieux avec laquelle est envisagée la question de la nécessité. À titre d'illustration, on peut mentionner 1) L'étude d'impact du projet de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, qui énonce que : « Compte tenu, d'une part, de la gravité des comportements considérés et, d'autre part, de l'insuffisance du droit positif pour y répondre, *il apparaît nécessaire* de recourir à un acte juridique contraignant pour faire reculer les diverses pratiques de dissimulation du visage dans l'espace public. Celui-ci est *indiscutablement nécessaire* pour lutter plus efficacement contre le fait de contraindre une personne à dissimuler son visage, qui ne peut actuellement être poursuivi que de manière indirecte, sur le fondement d'incriminations, telles que les délits de menace ou de violence, qui peuvent se révéler inadaptées selon les circonstances » (http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2520-ei.asp#P313_34366 , nous soulignons) ; 2) L'étude d'impact de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, qui revient sur l'opportunité du délit d'outrage au dépositaire de la force publique dont il s'agit alors d'augmenter les peines : « Garantie par l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme est du citoyen, la liberté d'expression est un principe à valeur constitutionnelle ainsi que le rappelle très régulièrement le Conseil constitutionnel. Ce dernier précise toutefois que "les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi », et *il n'est pas contestable que tel est le cas des dispositions réprimant les outrages* » (https://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl16-263-ei/pjl16-263-ei.html#_Toc468437874, nous soulignons). N'est donc pas « contesté » ou « discuté » le fait que la pénalité soit la solution opportune quand il s'agit de mettre un terme à des comportements dont on cherche parfois même à savoir si ceux-ci sont véritablement nuisibles ou pour qui. La présomption de nécessité de la pénalité s'applique dès le stade de l'incrimination, qui n'a donc pas besoin d'être justifiée autrement que par le constat de son inexistence. Par un curieux phénomène de bouclage, l'étude d'impact va même se reposer sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour justifier un processus d'incrimination que ce dernier se refuse précisément à encadrer ... Sur la critique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, V. F. ROUSSEAU, « Légalité et légitimité du juge en matière pénale », in B. PY et F. STASIAK (Dir.), *Légalité, légitimité, licéité, regards contemporains : mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, Presses universitaires de Nancy, 2018, p. 657 et s. ; F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC*, 2015, p. 257 ; O. CAHN et K. PARROT, *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, Lextensoéditions, 2012. Pour une proposition concrète de critères de criminalisation susceptibles d'encadrer la production législative, V. L.H.C HULSMAN, « Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, Pedone, 1984, pp. 43-63. Pour une analyse, V. M. COQUET, *De l'abolition du système pénal. La perspective de Louk Hulsman*, L'Harmattan, Ed. Campus Ouvert, 2016, pp. 112-128.

⁹⁰⁴ « La criminalité postule une atteinte à l'ordre public ; ce trouble social résulte de la violation d'une norme de conduite destinée à assurer la protection d'une valeur reconnue comme suffisamment importante pour mériter une

cette optique, est la nature répressive de sa sanction »⁹⁰⁵. La formule laisse apparaître de façon limpide à la fois le bouclage de la valeur sur le fait et celui de la pratique sur la théorie : l'essence du crime est définie par le type de *jugement* que le législateur porte sur lui, jugement qui n'est plus matérialisé par le processus médiat de l'incrimination, mais directement par la *pénalité répressive* – dont on sait qu'elle est déterminée dans sa forme et ses effets par la prison et non l'inverse⁹⁰⁶. Le crime est un comportement qui nécessite d'être puni, c'est donc en le punissant qu'on le reconnaît...

225. Les auteurs de la seconde catégorie s'appuient quant à eux moins sur la figure du consensus social ou de l'ordre public que sur celle de la morale et de la nécessité biologique. Ainsi l'on trouve ceux qui reprennent encore la théorie de GAROFALO – ce qui est un peu gênant lorsqu'on sait qu'elle a inspiré le fascisme de MUSSOLINI⁹⁰⁷ – tout en proposant d'objectiver la frontière entre crimes naturels et artificiels par le recours aux Droits de l'Homme et donc à « une valeur universelle et permanente »⁹⁰⁸. Conscients du flou généré par la circonscription idéaliste des incriminations, d'autres invoquent la théorie du « noyau dur » de la violence et de la ruse produite par R. GASSIN⁹⁰⁹ pour faire barrage aux arguments relativistes. Selon celui-ci, l'écueil de GAROFALO réside dans la permanence supposée des « valeurs-fin », c'est-à-dire des valeurs protégées par l'incrimination lorsque celles-ci sont en réalité étroitement liées aux « mœurs »⁹¹⁰ et à leur évolution – c'est en effet la critique adressée au naturalisme par le positivisme sociologique. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'il faille abandonner la distinction entre le naturel et l'artificiel, puisqu'il existerait, en plus de ces valeurs-fins, des « anti-valeurs moyen » dont la répression est permanente dans le temps et dans l'espace. Les « anti-valeurs moyens » qualifient les actes portant atteinte à la valeur-fin. Or, si les valeurs-fins ne sont pas exclusives au droit pénal – elles peuvent être garanties par d'autres biais – la répression des comportements antisociaux – des « anti-valeurs » – relèvent tout à fait de sa fonction. Une brève étude de l'histoire des idées permet alors aux auteurs d'identifier les deux anti-valeurs fondatrices du droit de punir : la violence et la ruse. Ces comportements mettent en jeu deux « traits essentiels » – « une situation de déséquilibre caractérisée entre la victime et

protection de nature non pas seulement extrapénale mais répressive ». P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2007, p. 3.

⁹⁰⁵ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2007, p. 4.

⁹⁰⁶ V. *Supra* n°149 et s.

⁹⁰⁷ V. *Supra* n° 137. Mais certainement qu'en droit pénal comme au cinéma, on doit pouvoir distinguer l'homme de l'artiste...

⁹⁰⁸ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd, 2009, p. 14.

⁹⁰⁹ R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e édition, 2011, pp. 79-93.

⁹¹⁰ R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e édition, 2011, p. 83.

l'auteur »⁹¹¹ et l'exploitation abusive de cette situation »⁹¹² – qui portent atteinte au « sentiment élémentaire de justice »⁹¹³ de l'Homme, indépendamment de la structure sociale dans laquelle il évolue, et entraînent *naturellement* tant l'invariabilité de leur stigmatisation, que la nécessité de leur punition⁹¹⁴. Le droit pénal est alors « une construction normative qui s'édifie sur un donné »⁹¹⁵, à savoir le caractère criminel du comportement visé. L'incrimination ne saurait donc être arbitraire « sauf évidemment pour les délits dits "artificiels" »⁹¹⁶. Le pénaliste peut donc se rassurer, il existe bien des comportements qui méritent en eux-mêmes d'être punis. Certes ils ne sont pas la majorité, mais ils semblent néanmoins suffire à justifier le droit de punir sans que l'on ait vraiment besoin de se poser plus de questions sur ce qui relève, *à contrario*, de l'artifice...

226. L'hypothèse de R. GASSIN soulève deux objections⁹¹⁷. La première est, quoi que les auteurs en disent, l'étroite similitude qui unit le noyau dur du crime à la théorie de GAROFALO. Dans les deux cas en effet, il s'agit de déduire de l'observation du construit l'existence du donné sur lequel il est supposé s'édifier. Or, « à trop vouloir observer les faits "bruts" on risque fort d'y découvrir l'idéologie plus que la société elle-même »⁹¹⁸, d'où la nécessité pour le chercheur de prendre de multiples précautions épistémologiques lorsqu'il entend lire dans le droit la vérité des faits ou de la Raison. Ce que ne fait pas R. GASSIN, lorsqu'il se contente d'une rapide rétrospective des savoirs pénaux sans s'interroger sur l'existence de causes matérielles susceptibles d'avoir déterminé et la production des idées et celle du droit positif. Il tombe ainsi dans le piège méthodologique décrit tant par M. MIAILLE que par P. PONCELA – au titre des « poncifs » de l'histoire des idées – d'un empirisme/idéalisme naïf

⁹¹¹ R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e édition, 2011, p. 86

⁹¹² R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e édition, 2011, p. 86

⁹¹³ R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e édition, 2011, p. 87.

⁹¹⁴ La combinaison des valeurs-moyens et des valeurs-fins est résumée par les auteurs de la façon suivante : « Dans la théorie exposée au texte ci-dessus, le critère du crime se trouve dans les moyens employés, la violence et la ruse, lesquels au demeurant ne prennent cette signification que par rapport aux fins poursuivies lorsqu'elles sont prises en considération par le droit pénal, à un moment de son évolution historique, comme étant des valeurs essentielles à protéger de manière particulièrement énergique par la menace de la peine » R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e édition, 2011, p. 93.

⁹¹⁵ R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e édition, 2011, p. 90.

⁹¹⁶ R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e édition, 2011, p. 92.

⁹¹⁷ À l'occasion d'une série d'échanges avec R. GASSIN, le criminologue J.-P. BRODEUR a formulé ses propres critiques de la théorie du noyau dur, auxquelles nous renvoyons le lecteur. L'une d'entre elles, particulièrement pertinente, est celle qui conteste son caractère scientifique, faute de respecter le critère de falsifiabilité posé par K. POPPER : « Puisqu'elle ouvre la possibilité de disqualifier d'emblée tout ce qui contredit la définition proposée, elle a pour conséquence de rendre cette définition infalsifiable, renonçant de cette façon à l'un des critères les plus reconnus de la scientificité ». J. P. BRODEUR, « Le noyau dur et la peau de chagrin : une étude critique à propos de la parution de la 3^e édition du Précis de criminologie de Raymond Gassin », *RICPT*, 1995, pp. 332-339 ; J.-P. BRODEUR, « Le noyau dur et l'artifice : poursuite du débat avec Raymond Gassin », *RICPT*, 1998, pp. 456-478.

⁹¹⁸ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, pp. 338-339.

cristallisé par le recours à la notion prophétique, empruntée à GAROFALO, de « sentiment élémentaire de justice »⁹¹⁹. Les études sociologiques contemporaines sur le sujet tendent en effet à montrer que loin de renvoyer à une « constante anthropologique »⁹²⁰ – sauf à le réduire à la seule exigence de respect et de reconnaissance individuelle⁹²¹ – le *sentiment* de justice doit être appréhendé sous l’angle de *la représentation sociale*, soit un construit là encore largement influencé par les conditions matérielles d’existence, les processus individuels de socialisation et les discours médiatisés sur le crime et la pénalité⁹²². La seconde objection découle de la définition que l’auteur donne des anti-valeurs universellement réprouvées – *une situation de déséquilibre caractérisée entre la victime et l’auteur et l’exploitation abusive de cette situation*. Le pénaliste coutumier des exigences du principe de légalité ne manquera pas de remarquer l’ambiguïté soulevée par les notions de « déséquilibre caractérisé » et d’« exploitation abusive », qui ne sont opératoires qu’en fonction d’un référentiel prédéterminé lui-même relatif – celui d’une relation libre entre individus égaux. L’exploitation abusive d’une situation de déséquilibre, de vulnérabilité ou de dépendance peut en outre qualifier plusieurs situations tout à fait normalisées, voire encouragées socialement. Ainsi le rapport socio-économique capitaliste que l’on trouve résumé comme suit dans le *Trésor de la langue française*, sous l’entrée « exploitation » : « les hommes démunis de moyens de production doivent travailler en partie gratuitement au profit des possesseurs des moyens de production ». On peut également citer l’exemple des violences « éducatives » faites aux enfants à l’école ou au sein du foyer pour les rendre productifs et disciplinés, ou l’organisation sociale qui a permis – et permet encore – aux hommes de profiter gratuitement du travail des femmes du fait de leur accès restreint au marché de l’emploi rémunéré⁹²³. La perméabilité de la distinction entre les comportements réprouvés par le droit pénal et ceux encouragés par le développement capitaliste

⁹¹⁹ R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e édition, 2011, p. 87 ; « Nous tâcherons enfin de dégager et d’isoler les sentiments normaux qu’on peut dire définitivement acquis à la partie civilisée de l’humanité et qui forment la vraie morale contemporaine, non susceptible de perte, mais d’un développement toujours croissant, et nous pourrions alors appeler délit naturel ou social la violation de ces sentiments par des actes qui en même temps sont nuisibles à la communauté » R. GAROFALO, *La criminologie*, Paris : Ancienne Librairie Germer Baillière et Cie., 1890, p. 154.

⁹²⁰ J. KELLERHALS, « Relativisme et sociologie : le cas du sentiment de justice », *Revue européenne des sciences sociales [En ligne]*, XLI-126, 2003, consulté le 27.06.2021. V. *Infra* n°346.

⁹²¹ J. KELLERHALS et N. LANGUIN, « Le respect d’autrui : formes élémentaires du sentiment de justice », pp. 49-65, in U. CASSANI (Dir.), *Montrer la justice, penser le droit pénal : Colloque en l’honneur du Professeur Christian-Nils Robert*, Genève : Schulthess, 2009.

⁹²² La représentation sociale est définie de la façon suivante par J.-C. ABRIC : « le produit et le processus d’une activité mentale par laquelle un individu ou un groupe reconstitue le réel auquel il est confronté et lui attribue une signification spécifique » (J.-C. ABRIC, *Pratiques sociales et représentations*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 13. Sur la notion, V. également D. JODELET, *Les représentations sociales*. Presses Universitaires de France, 2003.) V. *Infra* n°273.

⁹²³ S. FEDERICI, *Le capitalisme patriarcal*, La fabrique éd., 2019.

est particulièrement sensible à l'étude de la délinquance d'élites⁹²⁴. *In fine*, la théorie novatrice du noyau dur de la violence et de la ruse se résume à une tentative supplémentaire de *naturaliser* le crime en justifiant la catégorie *juridique* par l'ordre *social* qu'elle a elle-même instituée. Ce patchwork épistémologique est repris par deux derniers auteurs qui, validant globalement l'hypothèse de R. GASSIN, en déduisent la dualité du crime, à la fois acte humain qui suppose la conscience d'enfreindre l'interdit social – et donc la loi – et acte « antisocial », « qui cause un dommage à la société autant, sinon davantage qu'à la victime »⁹²⁵.

227. Notons enfin qu'un dernier auteur consacre plusieurs pages de son introduction à démontrer l'inopportunité du recours aux valeurs sociales ou morales pour délimiter l'infraction. Il conseille donc de s'en remettre à l'autonomie d'un « système fermé qui s'efforce de dégager ses propres règles d'organisation »⁹²⁶. Le positivisme juridique de l'auteur est toutefois rapidement nuancé puisqu'il indique dès la phrase suivante qu'à « l'intérieur de ce champ clos, le respect des droits de l'homme garantit un procès pénal conforme à notre idée de justice sans qu'il soit nécessaire d'invoquer une quelconque divinité ou d'autres formes de rationalité »⁹²⁷. Épitomé du jusnaturalisme, l'invocation des Droits de l'Homme a certainement pour finalité de rassurer l'étudiant sur les dérives éventuelles d'un devoir de punir qui serait son propre fondement. La légitimation « organique » du formalisme législatif est achevée par l'insertion du critère criminologique de la *dangerosité* dans la définition de l'infraction qu'il retient en conclusion : « L'infraction est donc un comportement humain, abstraitement envisagé par la loi ou le règlement, suffisamment dangereux pour que la société menace d'une peine quiconque entreprendrait de le réaliser »⁹²⁸. En définitive, les développements de l'auteur sont donc tout à fait réductibles à ceux des autres pénalistes puisqu'on y retrouve un même mélange de positivisme juridique, sociologique et de jusnaturalisme au service de la justification rétrospective des catégories formelles du crime, mais jamais du criminel⁹²⁹. Revendiquant le

⁹²⁴ P. LASCOUMES et C. NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes. De la criminalité en col blanc à la corruption politique.*, Armand Colin, 2nd éd, 2018.

⁹²⁵ P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, Edition 2018, p. 13

⁹²⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 161, n°179.

⁹²⁷ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 161, n°179.

⁹²⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, pp. 193-194, n°221.

⁹²⁹ C'est le dédoublement fondateur entre sujet de droit et objet de coercition qu'entretiennent les auteurs : le crime est une catégorie formelle qui résulte de la volonté souveraine du législateur mais le criminel un individu anormal qui fait l'objet d'un savoir criminologique spécifique. L'anormalité du criminel permet de justifier la spécificité de la réaction au crime, la peine, laquelle permet d'identifier formellement le crime comme ce qui est puni par le législateur et de justifier matériellement le processus de criminalisation.

caractère purement instrumental – et donc non scientifique – de sa définition⁹³⁰, il oublie d’indiquer que son effet n’est pas seulement de « souligner » ou de « présenter » ses rapports avec le texte d’incrimination ou la peine, mais bien de leur apporter une légitimité substantielle par le recours à la philosophie et la criminologie. Il ne s’agit pas seulement de décrire le système pénal, mais de le justifier et partant de le *garantir*. Les auteurs des manuels cités s’associent donc à une stratégie commune qui n’est pas celle d’un projet scientifique mais d’une *politique criminelle*.

228. La fausse diversité des attitudes épistémologiques n’est pas propre aux doctrines pénales contemporaines. Elle est une reproduction à l’identique des débats menés lors du Congrès de criminologie de 1950 où « l’abondance de définitions cohabite avec la pauvreté des résultats et avec l’intérêt marginal du criminologue vis-à-vis de la signification juridico-politique du crime »⁹³¹. Déjà, les empirismes sociologiques et juridiques n’avaient d’autre effet que celui de légitimer l’action d’un législateur qui se contente de « respecter le droit spontané »⁹³² – l’atteinte aux valeurs partagées est déduite de la peine et leur préexistence de l’incrimination –, le bouclage du système de positivité s’effectuant par le biais des notions idéales de *guerre de tous contre tous*, de contrat social et de *criminel-ennemi*. Trois abstractions que personne n’image contester tant elles paraissent évidentes alors même que l’analyse politique la plus simpliste fait immédiatement apparaître les failles profondes de la démocratie représentative⁹³³. À l’issue de ce bref exposé, il est donc possible d’appliquer aux manuels de

⁹³⁰ « Le mérite d’une telle définition est de souligner tout d’abord l’importance du texte d’incrimination qui fixe le cadre de la responsabilité pénale. Cette définition a également le mérite de présenter la peine comme une conséquence de la réalisation du comportement incriminé, l’effet juridique qui s’attache en principe au constat judiciaire d’une infraction. Ces références au texte et à la peine ne donnent lieu à aucun débat. » E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, pp. 193-194, n°221.

⁹³¹ A. PIRES, « Le débat inachevé sur le crime : le cas du Congrès de 1950 », *Déviante et société*. Vol. 3, n°1, 1979, p. 38.

⁹³² A. PIRES, « Le débat inachevé sur le crime : le cas du Congrès de 1950 », *Déviante et société*. Vol. 3, n°1, 1979, p. 32.

⁹³³ Comment peut-on prétendre en effet que la loi est la représentation de la volonté de générale, lorsque l’on sait *a minima* que moins de la moitié des français vote aux élections législatives, que les représentants élus ne sont pas tenus d’un mandat impératif, qu’ils ne sont qu’aléatoirement présents lors des sessions parlementaires, et qu’il faudrait encore pouvoir mesurer les moyens réellement accordés aux lois votées pour garantir leur application conforme à la *ratio legis* qu’elles affichent ? ROUSSEAU lui-même n’a cessé de rappeler les limites du régime de représentation qu’il envisageait, et dont il ne concevait pas la possibilité dans une société dans laquelle l’esclavage aurait été aboli, la liberté du citoyen devant demeurer sa préoccupation principale pour éviter l’usurpation de sa représentation : « Chez les Grecs, tout ce que le peuple avait à faire, il le faisait par lui-même ; il était sans cesse assemblé sur la place. Il habitait un climat doux ; il n’était point avide ; des esclaves faisaient ses travaux ; sa grande affaire était sa liberté. N’ayant plus les mêmes avantages, comment conserver les mêmes droits ? Vos climats plus durs vous donnent plus de besoins ; six mois de l’année, la place publique n’est pas tenable ; vos langues sourdes ne peuvent se faire entendre en plein air ; vous donnez plus à votre gain qu’à votre liberté, et vous craignez bien moins l’esclavage que la misère. Quoi ! la liberté ne se maintient qu’à l’appui de la servitude ? Peut-être. Les deux excès se touchent. Tout ce qui n’est point dans la nature a ses inconvénients, et la société civile plus

droit pénal la même remarque que celle adressée par Michel MIAILLE à l'ensemble de la doctrine juridique, laquelle

« apparaît donc bien pour ce qu'elle est : une production déterminée par le contenu social et politique de la société dans laquelle elle se réalise. Qu'il redécouvre le phénomène sociologique après avoir renoncé à Dieu ou à la Raison, ou qu'il construise une architecture purement formelle du droit, le juriste se trouve toujours en train de conforter l'idéologie dominante : celle correspondant aux rapports sociaux dominants. Et le discours universitaire, sous couvert d'indépendance et de scientificité, n'échappe pas à ces rapports sociaux »⁹³⁴.

229. L'assujettissement au système de positivité secrété par le mode de production est par ailleurs encouragé par des facteurs structurels externes aux individus mais agissant selon la même rationalité, qui fond de l'Université un lieu des lieux privilégiés de sa reproduction.

§4. Structure universitaire et reproduction des savoirs dominants

230. La responsabilité du pénaliste ou du criminologue non critique dans le maintien des structures de contrôle existantes, si elle est une constante dans ses effets, varie néanmoins dans ses causes d'un individu à l'autre. Certains sont tout à fait conscients de participer à la légitimation de l'ordre social existant qu'ils estiment certainement conforme à leurs convictions politiques personnelles. Si la stratégie est volontaire, le programme demeure toutefois caché⁹³⁵ puisque ces « propagandistes zélés » continuent de « draper l'arbitraire de leurs opinions dans l'autorité du droit »⁹³⁶ ou de la criminologie. Dans le domaine pénal, ces individus sont célèbres

que tout le reste. Il y a telles positions malheureuses où l'on ne peut conserver sa liberté qu'aux dépens de celle d'autrui, et où le citoyen ne peut être parfaitement libre que l'esclave ne soit extrêmement esclave. Telle était la position de Sparte. Pour vous, peuples modernes, vous n'avez point d'esclaves, mais vous l'êtes ; vous payez leur liberté de la vôtre. Vous avez beau vanter cette préférence, j'y trouve plus de lâcheté que d'humanité. » J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, éd. Beaulavon, 1903, « Des députés ou représentants », p. 264.

⁹³⁴ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 377.

⁹³⁵ « Parfois ces stratégies sont tout à fait conscientes : on peut dire que la manière dont la police utilise la prison est à peu près consciente. Simplement, elles ne sont en général pas formulées. A la différence du programme. Le programme premier de l'institution, la finalité initiale est au contraire affichée et sert de justification, alors que les configurations stratégiques ne sont pas souvent claires aux yeux mêmes de ceux qui y occupent une place et y jouent un rôle ». M. FOUCAULT, « Qu'appelle-t-on punir ? Entretien avec M. Foucault » F. RINGELHEIM (Dir.), *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale, Bruxelles*, Éd. De L'université de Bruxelles, 1984, p. 39.

⁹³⁶ A. SUPLOT, « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », *Les cahiers du droit*, Vol. 42, n°3, sept. 2001, pp. 595-614.

et font l'objet du mépris affiché de la plupart des enseignants-chercheurs⁹³⁷. Ce qui ne veut pas dire, loin s'en faut hélas, qu'ils n'exercent pas une réelle influence sur la consolidation des politiques criminelles⁹³⁸ ou la diffusion du *savoir-pouvoir* universitaire⁹³⁹. Ils s'inscrivent au contraire dans une stratégie assumée de monopole de la production scientifique « légitime », qu'ils partagent avec une administration désireuse d'imposer « sa propre conception de la science » par opposition aux recherches « politiques » ou « idéologiques »⁹⁴⁰.

231. La plupart du temps néanmoins, la participation des chercheurs résulte d'un ancrage involontaire au système de positivité interdisant dès le stade inconscient de considérer comme vrai, possible ou légitime quelque chose qui contredit radicalement les règles de son fonctionnement⁹⁴¹. Le fétichisme des catégories juridiques qui en découle – du contenu ou de la forme, mais sans jamais tenter d'expliquer le droit par la dialectique de leurs rapports⁹⁴² – entraîne alors mécaniquement la récursivité des savoirs. La réflexivité, la clarification épistémologique et méthodologique, comme la définition d'une posture citoyenne⁹⁴³ sont les remèdes conseillés par les critiques aux auteurs de cette seconde catégorie. Preuve de l'efficacité de la prescription, M. KALUSYNSKI montre comment le mouvement « critique du droit », dont M. MIAILLE est l'un des grands représentants, a permis de donner une nouvelle

⁹³⁷ M. RIGOUSTE, *Les marchands de peur. La bande à Bauer et l'idéologie sécuritaire*, Paris, Libertia, 2011.

⁹³⁸ L. MUCCHIELLI, « Vers une criminologie d'État en France ? Institutions, acteurs et doctrines d'une nouvelle science policière », *Politix*, vol. 89, no. 1, 2010, pp. 195-214 ; BRUSTEN, « Vers une criminologie sous tutelle étatique ? Problématiques en perspective et stratégies des solutions sous l'angle de la recherche universitaire », *Déviance et société*, Vol. 5, n°2, 1981, pp. 177-186.

⁹³⁹ D. KAMINSKI, « Criminologie plurielle et pourtant singulière », *Chroniques, RSC* 2020, p. 475.

⁹⁴⁰ L. VAN OTRIVE. « Débat : Les commanditaires de la recherche dans le domaine de la déviance et du contrôle social », *Déviance et Société*, Genève, vol. 5, No 2, 1981, pp. 153-154. En cela, les propos récents de la ministre de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation F. VIDAL sur « l'islamogauchisme universitaire » n'ont hélas rien d'exceptionnel, si ce n'est peut-être du fait de leur stupidité.

⁹⁴¹ V. *Supra* n°223 et s. et *Infra* n°409 et s ; V. Également « « Il y a, plus nouvelle, et sans doute plus perverse, la soumission induite par le positivisme qui règne dans nos facultés depuis le XIX^{ème} siècle. Au nom de la neutralité de la science, le juriste mettra alors son intelligence au service de l'interprétation et de la systématisation de n'importe quel texte, aussi ignominieux soit-il ». A. SUPLOT, « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », *Les cahiers du droit*, Vol. 42, n°3, sept. 2001, pp. 595-614.

⁹⁴² M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 376.

⁹⁴³ « La personne juridique, l'État, la norme de droit et bien d'autres, autant d'objets de foi, posés dans toute leur majesté par l'autorité de ceux qui en parlent. Car, dépouillés de cette autorité, que reste-t-il de ces concepts, de ces notions et de ces raisonnements tous inscrits dans le cercle étroit d'une « science » qui se veut totalement indépendante, c'est-à-dire souveraine dans ses énoncés ? Il n'en reste en vérité que la conséquence de l'isolement : c'est celle de la pauvreté. Une science qui, par autosatisfaction ou par crainte, se refuse directement ou indirectement à réfléchir sur sa propre démarche et à remettre en cause la nature de ses concepts n'est déjà plus une science : peut-être une nouvelle forme de métaphysique. Mais une telle situation est soigneusement cachée, de sorte que, pour le lecteur ou l'auditeur peu vigilant, le discours peut encore faire illusion. Il faut rompre ce consensus fait de silence et d'abandons » M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 380 ; « Une meilleure définition de leur rôle dans la société, ce qui doit commencer par une réflexion sur eux-mêmes, est une première manière d'apporter d'une façon plus permanente une contribution à une société tournée vers le bien-être. » F. COLSON, « Le rôle des pouvoirs publics en matière de recherche sociale appliquée », *Déviance et société*, vol. 5, N°2, 1981, pp. 153-161.

impulsion aux savoirs pénaux en orientant les juristes vers les rapports qu'entretiennent le droit, le politique et l'économique⁹⁴⁴. À partir de 1978, la création d'une association et de plusieurs centres de recherches dédiés à leur étude – le Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'État (CERTE) à Montpellier, le Centre de recherche en droit économique (CREDECO) à Nice, le Groupe stéphanois de recherche critique sur le droit (CERCRID) à Saint-Etienne et le Groupe de recherche en épistémologie politique et historique (GREPH) à Lyon – démontre la vigueur des pensées contestataires au sein de la doctrine juridique. L'objectif du collectif est alors de « transformer les pratiques d'enseignement et de recherche dans les Facultés de droit et ainsi de contribuer à une autre connaissance du droit dans la perspective d'une transition au socialisme »⁹⁴⁵.

232. Pourtant, dès 1985, FOUCAULT déplore le peu d'intérêt suscité chez les pénalistes par la parution dix ans plus tôt de *Surveiller et punir* :

« Et c'est vrai que j'ai été un peu surpris, et passablement déçu de voir que de tout cela ne dérivait aucune entreprise de réflexion et de pensée qui aurait pu réunir, autour du même problème, des gens très différents, magistrats, théoriciens du droit pénal, praticiens de l'institution pénitentiaire, avocats, travailleurs sociaux et des personnes ayant l'expérience de la prison. C'est vrai, de ce côté-là, pour des raisons qui sont sans doute d'ordre culturel ou social, les années 70 ont été extrêmement décevantes. Beaucoup de critiques ont été lancées un peu dans toutes les directions ; souvent ces idées ont eu une certaine diffusion, parfois elles ont exercé une certaine influence, mais il y a rarement eu cristallisation des questions posées en une entreprise collective, pour déterminer en tout cas quelles seraient les transformations à faire. En tout cas, pour ma part et malgré mon désir, je n'ai jamais eu de possibilité d'avoir aucun contact de travail, avec aucun professeur de droit pénal, aucun magistrat, aucun parti politique bien entendu. »⁹⁴⁶

⁹⁴⁴ M. KALUSZYNSKI, « Sous les pavés, le droit : le mouvement "Critique du droit" ou quand le droit retrouve la politique », *Droit et société*, vol. 76, no. 3, 2010, pp. 523-541 ; X. DUPRE DE BOULOIS et M. KALUSZYNSKI (Dir.), *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, LGDJ, 2011.

⁹⁴⁵ M. MIAILLE, cité par M. KALUSZYNSKI, « Sous les pavés, le droit : le mouvement "Critique du droit" ou quand le droit retrouve la politique », *Droit et société*, vol. 76, no. 3, 2010, p. 533.

⁹⁴⁶ M. FOUCAULT, « Qu'appelle-t-on punir ? Entretien avec M. Foucault » F. RINGELHEIM (Dir.), *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale*, Bruxelles, Éd. De L'université de Bruxelles, 1984, p. 37.

M. KALUSZYNSKI relate en effet l'essoufflement rapide d'un mouvement critique « fragile », qu'elle attribue tant à la « diversité intellectuelle et politique venant contrarier l'objectif fédérateur qui était à l'origine de sa formation » qu'à « la victoire électorale de la Gauche en 1981 et l'avancement dans la carrière de certains membres du groupe ont encore atténué les possibilités d'offrir une alternative crédible »⁹⁴⁷. Les arguments ne sont pas sans rappeler ceux avancés par J. BERARD – et nuancés par P. ROBERT – à propos des mouvements sociaux de 1968⁹⁴⁸. Les pensées critiques s'étiolent pourtant tout autant à l'étranger, où le socialisme est loin de dominer politiquement... Le « réalisme pénal »⁹⁴⁹ succède dès le milieu des années 1980 aux tentatives de déconstruction idéologique menées par les criminologies de la réaction sociale, radicale et abolitionniste⁹⁵⁰. S. COHEN cherche dans l'évolution des statuts des universitaires critiques les causes de cet effondrement. La prise en âge et la titularisation des professeurs, l'accroissement de leurs responsabilités administratives comme le fait de vouloir paraître pertinent politiquement en formulant des propositions compatibles avec le système existant ont selon lui largement participé à dissiper leurs prétentions révolutionnaires⁹⁵¹. D'autres auteurs envisagent en plus des causes *individuelles* celles, *matérielles*, issues des contraintes propres à la transdisciplinarité que revendiquent les pensées critiques. Ainsi les difficultés liées aux multiples méthodologies, approches et définitions d'un objet commun, les contraintes de temps et d'espace propres à toute recherche collective mais

⁹⁴⁷ M. KALUSZYNSKI. « Le mouvement "Critique du droit". D'un projet contestataire mobilisateur à un impossible savoir de gouvernement ». in X. DUPRE DE BOULOIS et M. KALUSZYNSKI (Dir.), *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, LGDJ, 2011, p. 35.

⁹⁴⁸ V. *Supra* n°183.

⁹⁴⁹ Nées sous la présidence de R. REAGAN aux États-Unis, les théories « réalistes » revendiquent leur posture formaliste – à rebours du matérialisme ou de l'interactionnisme des années 1970 – et s'organisent autour d'un triple projet : « D'une part, les gouvernements doivent, dans la lutte contre la délinquance, s'assigner exclusivement des objectifs qu'ils peuvent atteindre ; d'autre part, la redéfinition du champ de certaines libertés fondamentales est acceptable s'il en résulte effectivement une réduction de la délinquance ; enfin, consacrer du temps et de l'énergie à déterminer les causes de la criminalité est sans grand intérêt dès lors que l'histoire de la criminologie a démontré qu'aucune explication n'est convaincante » O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal », in O. CAHN et K. PARROT, *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, Lextensoéditions, 2012, p. 28. L'auteur poursuit sa contribution par un exposé détaillé des influences du mouvement réaliste sur les savoirs pénaux français.

⁹⁵⁰ S. COHEN, *Against Criminology*, Routledge, 1998, p. 10.

⁹⁵¹ S. COHEN, *Against Criminology*, Routledge, 1998, pp. 18 et 22. La fermeture sur ordre gouvernemental de l'École de criminologie de Berkeley, siège des criminologues radicaux, n'est certainement pas étrangère non plus au délitement du mouvement... M. SPECTOR et G. CASADAMONT, « Profils épistémologiques en criminologie comparée », *Déviance et société*, Vol. 2, n°4, 1978, pp. 349-364.

démultipliées par la diversité des profils et la complexité de la thématique ou encore le coût financier particulièrement élevé des enquêtes sociologiques d'envergure⁹⁵².

233. La pleine compréhension du phénomène nécessite toutefois de s'interroger sur ses causes *structurelles*. En France, la titularisation des enseignants-chercheurs aux postes de maîtres de conférences ou de professeurs implique la présentation de leurs travaux à différents comités dont l'évaluation est en grande partie fonction de la capacité du candidat à respecter des exigences formelles, qui n'ont pas d'autre utilité que celle de tester sa soumission aux règles qui lui sont dictées. Il doit diviser son plan suivant un nombre de parties prédéterminées, il doit citer les auteurs et manuels classiques, il doit présenter sa leçon mécaniquement en suivant des codes de langage et des manières d'organiser son propos qui sont transmis et reproduits de générations en générations d'agrégés. La pensée du candidat est orientée par la forme de son exposé, non l'inverse, et c'est donc en grande partie par la démonstration de sa docilité que le juriste obtient la reconnaissance de ses pairs⁹⁵³. Le cloisonnement des catégories juridiques et le fétichisme de la forme est intégré par le juriste dès le début de sa formation et nécessaire à l'avancement de sa carrière. Les conditions matérielles d'accès au professorat témoignent autant que les codes formels précités de l'empreinte qu'a laissée la bourgeoisie sur la faculté de droit. Le coût financier considérable du concours de l'agrégation, comme ce qu'il implique du point de vue de l'organisation du temps des candidats continuent de dissuader les enseignants-chercheurs plus modestes et les femmes exposées aux contraintes de leur sexe et de leur genre – qu'il s'agisse d'une grossesse ou du rôle qui leur est assigné à l'intérieur du foyer⁹⁵⁴ – de le

⁹⁵² J. DUBOUCHET, « Les représentations sociales de la justice pénale. Retour sur un chantier abandonné », *Déviance et Société*, vol. 28, no. 2, 2004, pp. 179-194 ; F. COLSON « Le rôle des pouvoirs publics en matière de recherche sociale appliquée », *Déviance et société*, vol. 5, n°2, 1981, pp. 153-161.

⁹⁵³ « Plus grave encore ; les récentes réformes universitaires en droit risquent d'accroître encore davantage cet obscurcissement méthodologique : en mettant l'école au service des intérêts de la classe dominante, les nouvelles institutions aggravent le caractère technologique des études juridiques, tout à la fois éparpillées et cloisonnées, de sorte qu'aucune incitation objective n'est réalisée pour permettre une réflexion sur ce qu'est le droit. Ce que l'on dit des études des facultés de droit se retrouverait aisément à propos du mode de recrutement des enseignants. La sclérose des différents corps superposés dans une hiérarchie très forte et séparés dans un corporatisme étroit n'invite guère à la recherche pluridisciplinaire ni surtout à la remise en cause de la doctrine dominante. Qui veut percer est obligé de s'aligner sur la pensée officielle donc de donner aujourd'hui dans un technocratisme légèrement teinté d'humanisme. Le concours d'agrégation comme les commissions de spécialistes font un usage assez large de cette idéologie dominante pour définir les critères de sélection des membres de la "Doctrine", universitaire tout au moins ». M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 377.

⁹⁵⁴ L'alerte lancée en 2005 par F. FABRE-MAGNAN quant à la sous-représentation des femmes au concours de l'agrégation de droit privé alors qu'elles sont largement surreprésentées pendant le cursus universitaire est encore d'actualité, comme en témoignent les résultats du concours 2019 en droit privé où sur les 26 admissibles, seules 5 étaient des femmes, 8 sur 29 en 2017, malgré un espoir de parité en 2015 avec 14 femmes agrégées sur 28 sous-admissibles (M. FABRE-MAGNAN, « Radiographie de l'agrégation (les résultats du concours d'agrégation externe de droit privé et de sciences criminelles depuis 1968) », in *Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, pp. 215-

passer. Formaté par le conservatisme bourgeois, l'universitaire contemporain n'en possède pourtant plus les ressources, et nombre d'entre eux consacrent une partie de leur temps à « rentabiliser » leurs recherches auprès d'acteurs privés par le biais de consultations juridiques. La pratique a pour effet de limiter l'activité intellectuelle du chercheur à ce qui pourra être monnayé – ce qui est difficilement le cas du matérialisme historique, il faut bien l'admettre – et de remplir les revues juridiques d'articles qui, sous couvert d'opinions scientifiques, se font l'écho des intérêts des clients qu'ils représentent⁹⁵⁵. Les transformations néolibérales de l'Université touchent également l'enseignement dont l'enjeu n'est plus vraiment celui de former des esprits scientifiques, critiques et cultivés mais de garantir l'employabilité de l'étudiant. Les exigences du marché orientent ainsi de manière très concrète l'organisation et la répartition des cours, comme la forme des examens ou les recrutements en Master. L'ensemble de ces phénomènes participent d'une stratégie commune à laquelle s'ajoutent les mesures et politiques désignées par le terme d'« économie de la connaissance »⁹⁵⁶. Celles-ci produisent non seulement une « représentation nouvelle » du *corpus* scientifique par le développement d'un savoir « gestionnaire et marchand » mais affectent aussi sa forme traditionnelle potentiellement calquée « sur le modèle du savoir gestionnaire lui-même »⁹⁵⁷.

234. La contingence du mode de production capitaliste est ainsi révélée jusque dans la forme des savoirs et la structure universitaire⁹⁵⁸. La démonstration ne surprend guère et sa

235 ; A. SUPLOT, « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », *Les cahiers du droit*, Vol. 42, n°3, sept. 2001, pp. 595-614.

⁹⁵⁵ « Le comble est atteint lorsque le professeur qui a consulté dans une affaire publie ensuite la même opinion sous la forme d'un article "scientifique", n'hésitant pas à fustiger au passage les juges qui ont eu le mauvais goût de ne pas donner raison à leur client. Il devient dès lors impossible de distinguer dans une revue juridique quelles sont les analyses indépendantes et lesquelles ont été payées par tel ou tel groupe d'intérêts ». A. SUPLOT, « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », *Les cahiers du droit*, Vol. 42, n°3, sept. 2001, pp. 595-614 ;

⁹⁵⁶ Ces processus ont pour effet de renforcer « 1) La tendance à l'augmentation de la part du capital dit intellectuel, immatériel ou intangible, mesurée par des indicateurs de niveau d'éducation, de formation et de qualification de la main d'œuvre, voire d'état de santé de la population ; 2) La transformation des modes de production et d'échanges due à l'usage des Nouvelles Technologies de l'information et de la communication [...] 3) Le poids croissant des secteurs de haute technologie dans la production industrielle et dans les exportations, ce qui en fait un ensemble de secteurs stratégiques déterminant la place des économies dans la division internationale du travail et leur compétitivité ; 4) L'innovation technologique qui est déterminante dans la croissance de la productivité, [...] qui donne un rôle central à l'entrepreneur et à l'esprit d'entreprise. » C. LAVAL, « L'économie de la connaissance et la transformation de l'enseignement supérieur et de la recherche », *Bulletin de l'ASES*, vol. 42, Mars 2015, pp. 14.

⁹⁵⁷ C. LAVAL, « L'économie de la connaissance et la transformation de l'enseignement supérieur et de la recherche », *Bulletin de l'ASES*, vol. 42, Mars 2015, pp. 17-18.

⁹⁵⁸ Pour une analyse différente de la reproduction des élites Outre-Atlantique aux conclusions néanmoins tout à fait similaire, V. D. KENNEDY, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, Lux 2010 ; L'article dans lequel l'auteur résume sa démarche, D. KENNEDY, « L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies professionnelles » *Annales de Vaucresson*, n°23, 1985, pp. 191-199 : « En faisant miroiter l'appât, en rendant claires pour tous les règles du jeu, puis en soumettant tous ou presque tous les candidats à l'angoisse de se voir refuser, les firmes structurent le processus de recrutement de manière à maximiser l'acceptation de la

conclusion est limpide : « sauf exception, ce n'est pas des institutions officielles qu'il faudra attendre cette entreprise pourtant si nécessaire de critique du droit. À l'image des paraboles évangéliques, le salut viendra de ceux qui se trouvent hors des murs officiels »⁹⁵⁹.

hiérarchie. Si avec le sentiment d'avoir enfin réussi, vous êtes disposé à être durablement reconnaissant, vous serez d'autant plus enclin à reproduire ce système à l'identique quand vous serez, à votre tour, du côté de ceux qui décident. [...] Contrairement à ce qui se passe lorsque la barrière est le fait de la race, de la classe ou du sexe, dans ce système chacun peut espérer passer à son tour de l'autre côté en devenant un responsable ou bien entrer comme stagiaire, en accédant éventuellement à la position du juge, en ayant soi-même des disciples ; bref, en étant à son tour l'objet de la race et les espoirs de la génération qui le suit. »

⁹⁵⁹ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 381 ; « On a l'habitude, du moins dans notre société européenne de considérer que le pouvoir est localisé entre les mains du gouvernement et qu'il s'exerce par un certain nombre d'institutions bien particulières qui sont l'administration, la police, l'armée, qui sont faites pour transmettre les ordres, les faire appliquer et punir les gens qui ne s'exécutent pas. Mais je crois que le pouvoir politique il s'exerce encore, il s'exerce en outre, de plus, par l'intermédiaire d'un certain nombre d'institutions qui ont l'air de n'avoir rien de commun avec le pouvoir politique, qui ont l'air d'être indépendantes et qui ne le sont pas. On sait bien que l'Université, d'une façon générale, tout le système scolaire qui en apparence est fait simplement pour distribuer le savoir, on sait que cet appareil scolaire est fait pour maintenir au pouvoir une certaine classe sociale et exclure des instruments du pouvoir toute une autre classe sociale ». M. FOUCAULT, *Débat entre Michel Foucault et Noam Chomsky sur la nature humaine*, Eindhoven, 1971, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=OY93gHVynaY>, 34'36.

Conclusion de Chapitre

235. Les transformations contemporaines du système pénal ne sont ni une dérive, ni une anomalie qu'il suffirait de corriger pour retrouver le « vrai » droit pénal des Lumières. Elles résultent simplement de l'adaptation du mode de productions capitalistes aux contradictions qu'il a fait naître et qui engendrent la nécessité de réajuster les processus de *gouvernementalité*. Espérer revenir à un droit pénal réactif et « humaniste », est aussi illusoire que d'attendre un retour de la manufacture, du plein emploi, ou de l'État providence. Le rôle du chercheur ne peut donc plus se cantonner à répéter inlassablement les mêmes principes désuets, qui, de toute façon, n'ont jamais été ceux en fonctions desquels le système pénal agissait. Ces derniers ne peuvent plus non plus croire en une « science du droit », neutre et rationnelle, purement technique et détachée de toute considérations *auxiliaires*, comme la politique, l'économie ou la sociologie. Le droit, et plus spécifiquement le droit pénal est, dans sa forme comme dans sa substance, entièrement dépendant de rapports de pouvoirs visant au maintien de la domination d'un groupe social sur les autres, lesquels secrètent leur propre savoir légitimant que les juristes diffusent et reproduisent sous des formes variées, mais avec toujours la même finalité. Assurer le maintien de l'ordre social, s'y soumettre et ne jamais le questionner suffisamment pour risquer de le renverser.

Conclusion de Titre

236. L'abolition du système pénal commence par la remise en question fondamentale des présupposés sur lesquels sont fondées les conceptions du monde dominantes et qui sont profondément ancrées dans une conviction – très libérale – de la primauté du sujet sur la matière. Cette conviction, elle-même historiquement déterminée, masque habilement les rapports de pouvoirs et les enjeux économiques qui ont présidés à l'institution du système pénal en leur donnant l'apparence de la légitimité et de la cohérence théorique – de l'évidence et du progrès. C'est encore le postulat idéaliste qui maintient les pénalistes si concentrés sur l'arbre de la légalité qu'ils en manquent la forêt d'un mode de gouvernementalité dont elle n'a jamais été une cause ou une limite, mais toujours un effet. C'est enfin toujours lui qui, jouant sur une identité minutieusement construite par la structure universitaire, conditionne le juriste à se soumettre à des instruments juridiques qu'il s'efforce de croire drapés de l'autorité du peuple et légitimé par le contrat social, deux figures pourtant condamnées à l'abstraction – à l'idée, et son système de positivité.

Conclusion de Partie

237. L'abolition du système pénal est conditionnée par la critique, autant qu'elle en est la finalité. L'attitude sceptique à laquelle elle invite n'est pas seulement un vecteur d'émancipation des structures et savoirs dominants, elle est un postulat épistémologique et – donc – politique. Refuser d'imposer des cadres de pensée prédéterminés et refuser de s'abandonner à la domination du mode de production sont les deux facettes d'un même objet, que l'on pourrait nommer liberté. Mais cette liberté-ci est exigeante, elle implique de se maintenir dans un état de tension perpétuelle, de refuser de prendre pour acquis ce qui semble pourtant évident, d'accepter de renoncer au confort de la totalité, de l'habitude, de la facilité. C'est pourtant à ce prix, et à ce prix seulement – à celui d'une lutte contre soi-même – qu'il est possible d'envisager une véritable rupture sous forme d'émancipation, laquelle permettrait alors de révéler, à l'ombre des systèmes, le pouvoir des sujets.

Partie 2. L'innovation par la pratique

238. Les théories critiques ont permis de dévoiler la contingence du système pénal au mode de production, et avec lui celle des théories dominantes sur le crime, le criminel et la peine. L'influence prépondérante des structures sur nos conceptions les plus ancrées du réel, du vrai et de l'utile est désormais acquise, et l'on comprend comment l'instrument pénal assure le maintien d'un modèle économique par nature instable. L'approche critique, bien qu'émancipatrice, ne suffit pourtant pas à dissiper les doutes levés par l'hypothèse de son abolition. C'est qu'au-delà de l'*utile*, la peine nous semble aussi *juste*, et la prison nécessaire, moins parce qu'elle neutralise ou réinsère – *surveillance ou discipline* – mais parce qu'elle fait simplement souffrir⁹⁶⁰. Parce qu'elle concentre en elle l'animosité et la violence qui caractériserait la nature humaine, elle nous semble intuitive. Pourtant, c'est précisément à rebours de cette intuition que l'on trouve la trace sociologique, anthropologique voire biologique de l'être humain (Titre 1). C'est du reste en suivant cette piste, et en élaborant à partir d'elle un nouveau système de positivité que l'on peut espérer dépasser les structures qui l'ont, à son tour, dissimulé (Titre 2).

⁹⁶⁰ « Comment Foucault a-t-il pu ne pas voir qu'au-delà de la surveillance et de la discipline, la prison visait aussi à faire souffrir ? » R. DUBE, "Michel Foucault et les cachots conceptuels de l'incarcération : une évasion cognitive est-elle possible ?", *Champ pénal/ Penal field* [Online], Vol. XI, 2014.

Titre 1. Le retour aux sujets

239. Il existe, selon Pierrette PONCELA, deux grandes rationalités punitives : une tournée vers l'avenir – la rationalité instrumentale – et une tournée vers le passé – la rationalité symbolique⁹⁶¹. Les excès de la première ont permis à la seconde de « réinvestir la pensée sur la peine de façon claire et directe »⁹⁶², lui offrant ainsi une légitimité nouvelle susceptible de palier le déficit généré par le constat, maintes fois renouvelé, de l'inefficacité du système pénal. Mais ces justifications rituelles ont un effet bien plus pervers : en voulant essentialiser les structures, elles privent l'individu de sa propre nature, de ses expériences, de ses ressources et de sa capacité, innée, à vivre en société et à la modeler. Derrière la fonction symbolique de la peine, sa cache le pluralisme, l'interaction et la diversité (Chapitre 1) ; derrière le caractère sacré de l'interdit, se dissimule une spontanéité créatrice, solidaire et fondée sur l'altérité (Chapitre 2).

⁹⁶¹ G. CASADAMONT et P. PONCELA, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004, pp. 11-12.

⁹⁶² P. PONCELA, *Droit de la peine*, Thémis, PUF, 1995, p. 58.

Chapitre 1. Diffusion des symboles

240. Il est d'usage de présenter la peine comme un vecteur privilégié de communication sociale, susceptible de proclamer les valeurs les plus importantes aux yeux de la collectivité. C'est en cela qu'elle est dite « symbolique », puisqu'elle évoque et cristallise, par son seul prononcé, les fondements d'une société. Garante de la cohésion sociale, prolongement de la conscience collective, la peine serait même le ciment grâce auquel les individus pourraient se maintenir sous la forme d'une totalité. La théorie est intuitive, mais elle n'en demeure pas moins très éloignée du réel : d'abord parce que rien ne justifie, rationnellement, l'infliction d'une douleur pour proclamer une valeur (Section 1), ensuite parce que rien ne démontre, sociologiquement, que ces valeurs soient réellement partagées (Section 2). Il convient donc de la neutraliser, et de laisser à la pratique l'opportunité, à son tour, de s'exprimer (Section 3).

Section 1. Dépénalisation de la réprobation sociale

241. L'exposé de la fonction expressive de la pénalité (§1), quoi que séduisant, doit néanmoins être nuancé par le contexte de sa formulation (§2), puis mis en échec par les limites matérielle du système de justice criminelle (§3).

§1. Exposé de la fonction expressive de la pénalité

242. À défaut de pouvoir justifier du bénéfice matériel de la pénalité, l'exposé de sa nécessité emprunte de plus en plus régulièrement la voie de la symbolique, du message que celle-ci véhicule, imprime sur les consciences et ravive dans les esprits⁹⁶³. La théorie se distingue de celle, classique, invoquant la finalité dissuasive du couple incrimination/pénalité,

⁹⁶³ Ainsi que l'observent P. PONCELA, *Droit de la peine*, Puf, 1995, p. 58 ; M. Van de KERCHOVE, « Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépénalisation dans une société pluraliste », in F. RINGELHEIM (Dir.), *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale*, Bruxelles, Éd. De L'université de Bruxelles, 1984, p. 123 et s. ; A. BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviance et société*, Vol. 15, n°1, 1991, pp. 1-25 ; M. Van de KERCHOVE, « Chapitre IV. Le renforcement symbolique des normes » in M. Van de KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine : Entre mythe et mystification* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, pp. 269-289, consulté le 18.07.2021 : « Le fait que cette fonction paraisse redécouverte à l'heure actuelle où nos sociétés prennent progressivement conscience de l'efficacité limitée des fonctions instrumentales de la peine et ont tendance à réactiver des formes plus visibles et plus mécaniques de solidarité, n'est sans doute pas étonnant ».

conçue comme un instrument de défense sociale⁹⁶⁴. Il s'agit ici simplement, et en dehors de toute démonstration empirique visant à la confirmer, de postuler que le caractère afflictif et infamant de la pénalité exprime l'attachement de la société entière à certaines valeurs auxquelles le comportement criminel aurait porté atteinte. Dans cette conception, la désapprobation collective que la peine cristallise suffit donc à en démontrer la légitimité, en dehors de son effet. Ce qui n'empêche pas certains auteurs d'en déduire qu'*a contrario*, « la disparition du droit pénal risque d'entraîner la désagrégation du système de valeurs morales sur lequel il repose. Bien, mal, défendu, permis, juste, injuste, toutes ces notions qui donnent un contenu et un sens à la justice seraient menacées de se dissoudre dans la conscience publique en même temps que la répression pénale »⁹⁶⁵. À l'impératif de défense de la société s'est donc substitué celui de la *cohésion sociale*, que la fonction « expressive »⁹⁶⁶, « socio-pédagogique »⁹⁶⁷, ou de « contre-impunité »⁹⁶⁸ de la sanction pénale doit garantir.

243. Les deux figures hégémoniques de ce discours sont le sociologue E. DURKHEIM⁹⁶⁹ et le philosophe du droit J. FEINBERG⁹⁷⁰. On doit au premier l'hypothèse maintes fois reprise selon laquelle « il ne faut pas dire qu'un acte froisse la conscience commune parce qu'il est criminel, mais qu'il est criminel parce qu'il froisse la conscience commune. Nous ne le réprouvons pas parce qu'il est un crime, mais il est un crime parce que nous le réprouvons »⁹⁷¹. Autrement dit, le crime est un fait social objectif qui s'impose à la conscience et qui génère un sentiment vif de réprobation que le législateur se contente de traduire formellement par le biais de l'incrimination et de la pénalité. Le raisonnement est similaire chez J. FEINBERG, pour qui la peine doit imprimer y compris sur le condamné aux motifs louables « le jugement *moral* de la communauté que l'*acte* qu'il a commis intentionnellement selon des mobiles innocents n'en est pas moins mauvais »⁹⁷². La typicité morale du crime précède et fonde le recours à la peine, qui n'en est que la conséquence *naturelle* mais seulement *symbolique*. DURKHEIM prend soin de

⁹⁶⁴ V. *Supra* n°136.

⁹⁶⁵ F. RINGELHEIM, « Le souci de ne pas punir », in F. RINGELHEIM (Dir.), *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale*, Bruxelles, Éd. De L'université de Bruxelles, 1984, p. 378.

⁹⁶⁶ J. FEINBERG, «The expressive function of punishment», *The Monist*, vol. 49, no. 3, 1965, pp. 397–423.

⁹⁶⁷ M. VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, vol. 127, no. 7, 2005, pp. 22-31.

⁹⁶⁸ J.-P. BRODEUR, « Sanction pénale et contre-impunité. Un nouvel objectif de la peine », *Informations sociales*, vol. 127, no. 7, 2005, pp. 122-133.

⁹⁶⁹ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, p. 77.

⁹⁷⁰ J. FEINBERG, «The expressive function of punishment», *The Monist*, vol. 49, no. 3, 1965, pp. 397–423.

⁹⁷¹ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, p. 85.

⁹⁷² J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, t. 4: «Harmless Wrongdoing», Oxford University Press USA, 1988, p. 149; Pour un commentaire de l'ouvrage, V. B. HARCOURT, «Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment», *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 2002, p. 145 et s.

le rappeler en effet, la pénalité « ne sert pas, ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles ; à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tous cas, médiocre »⁹⁷³. Sa « vraie fonction » n'est que le corolaire de la nature du crime dont elle dépend : la « conscience commune » doit réagir avec force pour compenser l'atteinte qui lui a été faite, « il faut donc qu'elle s'affirme avec éclat au moment où elle est contredite, et le seul moyen de s'affirmer est d'exprimer l'aversion unanime, que le crime continue à inspirer »⁹⁷⁴. Or, les dimensions afflictive et infamante de la pénalité lui confèrent une « signification symbolique »⁹⁷⁵ que n'ont pas les autres formes de sanctions existantes. Celles-ci en font le « dispositif conventionnel »⁹⁷⁶ le plus approprié pour exprimer la réprobation de « l'autorité punissante elle-même », ou de « ceux "au nom desquels" la punition est infligée »⁹⁷⁷. La légitimité de la peine réside dans sa *nature* hautement symbolique, dans sa *fonction* de raffermissement de « la solidarité sociale »⁹⁷⁸, et dans l'adaptation de sa *forme* à la gravité du crime commis, elle-même déterminée par « le taux de nuisance qu'il cause généralement et le degré auquel les gens sont disposés à le commettre »⁹⁷⁹.

244. L'exposé sommaire qui précède, tout à fait conforme aux retranscriptions pédagogiques de la fonction expressive, doit néanmoins être nuancé par l'analyse approfondie de la pensée des deux auteurs précités.

§2. Contextualisation de la fonction expressive de la pénalité

245. Consacrant un chapitre entier de leur ouvrage à DURKHEIM, trois auteurs déplorent « l'émasculatation » fréquente de sa théorie dans les manuels traditionnels, « symptomatique de l'isolement de la criminologie appliqué vis-à-vis de la théorie sociale en général »⁹⁸⁰. Contextualiser sa pensée sur le crime et la déviance permet pourtant d'y déceler derrière les images lisses et faussement descriptives de la *conscience commune*, des valeurs partagées et de la pénalité, la critique virulente de la société industrielle qu'il voit naître et l'affirmation du

⁹⁷³ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, p 77.

⁹⁷⁴ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, p 77.

⁹⁷⁵ J. FEINBERG, "The expressive function of punishment", *The Monist*, vol. 49, no. 3, 1965, p. 400.

⁹⁷⁶ J. FEINBERG, "The expressive function of punishment", *The Monist*, vol. 49, no. 3, 1965, p. 400.

⁹⁷⁷ J. FEINBERG, "The expressive function of punishment", *The Monist*, vol. 49, no. 3, 1965, p. 400.

⁹⁷⁸ Puisque « si une réaction émotionnelle de la communauté ne venait compenser cette perte, il résulterait un relâchement de la solidarité sociale » E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, p 77.

⁹⁷⁹ J. FEINBERG, "The expressive function of punishment", *The Monist*, vol. 49, no. 3, 1965, p. 423.

⁹⁸⁰ I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG, *The new criminology, For a social theory of deviance*, Routledge, 1973, p. 81.

projet de politique sociale du sociologue. La problématique de DURKHEIM pourrait être formulée de la façon suivante : « Comment se fait-il que, tout en devenant plus autonome, l'individu dépende plus étroitement de la société ? Comment peut-il être à la fois plus personnel et plus solidaire, c'est une transformation de la solidarité sociale, due au développement toujours plus considérable de la division du travail ? »⁹⁸¹ Afin d'y répondre, celui-ci distingue les sociétés à *solidarité mécanique* – traditionnelles – des sociétés à *solidarité organique* – industrialisées. Au sein des premières, les individus se ressemblent et partagent les mêmes valeurs, croyances, et aspirations. La « conscience collective » y est donc forte et c'est précisément de sa vigueur que découle le type de lois qui régulent la société mécanique : *les lois répressives* :

« On voit ainsi quelle espèce de solidarité le droit pénal symbolise. Tout le monde sait, en effet, qu'il y a une cohésion sociale dont la cause est dans une certaine conformité de toutes les consciences particulières à un type commun qui n'est autre que le type psychique de la société. Dans ces conditions, en effet, non seulement tous les membres du groupe sont individuellement attirés les uns vers les autres parce qu'ils se ressemblent, mais ils sont attachés aussi à ce qui est la condition d'existence de ce type collectif, c'est-à-dire à la société qu'ils forment par leur réunion. Non seulement les citoyens s'aiment et se recherchent entre eux de préférence aux étrangers, mais ils aiment leur patrie. Ils la veulent comme ils se veulent eux-mêmes, tiennent à ce qu'elle dure et prospère, parce que, sans elle, il y a toute une partie de leur vie psychique dont le fonctionnement serait entravé. Inversement, la société tient à ce qu'ils présentent tous ces ressemblances fondamentales, parce que c'est une condition de sa cohésion. »⁹⁸²

246. Voici donc le type de société à laquelle la peine correspond, dans le cadre de laquelle elle a du sens et où sa fonction expressive suffit puisque chacun est déjà parfaitement convaincu de son bien fondé sans qu'il soit besoin d'en souligner une autre finalité – dissuasive, de réhabilitation⁹⁸³... Le crime commis en son sein est alors soit le résultat d'une anomalie

⁹⁸¹ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, p. XLII.

⁹⁸² E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, p. 102.

⁹⁸³ I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG, *The new criminology, For a social theory of deviance*, Routledge, 1973, p. 76.

biologique ou psychologique de celui qui le commet⁹⁸⁴, soit l'acte progressiste d'un « rebel fonctionnel »⁹⁸⁵ qui signifie par son geste la nécessité de l'évolution de la « conscience collective » – des valeurs, des mœurs et des idées d'une époque. Toutefois, et c'est assez manifeste, ce type de solidarité ne correspond plus à celui qui unit les membres des sociétés industrialisées, où la division et la spécialisation du travail social confèrent à chacun une position précise et différente de celle de son voisin. La solidarité n'y est donc plus mécanique car déclenchée par le rapport d'identité à l'autre, mais *organique*, puisque fondée sur *l'interdépendance* des membres de la société. Le droit qui incarne cette solidarité est le droit *restitutif*⁹⁸⁶ qui exprime non plus la réprobation mais « un concours positif, une coopération qui dérive essentiellement de la division du travail »⁹⁸⁷. Dans ce type de société, la « conscience commune » s'élabore par le biais de *l'intégration professionnelle*, c'est-à-dire grâce à « l'intériorisation par chacun d'un rôle correspondant à une forme de participation au système social dans son ensemble »⁹⁸⁸. Elle repose donc en grande partie sur la construction et la diffusion d'une *morale professionnelle* adaptée à chaque groupement, à laquelle chacun serait éduqué afin de « renforcer la conscience »⁹⁸⁹ de notre interdépendance. C'est par celle-ci qu'est garantie la *conscience commune*, mise en péril par ce que DURKHEIM décrit comme des pathologies de l'industrialisation, directement responsables d'un type de criminalité inédit et qui correspond aux effets délétères de *l'anomie* et de la *contrainte*⁹⁹⁰. L'anomie désigne la dissociation de l'individu et de la conscience collective... Elle est encouragée par les crises économiques, les « antagonismes du travail et du capital »⁹⁹¹, mais aussi par les valeurs même du capitalisme, comme l'égoïsme ou l'individualisme. La contrainte résulte quant à elle de « la guerre des classes »⁹⁹², qui s'oppose à l'état social « normal » où les fonctions sont réparties de

⁹⁸⁴ I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG, *The new criminology, For a social theory of deviance*, Routledge, 1973, p. 84.

⁹⁸⁵ I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG, *The new criminology, For a social theory of deviance*, Routledge, 1973, p. 84.

⁹⁸⁶ « Ce qui distingue cette sanction, c'est qu'elle n'est pas expiatoire, mais se réduit à une simple remise en état. Une souffrance proportionnée à son méfait n'est pas infligée à celui qui a violé le droit ou qui le méconnaît ; il est simplement condamné à s'y soumettre. S'il y a déjà des faits accomplis, le juge les rétablit tels qu'ils auraient dû être. Il dit le droit, il ne dit pas de peines. Les dommages-intérêts n'ont pas de caractère pénal ; c'est seulement un moyen de revenir sur le passé pour le restituer, autant que possible, sous sa forme normale », E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, p. 106.

⁹⁸⁷ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, p. 115.

⁹⁸⁸ S. PAUGAM, « Introduction. Les fondements de la solidarité », S. PAUGAM (Dir.), *Repenser la solidarité. L'apport des sciences sociales*. Presses Universitaires de France, 2007, pp. 5-28.

⁹⁸⁹ S. PAUGAM, « Introduction. Les fondements de la solidarité », S. PAUGAM (Dir.), *Repenser la solidarité. L'apport des sciences sociales*. Presses Universitaires de France, 2007, pp. 5-28.

⁹⁹⁰ V. Le livre III de *la Division du travail social*, « Les formes anormales ».

⁹⁹¹ V. Le livre III de *la Division du travail social*, « Les formes anormales ».

⁹⁹² « Cependant, ce n'est pas assez qu'il y ait des règles ; car parfois, ce sont ces règles mêmes qui sont la cause du mal. C'est ce qui arrive dans les guerres de classes. L'institution des classes ou des castes constitue une organisation de la division du travail, et c'est une organisation étroitement réglementée ; cependant elle est souvent une source

façon naturelle en fonction des aptitudes *biologiques* de chacun, où les « les inégalités sociales expriment exactement les inégalités naturelles »⁹⁹³ et chaque acteur a « la place qu'il mérite »⁹⁹⁴... Ce qui ne saurait être le cas tant qu'il existe « des riches et des pauvres de naissance »⁹⁹⁵. Si l'apologie de la « méritocratie biologique »⁹⁹⁶ formulée par DURKHEIM est discutable, elle ne doit pas neutraliser pour autant l'intérêt de sa théorie sociale : les sociétés modernes ne peuvent se contenter de la peine pour réaffirmer des valeurs qui ne sont plus spontanément partagées. Pour que disparaissent les déviations générées par l'anomie et la contrainte et que soit ravivée la solidarité organique, les lois restitutives, l'État, les groupements professionnels et la sociologie⁹⁹⁷ doivent fonctionner de concert pour garantir les conditions matérielles de l'égalité entre les individus et les convaincre de leur interdépendance.

247. À la nuance que permet d'apporter une étude plus extensive de l'ouvrage de DURKHEIM s'ajoute celle directement formulée par l'auteur, quelques années après la parution de *La division du travail social*. Comme le relève M. Van de KERCHOVE en effet, alors que le sociologue soutient dans un premier temps que la peine ne peut consister « que dans une douleur infligée à l'agent »⁹⁹⁸, il tempère plus tard son propos en admettant que celle-ci puisse être constituée d'une « réprobation énergique »⁹⁹⁹, qui « garderait toute sa raison d'être, alors même

de dissensions. Les classes inférieures n'étant pas ou n'étant plus satisfaites du rôle qui leur est dévolu par la coutume ou par la loi, aspirent aux fonctions qui leur sont interdites et cherchent à en déposséder ceux qui les exercent. De là des guerres intestines qui sont dues à la manière dont le travail est distribué ». V. Le livre III de *la Division du travail social*, « Les formes anormales ».

⁹⁹³ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, p. 370.

⁹⁹⁴ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, p. 404.

⁹⁹⁵ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, p. 384.

⁹⁹⁶ I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG, *The new criminology, For a social theory of deviance*, Routledge, 1973, p. 81.

⁹⁹⁷ « Il faut que notre société reprenne conscience de son unité organique ; que l'individu sente cette masse sociale qui l'enveloppe et le pénètre, qu'il la sente toujours présente et agissante, et que ce sentiment règle toujours sa conduite ; car ce n'est pas assez qu'il ne s'en inspire que de temps en temps dans des circonstances particulièrement critiques. [...] Je crois que la sociologie est, plus que tout autre science, en état de restaurer ces idées. C'est elle qui fera comprendre à l'individu ce que c'est que la société, comme elle le complète et combien il est peu de chose réduit à ses seules forces. [...] Elle lui fera sentir qu'il n'y a aucune diminution à être solidaire d'autrui et à en dépendre, à ne pas s'appartenir tout entier à soi-même. Sans doute ces idées ne deviendront vraiment efficaces que si elles se répandent dans les couches profondes de la population ; mais pour cela, il faut d'abord que nous les élaborions scientifiquement à l'université. » E. DURKHEIM, cité par S. PAUGAM, « Introduction. Les fondements de la solidarité », S. PAUGAM (Dir.), *Repenser la solidarité. L'apport des sciences sociales*. Presses Universitaires de France, 2007, pp. 5-28.

⁹⁹⁸ E. DURKHEIM, cité par M. VAN DE KERCHOVE, « Chapitre IV. Le renforcement symbolique des normes » In M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine : Entre mythe et mystification* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, pp. 269-289, consulté le 06.07.2021.

⁹⁹⁹ « Il faut donc qu'en face de l'infraction le maître atteste d'une manière non équivoque que son sentiment n'a pas varié, qu'il a toujours la même force, qu'à ses yeux la règle est toujours la règle, qu'elle n'a rien perdu de son prestige, qu'elle a toujours droit au même respect, en dépit de l'offense dont elle a été l'objet. Pour cela il faut qu'il blâme d'une façon ostensible l'acte qui a été commis, qu'il le réprouve avec énergie ; cette réprobation

qu'elle ne serait pas sentie douloureuse par celui qui la subit »¹⁰⁰⁰. Le caractère afflictif et infamant attaché à la sanction pénale ne serait donc plus le critère d'effectivité de la fonction expressive. La désapprobation relative au crime pourrait être tout aussi crédible avec un autre type de *communication sociale*, à l'image d'une sanction non punitive, d'une déclaration de culpabilité ou d'une condamnation à une peine non suivie d'exécution¹⁰⁰¹. On trouve sensiblement la même nuance chez J. FEINBERG qui prend le soin de rappeler que le caractère symbolique de la pénalité résulte d'une « convention sociale »¹⁰⁰² susceptible donc d'être remplacée par un autre « rituel public élaboré »¹⁰⁰³. *In fine*, les théoriciens de la fonction expressive rejoignent l'un de leur plus célèbre contradicteur sur ce point : « La manière normale d'exprimer la condamnation morale, c'est d'utiliser *des mots*, et il n'est pas clair pourquoi [...] une déclaration publique solennelle de désapprobation ne serait pas le moyen le plus "approprié" ou "catégorique" de l'exprimer. Pourquoi une dénonciation devrait-elle prendre la forme d'une peine ? »¹⁰⁰⁴. Ils s'associent même – malgré eux – à l'abolitionniste CHRISTIE, qui

énergique, voilà ce qui constitue essentiellement la peine » E. DURKHEIM, « Onzième leçon. La pénalité scolaire », *L'éducation morale*, Presses Universitaires de France, 2012, pp. 153-164.

¹⁰⁰⁰ M. VAN DE KERCHOVE, « Chapitre IV. Le renforcement symbolique des normes » In M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine : Entre mythe et mystification* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, pp. 269-289, consulté le 11.07.2021 ; « Mais on voit que ce qui produit cette compensation, ce n'est pas la douleur infligée au patient. *Ce qui importe, ce n'est pas que l'enfant souffre ; c'est que son acte soit énergiquement réprouvé. C'est le blâme porté sur la conduite tenue qui seul est réparateur. Sans doute, il est à peu près inévitable que le blâme fasse souffrir celui sur lequel il tombe. Car le blâme de l'acte implique le blâme de l'agent ; et il n'y a qu'une manière de témoigner qu'on blâme quelqu'un : c'est de le traiter autrement et moins bien que les personnes qu'on estime. Voilà pourquoi la peine implique presque nécessairement un traitement de rigueur, par suite douloureux à celui qui le subit. Mais ce n'est là qu'un contrecoup de la peine ; ce n'en est pas l'essentiel. C'est le signe par lequel se traduit extérieurement le sentiment qui doit s'affirmer en face de la faute ; mais c'est le sentiment exprimé, et non le signe par lequel il s'exprime, qui a la vertu de neutraliser le désordre moral causé par la faute. Aussi le traitement de rigueur n'est-il justifié que dans la mesure où il est nécessaire pour que la réprobation de l'acte ne laisse place à aucun doute. La souffrance, qui serait le tout de la peine, si celle-ci avait pour fonction principale d'intimider ou de faire expier, est donc en réalité un élément secondaire, qui peut même faire totalement défaut ».* E. DURKHEIM, « Onzième leçon. La pénalité scolaire », *L'éducation morale*, Presses Universitaires de France, 2012, pp. 153-164, nous soulignons.

¹⁰⁰¹ Sur cette hypothèse, V. M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir : essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 108 et s.

¹⁰⁰² J. FEINBERG, "The expressive function of punishment", *The Monist*, vol. 49, no. 3, 1965, p. 400.

¹⁰⁰³ « On peut imaginer un rituel public élaboré, exploitant les moyens les plus sûrs de la religion et du mystère, de la musique et du théâtre, pour exprimer de la manière la plus solennelle la condamnation par la communauté d'un criminel pour son acte ignoble. Un tel rituel pourrait condamner avec une telle insistance qu'il n'y aurait aucun doute sur son authenticité, rendant ainsi symboliquement superflu tout autre traitement physique dur. Un tel dispositif préserverait la fonction condamnatoire du châtement tout en se passant de ses formes physiques habituelles - incarcération et mauvais traitements corporels. Peut-être ne s'agit-il que d'une fantaisie, peut-être y a-t-il plus que cela. La question reste ouverte. La seule remarque que je souhaite faire ici concerne la nature de la question. Le problème de la justification du châtement, lorsqu'il prend cette forme, peut être en réalité celui de la justification de nos symboles d'infamie particuliers. » J. FEINBERG, "The expressive function of punishment", *The Monist*, vol. 49, no. 3, 1965, pp. 420-421.

¹⁰⁰⁴ H. L. A HART, cité par N. NAYFELD, *La philosophie pénale pluraliste de H.L.A Hart*, thèse de philosophie, Paris, 2020, p. 191.

encourage à réfléchir à des moyens pacifiques d'exprimer la désapprobation morale suscitée par certains comportements problématiques :

« La livraison de la douleur est ici utilisée comme une déclaration morale. Pourquoi ne pas le dire ? En le disant, nous affaiblirions tout d'abord la position de la prévention générale. En outre, il deviendrait encore plus évident que la délivrance de la douleur était destinée à fonctionner comme une sorte de langage. Cela ouvrirait la voie à l'idée que d'autres langages, moins douloureux, pourraient être utilisés. Cela affaiblirait la légitimation de l'infliction de la douleur lorsque celle-ci est perçue comme un signal plutôt que comme une forme concrète de contrôle du comportement. »¹⁰⁰⁵

248. Le lien *a priori* fondamental entre l'expression sociale des valeurs morales et le caractère afflictif de la pénalité semble donc largement altéré. La confrontation des hypothèses de DURKHEIM et J. FEINBERG au fonctionnement réel du système pénal annonce quant à elle sa rupture définitive.

§3. *Limites de la fonction expressive de la pénalité*

249. La première limite matérielle concerne l'hypothèse de DURKHEIM et la progression qu'il énonce entre société à solidarité mécanique et société à solidarité organique. Celle-ci serait en effet simplement fautive, le développement et l'expansion de l'État du fait de la division du travail social ne correspondant pas, empiriquement, au délaissement des mécanismes répressifs au profit de lois restitutives¹⁰⁰⁶. Tout au contraire, les études menées par R. SCHWARTZ et J.

¹⁰⁰⁵ N. CHRISTIE, *Limits to pain*, Martin Robertson, 1981, p. 35. V. également B. GUILLARME, *Penser la peine*, Paris, PUF, 2003, p. 57 : « Puisque ce qui est en jeu est le déni d'un message, il ne semble n'y avoir aucune raison pour laquelle l'expression de ce déni ne soit pas verbale ou symbolique plutôt que pénale. Le châtement impose des souffrances importantes pour le criminel par rapport à d'autres formes d'expression, et ce traitement pénible apparaît infondé », Cité par M. VAN DE KERCHOVE, « Chapitre I. La rétribution » In M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine : Entre mythe et mystification* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, pp.159-180, consulté le 10.06.2021.

¹⁰⁰⁶ T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1980, pp. 163-164 ; N. CHRISTIE, *Limits to pain*, Martin Robertson, 1981, p. 89 ; « Alors que l'on s'efforce actuellement de rechercher les moyens de réduire la portée du droit pénal et la sévérité de ses sanctions, des sociologues pourraient s'intéresser de la même manière au droit civil, qui, comme le droit pénal avant lui, est peut-être privé de certaines de ses fonctions restitutives par un système juridique trop orienté vers des considérations répressives... Durkheim avait probablement raison dans son postulat théorique selon lequel le droit est le symbole extérieur visible de la nature d'une société. Il s'est presque certainement trompé dans son évaluation empirique de l'orientation du droit vers des

MILLER d'une part, et S. SPITZER, d'autre part, tendent même à démontrer que la sévérité de la peine augmente avec la complexité des sociétés alors que les sociétés les plus simples privilégient les sanctions matérielles, restitutives et la médiation¹⁰⁰⁷.

250. La seconde concerne la théorie expressive dans son ensemble. Pour que la peine puisse tenir son rôle de maintien de la cohésion sociale, condamnation et exécution doivent être *publiques* – afin que la « conscience commune » soit informée et marquée – et *immédiates* – afin qu'elles conservent leur caractère pédagogique et que la société n'encoure pas le risque de sa désintégration dans l'attente¹⁰⁰⁸. Quant à la première caractéristique, non seulement l'écrasante majorité des infractions commises est ignorée de la population générale – « nos démocraties ne sont pas des villages où lorsqu'un crime a lieu, tout le village est au courant »¹⁰⁰⁹ – mais c'est en outre bien souvent le processus même de leur condamnation qui fait l'objet d'une indifférence collective – « ce qui frappe dans presque toutes les affaires scandinaves, c'est la grisaille, la fadeur et l'absence d'audience importante. Les tribunaux ne sont pas des éléments centraux de la vie quotidienne de nos citoyens, mais des éléments périphériques »¹⁰¹⁰. Le constat fonctionne d'ailleurs dans les deux sens, et l'on peut sincèrement douter de l'évidence ou de la nécessité de l'action répressive au regard du caractère exceptionnel de sa mise en œuvre. Ainsi, la part la plus grande des infractions échappe à la condamnation soit parce que le

considérations répressives", L. S. SHELEFF, "From Restitutive Law to Repressive Law : Durkheim's The Division of Labor in Society Re-visited." *European Journal of Sociology*, 16, no. 1, 1975, pp. 16-45.

¹⁰⁰⁷ R. D. SCHWARTZ and J. C. MILLER, "Legal Evolution and Societal Complexity," *American Journal of Sociology*, 70, 1964, p. 159 et s ; S. SPITZER, "Punishment and Social Organization : A Study of Durkheim's Theory of Penal Evolution," *Law and Society Review*, 9, 1974, p. 613 et s : « (1) La sévérité de la punition ne diminue pas à mesure que les sociétés deviennent plus concentrées et complexes. Au contraire, une plus grande punitivité est associée à des niveaux plus élevés de différenciation structurelle. (2) Alors que les variations de la structure politique sont liées à l'intensité de la punition, ces variations ne sont ni historiquement contingentes, ni idiosyncratiques – [c'est-à-dire spécifique à un type de société] (3) Bien que la "religiosité" de la déviance soit corrélée à la punitivité, les crimes collectifs sont plus fréquents dans les sociétés complexes que dans les sociétés simples. (4) Les contrôles impliquant la ségrégation sociale et géographique ne sont pas représentés par l'incarcération seule et ne sont pas propres aux sociétés avancées ». p. 631.

¹⁰⁰⁸ M. VAN DE KERCHOVE, « Chapitre IV. Le renforcement symbolique des normes » In M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine : Entre mythe et mystification* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, pp. 269-289, consulté le 11.12.2020.

¹⁰⁰⁹ N. NAYFELD, *La philosophie pénale pluraliste de H.L.A Hart*, thèse de philosophie, Paris, 2020, p. 99.

¹⁰¹⁰ N. CHRISTIE, cité par N. NAYFELD, *La philosophie pénale pluraliste de H.L.A Hart*, thèse de philosophie, Paris, 2020, p. 99.

système pénal en *ignore* l'existence¹⁰¹¹, soit parce qu'il est *incapable* de les poursuivre¹⁰¹², soit parce qu'il *refuse* de le faire¹⁰¹³. Dans les deux premiers cas, la cause réside bien souvent dans le désintérêt d'une population qui ne souhaite pas se tourner vers ou assister les services de police. La cohésion sociale paraît donc se dispenser tout à fait de l'action punitive pour se maintenir... Sur la question de l'immédiateté, l'on peut simplement noter l'existence d'un vrai débat sur le point de savoir comment concilier les exigences de la *célérité*, « principe structurant du procès » qui renvoie à « la forme moderne du besoin de proximité »¹⁰¹⁴ et les écueils bien réels d'une justice pénale « précipitée »¹⁰¹⁵ ; antagonisme que les écarts de temps de traitement entre les différentes procédures pénales mettent en évidence¹⁰¹⁶, et qui laisse assez dubitatif quant à l'opportunité d'une *gestion* – encore plus – *accélérée* des conflits pénaux¹⁰¹⁷. Bref, il n'est pas certain que les affaires traitées *immédiatement* soient celles qui laissent à la société – et aux parties – le sentiment le plus vif que les valeurs auxquelles elles sont attachées ont été réaffirmées...

¹⁰¹¹ Lorsque des infractions sont commises, une part importante de celles-ci n'est simplement pas déclarée aux services de police. La différence entre le nombre d'infractions commises et d'infractions enregistrées s'appelle « chiffre noir » de la délinquance. Pour des développements sur l'analyse abolitionniste du chiffre noir, V. L.H.C HULSMAN, "Themes and concepts in an abolitionist approach to criminal justice", online [loukhulsmann.org/Publication/], 1997 ; M. COQUET, *De l'abolition du système pénal. La perspective de Louk Hulsmann*, L'Harmattan, Ed. Campus Ouvert, 2016, p. 50 et s.

¹⁰¹² En 2019, 64,6% des infractions enregistrées par les services de police ont fait l'objet d'un classement sans suite car considérées « non poursuivables », du fait, majoritairement d'un défaut d'élucidation (Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la justice 2020*, p. 10). Cause la plus fréquente de classement sans suite, la non-élucidation est principalement dû à la non-coopération de la société civile avec les services de police... V. A. BOTTOMLEY, « L'interprétation des statistiques officielles de la criminalité », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1991, pp.75-93.

¹⁰¹³ En 2019, seules 46,5% des affaires poursuivables ont été effectivement poursuivies. Les autres ont fait l'objet d'un classement d'opportunité ou d'une mesure alternative (Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la justice 2020*, p. 10). C'est donc seulement 13,7% des plaintes déposées en 2019 qui ont été effectivement poursuivies.

¹⁰¹⁴ M. DOUCHY-OUDOT *et al*, *Droit processuel*, Dalloz, 9^e éd, 2017.

¹⁰¹⁵ B. BASTARD *et al*. *Justice ou précipitation. L'accélération du temps dans les tribunaux*, Rennes, PU de Rennes, 2016.

¹⁰¹⁶ En 2018, la répartition de la durée du temps de traitement des affaires pénales était en moyenne la suivante : moins de 2 jours pour 42% des auteurs jugés en comparution immédiate, 9 mois en moyenne en cas de convocation par OPJ, 2 ans en moyenne par citation directe (du Procureur ou de la victime), 3 ans et demi si l'affaire a fait l'objet d'une instruction avec un recours accru aux procédures simplifiées par rapport aux années précédentes (ordonnances pénales, comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et comparution immédiate), *Etude Infostat justice* septembre 2019, n°172, « Les durées de traitement des affaires pénales en 2018 ».

¹⁰¹⁷ « Sans même forcer le trait, on a le sentiment, en France, d'une forme de compressibilité infinie du temps et d'une concurrence entre les acteurs en présence, les chefs de juridiction, la cour d'appel et la Chancellerie pour sans cesse l'accélérer. Le souci d'efficacité et de réduction des délais paraît faire voler en éclats dans les juridictions toute limite fixée à l'accroissement du volume d'affaires traitées. Tout se passe comme si on pouvait alourdir sans cesse davantage les audiences, quel que soit le trouble induit dans leur déroulement, à charge pour les acteurs de s'adapter – notamment en réduisant le temps imparti à l'examen des dossiers, à l'interaction effective avec les justiciables ou à la prise de décision. » B. BASTARD *et al*. « Vitesse ou précipitation ? La question du temps dans le traitement des affaires pénales en France et en Belgique », *Droit et société*, vol. 90, no. 2, 2015, pp. 271-286.

251. Rompu, le lien postulé par les auteurs précités entre la solidarité sociale et la pénalité n'épuise pas pour autant la critique qui doit leur être adressée. « Empiriquement naïve »¹⁰¹⁸, la théorie expressive se heurte à tout un courant de sociologie qui refuse son postulat *holiste*, et avec lui la possibilité d'un consensus social autour de certaines valeurs morales.

Section 2. Subjectivation des valeurs

252. Pour revenir aux sujets, il convient de quitter le domaine du fait social pour approcher celui des idées (§1), d'observer à la place du crime, la diversité (§2) et de substituer au dogme des valeurs partagées, l'étude empirique des représentations collectives sur la criminalité (§3).

§1. Décentralisation méthodologique

253. L'hypothèse durkheimienne d'un consensus social sur les valeurs fondamentales d'une société (A), quoi que fréquemment reprise par la doctrine pénaliste, est pourtant largement mise en échec par les théories sociologiques qui lui ont succédé, lesquelles ont insisté aussi bien sur la nature conflictuelle (B), qu'interactive (C), des conceptions et significations fondatrices de la vie sociale.

A. Totalité et consensus

254. L'œuvre sociologique de DURKHEIM ne peut se comprendre que remise dans le contexte du projet de connaissance de son auteur. Le sociologue écrit sous la III^e République, peu après la promulgation des lois du 16 juin 1881 et du 26 mars 1882 instituant la gratuité de l'école primaire, l'obligation scolaire pour les enfants et la laïcité. Confronté aux crises à répétition provoquées par l'industrialisation française et influencé par le « champ conceptuel général »¹⁰¹⁹ de son époque – *le positivisme scientifique*¹⁰²⁰ – il ambitionne de « constituer une

¹⁰¹⁸ H. L. A HART, cité par N. NAYFELD, *La philosophie pénale pluraliste de H.L.A Hart*, thèse de philosophie, Paris, 2020, p. 99.

¹⁰¹⁹ D. GUILLO, « La place de la biologie dans les premiers textes de Durkheim : un paradigme oublié ? », *Revue française de sociologie*, vol. 47, no. 3, 2006, pp. 507-535.

¹⁰²⁰ Pour rappel, celui-ci désigne « des doctrines qui se rattachent à celles d'Auguste COMTE ou qui lui ressemblent, et qui ont pour thèses communes que seule la connaissance des faits est féconde ; que le type de la certitude est fourni par les sciences expérimentales ; [...] » (A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e ed., 2010, v. « Positivisme ») V. *Supra* n°105.

connaissance scientifique des êtres humains en vue d'établir la nouvelle morale civique, libérale et séculière devant être enseignée dans les écoles du pays »¹⁰²¹. Nommée sociologie, elle a pour fonction, nous l'avons dit, de raviver le sentiment de solidarité et d'interdépendance des membres d'une même société. Dans la conception de DURKHEIM, la sociologie emprunte aux « sciences de la nature » sa méthodologie empirique¹⁰²². Ce dernier considère donc les *faits sociaux* comme des *choses* qu'il faut distinguer des individus et du sens que ceux-ci leur attribuent – autrement, l'analyse est contaminée par la subjectivité et perd sa qualité scientifique. Évacuer les caractéristiques individuelles du domaine de la sociologie permet d'en faire une *discipline autonome* qui se distingue et se désintéresse de la psychologie pour se concentrer sur une analyse *macrosociologique* d'une totalité *qui n'est pas réductible à la somme de ses parties*¹⁰²³. Comme la « conscience commune » s'impose aux individus, *le fait social s'impose à l'observateur* :

« Et cependant les phénomènes sociaux sont des choses et doivent être traités comme des choses. Pour démontrer cette proposition, il n'est pas nécessaire de philosopher sur leur nature, de discuter les analogies qu'ils présentent avec les phénomènes des règnes inférieurs. Il suffit de constater qu'ils sont l'unique *datum* offert au sociologue. Est chose, en effet, tout ce qui est donné, tout ce qui s'offre ou, plutôt, s'impose à l'observation. Traiter des phénomènes comme des choses, c'est les traiter en qualité de *data* qui constituent le point de départ de la science. Les phénomènes sociaux présentent incontestablement ce caractère. Ce qui nous est donné, ce n'est pas l'idée que les hommes se font de la valeur, car elle est inaccessible : ce sont les valeurs qui s'échangent réellement au cours des relations économiques. *Ce n'est pas telle ou telle conception de l'idéal moral ; c'est l'ensemble des règles qui déterminent effectivement la conduite.* »¹⁰²⁴.

255. Le rôle du sociologue est de trouver la cause déterminante d'un fait social en étudiant ses variations et ses constantes ; celle-ci ne peut toutefois se trouver ailleurs que dans *d'autres faits sociaux antérieurs*, et non des phénomènes individuels. Ainsi dans son ouvrage

¹⁰²¹ J. A. PRADES, *Durkheim*, PUF, « Que sais-je ? », 1990, p. 7.

¹⁰²² J.-D. BOYER, « La sociologie d'Émile Durkheim », *Revue des sciences sociales* [En ligne], 56, 2016, consulté le 07.09.2020.

¹⁰²³ R. MAGNI-BERTON, « Holisme durkheimien et holisme bourdieusien. Étude sur la polysémie d'un mot », *L'Année sociologique*, vol. 58, no. 2, 2008, pp. 299-318.

¹⁰²⁴ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Quadrige, PUF, 2013, p. 35. Nous soulignons.

*Le suicide*¹⁰²⁵, DURKHEIM montre comment le *taux de suicide* d'un pays (fait social étudié) peut rester stable ou varier en fonction d'une causalité macrosociologique unique – l'affaiblissement du lien social dans les sociétés modernes (fait social antérieur) – alors que d'un point de vue microsociologique, les explications données *des passages à l'acte individuel* sont multiples et subjectives ; d'où l'idée d'une indépendance nette entre les deux niveaux d'interprétation du social. DURKHEIM attribue également à la sociologie la tâche de rechercher la *fonction* d'un fait social « dans le rapport qu'il soutient avec quelque fin sociale »¹⁰²⁶. Là encore très influencé par la biologie et l'évolutionnisme de son époque, il conçoit le système social comme un organisme où chaque fait social – à l'image d'un organe du corps – aurait une fonction spécifique dans *le maintien de l'ensemble*. DURKHEIM est *fonctionnaliste*¹⁰²⁷ : pour lui, il existe un état idéal de cohésion sociale que les institutions ont pour rôle d'assurer et de maintenir par la socialisation – *l'intégration sociale*– et la contrainte – *le contrôle social*¹⁰²⁸. Une bonne société est une société où les individus se ressemblent, pensent et agissent de la même façon, une société *conformiste et normalisée*. C'est pourquoi l'auteur considère que dans une société où les institutions assurent correctement leurs fonctions, le seul type de déviance que l'on verrait apparaître serait celle résultant d'individus eux-mêmes pathologiques, ou de quelques personnes précurseurs du progrès social. DURKHEIM postule donc l'existence d'un *consensus social* sur les valeurs fondamentales d'une société et sur les fonctions que doivent tenir ses institutions.

¹⁰²⁵ E. DURKHEIM, *Le suicide*, Paris, Felix Alcan Editeur, 1897.

¹⁰²⁶ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Quadrige, PUF, 2013, p. 109.

¹⁰²⁷ Sur les principes du fonctionnalisme V. J.-P. DELAS et B. MILLY. « Chapitre 6 - Les fonctionnalismes », V. J.-P. DELAS et B. MILLY (Dir.) *Histoire des pensées sociologiques*, Armand Colin, 2015, pp. 293-322.

¹⁰²⁸ Le « contrôle social » est un concept sociologique important qui désigne « L'ensemble des influences intériorisées et/ou des contraintes externes que la société fait peser sur les conduites individuelles, et qui rendent compte de l'ordre social » (A.-J. ARNAUD (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2018, « Contrôle social ».) Il s'agit donc d'une pression à la conformité qui peut s'exercer de manière informelle – par la désapprobation de voisins, la publicité commerciale ou d'autres mécanismes de socialisation – ou de manière formelle – par le biais d'institutions et de « spécialistes agissant comme mandataires de la société » (A.-J. ARNAUD (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2018, « Contrôle social »). Ainsi, le contrôle pénal exercé par les juridictions répressives est un type de contrôle social formel. DURKHEIM accorde donc une place très importante au contrôle social formel, à l'État et ses institutions, qui sont pour lui les garants de l'ordre social, de la solidarité et de la cohésion. Sociologiquement anachronique, sa perspective est là toutefois à replacer dans le contexte de la fin du XIX^e siècle et de la construction de l'État providence. V. Pour une explication très claire C. RHEIN, « Intégration sociale, intégration spatiale », *L'Espace géographique*, vol. 31, no. 3, 2002, pp. 193-207.

B. Individus et conflits

256. À l'exact opposé de la théorie holiste de DURKHEIM, se trouve celle d'un autre sociologue, Max WEBER. Fondateur de l'« individualisme méthodologique », ce dernier ne croit pas à l'existence de « faits sociaux » considérés comme des choses qu'il est possible d'observer empiriquement au seul niveau macrosociologique. La sociologie doit au contraire étudier les phénomènes qui résultent de *l'activité sociale*, et donc du niveau microsociologique à partir duquel « il est indispensable de reconstruire les motivations des individus concernés par le phénomène en question, et d'appréhender ce phénomène comme le résultat de l'agrégation des comportements individuels dictés par ces motivations »¹⁰²⁹. Pour WEBER, nous l'avons dit, les actions individuelles sont orientées par le sens et les finalités que les acteurs leur attribuent¹⁰³⁰. L'ensemble des actions formant l'activité sociale à la source des phénomènes qui intéressent la sociologie. La tâche du chercheur désireux de les comprendre consiste ainsi à *interpréter rationnellement* les significations que les acteurs donnent subjectivement à leurs actions et d'en *expliquer la causalité*, les logiques sous-jacentes, par l'emploi de modèles et de typologies adaptés¹⁰³¹. Cause ou conséquence de cette méthodologie, WEBER ne croit pas à la possibilité d'unifier les comportements individuels sous la modernité, les valeurs sous-tendant l'action sociale étant bien trop diversifiées et souvent irréconciliables – c'est ce qu'il appelle le « combat des dieux »¹⁰³² ou « l'irrationalité éthique du monde »¹⁰³³. Il n'existe donc pas de

¹⁰²⁹ R. BOUDON, « Chapitre 2. Individualisme et holisme dans les sciences sociales », P. BIRNBAUM (Dir.), *Sur l'individualisme. Théories et méthodes*. Presses de Sciences Po, 1991, pp. 45-59.

¹⁰³⁰ V. *Supra* n°128.

¹⁰³¹ D. LE BRETON, « Introduction », *L'interactionnisme symbolique*, PUF, 2012, pp. 1-7.

¹⁰³² « La quête du salut de l'âme peut apparaître peu rationnelle dans un monde dominé par l'utilitarisme, mais, à l'inverse (ce que Weber reconnaissait en notant le caractère plurivoque du rationnel), la quête de la richesse et l'impératif de croissance économique paraîtront tout aussi irrationnels aux esprits portés à la méditation, que ce soit par tradition culturelle ou par inclination personnelle. Trancher sur la rationalité des fins, c'est toujours opter pour une forme de vie, et généralement aussi pour une forme de culture. Il n'est pas dit qu'il faille éviter de le faire, mais il faut savoir ce que nous faisons. Une typologie des formes de l'action ne sera jamais telle qu'elle nous permette d'éviter la différence des types de vie, et la possibilité que ces types de vie entrent en conflit : ce que Weber nommait le "*combat des dieux*", c'est-à-dire l'incompatibilité entre les systèmes de valeurs ultimes en fonctions desquelles un agent peut orienter son action » C. COLLIOT-THELENE, « Retour sur les rationalités chez Max Weber », *Les Champs de Mars*, vol. 22, no. 2, 2011, pp. 13-30.

¹⁰³³ « L'antagonisme irréductible des valeurs dernières de l'action, effet de la diversification des pratiques, n'est réel que dans les sociétés occidentales modernes. Ce polythéisme des valeurs mène à ce que Weber appelle l'"irrationalité éthique du monde". Il s'opère progressivement un désenchantement du monde, marque clé d'un système de relations sociales qui ne reposent plus sur l'acceptation béate d'une explication religieuse de l'homme, de la nature... » L. FLEURY, « Les religions et l'organisation sociale », *Max Weber*. PUF. « Que sais-je ? », 2009, pp. 63-88.

possibilité d'un consensus social sur les valeurs, l'agir social est au contraire contingent de *la permanence et l'irréductibilité de conflits* opposant diverses cultures et conceptions du réel¹⁰³⁴.

C. Interactions et institutions

257. S'inscrivant dans la lignée de l'individualisme méthodologique, le philosophe et sociologue G. SIMMEL pense néanmoins trouver le fondement du social non plus dans « le recueil des significations vécues, des visées des acteurs socialement situées »¹⁰³⁵ mais dans les *actions réciproques des individus* : « l'individu attribue du sens à ses actions, à leurs retentissements, il interprète aussi celles des autres et il agit en conséquence. Le monde social de l'interactionnisme est d'abord le monde de l'autre. »¹⁰³⁶ Cette conviction en une « mise en forme commune »¹⁰³⁷ du social par ses acteurs est partagée par un autre sociologue revendiquant son héritage wébérien, A. SCHÜTZ. Ce dernier entend combiner à l'individualisme méthodologique les enseignements tirés de la phénoménologie d'HUSSERL afin de « remonter au moment originaire où les significations sont établies et interprétées »¹⁰³⁸. Le monde réel n'est connu que par l'idée que le sujet s'en fait, et donc par le biais d'une opération de pensée subjective. Si chacun opère ce mouvement dans sa propre conscience, il nous est néanmoins possible de vivre en société et d'anticiper les interprétations et comportements des autres car *nous partageons avec eux certaines expériences*, directement vécues ou transmises par les

¹⁰³⁴ V. pour un exposé détaillé du courant de la sociologie du conflit inspiré par WEBER, J. FREUND, *Sociologie du conflit*. Presses Universitaires de France, 1983, spèc. « Chapitre 3. Genèse des conflits ».

¹⁰³⁵ D. LE BRETON, « Introduction », *L'interactionnisme symbolique*, PUF, 2012, pp. 1-7.

¹⁰³⁶ D. LE BRETON, « 2. Les grands axes théoriques de l'interactionnisme », *L'interactionnisme symbolique*, PUF, 2012, pp. 45-98 ; « La socialisation se fait et se défait constamment, et elle se refait à nouveau parmi les hommes dans un éternel flux et bouillonnement qui lie les individus, même là où elle n'aboutit pas à des formes d'organisation caractéristiques. Les hommes se regardent les uns les autres, ils se jalouent mutuellement, ils s'écrivent des lettres et déjeunent ensemble, ils éprouvent sympathie et antipathie par-delà tout intérêt tangible ; de même la reconnaissance pour un acte altruiste crée des liens indéfectibles ; l'un demande son chemin à l'autre ; ils s'habillent et se parent les uns pour les autres : ces milliers de relations de personne à personne, momentanées ou durables, conscientes ou inconscientes, superficielles ou riches en conséquences [...], nous lient constamment les uns aux autres », G. SIMMEL, *Sociologie et épistémologie*, Paris, PUF, 1981, p. 109.

¹⁰³⁷ D. LE BRETON, « 2. Les grands axes théoriques de l'interactionnisme », *L'interactionnisme symbolique*, PUF, 2012, pp. 45-98.

¹⁰³⁸ V. GRASSI, « Sociologie compréhensive et phénoménologie sociale », *Introduction à la sociologie de l'imaginaire. Une compréhension de la vie quotidienne.*, Érès, 2005, pp. 61-93 ; « La philosophie phénoménologique se veut une philosophie de l'homme en son monde-vie. Elle se dit capable d'expliquer le sens de ce monde d'une manière rigoureusement scientifique. Elle se donne pour thème la démonstration et l'explication des activités de conscience [...] de la subjectivité transcendantale en laquelle le monde-vie est constitué. Comme la phénoménologie transcendantale n'accepte rien qui ne soit en soi évident, mais s'attache à le rendre tel, elle échappe au positivisme naïf quel qu'il soit et peut s'attendre à devenir la vraie science de l'esprit [...] dans la rationalité vraie, au sens exact de ce terme. » A. SCHÜTZ, *Le chercheur et le quotidien, phénoménologie des sciences sociales*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1987, p. 172. Sur la phénoménologie, V. *Supra* n°109.

processus de socialisation. Ainsi les parents apprennent à l'enfant la façon dont il faut agir dans telle circonstance, ou comment réagir à l'action de l'autre dans telle autre, comment comprendre et interpréter socialement le réel *en fonction de l'autre*. Ces significations communes d'expériences vécues ou enseignées sont nommées « *typifications* » par A. SCHÜTZ. La façon selon laquelle celles-ci se *construisent*, et avec elles la réalité qui nous entoure, est étudiée en profondeur par deux élèves du sociologue, P. BERGER et T. LUCKMANN, dans un ouvrage important paru en 1967, *La construction sociale de la réalité*¹⁰³⁹. Selon ces auteurs, il existe une réalité objective qui est celle de l'activité humaine, de nos actions concrètes. Ces actions sont souvent répétées, elles sont sujettes à « l'habitude »¹⁰⁴⁰ qui nous permet de nous délester psychologiquement de certains choix conscients puisque ceux-ci nous paraissent aller d'eux-mêmes¹⁰⁴¹. Lorsque ces actions habituelles font l'objet d'une « typification réciproque »¹⁰⁴² – c'est-à-dire que plusieurs acteurs leur attribuent une signification commune sous la forme de *rôles*¹⁰⁴³ – elles deviennent des *institutions* :

« L'institution établit que les actions de type X seront exécutées par les acteurs de type X. Par exemple, l'institution de la loi pose que les têtes seront tranchées et dans des circonstances spécifiques, et que des types spécifiques d'individus exécuteront la sentence (des bourreaux, ou des membres d'une

¹⁰³⁹ P. BERGER et T. LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018.

¹⁰⁴⁰ P. BERGER et T. LUCKMANN « II. La société comme réalité objective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 101-211.

¹⁰⁴¹ « L'arrière-plan de l'activité rendue habituelle révèle un avant-plan profitable à la délibération et à l'innovation », P. BERGER et T. LUCKMANN « II. La société comme réalité objective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 101-211.

¹⁰⁴² P. BERGER et T. LUCKMANN « II. La société comme réalité objective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 101-211.

¹⁰⁴³ « Comme A et B interagissent, et ce, de quelque façon que ce soit, des typifications seront produites très rapidement. A observe B en train d'agir. Il attribue des motivations aux actions de B et, voyant que les actions se répètent, typifie les motivations comme récurrentes. Comme B continue à agir, A est vite capable de se dire : « ah, il recommence ». En même temps, A peut affirmer que B fait la même chose en fonction de lui. Dès le début, A et B prennent en charge la réciprocité de la typification. Au cours de leur interaction, ces typifications seront exprimées par des modèles spécifiques de conduite. C'est-à-dire que A et B commenceront à jouer des rôles l'un vis-à-vis de l'autre. Ce phénomène se produira même si chacun continue à exécuter des actions différentes de celles de l'autre. La possibilité de jouer le rôle de l'autre apparaîtra relativement aux mêmes actions exécutées par chacun d'entre eux. Ainsi, A accaparera intérieurement les rôles réitérés de B et fera d'eux les modèles de son propre jeu de rôle. Par exemple, le rôle de B dans la préparation de la cuisine n'est pas seulement typifié en tant que tel par A, mais s'intègre également comme élément constitutif au rôle pris par A dans la préparation de la cuisine. Une série d'actions typifiées réciproquement émergera donc, actions qui seront rendues habituelles sous la forme de rôles. Certaines d'entre elles seront exécutées séparément et d'autres en commun » P. BERGER et T. LUCKMANN « II. La société comme réalité objective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 101-211.

caste impure, ou des vierges en dessous d'un certain âge, ou ceux qui ont été désignés par un oracle). »¹⁰⁴⁴

258. Ces processus – habituations, typifications, institutions – sont nécessaires à la vie en collectivité puisqu'ils permettent de prédire les actions de l'autre et d'automatiser notre propre réaction¹⁰⁴⁵ : « Ainsi, les deux acteurs sont-ils délivrés d'une très forte tension. Ils épargnent du temps et de l'effort, non seulement dans des tâches externes quelconques qu'ils accomplissent séparément ou ensemble, mais aussi en termes de leurs économies psychologiques propres »¹⁰⁴⁶. Pour que la pratique institutionnalisée perdure, celle-ci doit cependant être *légitimée*, c'est-à-dire *expliquée* et *justifiée*. Sa légitimation est diffusée à travers le processus de socialisation par le biais du *langage*, qui constitue en quelques sorte un stock de symboles et de significations communs permettant cette transmission. L'institution se légitime donc par *l'intégration de sa logique* par le sujet socialisé. L'impression de cohérence du monde social ne nous apparaît donc que rarement du fait de l'expérience directe des « qualités externes objectives »¹⁰⁴⁷ des institutions ou de leur *intégration théorique*, mais du fait de la simple *connaissance* que nous avons acquise d'elles par la socialisation et par laquelle nous considérons leur existence comme évidente et naturelle¹⁰⁴⁸. Ce postulat théorique a des conséquences importantes sur la méthodologie sociologique des auteurs puisque « si l'intégration d'un ordre institutionnel ne peut être comprise qu'en termes de la "connaissance" que ses membres ont de lui, il s'ensuit alors que l'analyse d'une telle "connaissance" est essentielle pour une analyse de l'ordre institutionnel en question »¹⁰⁴⁹. Or, la composante

¹⁰⁴⁴ P. BERGER et T. LUCKMANN « II. La société comme réalité objective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 101-211.

¹⁰⁴⁵ « Le "et il recommence" devient un "et nous recommençons" » P. BERGER et T. LUCKMANN « II. La société comme réalité objective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 101-211.

¹⁰⁴⁶ P. BERGER et T. LUCKMANN « II. La société comme réalité objective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 101-211.

¹⁰⁴⁷ P. BERGER et T. LUCKMANN « II. La société comme réalité objective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 101-211 : « Dans la mesure où l'individu correctement socialisé « sait » que son monde social est un tout consistant, il est contraint d'expliquer à la fois son fonctionnement et son dysfonctionnement en termes de cette « connaissance ». Il est très facile, en conséquence, pour l'observateur de toute société d'affirmer que ses institutions fonctionnent en effet, et qu'elles s'intègrent comme elles sont « censées le faire ».

¹⁰⁴⁸ « La connaissance fondamentale de l'ordre institutionnel est une connaissance pré-théorique. Elle est la somme totale de ce que « tout le monde sait » sur le monde social, un assemblage de maximes, de morales, de sagesse proverbiale, de valeurs et de croyances, de mythes, etc., dont l'intégration théorique nécessite un courage intellectuel considérable par elle-même, comme la lignée des héros, depuis Homère jusqu'aux récents bâtisseurs de systèmes sociologiques, en témoigne. À un niveau pré-théorique, cependant, toute institution possède un corps de connaissance-recette, c'est-à-dire une connaissance qui fournit les règles de conduite institutionnellement appropriées » P. BERGER et T. LUCKMANN « II. La société comme réalité objective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 101-211.

¹⁰⁴⁹ P. BERGER et T. LUCKMANN « II. La société comme réalité objective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 101-211.

subjective du processus nécessite de prendre en compte dans cette analyse la façon dont la structure sociale influence la socialisation primaire et secondaire de l'individu – lors de son enfance et durant le reste de sa vie –, et partant le type de significations qu'il intériorise vis à-vis des institutions et les attitudes et rôles que celles-ci vont générer de sa part en retour¹⁰⁵⁰. Elle implique en outre de rester attentif aux mécanismes de « suspension du doute » qui se mettent en place inconsciemment chez l'acteur qui aurait peur de s'exposer au ridicule en remettant en question la « plausibilité » de la connaissance socialement construite¹⁰⁵¹. *In fine*, la démarche des auteurs n'est pas si éloignée de celle des matérialistes marxistes étudiés en première partie. P. BERGER et T. LUCKMANN reconnaissent d'ailleurs eux-mêmes en conclusion de leur ouvrage le caractère fondamental de la dialectique entre réalité subjective et structure sociale, dont ils attribuent la paternité à MARX :

« La socialisation prend toujours place dans le contexte d'une structure sociale spécifique. Non seulement son contenu mais également sa mesure du « succès » ont des conditions et des conséquences socio-structurelles. En d'autres termes, l'analyse micro-sociologique ou socio-psychologique des phénomènes d'intériorisation doit toujours s'accompagner en arrière-plan d'une compréhension macrosociologique de leurs aspects structurels. »¹⁰⁵²

¹⁰⁵⁰ « Il est ainsi né non seulement à l'intérieur d'une structure sociale objective mais également à l'intérieur d'un monde social objectif. Les autres significatifs qui médient ce monde pour lui le modifient tout au long de la médiation. Ils en sélectionnent des aspects selon leur propre position dans la structure sociale et également en vertu de leurs idiosyncrasies individuelles, enracinées biographiquement. Le monde social est "filtré" pour l'individu au moyen de cette double sélectivité. Ainsi, l'enfant des classes inférieures absorbe-t-il une perspective propre à sa classe sur le monde social, mais selon une coloration idiosyncratique donnée par ses parents (ou par tout individu qui s'occupe de sa socialisation primaire). La même perspective propre aux classes inférieures peut provoquer une attitude d'acceptation de son destin, de résignation, de ressentiment amer ou de révolte fébrile. En conséquence, l'enfant des classes inférieures finira non seulement par habiter un monde très différent de celui des enfants des classes supérieures, mais aussi par se différencier de son voisin qui appartient pourtant à la même classe que lui ». P. BERGER et T. LUCKMANN, « III. La société comme réalité subjective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 213-285.

¹⁰⁵¹ « La structure de plausibilité constitue également la base sociale de la suspension particulière du doute sans laquelle la définition de la réalité en question ne pourrait être maintenue dans la conscience. Des sanctions sociales spécifiques à l'égard des doutes désintégrant la réalité ont été ici intériorisées et sont continuellement réaffirmées. Le ridicule est une de ces sanctions. Aussi longtemps qu'il se maintient à l'intérieur d'une structure de plausibilité, l'individu se sent lui-même ridicule quand des doutes à propos de la réalité concernée s'élèvent subjectivement. Il sait que les autres se moqueraient de lui s'il les exprimait ». P. BERGER et T. LUCKMANN, « III. La société comme réalité subjective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 213-285.

¹⁰⁵² P. BERGER et T. LUCKMANN, « Conclusion. La sociologie de la connaissance et la théorie sociologique », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 287-292.

259. Là où le matérialisme dialectique se concentre sur l'analyse du mode de production de la réalité et le constructivisme sur les rapports que la structure sociale entretient avec les rôles et significations individuelles, une troisième méthode propose quant à elle de se focaliser sur l'élaboration concrète de la conduite des individus en fonction de leur interprétation du réel. Il s'agit de l'*interactionnisme symbolique*, dont un auteur résume la méthodologie de la façon suivante :

« La réalité sociale n'est pas la répétition d'un modèle, mais une permanente construction sociale. Les règles, les normes, les structures sont des processus toujours renaissants. Ce n'est pas le modèle qui importe mais son actualisation dans un contexte particulier. Non que ces structures n'existent pas mais la tâche du sociologue est de comprendre comment les acteurs s'en arrangent plutôt que de les percevoir comme ses marionnettes. L'application d'une règle ou d'une norme relève d'une compétence et non d'un aveuglement ou d'une obéissance. Elle contient un certain nombre de propriétés relatives aux circonstances »¹⁰⁵³.

Les sociologues de cette école accordent une importance particulière à l'autonomie des acteurs, à la façon dont ils négocient et créent en permanence les règles et les normes qui les orientent. Toute action est déterminée par le sens qui lui est donné – c'est l'enseignement de Weber –, et la signification du réel est le résultat de processus d'interprétation constants et continuellement mis à l'épreuve par le jeu des interactions réciproques et l'ajustement qui en découle nécessairement. Un objet n'existe donc qu'autant que lui est attribuée une signification particulière – « un processus de nomination »¹⁰⁵⁴ – et qu'il entraîne effectivement une réaction spécifique – « une mobilisation sociale »¹⁰⁵⁵. Puisque l'individu est le siège de création de toute signification, il est donc également *créateur du réel* ; ce qui ne signifie pas pour autant qu'il soit totalement libre dans ses actions puisque lors de ses interactions, il se voit nécessairement prescrit un *statut*. Celui-ci va alors être intériorisé en termes de significations et de rôles et

¹⁰⁵³ D. LE BRETON, « 2. Les grands axes théoriques de l'interactionnisme », *L'interactionnisme symbolique*, PUF, 2012, pp. 45-98.

¹⁰⁵⁴ D. LE BRETON, « Introduction », *L'interactionnisme symbolique*, PUF, 2012, pp. 1-7.

¹⁰⁵⁵ D. LE BRETON, « Introduction », *L'interactionnisme symbolique*, PUF, 2012, pp. 1-7.

rétroagir sur son identité et son comportement par conformisme ou opposition – ainsi les statuts de personne racisée, d'épouse ou de mauvais élève¹⁰⁵⁶. En un sens, c'est non la structure, mais l'Autre qui nous détermine. C'est donc logiquement que la méthodologie interactionniste s'organise autour des processus de *définition* et de *réaction sociale* qui conditionnent l'agir individuel et que le chercheur ne peut lui-même qu'interpréter.

260. De portée générale, les méthodologies du conflit et de l'interaction ont été appliquées aux processus de définition de la criminalité afin d'en dénoncer les effets.

§2. Interactionnisme et théorie du conflit

261. Pour les interactionnistes, la criminalité est un statut attribué à un individu qui va en intérioriser les effets stigmatisants (A). Pour les théoriciens du conflits, l'incrimination cristallise les rapports de domination d'un groupe social sur un autre, puisqu'il est le seul à pouvoir imposer au reste de la collectivité, ses propres intérêts (B). Dans un cas comme dans l'autre, la peine ne vient pas réaffirmer des valeurs universellement partagées, mais sanctionne, à l'inverse, leur diversité.

A. Criminalité et Statut

262. À partir des années 1960, plusieurs sociologues rattachés aux Écoles de Chicago et de Californie étudient certains phénomènes de déviance à la lumière des perspectives interprétatives de la signification, du rôle et du statut. L'un d'entre eux, E. LEMERT, propose la distinction aujourd'hui classique entre *déviance primaire* et *déviance secondaire*¹⁰⁵⁷. Son

¹⁰⁵⁶ « Pour d'autres le dilemme entre leur appartenance de classe et l'école est plus difficile à résoudre. Des jeunes de milieu ouvrier refusent parfois l'univers culturel de l'école, trop éloigné du leur, et où ils ont le sentiment d'être des outsiders. Ils entrent dès lors en dissidence pour préserver des bribes de leur identité, repousser la position subalterne qui les menace au sein de l'institution scolaire. Leur comportement d'incivilité ou de provocation les valorise mutuellement même s'ils sont un objet de réprobation des enseignants. Une culture d'opposition foisonne ainsi comme une forme de préservation de l'identité personnelle. Les élèves s'affichent turbulents, agressifs, rejettent le règlement de l'école, s'opposent aux enseignants, provoquent des conflits. Ils traduisent une dissidence fortement connotée par leur milieu social : refus de l'obéissance, de l'autorité, souci de la virilité, du courage, goût de la transgression (tenue vestimentaire, alcool, cigarettes, fêtes, sexisme, etc.). Autant de pratiques qui heurtent les autres élèves issus de milieux plus privilégiés ou leurs enseignants qui ne les comprennent pas. Résistance symbolique à ce qu'ils vivent à tort ou à raison comme une imposition de statut, une forme d'humiliation. Sursaut identitaire promu à l'échec, puisqu'ils se condamnent eux-mêmes à un statut social mineur en refusant l'école. En croyant rejeter une imposition de statut, ils s'enferment dans une autre, sans issue ». D. LE BRETON, « 2. Les grands axes théoriques de l'interactionnisme », *L'interactionnisme symbolique*, PUF, 2012, pp. 45-98.

¹⁰⁵⁷ E. M. LEMERT, *Social pathology*, McGraw-Hill, 1951, sp. pp. 603-607.

hypothèse est la suivante : lorsqu'un individu transgresse une norme sociale, il s'expose à une réaction de la part du groupe social qui consiste en un double processus d'*étiquetage* de son comportement déviant et de *sanctions*. Celles-ci peuvent être *informelles* – réprimande d'un parent ou d'un professeur – ou *formelles* – sanction pénale. Quoi qu'il en soit, ce double processus confère à l'individu un statut de déviant que celui-ci va intérioriser et en fonction duquel il va adopter certains rôles comme moyen de « défense, d'attaque ou d'ajustements »¹⁰⁵⁸ aux conséquences issues de la réaction à sa première déviance. Il peut alors être amené à reproduire sa transgression, voire à l'exagérer pour se conformer, plus ou moins consciemment, à l'étiquette que la sanction sociale lui a appliquée. Il s'agit alors de ce que LEMERT nomme la déviance *secondaire*¹⁰⁵⁹. Dans une perspective similaire, H. BECKER étudie la façon dont le statut de déviant et les réactions qui lui sont associées sont susceptibles de modeler l'identité d'un individu, le rapport qu'il entretient vis-à-vis de lui-même, au point de l'orienter vers une véritable « carrière » sociale déviante. La déviance est donc moins un état qu'un *processus*, elle est également moins personnelle que *collective*, puisqu'elle dépend de définitions et de réactions socialement construites dont le chercheur doit également découvrir les origines historiques. Ainsi dans *Outsiders*¹⁰⁶⁰, H. BECKER met en rapport 1) la mise en place de la législation relative au cannabis aux États-Unis et la façon dont celle-ci est appliquée – et donc l'activité de ceux qu'il nomme les « entrepreneurs de morale » ; 2) le développement de l'addiction des consommateurs – et donc la constitution d'une identité déviante ; 3) l'adhésion des consommateurs de cannabis à une sous-culture particulière, celle des musiciens de jazz – et donc à une « carrière » déviante revendiquée comme telle. Dans un autre ouvrage important, E. GOFFMAN applique une méthodologie similaire à l'analyse de la « carrière morale » des personnes internées en hôpital psychiatrique¹⁰⁶¹. Les déviances psychiatriques sont étudiées par deux autres sociologues d'une tendance similaire qui, analysant respectivement les dossiers

¹⁰⁵⁸ E. M. LEMERT, *Social pathology*, McGraw-Hill, 1951, p. 603.

¹⁰⁵⁹ « La séquence d'interaction menant à la déviation secondaire est grossièrement la suivante : 1) déviation primaire ; 2) sanctions sociales ; 3) nouvelle déviation primaire ; 4) sanctions et rejets plus forts ; 5) nouvelle déviation, avec peut-être des hostilités et du ressentiment qui commencent à se concentrer sur ceux qui pénalisent ; 6) crise atteinte dans le quotient de tolérance, exprimée par une action formelle de la communauté en stigmatisant le déviant ; 7) Renforcement de la conduite déviante en réaction à la stigmatisation et aux sanctions ; 8) acceptation finale du statut social déviant et efforts d'adaptation sur la base du rôle associé » E. M. LEMERT, *Social pathology*, McGraw-Hill, 1951, p. 606.

¹⁰⁶⁰ H. S. BECKER, *Outsiders. Études de sociologie de la déviance*. Éditions Métailié, 1985. La première édition américaine est parue en 1963.

¹⁰⁶¹ E. GOFFMAN, *Asiles. Études sur la condition sociale des malades mentaux*, Minuit, « Le sens commun », Paris, 1968. La première édition américaine est parue en 1961 ; E. GOFFMAN, "The Moral Career of the Mental Patient", *Psychiatry*, 22 :2, 1959, pp. 123-142 ; E. GOFFMAN, "Symbols of class status", *The British Journal of Sociology*, vol. II, no 4, 1951, pp. 294-304.

médicaux et statistiques des institutions¹⁰⁶² et la façon dont sont menés les entretiens diagnostics¹⁰⁶³, entendent exposer les règles et méthodes par le biais desquelles celles-ci sont *construites* par les différents acteurs chargés de la prise en charge des patients. Ils s'attachent ainsi à retranscrire les différentes « cérémonies de dégradation »¹⁰⁶⁴ que subissent les personnes étiquetées comme déviantes et la façon dont ces dernières participent à leur marginalisation subséquente.

263. L'approche interactionniste n'est pas une théorie de la causalité du crime mais une perspective interprétative, « sensibilisante »¹⁰⁶⁵ au double processus de définition et de réaction à la déviance, et à sa nature collective. S'agissant de la question criminelle, aucun des auteurs cités ne prétend que la déviance secondaire est la cause exclusive et déterminante du passage à l'acte ou de la récidive. Ils souhaitent simplement attirer l'attention sur la complexité du phénomène et sur les effets de *stigmatisation* et de *marginalisation* qu'entraînent le statut de délinquant et la pénalité qui lui est attachée au niveau de l'identité même du condamné. Comme l'a très bien démontré un auteur, la critique que lui adressent les positivistes de tradition durkheimienne – à savoir que la théorie de l'étiquetage ne se vérifie pas *systématiquement* et que certaines personnes sont effectivement détournées de la déviance du fait de la sanction sociale – est donc dénuée de pertinence¹⁰⁶⁶. Celle-ci résulte de la confusion entre deux paradigmes scientifiques qui n'ont strictement rien à voir et qui ne sont simplement pas compatibles : le crime comme fait social / la déviance comme construction intersubjective. S'il n'explique pas le crime – faute d'ailleurs de lui reconnaître une réalité propre – l'interactionnisme et les perspectives qui lui sont liées apportent ainsi une nuance importante à la théorie expressive de la peine :

¹⁰⁶² H. GARFINKEL, "Some sociological concepts and methods for psychiatrists", *Psychiatric Research Reports*, 6, 1956, pp. 181-195.

¹⁰⁶³ T. SCHEFF, *Being mentally ill*, Chicago, Aldine, 1966. V. à propos de cette étude, « Dans une autre recherche importante, relative aux processus d'internement psychiatrique, il a été procédé à l'interrogation de psychiatres, auteurs des diagnostics de personnes amenées de force devant eux. Il s'est avéré que l'entretien en vue d'établir le diagnostic ne durait que douze minutes en moyenne, le procès devant le juge ne durant que deux minutes en moyenne. Or, en théorie, il n'est pas possible d'établir un diagnostic en si peu de temps. Enseignement de cette recherche : les processus d'internement ne reposent pas directement sur la qualité mentale des internés » M. SPECTOR et G. CASADAMONT, « Profils épistémologiques en criminologie comparée », *Déviance et société*, Vol. 2, n°4, 1978 ? pp. 349-364.

¹⁰⁶⁴ H. GARFINKEL, "Conditions of successful degradation ceremonies", *American Journal of Sociology*, 61, 1956, pp. 420-424.

¹⁰⁶⁵ M. PETRUNIK, "The Rise and Fall of "Labelling Theory": The Construction and Destruction of a Sociological Strawman." *The Canadian Journal of Sociology / Cahiers Canadiens De Sociologie* 5, no. 3, 1980, pp. 213-33.

¹⁰⁶⁶ M. PETRUNIK, "The Rise and Fall of "Labelling Theory": The Construction and Destruction of a Sociological Strawman." *The Canadian Journal of Sociology / Cahiers Canadiens De Sociologie* 5, no. 3, 1980, pp. 213-33.

« La peine, en effet, en raffermissant une norme déterminée, est toujours susceptible sans doute de conforter ceux qui y adhèrent dans leurs convictions propres et dans le sentiment qu'ils ont en même temps de s'identifier avec le groupe social tout entier. Dans le même temps, cependant, on ne peut pas nier que la sanction pénale est susceptible d'être perçue par d'autres comme le désaveu confirmé de leurs convictions divergentes et de renforcer leur sentiment d'appartenance à une catégorie sociale particulière qui, à la limite, peut se percevoir comme entièrement marginalisée. Elle risque, dès lors, de devenir, selon la terminologie de Goffman, un symbole de "statut " plutôt qu'un véritable symbole "collectif ". »¹⁰⁶⁷

264. L'interactionnisme s'est diffusé au fil des années, en criminologie mais aussi auprès des travailleurs sociaux où il implique de leur part la reconnaissance du droit de la personne déviante à présenter sa propre définition de la situation, l'humanisation de la compréhension de ses processus de déviance primaire, et la sensibilité aux effets stigmatisants de l'intervention des agents¹⁰⁶⁸. Cette approche est néanmoins critiquée par les théoriciens issus de la tradition marxienne qui n'y voient qu'une « non intervention radicale »¹⁰⁶⁹ – un moyen de ne pas amplifier les effets négatifs associés à la réaction sociale – et non un programme de lutte contre l'origine structurelle des problèmes sociaux. La carence interactionniste vis-à-vis des enjeux de pouvoir et de domination cristallisée par la criminalisation primaire – c'est-à-dire l'incrimination et la transgression, par opposition à la criminalisation secondaire qui désigne la réaction pénale – leur ferait ainsi manquer la *fonction sociale du crime* : « permettre à d'autres plus puissants d'agir impunément de manière analogue sans que vacille toute la rationalisation idéologique qui maintient l'organisation sociale »¹⁰⁷⁰. En se focalisant sur le sujet au détriment de la structure économique et politique au sein de laquelle il évolue, ils négligeraient l'étude de la détermination socio-historique des significations, rôles et statuts à l'origine de l'action des individus. Ils ne seraient donc pas vraiment différents des méthodes en réaction desquelles ils

¹⁰⁶⁷ M. VAN DE KERCHOVE, « Chapitre IV. Le renforcement symbolique des normes » In M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine : Entre mythe et mystification* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, pp. 269-289, consulté le 20.08.2020.

¹⁰⁶⁸ S. COHEN, *Against Criminology*, Routledge, 1998, p. 97.

¹⁰⁶⁹ S. COHEN, *Against Criminology*, Routledge, 1998, p. 100.

¹⁰⁷⁰ P. ROBERT, « La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *L'Année sociologique*, Troisième série, Vol. 24, 1973, p. 468.

se sont pourtant établis, à savoir le positivisme empiriste¹⁰⁷¹ et la criminologie traditionnelle du passage à l'acte¹⁰⁷².

265. Un autre courant de criminologie évite cet écueil en mobilisant le caractère fondamental du conflit dans les sociétés modernes.

B. Incriminations et Conflits

266. En parallèle de l'approche interactionniste, se développe à la fin des années 1950 un nouveau courant de sociologie dont la paternité est généralement attribuée à R. DAHRENDORF¹⁰⁷³. En réaction, là encore, aux doctrines positiviste et consensualiste, qui postulent l'intégration de valeurs *morales* par l'ensemble des membres d'une société¹⁰⁷⁴ – modèle de *l'équilibre social*¹⁰⁷⁵ – l'auteur appelle les sociologues à réorienter leurs travaux de recherches sur le rapport de *pouvoir* à l'origine de maintien de l'ordre social : « les sociétés et les organisations sociales ne sont pas tenues ensemble par le consentement, mais par la co-action, non par un accord universel, mais par la domination exercée par certains sur

¹⁰⁷¹ L. VAN OUIRIVE « Interactionnisme et néo-marxisme, une analyse critique » *Déviance et société*. 1977, Vol. 1, n°3, 1977, pp. 253-289.

¹⁰⁷² P. ROBERT, « La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *L'Année sociologique*, Troisième série, Vol. 24, 1973, p. 468 : « malgré l'appellation qu'on lui donne parfois d'école de la réaction sociale, l'interactionnisme classique demeure dans une criminologie du passage à l'acte. Il s'intéresse la réaction sociale non pas comme problématique mais comme variable explicative du passage à l'acte. »

¹⁰⁷³ R. DAHRENDORF, "Out of Utopia: toward a reconstruction of sociological analysis", *The American Journal of Sociology*, 1958, LXIV, pp. 115-127 ; V. A. BARATTA « Conflit social et criminalité. Pour la critique de la théorie du conflit en criminologie », *Déviance et société*, Vol. 6, n°1, 1982, pp. 1-22.

¹⁰⁷⁴ « Le consensus sur les valeurs est l'une des caractéristiques principales du système social. Certains de ses défenseurs font une légère concession à la réalité et parlent de "consensus relatif", indiquant ainsi leur mépris à la fois pour les canons de la théorie scientifique (dans les modèles desquels il n'y a pas de place pour les "relatifs" ou les "presque") et pour les faits observables de la réalité (qui ne montrent guère plus qu'un consensus hautement formel - et tautologique). Que les sociétés soient maintenues ensemble par une sorte de consensus sur les valeurs me semble être soit une définition des sociétés, soit une affirmation clairement contredite par les preuves empiriques - à moins que l'on ne s'intéresse pas tant aux sociétés réelles et à leurs problèmes qu'aux systèmes sociaux dans lesquels tout peut être vrai, y compris l'intégration de toutes les valeurs sociales dans une doctrine religieuse. Je n'ai pas encore vu un problème pour l'explication duquel l'hypothèse d'un système de valeurs unifié est nécessaire, ou une prédiction vérifiable qui découle de cette hypothèse... » R. DAHRENDORF, "Out of Utopia : toward a reconstruction of sociological analysis", *The American Journal of Sociology*, 1958, LXIV, p. 120.

¹⁰⁷⁵ « Le modèle d'équilibre de la société a également une longue tradition dans la pensée sociale, y compris, bien sûr, toute la pensée utopique, mais aussi des œuvres comme le Contrat social de Rousseau et la Philosophie du droit de Hegel. Mais il n'est pas le seul modèle, ni dans l'explication des problèmes sociologiques, ni dans l'histoire de la philosophie sociale, et je m'élève avec force contre toute affirmation implicite ou explicite selon laquelle il pourrait être considéré comme tel. » R. DAHRENDORF, "Out of Utopia: toward a reconstruction of sociological analysis", *The American Journal of Sociology*, 1958, LXIV, p. 125.

d'autres »¹⁰⁷⁶. Le modèle du *conflit social*, s'il est influencé par le marxisme, s'en détache néanmoins résolument puisqu'il substitue à l'analyse du mode et des rapports *matériels* de production – modèle de la *lutte* sociale, si l'on peut dire – celui de la domination *politique*. Comme le note A. BARATTA, la perspective s'en trouve inversée puisqu'« au lieu d'expliquer le conflit comme une conséquence des intérêts opposés, soit à maintenir, soit à transformer les rapports matériels de propriété, et le rapport politique comme le résultat du conflit, on considère inversement le conflit comme résultat du rapport *politique de domination* »¹⁰⁷⁷. La méthodologie de DAHRENDORF est appliquée au domaine du crime par deux sociologues fondant ainsi la *criminologie du conflit*, G. VOLD¹⁰⁷⁸ et A. TURK¹⁰⁷⁹.

267. La criminologie du conflit peut être décrite comme l'entre-deux de l'interactionnisme et du structuralisme. Fortement influencés par l'individualisme wébérien, ses partisans conçoivent l'action comme orientée par des *intérêts* et *valeurs* qui lui préexistent nécessairement¹⁰⁸⁰. Mais, ceux-ci ne résultent pas seulement d'interactions subjectives, ils sont également contingents des conditions d'existence concrètes des individus, lesquelles diffèrent drastiquement en fonction des groupes sociaux. La modernisation et la complexification corollaire des sociétés accentuent ces disparités et il en résulte un état conflictuel permanent qui oppose les différents modèles types ou *patterns* de valeurs et de comportements plus ou moins stables dans le temps. Le processus législatif, et particulièrement l'incrimination, *cristallise* cet état conflictuel :

« Les lois individuelles représentent généralement une combinaison des valeurs et des intérêts de nombreux groupes, plutôt que les valeurs et les intérêts spécifiques d'un groupe particulier. Néanmoins, plus la position politique et économique d'un groupe est élevée, plus la loi en général tend à représenter les valeurs et les intérêts de ce groupe. [...] Par conséquent, en général, plus la position politique et

¹⁰⁷⁶ R. DAHRENDORF, "Out of Utopia: toward a reconstruction of sociological analysis", *The American Journal of Sociology*, 1958, LXIV, p. 127.

¹⁰⁷⁷ A. BARATTA « Conflit social et criminalité. Pour la critique de la théorie du conflit en criminologie », *Déviance et société*, Vol. 6, n°1, 1982, p. 3.

¹⁰⁷⁸ G. B. VOLD, *Theoretical Criminology*, New York, Oxford Univ. Press, 1958.

¹⁰⁷⁹ A. TURK, "Toward a Construction of a Theory of Delinquency", *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1964, pp. 215-229; A. TURK, *Criminality and Legal Order*, Chicago, Rand MacNally, 1972, 1969.

¹⁰⁸⁰ L'article de T. BERNARD offre un exposé très clair et détaillé des fondements théoriques de la criminologie du conflit dont nous ne faisons qu'un bref résumé. T. J BERNARD, "The Distinction between Conflict and Radical Criminology." *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 72, no. 1, 1981, pp. 362–379.

économique d'un groupe est élevée, moins il est probable que les modèles de comportement caractéristiques du groupe (comportements conformes à leurs valeurs et intérêts) violent la loi, et vice versa. [...] Par conséquent, en général, les organismes chargés de l'application de la loi traiteront les personnes issues de groupes politiques et économiques inférieurs plutôt que supérieurs. »¹⁰⁸¹

268. D'autres facteurs de sous-criminalisation des groupes politiquement dominants sont envisagées par les criminologues du conflit, comme le fait que la bureaucratie judiciaire soit mal équipée pour traiter des formes de criminalité souvent complexes, que les élites aient plus de moyens financiers pour garantir leur défense, ou qu'ils partagent la même culture que les magistrats, ce qui entraîne – de façon plus ou moins consciente – une clémence particulière de leur part¹⁰⁸².

269. Les théoriciens du conflit rejettent donc l'hypothèse libérale de la neutralité de la loi, qui ne résulte ni d'un accord collectif sur les valeurs communes à l'ensemble des groupes, ni d'un compromis équilibré entre plusieurs intérêts divergents que le législateur est susceptible

¹⁰⁸¹ T. J BERNARD, "The Distinction between Conflict and Radical Criminology." *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 72, no. 1, 1981, pp. 366-367.

¹⁰⁸² On trouve une excellente démonstration de ces hypothèses dans l'ouvrage précité LASCOUMES et C. NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes. De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, 2^e édition, Armand Colin, 2018, sp. pp. 204-228. La criminalité d'élite est un terreau propice à l'observation des inégalités de traitement législatifs des différents groupes sociaux. E. SUTHERLAND (E. H. SUTHERLAND, *Crime and Business*, American Academy of Political and Social Science, 1941) l'un des premiers chercheurs intéressé au domaine de la criminalité en col blanc – et celui qui lui a d'ailleurs donné son nom – est d'ailleurs désigné par A. Baratta comme précurseur de la criminologie du conflit, puisque l'on trouve déjà dans sa démarche « (a) la priorité logique conférée au processus de criminalisation par rapport au comportement criminel, b) la référence du processus de criminalisation et du comportement criminel à l'existence, aux intérêts et à l'activité de groupes sociaux en conflit, c) le caractère politique qu'assume tout le phénomène criminel : la criminalisation, le comportement criminalise et la peine sont tous des aspects d'un conflit qui se résout à travers l'instrumentalisation du droit et de l'Etat, c'est-à-dire d'un conflit où le groupe le plus fort réussit à définir comme illégaux des comportements d'un autre groupe, contraires à son propre intérêt, et où celui-ci est obligé d'agir contre la loi » A. BARATTA « Conflit social et criminalité. Pour la critique de la théorie du conflit en criminologie », *Déviance et société*, Vol. 6, n°1, 1982, p. 4. Quant à la question de l'appartenance sociale des magistrats, notons la parution très récente d'une étude sociologique d'ampleur qui confirme, aujourd'hui encore, la très grande homogénéité du corps – et la persistance des inégalités de genre : « Profession rare, avec un peu plus de 8000 membres, la magistrature constitue une exception statistique parmi l'ensemble des actifs - 0,03% des travailleurs en France sont des magistrat.es ! Classé.es parmi les cadres et professions intellectuelles de la fonction publique, les magistrat.es constituent une forme d'élite, lisible dans leur niveau de qualification, de rémunération, de responsabilité ainsi que dans leur rôle potentiel dans le champ politique. Nous montrons que la magistrature est une profession d'élite à la fois typique et atypique : ayant des origines sociales relativement élevées, en couple avec des conjoint.es qui leur ressemblent, les magistrat.es se distinguent par une forte féminisation, laquelle dissimule toutefois des inégalités pérennes entre les carrières des unes et des autres. » Y. DEMOLI et L. WILLEMEZ (Dir.), *L'âme du corps, La magistrature française dans les années 2010 : morphologie, mobilité et conditions de travail*, Note de synthèse du projet GIP éponyme, Octobre 2019, p. 2.

d'arbitrer¹⁰⁸³. S'ils empruntent à l'interactionnisme la conviction que le crime n'existe pas autrement que comme comportement étiqueté comme tel par le système pénal¹⁰⁸⁴, ils s'en éloignent par l'attention portée aux titulaires du pouvoir de définition. Là où les interactionnistes s'intéressent aux statuts, rôles et significations intériorisées par des petits groupes spécifiques lors de leurs rapports quotidiens et informels – *analyse microsociologique* – les conflictualistes orientent leurs recherches vers les structures générales de la société et les rapports de pouvoirs entre les groupes¹⁰⁸⁵ – *analyse macrosociologique*. Ainsi, « dans cette perspective, le problème de la distribution inégale du pouvoir de définition et de l'usage de ce pouvoir [...] laissé à l'ombre dans le cadre de l'interactionnisme symbolique et de la phénoménologie a été considéré dans son importance centrale »¹⁰⁸⁶. La criminalisation n'est donc plus seulement un statut attribué à un individu risquant de créer chez lui des effets de marginalisation, elle est également *crystallisation d'un rapport de domination d'un groupe social sur un autre*. La peine n'exprime plus des valeurs morales faisant l'objet d'un consensus mais un message politique « à propos de qui exerce le contrôle et qui en fait l'objet »¹⁰⁸⁷. Le moment de la condamnation accentue ce clivage puisque le juge y incarne une élite dont les valeurs et intérêts s'opposent à ceux des personnes poursuivies, réduisant d'autant l'effet symbolique de la peine qu'il prononce sauf à le concevoir sous l'angle exclusif du pouvoir, et donc de l'oppression¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸³ « L'ordre social est donc vu, dans ce livre, non pas comme un système de normes inévitables et nécessaires, constamment mis à l'épreuve par des gens indisciplinés et anti-sociaux, mais plutôt comme le rapprochement toujours faible à un ordre, plus comme la résolution temporaire d'un conflit de conceptions sur ce qui est juste et ce qui est faux et de désirs incompatibles entre eux, que comme une sorte de mécanisme automatique d'équilibration ou d'harmonie spirituelle entre des esprits jugeant de manière juste » A. TURK, cité par A. BARATTA, « Conflit social et criminalité. Pour la critique de la théorie du conflit en criminologie », *Déviance et société*, Vol. 6, n°1, 1982, p. 4.

¹⁰⁸⁴ T. J. BERNARD, "The Distinction between Conflict and Radical Criminology." *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 72, no. 1, 1981, p. 371 ; « Il apparaît évident que la délinquance est, d'un point de vue opérationnel, non pas véritablement une classe ou une combinaison de classes de comportement, mais plutôt une définition des mineurs par ceux qui sont dans la position d'appliquer les définitions légales » A. TURK, cité par A. BARATTA « Conflit social et criminalité. Pour la critique de la théorie du conflit en criminologie », *Déviance et société*, Vol. 6, n°1, 1982, p. 4.

¹⁰⁸⁵ A. BARATTA « Conflit social et criminalité. Pour la critique de la théorie du conflit en criminologie », *Déviance et société*, Vol. 6, n°1, 1982, p. 11.

¹⁰⁸⁶ A. BARATTA « Conflit social et criminalité. Pour la critique de la théorie du conflit en criminologie », *Déviance et société*, Vol. 6, n°1, 1982, p. 11.

¹⁰⁸⁷ B. HARCOURT, "Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment", *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 2002, p. 168.

¹⁰⁸⁸ « L'objection sociologique est que les juges ne sont en aucun cas réellement représentatifs de la communauté, et que les attitudes et jugements qu'ils expriment sont le produit de leur propre classe, de leur sexe, etc... », ils ne peuvent donc « exprimer » les valeurs qui sont les siennes. T. WARD, "Symbols and noble lies. Abolitionism, "just deserts" and crimes of the powerful", in H. BIANCHI et R. VAN SWAANINGEN (Dir.), *Abolitionnisme, towards a non-repressive approach to crime*, Free University Press, 1985, p. 79.

270. L'héritage webérien des criminologues du conflit leur permet de dépasser les conceptions naturaliste et positiviste du crime mais il leur impose néanmoins une limite : celle de la *neutralité axiologique*. Convaincus tant de la nécessité scientifique que de la faisabilité du processus par lequel le chercheur parvient à réduire ses biais et jugements de valeurs pour pouvoir rendre compte « objectivement » de ceux des acteurs qu'il observe, ces derniers se refusent à se positionner en faveur d'un groupe social particulier. La définition des comportements criminalisés est certes le siège d'un conflit de pouvoir opposant les dominants aux dominés mais il ne relève pas de leur mission de faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre par la réforme ou la révolution du système pénal¹⁰⁸⁹. Dans la lignée de WEBER là encore, ils considèrent le conflit inhérent à l'activité sociale, indépassable et surtout irréductible à l'antagonisme de classes du mode de production capitaliste¹⁰⁹⁰. Contrairement aux matérialistes marxistes – aussi nommés *radicaux* – ils ne revendiquent donc pas de projet politique visant à l'abolition des inégalités sociales et la libération du prolétariat ou du précaire¹⁰⁹¹. Criminologues radicaux et du conflit s'accordent néanmoins sur la nécessité de dépasser les

¹⁰⁸⁹ Ils s'inscrivent donc dans la parfaite continuité de R. DAHRENDORF lorsque celui-ci énonce sa méthodologie : « Permettez-moi de répéter que je ne plaide pas en faveur d'une science sociologique qui serait politiquement radicale dans le contenu de ses théories. De toute façon, cela n'aurait guère de sens d'essayer de le faire, puisque, logiquement parlant, une telle science ne peut exister. Je plaide, cependant, pour une science sociologique qui s'inspire de la fibre morale de ses ancêtres ; et je suis convaincu que si nous retrouvons la conscience des problèmes qui a été perdue au cours des dernières décennies, nous ne pouvons manquer de retrouver l'engagement critique dans les réalités de notre monde social dont nous avons besoin pour bien faire notre travail. R. DAHRENDORF: "Out of Utopia : toward a reconstruction of sociological analysis", *The American Journal of Sociology*, 1958, LXIV, p. 127.

¹⁰⁹⁰ A. TURK cite d'ailleurs directement WEBER en introduction de son ouvrage *Political Criminality : The defiance and defense of authority* : « Le conflit ne peut être exclu de la vie sociale... La " paix " n'est rien d'autre qu'un changement dans la forme du conflit ou dans les antagonistes ou dans les objets du conflit, ou enfin dans les chances de sélection... » M. WEBER, cité par A. TURK, *Political Criminality : The defiance and defense of authority*, Sage publications, 1981, p. 11.

¹⁰⁹¹ Un auteur résume parfaitement leur posture de la manière suivante : « Si l'on est d'accord avec le climat moral et politique dominant, la criminologie des conflits peut être offensante parce qu'elle soutient que ce climat est uniquement le résultat de la répartition du pouvoir plutôt que le reflet d'un ordre des choses intrinsèquement moral et naturel. Si l'on n'est pas d'accord avec le climat moral et politique dominant, la criminologie des conflits expose la répartition du pouvoir qui sous-tend ce climat, et l'on peut avoir tendance à se tourner vers la position théologique radicale comme méthode de recherche et de justification du changement politique. La théorie des conflits ne satisfait aucune des parties car elle est neutre sur le plan des valeurs. » T. J BERNARD, "The Distinction between Conflict and Radical Criminology." *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 72, no. 1, 1981, p. 375. Une analyse exhaustive des rapports entre criminologie radicale et du conflit est menée par R. O. HINCH, *The analysis of class, state, and crime : a contribution to critical criminology*, thèse de philosophie, Université de McMaster, 1984.

conceptions classiques du Contrat social¹⁰⁹², du Citoyen, de l'État¹⁰⁹³ et donc de la prétendue fonction expressive de la pénalité¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹² Pour une analyse à tendance marxiste, « si l'on admet que, contrairement à la conception consensuelle du Contrat social qui prévaut en France, la peine est négativement révélatrice, non des valeurs du corps social, mais de celles du groupe socialement dominant la proposition suivante peut être avancée : sous l'Ancien régime, les valeurs cardinales du groupe dominant étaient la force et l'honneur ; la sanction pénale consistait donc dans la destruction du corps et/ou dans l'humiliation du délinquant ; les valeurs fondamentales de la bourgeoisie, qui remplace la noblesse comme groupe dominant à l'issue des Révolutions du XVIII^e siècle, sont la liberté et l'argent ; en conséquence, les peines vont alors principalement consister dans la privation de liberté et l'amende ; les valeurs fondamentales de la bourgeoisie "globalisée" aujourd'hui dominante demeurent l'argent et la liberté ? mais cette dernière n'est plus conçue en termes collectifs mais individuels, impliquant la possibilité de se soustraire au cadre "westphalien". » O. CAHN, « Le sentencing anglo-américain, avenir de l'administration des peines en France ? », *Archives de politique criminelle*, vol. 36, no. 1, 2014, p. 266 ; Pour une analyse à tendance wébérienne, « Il est courant aujourd'hui de déplorer la fin du consensus, la crise de la culture et des valeurs, la montée de l'indifférence, de chercher les conditions d'un nouveau contrat social. Le pire qui pourrait arriver, c'est la tentation de le reconstituer de force : l'idéal de la communauté peut bien être nostalgique, après-coup il ne peut plus apparaître que comme imaginaire. Une analyse de la violence aujourd'hui ne pouvait être finalement qu'une analyse du contrat social contemporain, c'est-à-dire de la dissolution de son illusion et elle ne peut déboucher que sur la nécessité de ne pas le reconstituer à tout prix. La seule question que la philosophie politique doit se poser désormais est celle des conditions minimales d'un politique ne reposant plus sur les illusions ou les contraintes d'un consensus, autrement dit, la question des conditions d'un politique éclaté ». Y. MICHAUD, *Violence et politique*, Nrf Essais, Gallimard, 1978, pp. 227-228.

¹⁰⁹³ Pour une analyse à tendance marxiste, « Les représentants de l'État conçoivent d'ailleurs leur idéologie et leurs lois d'une façon telle que seul le citoyen individuel est tenu responsable des actes qu'il commet et des conséquences qui en découlent. Cette éthique de la responsabilité individuelle est une fiction légale : c'est le mythe aussi bien du "citoyen" que celui de l'État. Malgré le rôle de l'État (et du système socio-économique de production) dans la production de la criminalité, le mythe survit toujours comme une vérité éternelle. Aussi longtemps qu'il y aura un consensus considérable sur la vérité de ce mythe, les bons citoyens continueront à imputer à la loi pénale et à la criminalité une signification morale. Cela changera quand il n'y aura plus de consensus, quand on constatera que les lois en vigueur ne sont pas l'expression de la population et qu'il y a une différence sensible entre les conceptions des larges couches de la société et de ceux de la communauté politique qui exploite cette société au nom du bien-être public. » L. VAN OUIRIVE, « Interactionnisme et néo-marxisme, une analyse critique », *Déviance et société*, vol. 1, n°3, 1977, pp. 253-289 ; Pour une analyse wébérienne, « Si le comportement criminel, en somme, est le comportement normal d'individus qui répondent normalement à des situations définies comme indésirables, illégales et pour cela criminelles alors le problème fondamental est celui de l'organisation sociale et politique des valeurs établies ou de la définition de ce qui peut et de ce qui ne peut pas l'être. Le crime, en ce sens, est un comportement politique, et le criminel devient en réalité le membre d'un "groupe minoritaire" sans la plate-forme publique suffisante pour dominer et contrôler le pouvoir policier de l'État », G. VOLD, *Theoretical Criminology*, New York, Oxford Univ. Press, 1958, p. 202.

¹⁰⁹⁴ « Faire la critique de cette théorie de la peine revient à faire celle de tout le sociologisme spiritualisme et consensualiste de Durkheim » P. PONCELA, *Droit de la peine*, PUF, 1995, p. 63 ; « Il paraît cependant impossible d'avaliser les présupposés « consensualistes » auxquels cette fonction est souvent associée dans le sillage de Durkheim. Comme l'ont montré diverses études empiriques, il semble en effet que les incriminations pénales et leur hiérarchisation légale soient loin de toujours bénéficier d'un véritable consensus social et qu'elles reflètent souvent les valeurs dominantes de l'une ou l'autre fraction de la société » M. Van de KERCHOVE, « Chapitre IV. Le renforcement symbolique des normes » In M. Van de KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine : Entre mythe et mystification* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, pp. 269-289, consulté le 10.06.2020 ; « Dans tous les cas, sans exception, la loi pénale n'est que la forme concrète par laquelle se manifeste une volonté commune de rejet de certaines conduites, volonté, d'ailleurs, dont le pouvoir politique est l'incarnation légitime [...] Pinatel a raison lorsqu'il affirme que Durkheim n'était pas fondamentalement aussi éloigné de Garofalo qu'il le croyait lui-même » F. ACOSTA et A. P. PIRES, « Constructivisme versus réalisme. Quelques réflexions sur les notions de crime, déviance et situations problématiques » in Y. CARTYUVELS *et al*, *Politique, police et justice au bord du futur, Mélanges pour et avec Lode Van Ouirive*, L'Harmattan, 1998, p. 29.

271. Un dernier courant de sociologie criminelle propose, par l'étude empirique des représentations individuelles et collectives du réel, un point d'équilibre entre niveaux *macro* et *micro* d'analyse du phénomène social.

§3. Représentations du réel et contrôle social

272. Concevoir le rapport au crime non plus comme un donné, mais comme un construit socialement représenté permet d'envisager le savoir qui lui est relatif autrement que par le seul prisme de l'opinion publique (A), de la gravité (B) et du contrôle pénal (C).

A. De l'opinion publique aux représentations

273. Voulant résoudre « la crise de la pénalité » et avec elle, la problématique du consensus, plusieurs groupes de recherches se sont formés à partir des années 1970 pour mesurer l'adhésion de l'« opinion publique » à la loi pénale. L'idée sous-jacente est de pouvoir en retour l'adapter à « l'évolution des mœurs »¹⁰⁹⁵ afin de garantir sa légitimité. Or, en s'appuyant sur un concept aussi général, le chercheur ne peut échapper à deux écueils importants¹⁰⁹⁶. D'une part, il aboutit à raisonner en termes de moyenne, ce qui ne permet pas l'obtention de résultats significatifs. D'autre part, il classe comme semblables des individus dont les motifs de réponse sont en réalité très différents – parmi ceux qui se déclarent mécontents de la justice, certains peuvent la trouver trop sévère et d'autres, au contraire, trop douce. Enfin, ce type de recherches par questionnaires se heurte souvent à la très mauvaise connaissance que les interrogés ont de la loi et qui biaise donc considérablement l'évaluation du « décalage » qui pourrait exister entre elle et l'opinion que les gens s'en font¹⁰⁹⁷. L'ensemble de ces considérations a orienté une partie des chercheurs en sociologie sur le terrain non plus de l'opinion, mais des *attitudes* et *représentations* : « On est donc conduit à substituer à l'étude du décalage entre loi et opinion publique un examen des sortes d'attitudes et des types de

¹⁰⁹⁵ P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 223. L'auteur cite le projet « K.O.L » (Knowledge and Opinion about Law), et quelques études issues de celui-ci ; A. POGDORECKI, *et al* : *Knowledge ad opinion about law*, London, Martin Robertson, 1973 ; S.C. VERSELE *et al*, « Actes du colloque international de sociologie du droit et de la justice », *Rev. Inst. Socio.* (U.L.B.), 1970, n° spécial.

¹⁰⁹⁶ P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 224

¹⁰⁹⁷ C. FAUGERON « Du simple au complexe : les représentations sociales de la justice pénale », *Déviance et société*, Vol. 2, n°4, 1978, p. 413.

représentation. Mais, alors, on soumet fatalement à l'interrogation [...] l'assertion qui fait de la loi l'expression de la volonté générale »¹⁰⁹⁸. Au lieu de considérer l'action et la légitimité du système pénal par le seul prisme de la loi, de ses règles d'organisation et des peines qu'il prononce – et donc *de catégories formelles* – on cherche au contraire à rendre compte de la manière dont les individus concrets interprètent ces catégories, s'en saisissent ou non, et les rendent ainsi *effectives*. On passe ainsi du niveau de l'abstraction à celui de la matière, de l'institutionnalisation de loi à son *application* – entendue à la fois comme sa mise en œuvre et son intériorisation, les deux étant de toute façon interdépendantes. En prenant le risque, comme le souligne P. ROBERT, de découvrir derrière le *fétiche* de la volonté générale, l'atomisation des représentations¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁸ P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 225.

¹⁰⁹⁹ Pour un survol bibliographique non exhaustif des études menées en langue française sur les représentations de la justice, v. V. GAUTRON et C. VIGOUR, « Les représentations sociales des peines en France : une approche par entretiens collectifs » in D. BERNARD et K. LADD (Dir.), *Les sens de la peine*, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2019 ; P. ROBERT et C. FAUGERON « L'image de la justice dans la société », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 57/7, 1973, pp. 665-719 ; P. ROBERT et C. FAUGERON, *La justice et son public. Les représentations sociales de la justice pénale*, Paris-Genève, Hygiène-Masson, 1978 ; P. ROBERT, T. LAMBERT, C. FAUGERON, *Images du viol collectif et reconstruction d'objet*, L'Harmattan, 2004 ; K. BERNARD et A. SPIRE, « Les déterminants sociaux du sentiment d'injustice fiscale », *Revue de l'OFCE*, 2019/1 (N° 161), pp. 19-48 ; A. SPIRE et K. WEIDENFELD, « Les usages sociaux de la justice administrative », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [Online], 2009 ; A. SPIRE et F. JOBARD, « Légitimités policières, approches comparées » in J. GAUTHIER et F. JOBARD (Dir.) *Police. Questions sensibles*, Paris, Presses Universitaires de France ; N. LANGUIN, *et al.* « Les représentations sociales de la justice pénale : une trilogie », *Déviante et Société*, vol. 28, no. 2, 2004, pp. 159-178. ; Y. CARTUYVELS et L. VAN CAMPENHOUDT « Comment étudier les attentes des citoyens à l'égard de la justice », in S. PARMENTIER *et al* (Dir.) *Public Opinion and the Administration of Justice. Popular Perceptions and their Implications for Policy-Making in Western Countries*, Bruxelles, Politeia, 2005, pp. 33-49 ; J. DUBOUCHET « Les représentations sociales de la justice pénale. Retour sur un chantier abandonné », *Déviante & Société*, 28/2, 2004, pp. 179-194 ; N. LANGUIN, J. KELLERHALS et C.-N. ROBERT *L'art de punir. Les représentations sociales d'une « juste » peine*, Zurich, Schulthess, 2006 ; C. LECLERC « Explorer et comprendre l'insatisfaction du public face à la « clémence » des tribunaux », *Champ pénal/ Penal field*, vol. IX, 2012 ; F. OCQUETEAU et C. DIAZ « Le regard des français sur la justice pénale : évolution des représentations », *Sociologie et Justice*, 1989, pp. 41-47 ; F. OCQUETEAU et C. DIAZ « Comment les Français réproouvent-ils le crime aujourd'hui ? », *Déviante et Société*, 1990, pp. 253-273 ; P. ROBERT « Opinion publique et administration de la justice : recherches françaises », in PARMENTIER (S.) *et al* *Opinion and the Administration of Justice ; Popular Perceptions and their Implications for Policy-Making in Western Countries*, Brussels, Politeia, pp. 77-90 ; F. JOBARD, K. DRENKHAN, T. SINGELNSTEIN, *Punitivités comparées, représentations pénales en France et en Allemagne*, Mission de recherche Droit & Justice, 2019 ; B. LAUMOND, « Punitivité comparée. Les cadrages ordinaires des violences de genre en Allemagne et en France », *Déviante et Société*, vol. 44, no. 3, 2020, pp. 347-382 ; Comité européen pour les problèmes criminels, *L'opinion publique relative à la criminalité et à la justice pénale*, vol. XVII, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1979 ; N. FIEULAIN *et al.* « Les représentations sociales de l'appareil judiciaire : principes organisateurs, expériences et postures idéologiques », *Revue internationale de psychologie sociale*, vol. 26, no. 1, 2013, pp. 35-59 ; N. CEOLA, *Les représentations des fonctions contemporaines de la peine de prison. Enquête auprès d'étudiants de l'UCL*. Mémoire de criminologie, UCL, 2018 ; R. DUBE and M. GARCIA, « La construction politique des attentes victimaires dans les débats parlementaires entourant la création de la loi pénale », *Champ pénal/ Penal field* [Online], Vol. XIV, 2017 ; F. DUBET, « Propositions pour une syntaxe des sentiments de justice dans l'expérience de travail », *Revue française de sociologie*, vol. 46, no. 3, 2005, pp. 495-528 ; D. KAMINSKI et J. PIERET, « Enfermés à l'écran. Une étude des représentations cinématographiques de l'expérience carcérale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2017, pp. 405-420 ; D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, 2015.

B. De la gravité du crime à l'adéquation du système pénal

274. Observer par-delà la façon dont le système se donne à voir la pluralité d'attitudes à son égard permet de distinguer deux dimensions de perception, la *gravité* et l'*adéquation* :

« Une même conduite peut très bien, dans un type donné de représentations, être considéré comme relevant adéquatement du système pénal – donc comme infraction – et pourtant, en même temps, comme moins grave que telle autre estimée relever adéquatement d'un contrôle social non pénal, donc pas comme infraction. »¹¹⁰⁰

275. Les personnes enquêtées ne classent pas les infractions selon un *continuum de sévérité*, qui opposerait les comportements « graves » et nécessitant une forte réaction – la peine de mort, par exemple – aux comportements bénéfiques devant être récompensés¹¹⁰¹. L'analyse de leurs réponses ne permet pas non plus de penser qu'il existe une corrélation entre indifférence au comportement et non recours au système pénal. Conscients des limites matérielles et fonctionnelles du système pénal, elles raisonnent au contraire en termes de *tolérance* et de *priorités*¹¹⁰², – *est-il nécessaire et adéquat d'intervenir ?* – selon des échelles qui varient sensiblement en fonction des différents groupes sociaux. L'enquête d'envergure menée par C. FAUGERON et P. ROBERT conclut ainsi à l'existence « d'importants clivages », entre la petite bourgeoisie non salariée, la petite bourgeoisie salariée et les ouvriers¹¹⁰³ et au sein même de ces catégories, que le second auteur résume ainsi :

« D'importants clivages traversent la société française à propos des incriminations et de leur ordre de priorité. Ajoutons encore qu'il s'agit d'axes stables, durables car ils ne reposent pas sur une querelle ponctuelle, mais manifestent des oppositions intéressant chaque fois de nombreuses infractions. Leur

¹¹⁰⁰ P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 237. L'autre cite l'exemple des comportements relevant de la psychiatrie ou de la consommation de drogues dures.

¹¹⁰¹ C. FAUGERON « Du simple au complexe : les représentations sociales de la justice pénale », *Déviance et société*, Vol. 2, n°4, 1978, p. 415.

¹¹⁰² C. FAUGERON « Du simple au complexe : les représentations sociales de la justice pénale », *Déviance et société*, Vol. 2, n°4, 1978, p. 415.

¹¹⁰³ P. ROBERT et C. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion, 1980.

ordonnancement d'importance n'est d'ailleurs pas démunie d'intérêt. Enfin, ils traversent chaque groupe social, même si fondamentalement ils les opposent entre eux. Le premier concerne la permissivité vis-à-vis de l'évolution des mœurs; il oppose la petite bourgeoisie salariée à tous les autres. Le deuxième regarde la défense de la propriété individuelle et oppose les non-salariés aux salariés. Enfin le troisième oppose la délinquance des marginaux à celle des puissants ; ouvriers (et jeunes) s'y distinguent clairement surtout des non-salariés. Si le désaccord n'apparaît guère vis-à-vis de la répression des atteintes à la personne sur quoi tout le monde semble plus ou moins tacitement se retrouver, règnent ensuite de profondes divergences sur l'attitude de la loi pénale à l'égard de l'évolution des cultures et des mœurs, de la défense de la propriété individuelle, enfin des deux délinquances antithétiques des puissants et des marginaux. »¹¹⁰⁴

276. Une étude par entretiens collectifs visant les représentations sociales des peines et la pluralité de finalités qui leurs sont attribuées par les citoyens confirme – selon leurs autrices – la plupart des observations des auteurs précités¹¹⁰⁵. C. VIGOUR et V. GAUTRON remarquent ainsi que si les enquêtés s'accordent sur les finalités plurielles assignées à la peine – rétribution, réforme, protection, réparation – ils sont beaucoup plus divisés lorsqu'il s'agit d'évaluer la capacité du système pénal à les atteindre, en général et en particulier. Si des clivages opposent ainsi les ouvriers et employés aux autres catégories sociales quant au traitement différentiel des infractions par les juges¹¹⁰⁶, l'intérêt majeur de l'étude est de montrer que le passage de réflexions générales sur le système pénal à l'analyse de situations précises affecte sensiblement les attitudes de l'ensemble des participants. Reprenant les propos de C. FAUGERON et P.

¹¹⁰⁴ P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 244. V., pour un détail, P. ROBERT et C. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion, 1980.

¹¹⁰⁵ V. GAUTRON et C. VIGOUR, « Les représentations sociales des peines en France : une approche par entretiens collectifs » in D. BERNARD et K. LADD (Dir.), *Les sens de la peine*, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, pp. 61-101.

¹¹⁰⁶ « À la différence de ce qu'ont constaté Robert et Faugeron dans les années 1970, ce sont ici les ouvriers et employés qui, dans les entretiens collectifs, déplorent majoritairement une trop faible répression des élites politiques et de la finance (20 sur 27), comme si ce groupe s'estimait doublement perdant dans le jeu social conduisant à sur-criminaliser les délinquants routiers et à assurer l'impunité des plus riches, sanctionnés par des peines pécuniaires pour eux indolores. » V. GAUTRON et C. VIGOUR, « Les représentations sociales des peines en France : une approche par entretiens collectifs » in D. BERNARD et K. LADD (Dir.), *Les sens de la peine*, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, pp. 61-101.

ROBERT, les autrices affirment que « la confrontation entre ce qu’expriment les enquêtés de façon générale et ce qu’ils en disent à l’occasion de cas précis confirme qu’il est "plus pertinent de parler en termes d’adéquation des mesures et des situations, cette adéquation étant définie par toute une série de facteurs" »¹¹⁰⁷. Elles ajoutent par ailleurs que la particularité de leur méthodologie – l’entretien collectif – a favorisé un processus de réflexivité des enquêtés qui ont ainsi modifié leur attitude initiale – « des arguments qui reviennent comme des leitmotivs dans les discours politiquement et médiatiquement structurés »¹¹⁰⁸ – en complexifiant voir dépassant certains points de vue individuels et renforçant d’autres partagés collectivement. Les autrices concluent leurs hypothèses par l’exposé d’une contradiction qui n’est autre que celle soulevée par « l’énigme répressif »¹¹⁰⁹ de la modernité :

« Ce mode de collecte des données révèle les tensions, voire les contradictions, dont témoignent les réponses individuelles (par exemple, alors que certains enquêtés stigmatisent le fonctionnement des prisons et ne lui reconnaissent guère d’efficacité, l’incarcération reste leur sanction-étalon, même si, excepté pour les faits graves ou perçus comme dangereux, la prison est plutôt conçue comme une solution par défaut, bien qu’inéluctable dans certains cas). »¹¹¹⁰

¹¹⁰⁷ V. GAUTRON et C. VIGOUR, « Les représentations sociales des peines en France : une approche par entretiens collectifs » in D. BERNARD et K. LADD (Dir.), *Les sens de la peine*, Bruxelles : Presses de l’Université Saint-Louis, 2019, pp. 61-101. Les enquêtés reprochant la subjectivité ou le laxisme des juges en général appliquent en définitive les mêmes critères d’individualisation lorsqu’il leur est demandé d’attribuer une peine à un cas précis. De la même façon, « si une majorité s’accorde sur le fait que la peine est destinée à peiner, les modalités de la pénibilité sont discutées en considérant le vécu de l’auteur, celui des victimes (potentielles) et de leurs proches. Au-delà des effets de la privation de liberté, toute souffrance supplémentaire n’est pas nécessairement considérée comme légitime. Surtout, la capacité de l’incarcération à transformer le condamné est alors potentiellement mise en doute. ». Le doute des enquêtés quant à la capacité réelle du système pénal d’assurer les fonctions qui sont les siennes est une des conclusions majeures de l’études : « les citoyens s’interrogent quant à la capacité du système pénal à atteindre ces finalités, en raison de certains non-sens de la peine. Nombreuses sont les situations concernées : de l’impunité (des élites comme de l’ensemble de la population, en l’absence de poursuite ou de sanctions, à l’instar des classements sans suite) à la non-systématicité des peines (en raison de leur individualisation ou aménagement) ou à leur inexécution (comme le non-recouvrement des amendes), en passant par le sursis simple, le fait qu’une peine ne soit pas assortie d’explication quant à son sens, ou qu’un auteur ne prenne pas conscience de la gravité de ses actes, ou encore le fait que de l’argent (à travers l’indemnisation des victimes) puisse compenser l’atteinte à l’intégrité physique d’une personne ».

¹¹⁰⁸ V. GAUTRON et C. VIGOUR, « Les représentations sociales des peines en France : une approche par entretiens collectifs » in D. BERNARD et K. LADD (Dir.), *Les sens de la peine*, Bruxelles : Presses de l’Université Saint-Louis, 2019, pp. 61-101.

¹¹⁰⁹ V. *Supra* n°145.

¹¹¹⁰ V. GAUTRON et C. VIGOUR, « Les représentations sociales des peines en France : une approche par entretiens collectifs » in D. BERNARD et K. LADD (Dir.), *Les sens de la peine*, Bruxelles : Presses de l’Université Saint-Louis, 2019, pp. 61-101.

277. Représentations du public et système de positivité/*savoir-pouvoir* semblent ainsi se confondre, moins par réelle conviction des enquêtés que faute de pouvoir imaginer comment les dépasser. La compréhension de leur interaction, comme celle de la médiation du système pénal, s'inscrit dans la problématique plus générale du *contrôle social*.

C. Du contrôle pénal au contrôle social

278. Le *fonctionnement* du système pénal dépend de l'interaction entre ses règles objectives et la façon dont celles-ci sont pensées par ses agents, mais aussi par l'ensemble de la population. Ainsi, « pour qu'une affaire arrive aux institutions répressives, il faut que les faits soient suffisamment visibles ou qu'il se trouve quelqu'un pour avertir la police »¹¹¹¹. Or, si la visibilité repose sur des variables objectives, la dénonciation, elle, dépend beaucoup des représentations que la victime ou le témoin se font du délit – « le comportement dont nous sommes témoin ou victime est-il considéré comme un vrai délit ? »¹¹¹², du délinquant – « rangeons-nous son auteur parmi les vrais délinquants relevant de la répression pénale ? »¹¹¹³ – et du système pénal dans son ensemble – « à quoi doit-il servir ? »¹¹¹⁴. À ce premier filtre du public s'ajoutent ceux, successifs, des agents du système pénal qui vont décider ou non de traiter la plainte, de poursuivre ou non l'infraction, du mode de poursuite, de la condamnation, du type de condamnation, etc ... À chacune de ces étapes *l'idéologie professionnelle* des agents oriente la trajectoire de l'affaire qui leur est soumise, « idéologie qui, tout comme celle du public, est loin d'être transparente pour le chercheur. Il y a tout à la fois intériorisation des contraintes institutionnelles, négociations au niveau des pratiques, et remaniement afin d'éviter une trop grande dissonance entre normes et réalités des pratiques »¹¹¹⁵. Le tout aboutissant

¹¹¹¹ P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 228.

¹¹¹² P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 229.

¹¹¹³ P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 229.

¹¹¹⁴ P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 229.

¹¹¹⁵ P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 229. L'ouvrage de D. KAMINSKI rend compte de façon détaillée de cette idéologie et des mécanismes de défense psychologiques que mettent en place les magistrats pour justifier l'accomplissement d'une tâche dont ils connaissent pourtant les effets pervers – la condamnation à l'emprisonnement ferme par exemple. V. D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, 2015, sp. « 4. Justifica(c)tion. Ce que condamner fait dire », pp. 193-325. Pour un extrait des observations de l'auteur, « Les juges semblent procéder de la même manière que les délinquants, malgré la légitimité de leurs pratiques. Ils n'ont pas, sur un plan institutionnel, à se justifier ou à neutraliser les effets moraux de leurs pratiques : celles-ci sont légitimes. Mais lorsqu'on leur demande ce qu'est condamner, interviennent dans leurs réponses de nombreuses propositions comparables aux formes de neutralisation relevées chez les jeunes délinquants. Ces

nécessairement à la justification du système pénal par ses acteurs, qui ne pourraient autrement continuer à y exercer leurs fonctions en conservant une relative tranquillité d'esprit¹¹¹⁶.

279. En bout de chaîne est produit un condamné – un criminel, un crime et une pénalité. Un objet à la fois réel et reconstruit par les filtrages successifs opérés au niveau informel – dénonciation par la population – et formel – traitement juridictionnel. En un sens, donc, *le système pénal substantialise des représentations du crime et du criminel contingentes de lois, règles et contraintes structurelles mais n'y résumant pas.*

280. Or, ce « produit fini »¹¹¹⁷ du système pénal sert également *de point de départ* aux représentations du public et des acteurs. Il rétroagit, si l'on peut dire, sous la forme de *stéréotypes* – sur le criminel, le crime et la peine – largement diffusés par des « appareils de production idéologique »¹¹¹⁸ comme la presse, le cinéma ou la télévision. Ainsi les discours plus ou moins fondés sur l'insécurité, la délinquance, l'augmentation de la violence ou les pratiques des juges « colonisent »¹¹¹⁹ les représentations de l'ensemble des acteurs du

formes se déclinent comme suit : *Le déni de responsabilité* : le contexte du métier (la loi), le système, l'inscription du travail dans son amont et dans son aval, expliquent et excusent les pratiques "obligées" des juges ; *le déni de la faute* : la condamnation (comme acte) est anodine, bénigne, ne préjudiciant que faiblement sa "victime" : le condamné n'en est pas vraiment un, puisqu'il subit une forme juste, méritée de la réaction ; *la condamnation de ceux qui condamnent* : sont visés les acteurs politiques, lorsqu'ils votent des lois injustes et les acteurs, parfois "hypocrites", des poursuites pénales ; *l'appel à des loyautés supérieures* : le légalisme est parfois mâtiné d'un loyalisme renvoyant à des valeurs grâce auxquelles les critères sociaux de division du monde (ceux que la loi respecte) sont non seulement reconduits mais aussi soutenus. L'illégalité du crime et la légalité de sa condamnation ne suffisent pas à troubler le sommeil des uns et à offrir le sommeil du juste aux autres. Les deux comportements sont problématiques et cherchent tous deux leur légitimité sociale et culturelle qu'un ethos indique. Les techniques de neutralisation appartiennent à cet ethos et trouvent leur effectivité dans toute posture réflexive sur une pratique dans la légitimité et partiellement défaillante. Qu'elle soit juridiquement légitime ou non importe peu » D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, 2015, pp. 324-325 V. *Infra* n°413.

¹¹¹⁶ Puisque, « pour les juges, condamner est un impératif. En fait, toutes les étapes de la construction d'un dossier obéissent au même impératif de clôturer : la cloture » opère le plus souvent au moyen de la validation des parts de construction antérieure d'un dossier, chacune de ces parts cumulées étant construite dans la perspective d'une telle cloture. L'indépendance institutionnelle de la magistrature n'est de ce point de vue que le revers de sa position de dépendance dans le système pénal » D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, 2015, p. 345.

¹¹¹⁷ P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 229.

¹¹¹⁸ P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 229. L'analyse n'est pas sans rappeler celle de N. CHOMSKY sur la fabrication médiatique du consentement (V. *Supra* n°190) ou les recherches de L. BOLTANSKI et P. BOURDIEU sur les lieux communs : P. BOURDIEU et L. BOLTANSKI, « La production de l'idéologie dominante », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 2, n°2-3, juin 1976, pp. 3-73.)

¹¹¹⁹ « [...] la stéréotypie de certaines réponses provient de tout un processus d'inculcation, de colonisation idéologique qui mériterait de retenir l'attention [...] La formation et l'ancrage des stéréotypes sont des moments importants de la constitution des représentations sociales. On en a un exemple dans le rôle organisateur que semble jouer la notion d'insécurité ou la crainte d'être victime dans les représentations. [...] A vrai dire, le système pénal ne "dit" rien en lui-même : il reçoit, traite, reconstruit, produit. Entre lui et les construits idéologiques que sont les représentations sociales, se situent toute une série d'intermédiaires, justement ceux que, en reprenant un vieux

fonctionnement du système pénal et influencent donc la façon dont celui-ci va construire, concrètement cette fois-ci, son objet, comment il *fonctionne* – la boucle est donc bouclée. C'est la raison pour laquelle on observe une telle homogénéité dans les discours sur les finalités du système pénal – qu'il s'agisse du public ou des juristes. *Il produit le substrat à partir duquel vont se développer les stéréotypes de la délinquance qui alimentent son fonctionnement.*

281. Une connaissance solide de son fonctionnement doit donc nécessairement intégrer celle des processus d'interprétation, d'intériorisation et d'application de la norme pénale, au risque sinon de se contenter d'un « objet de recherche préconstruit pas les errements du sens commun, par les représentations de l'idéologie dominante »¹¹²⁰, du crime, du criminel et du passage à l'acte. De fait, si C. FAUGERON et P. ROBERT déduisent des résultats de leurs enquêtes l'aspect caricatural de l'opposition entre théorie du conflit et du consensus – puisque les représentations de la justice pénale doivent s'analyser par le prisme de l'adéquation et de la priorité¹¹²¹ – ils dénoncent néanmoins tout particulièrement la « charge légitimante véhiculée par la notion de consensus »¹¹²² qui, associée au « méta-concept » de l'opinion publique, dissimule avec elle « la pluralité des discours, la société divisée, la lutte idéologique »¹¹²³. La critique n'est pas éloignée de celles formulées par A. PIRES à l'encontre de la criminologie, ou M. MIAILLE vis-à-vis des doctrines juridiques lorsqu'ils déplorent sous couvert d'empirisme scientifique, la légitimation de l'ordre social existant – la confusion du fait et de la valeur¹¹²⁴.

282. L'opération de construction – ou de déconstruction – de ses « méta-concepts » et la façon dont ils agissent en retour sur les attitudes individuelles doit donc intéresser le chercheur tout autant – si ce n'est plus – que les lois et règles encadrant l'action des institutions

terme, on peut appeler les "entrepreneurs moraux" [...] : ceux qui dénoncent le désordre pour mieux préserver l'ordre établi. ». C. FAUGERON « Du simple au complexe : les représentations sociales de la justice pénale », *Déviante et société*, Vol. 2, n°4, 1978, p. 422.

¹¹²⁰ P. ROBERT, « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, p. 234.

¹¹²¹ C. FAUGERON et P. ROBERT, « Consensus vs. conflit », *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion, 1980.

¹¹²² C. FAUGERON « Du simple au complexe : les représentations sociales de la justice pénale », *Déviante et société*, Vol. 2, n°4, 1978, p. 432.

¹¹²³ « Il va de soi qu'il existe "une" opinion publique. Sauf qu'elle est, en général, ce qui vient à l'appui des affirmations du locuteur. Il est d'usage de prendre la température de l'opinion publique, comme s'il existait pour cela des instruments physiques indiscutables. (...) La notion d'opinion publique fait partie de ces méta-concepts que l'on utilise jusqu'au jour où une analyse plus poussée fait voir que "le roi est nu". C. FAUGERON « Du simple au complexe : les représentations sociales de la justice pénale », *Déviante et société*, Vol. 2, n°4, 1978, p. 432.

¹¹²⁴ V. *Supra* n°214 et s.

spécialisées. Celle-ci n'étant que la pointe émergée du *contrôle social de la déviance*¹¹²⁵, que la fonction symbolique de la peine ne saurait épuiser, sauf à la considérer non plus comme l'expression de valeurs assurant la cohésion d'une société, mais bien comme *l'instrument d'une reproduction idéologique garantissant l'hégémonie de la classe au pouvoir* :

« Il ne suffit pas, pour rendre compte du contrôle social, de reprendre le simplisme unanimiste des pères fondateurs de la sociologie, pour lesquels une société se délitait si des sanctions ne venaient pas périodiquement rappeler, a contrario, où est la norme. En fait, contrôler une différence constitue un acte de pouvoir, puisque c'est un acte essentiellement normatif. Chacun s'essaie à présenter autrui comme différent. Mais tout le monde n'y parvient pas. Il faut être socialement dominant pour y réussir et le succès d'une telle entreprise contribue à la reproduction de cette situation de domination sociale donc à la reproduction même élargie de la structuration de classe de la société. Et ce pouvoir a finalement une dimension idéologique fondamentale, comme on vient de le réaliser en parcourant, à grands traits, le fonctionnement du processus de contrôle social de la déviance »¹¹²⁶.

¹¹²⁵ C. FAUGERON et P. ROBERT, « Le système pénal au sein des instances politiques et idéologiques », Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale, Paris, Le Centurion, 1980. Les auteurs résument les développements qui précèdent de façon limpide : « Ainsi les appareils spécialisés de contrôle social ne tiennent – malgré leur développement depuis le 19^{ème} siècle – qu'une place limitée dans l'effectivité des processus de contrôle. Néanmoins, ils tendent à servir de régulateur indirect de l'ensemble du contrôle social, dans la mesure où ce sont leurs produits qui alimentent le discours sur le crime et le criminel, c'est-à-dire la production idéologique qui pèse en permanence sur les représentations et attitudes, donc indirectement sur les conduites de contrôle social non spécialisé. C'est ainsi que se boucle le processus global de contrôle social, c'est-à-dire de l'effectivité de la norme. On voit tout le relief qu'y revêt une compréhension des formations idéologiques comme les représentations et attitudes : -D'une part, l'institution de la norme pose le problème de sa réception qui ne peut se comprendre qu'à ce niveau ; -ensuite, le processus de contrôle social se déroule en majeure partie hors de l'intervention des appareils spécialisés et il repose alors très largement sur des mécanismes idéologiques ; -par ailleurs, l'intervention de ces appareils spécialisés suppose le plus souvent un renvoi partiellement déterminé par les jeux de représentations et d'attitudes ; - à l'intérieur même des appareils spécialisés de contrôle social, on retrouve l'influence de ces mêmes variables idéologiques dans la progressive reconstruction d'objet ; - en outre, le produit fini de leur intervention alimente un discours public sur le crime et le criminel, une entreprise de production idéologique qui constitue un mécanisme essentiel dans la stratégie d'ensemble du contrôle social ».

¹¹²⁶ « C. FAUGERON et P. ROBERT, « Le système pénal au sein des instances politiques et idéologiques », Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale, Paris, Le Centurion, 1980. Chassez l'Histoire, elle revient au galop...

283. Une fois mis en échec l'impératif symbolique associé à la pénalité, il est possible de considérer, et d'encourager, sa *diffusion* le long du tissu social et la libération du pluralisme des valeurs, représentations et solutions des individus concrets.

Section 3. Neutralisation du crime et multiplication des grilles de lecture

284. Le constructivisme, l'interactionnisme, les théories du conflit et la sociologie de la réaction sociale, bien qu'incompatibles en de nombreux points, partagent néanmoins une hypothèse fondamentale : *le système pénal produit le crime, et non l'inverse*. La situation concrète existe bien entendu – dans le cadre d'un vol, une chose a bien été soustraite – mais sa définition, son *étiquetage* – et donc l'ensemble des significations, statuts et représentations qui y sont liées – relève du monopole d'institutions formelles spécialisées. Or, cette « grille de lecture univoque de la réalité »¹¹²⁷ va en retour déterminer les actions, rôles et attitudes des personnes qui s'y trouvent confrontées, tant symboliquement que matériellement, lesquelles se voient alors « dépossédées »¹¹²⁸ de leurs conflits. Le terme « crime » n'est pas neutre, il ne désigne pas une réalité – à défaut de consensus sur les valeurs d'une société, ou sur la gravité d'une situation¹¹²⁹ – mais un type de réaction – la peine. Il *présuppose* le recours au système pénal par l'interprétation qu'il donne du fait qu'il désigne, à savoir qu'il constitue un événement

¹¹²⁷ C. FAUGERON, « Les situations-problèmes, théorie sociologique ou pratique criminologique ? », in Y. CARTUYVELS, *et al.* (Dir.), *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, 1998, L'Harmattan, p. 90.

¹¹²⁸ « Les conflits criminels sont soit devenus la propriété d'autrui - principalement celle des juristes - soit il a été dans l'intérêt d'autres personnes de définir des conflits. » ; « Mais il y a plus que la manipulation professionnelle des conflits. La segmentation selon l'espace et selon la caste [c'est-à-dire en fonction du sexe, de l'âge et de la couleur] a plusieurs conséquences. Tout d'abord, elle conduit à une dépersonnalisation de la vie sociale. Les individus sont dans une moindre mesure liés les uns aux autres dans des réseaux sociaux étroits où ils sont confrontés à tous les rôles significatifs des autres significatifs » ; « La dépersonnalisation et la mobilité au sein de la société industrielle font fondre certaines conditions essentielles à la vie des conflits, notamment ceux qui opposent des parties qui comptent beaucoup l'une pour l'autre » ; « Une troisième conséquence de la segmentation en fonction de l'espace et de l'âge est que certains conflits sont rendus complètement invisibles, et ne reçoivent donc aucune solution décente ». C'est le cas, pour l'auteur, des conflits intrafamiliaux ou de ceux opposant des personnes de classes sociales opposées. « Dans les deux cas, l'objectif de la prévention du crime pourrait être de recréer des conditions sociales qui rendent les conflits visibles et, par la suite, gérables », ce qu'interdit précisément le cadre d'interprétation pénal. N. CHRISTIE, « Conflicts as property » *The British Journal of Criminology*, vol. 17, no. 1, 1977, pp. 1-15.

¹¹²⁹ « L'une des principales difficultés d'emploi de la notion de gravité dans le système de justice pénal – difficulté particulièrement en rapport avec la décriminalisation – est que la gravité d'un délit (d'un fait) est souvent invoquée comme un argument en faveur de sa criminalisation ou comme un obstacle à sa décriminalisation. Ceux qui raisonnent de la sorte oublient que la "gravité" d'un fait ne constitue pas à proprement parler un aspect de celui-ci, mais l'une des façons possibles de l'envisager. La "gravité" telle qu'elle est entendue ci-dessus, appartient spécifiquement à la langue et à la logique de l'aspect répressif du contrôle social. Elle revêt un sens tout à fait différent dans une approche thérapeutique et n'a aucune place dans un contrôle social de type conciliant ». *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, p. 49.

indésirable, dont la survenance est attribuée à un individu, et qui nécessite une réaction sur le mode de contrôle social formel punitif¹¹³⁰.

285. Inspiré par les travaux de l'école de Chicago, l'abolitionniste Louk HULSMAN propose de substituer au concept de « crime » celui de « situation problématique »¹¹³¹. Sa neutralité doit assurer aux personnes impliquées la possibilité de définir elles-mêmes si la situation pose problème et à qui et s'il existe un moyen permettant de le résoudre. Puisqu'il n'impose pas de signification particulière, ce concept peut pleinement s'adapter aux échelles de *tolérance* et d'*adéquation* variant d'un individu à l'autre. L'auteur distingue entre les situations considérées comme problématiques par la totalité des personnes directement concernées par elles, celles qui ne le sont que pour une partie seulement d'entre elles, et celles enfin qui ne sont pas considérées du tout comme problématiques par les personnes directement impliquées, mais qui peuvent l'être par des personnes ou organisations qui leur sont extérieures.

¹¹³⁰ « Ma conclusion est que la criminologie critique doit abandonner une vision catascopique [c'est-à-dire du haut vers le bas] de la réalité sociale, basée sur les activités définitionnelles du système qui fait l'objet de son étude, et doit au contraire adopter une position anascopique – [c'est-à-dire du bas vers le haut] vis-à-vis de la réalité sociale. Il est donc nécessaire d'abandonner la notion de "crime" comme outil dans le cadre conceptuel de la criminologie. Le crime n'a pas de réalité ontologique. Le crime n'est pas l'objet mais le produit de la politique criminelle. La criminalisation est l'une des nombreuses façons de construire la réalité sociale. En d'autres termes, lorsque quelqu'un (personne ou organisation) veut criminaliser, cela implique qu'il : a. considère une certaine "occurrence" ou "situation" comme indésirable ; b. attribue cette occurrence indésirable à un individu ; c. aborde ce type particulier de comportement individuel avec un style spécifique de contrôle social : le style de punition ; d. applique un style de punition très particulier qui est développé dans un contexte professionnel (juridique) particulier et qui est basé sur une perspective "scolaire" (dernier jugement) du monde. En ce sens, le style de punition utilisé dans la justice pénale diffère profondément des styles de punition utilisés dans d'autres contextes sociaux ; e. veut travailler dans un cadre organisationnel particulier : la justice pénale. Ce cadre organisationnel est caractérisé par une division du travail très développée, un manque de responsabilité pour le processus dans son ensemble et un manque d'influence des personnes directement impliquées dans l'événement "criminalisé" sur le résultat du processus. ». L.H.C HULSMAN, « Critical criminology and the concept of crime », *Contemporary Crises*, 10, 1986, p. 64.

¹¹³¹ V. J. BERNAT DE CELIS et L.H.C. HULSMAN, *Peines perdues, le système pénal en question*, Le centurion, Paris, 1982, 182 p. ; L.H.C. HULSMAN, « Une perspective abolitionniste du système de la justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », in C. DEBUYST (Dir.), *Dangerosité et Justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Paris, Masson, Médecine et Hygiène, 1998, pp. 7-16 ; L.H.C HULSMAN « Critical Criminology and the Concept of Crime », in *Contemporary Crises*, N°10, 1986, pp. 63-80 ; J. BERNAT DE CELIS « Les grandes options de politique criminelle. La perspective de Louk Hulsmán », in *A.P.C.*, 1982, Vol. 5, pp. 13-60 ; Sur la pensée de l'auteur et le concept de situation, V. T. SLINGENEYER « La pensée abolitionniste hulsmannienne », in *Archives de politique criminelle*, N°27, 2005, pp. 5-36 ; N. CARRIER et J. PICHE « Des points aveugles de la pensée abolitionniste dans le monde universitaire ». *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. XII | 2015 ; N. CARRIER et J. PICHE, « Actualité de l'abolitionnisme », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. XII | 2015, consulté le 25.03.2021 ; R. S. DE FOLTER, "On the methodological foundation of the abolitionist approach to the criminal justice system. A comparison of the ideas of Hulsmán, Mathiesen and Foucault", *Contemporary Crises*, 1986, pp. 39-62 ; V. RUGGIERO, *Penal abolitionism*, Oxford University Press, 2010 ; J. BLAD "Hulsmán' abolitionist perspectives : The criminal justice system as a social problem" in J. BLAD, H. Van MASTRIGHT, N. A. UILDRIKS, (Dir.) *The criminal justice system as a social problem : an abolitionist perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987 ; G. RICORDEAU, *Crimes et peines : penser l'abolitionnisme pénal*, Grevis, 2021 ; Pour un exposé détaillé de notre part, V. M. COQUET, *De l'abolition du système pénal. La perspective de Louk Hulsmán*, L'Harmattan, Ed. Campus Ouvert, 2016.

La classification n'a pas seulement vocation à déterminer la façon dont la situation va pouvoir être traitée mais, dans la dernière hypothèse, *son existence même*¹¹³². En permettant aux individus qui se sentent lésés de définir eux-mêmes la nature de leur préjudice, la neutralisation du concept de crime doit assurer le respect de leur diversité¹¹³³, encourager leur intégration sociale¹¹³⁴ et « rétablir l'idée du pluralisme institutionnel, [lequel] contient le droit de ne pas être d'accord sur les solutions à donner en cas de conflit, ainsi que le respect de l'expression des minorités »¹¹³⁵. Elle offre en outre aux personnes à qui l'on demande d'intervenir la possibilité d'agir non plus uniquement en réaction à un comportement individuel, mais en raison d'une situation globale qui peut nécessiter *différents niveaux d'action* – celui de la société ou *macro*, celui d'une communauté ou *mezzo*, celui d'une personne ou *micro*¹¹³⁶.

286. Encourager la flexibilité des cadres d'interprétation favorise le développement de solutions *préventives* et *structurelles* visant à diminuer la fréquence de l'évènement indésirable plutôt qu'à en sanctionner l'auteur. Ces « techniques de modification de l'environnement »¹¹³⁷ peuvent consister en une modification des *caractère physiques de la structure*¹¹³⁸, de son

¹¹³² L. H. C. HULSMAN, « Struggles about terminology : “problematic situation” vs “crime” » in Y. CARTUYVELS *et al*, *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Ostrive*, L'Harmattan, 1998, p. 55.

¹¹³³ HULSMAN partage avec les anarchistes mutualistes la conviction que la solidarité et l'aide mutuelles sont les garants de la survie de l'espèce humaine, et que celles-ci ne sont possibles que dans le respect de l'autre, et donc de la différence. Il s'agit pour lui du droit le plus fondamental de la personne humaine et la raison pour laquelle son respect doit guider les processus de régulation sociale. V. Par exemple « *Hypothèse de base*. La survie de la vie dépend du respect de la diversité et de la solidarité avec celle-ci. La différence entre les espèces et au sein de celles-ci est aujourd'hui menacée par nos dispositions sociales et techniques. Les différences entre les personnes vivant dans la même société sont, dans le discours public, sous-estimées. *Valeurs*. Le respect des différences entre les individus (et même, au sein d'un même individu au cours de sa vie) et entre les collectivités. La solidarité avec ces différences. » L. H. C. HULSMAN, « Struggles about terminology : “problematic situation” vs “crime” » in Y. CARTUYVELS *et al*, *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Ostrive*, L'Harmattan, 1998, p. 48. L'auteur ajoute deux autres valeurs qui selon lui doivent guider la réaction sociale aux situations problématiques : le fait que les professionnels et autorités institutionnelles sont là pour servir et s'adapter au public et non l'inverse et le fait que la reconstruction d'une situation – sa définition – pour être valide doit nécessairement s'appuyer sur les significations des personnes directement concernées. L. H. C. HULSMAN, « Struggles about terminology : “problematic situation” vs “crime” » in Y. CARTUYVELS *et al*, *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Ostrive*, L'Harmattan, 1998, pp. 48-49.

¹¹³⁴ L.H.C. HULSMAN, “Themes and concepts in an abolitionist approach to criminal justice”, online [loukhulsmann.org/Publication/], 1997, p. 10.

¹¹³⁵ C. FAUGERON, « Les situations-problèmes, théorie sociologique ou pratique criminologique ? », in Y. CARTUYVELS, *et al.* (Dir.), *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Ostrive*, 1998, L'Harmattan, p. 91.

¹¹³⁶ Pour le développement de ces différents niveaux d'action, V. J. BERNAT DE CELIS et L.H.C HULSMAN, *Peines perdues, le système pénal en question*, Le centurion, Paris, 1982, p. 140.

¹¹³⁷ J. BERNAT DE CELIS, « Les grandes options de politique criminelle. La perspective de Louk Hulsmann », *Archives de Politique Criminelle*, 1982, n°5, p. 50.

¹¹³⁸ La modification des caractères physiques de l'environnement s'opère par des modes de *techno-prévention* susceptibles d'exercer une influence sur la fréquence des *situations problématiques*, l'ampleur des dommages immédiats ou l'étendue des dommages à plus long terme. À titre d'exemple, le rapport cite les dispositifs magnétiques « antivols » utilisés dans certains magasins pour lutter contre le vol à l'étalage ou l'installation d'un

*organisation légale*¹¹³⁹ ou une transformation de son *environnement symbolique*. L'environnement symbolique d'une situation renvoie à l'ensemble des perceptions et évaluations dont elle fait l'objet. Les membres du Comité européen pour les problèmes criminels recommandent ainsi, pour chaque *situation problématique*, de se poser deux questions successives : « dans quelle mesure est-il possible d'accepter – voire de promouvoir – une opinion différente quant au caractère indésirable de certains événements ? », et, « dans quelle mesure doit-on remplacer l'attribution d'actes indésirables à des individus par une attribution aux structures ? »¹¹⁴⁰ Si la réponse à la première question est généralement contingente de l'éducation reçue par la personne concernée, la transformation produite par un processus de réflexivité rendu nécessaire par la neutralisation des catégories formelles doit permettre d'élever le seuil de tolérance de certaines *situations problématiques*, jusqu'à ce qu'elles en perdent ce caractère¹¹⁴¹. La réponse à la seconde question sera quant à elle guidée par la capacité de chacun à faire la différence entre « conflit larvé » et « conflits expressifs »¹¹⁴² et l'existence corrélative d'une politique sociale adaptée pour y faire face. Dans un cas comme dans l'autre, la neutralisation du « crime » et des discours qui l'accompagnent doit contribuer

éclairage public efficient dans certaines zones pour diminuer la fréquence des agressions nocturnes. *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, p. 187.

¹¹³⁹ Ainsi un changement dans le système des chèques et l'apparition de « chèques-garanties » a permis de modifier la problématique liée au découvert et d'y faire face en dehors du système de justice criminelle. De même, la création de services de transports publics gratuits ou le paiement anticipé de certains services ont permis de diminuer la survenance du délit de filouterie. *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, p.263.

¹¹⁴⁰ *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, p. 187.

¹¹⁴¹ *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, p. 187. Un tel processus intervient déjà spontanément à la fois historiquement et socialement. Historiquement, lorsque l'on envisage les comportements ayant fait l'objet d'une vive réprobation sociale et qui sont aujourd'hui plus largement acceptés, encouragés ou conseillés – ainsi l'homosexualité, la contraception ou l'avortement – ou simplement mieux tolérés, à l'instar de la consommation de certains produits stupéfiants. Socialement, lorsque l'on considère la famille, le voisinage ou le lieu de travail où la nécessité de vivre ensemble influence le seuil de tolérance vis-à-vis de certains comportements. Pour une analyse anthropologique des seuils de tolérance dans les petites et grandes sociétés et de l'utilisation corrélative des « étiquettes » de déviance, V. D. RAYBECK, "Anthropology and Labeling Theory : A Constructive Critique." *Ethos*, vol. 16, no. 4, 1988, pp. 371–397 : « Dans les unités sociales à petite échelle, le processus d'étiquetage est qualitativement différent du processus caractéristique des unités sociales à grande échelle. En raison de leurs multiples connexions et de leur connaissance approfondie des défenseurs, les membres de ces unités n'invoquent les étiquettes qu'après avoir épuisé les autres moyens de les traiter et, même dans ce cas, ils sont souvent disposés à les désétiqueter et à les réincorporer si les circonstances le permettent. Ici, les étiquettes, plutôt que de créer une identité déviante, sont employées à contrecœur pour en reconnaître une qui a graduellement » ; V. également S. J. PFOHL, dont les hypothèses anthropologiques sur les rituels d'organisation et de désorganisation sociale ont beaucoup influencé HULSMAN, S. J. PFOHL, "Labelling criminals", in H.L. ROSS (Dir.), *Law and Deviance*, Beverly Hills, Sage, 1981.

¹¹⁴² *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, p. 34 : Le « conflit larvé » est un conflit sous-jacent dont la manifestation s'opère par des « conflits expressifs ». Ainsi, selon HULSMAN, le conflit expressif d'une bande de jeunes qui dégrade des biens publics trouve sa source dans le conflit larvé d'un quartier qui ne leur donne pas les moyens de s'épanouir. En se fixant plus sur le conflit larvé, et moins sur le conflit exprimé, on réalise souvent que la situation est bien plus susceptible d'être attribuée à une structure qu'à un individu isolé.

à l'éveil des individus et leur permettre d'adopter progressivement une grille de lecture plus tolérante ou structurelle là où le système pénal prône la répression et l'individualisation. Envisager un problème comme relevant des structures sociales n'implique pas de s'y accoutumer, mais tout au contraire d'en chercher les causes là où elles se trouvent vraiment et de s'en prémunir par une action collective ciblée et une démarche militante individuelle¹¹⁴³. Plus généralement d'ailleurs, le Comité rappelle que « décriminalisation » ne signifie pas « indifférence » et qu'un comportement qui ne relève plus du système pénal peut toujours être adressé par le système social ou à tout le moins désapprouvé pour lui¹¹⁴⁴. Là encore, il faut cesser de raisonner en termes de « gravité » mais bien plutôt en termes d'*adéquation*.

287. La diversification des cadres d'interprétation que permet le recours à la notion de *situation problématique* influence également les hypothèses dans lesquelles sa survenance

¹¹⁴³ À titre d'illustration, certaines autrices féministes enjoignent les femmes à ne plus se considérer comme des *victimes en puissance* nécessitant la protection – illusoire – de la police, mais comme *actrices de leur milieu*, capables d'utiliser la violence pour se défendre et pour réinvestir un espace social qui leur est hostile, tout en militant parallèlement pour la création de programmes d'éducation sexuelle gratuits et radicaux visant à complexifier les représentations binaires du consentement, érotiser la sécurité, la communication et la communication entre les partenaires et promouvoir, à un niveau structurel, assistance sociale et intégration des minorités. V. L. SNIDER, "Towards safer societies : punishment, masculinities and violence against women", in G. WEST et R. MORRIS, *The case for penal abolition*, Canadian Scholar's press Inc., 2000, pp. 111-167 ; G. RICORDEAU, *Pour elles toutes. Femmes contre la prison*. Lux, 2019, V. J. LEVINE et E. MEINERS, *The feminist and the sex offender, confronting harm, ending state violence*, Verso, 2020 ; F. VERGES, *Une théorie féministe de la violence. Pour une politique antiraciste de la protection*, La Fabrique, 2020.

¹¹⁴⁴ La décriminalisation de « type A » a pour objet la *pleine reconnaissance juridique et sociale du comportement décriminalisé*. Il s'agit donc d'une reconnaissance absolue d'un droit légitime à un mode de vie précédemment contraire à la loi. Il est possible, à cet égard, de citer la décriminalisation des relations homosexuelles consenties. Cet exemple est parlant car il permet de bien comprendre la particularité de ce premier type de décriminalisation, en ce qu'elle découle d'une véritable promotion de la part du législateur. Celle-ci a même entraîné la criminalisation corrélative, à titre de circonstances aggravantes, des comportements discriminants à l'égard de cette orientation sexuelle. La décriminalisation de « type B », quant à elle, découle non pas du désir d'accorder une pleine reconnaissance juridique et sociale au comportement décriminalisé mais *d'un changement d'opinion sur le rôle de l'État dans le domaine considéré*. Ce processus est, selon le Comité, souvent dû aux limites posées par les instances chargées de contrôler le respect des droits de l'Homme. Il s'agit ici non pas de promouvoir le comportement ou de lui offrir une résonance mais seulement de s'assurer de la « *neutralité* » de l'État concernant le domaine visé. Ainsi l'exemple de la décriminalisation de l'adultère, en 1975, qui demeure une violation grave des devoirs et obligations du mariage susceptible de fonder un divorce pour faute aux torts exclusifs de l'époux infidèle. La décriminalisation de « type C », enfin, n'implique pas nécessairement un changement d'avis sur l'inopportunité d'une certaine forme de comportement. Le comportement peut donc toujours être considéré comme indésirable, mais il ne relève plus du champ d'application du système pénal. Ce type de décriminalisation se produit, selon le Comité, dans deux situations : La première résulte de la conviction du législateur que les « coûts » sociaux de la criminalisation l'emportent sur les avantages présentés par celle-ci et qu'il n'existe pas d'autres méthodes pratiques pour faire face à la situation indésirable. Dans une telle hypothèse, les personnes directement intéressées sont amenées à faire face elles-mêmes au problème : il n'y a pas d'intervention de l'État. La seconde concerne les cas dans lesquels le législateur fait appel à la décriminalisation parce qu'un autre type de méthode est jugé plus approprié. Parmi celles-ci, le Comité cite l'hypothèse dans laquelle les pouvoirs publics cessent de se concentrer sur un individu précis pour apprécier la globalité d'une situation et agissent de manière structurelle sur ses causes. *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, pp. 10-20. V. également M. van de KERCHOVE, « Réflexions analytiques sur les concepts de dépenalisation et de décriminalisation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 12, no. 1, 1984, pp. 31-89.

demeure attribuée à l'action d'un individu identifié. Elle autorise en effet la promotion et le développement de modes de contrôle social thérapeutique, éducatif, conciliatoire et compensatoire¹¹⁴⁵ aujourd'hui largement atrophiés par l'hégémonie d'un modèle punitif qui se nourrit d'eux plus qu'il n'y trouve une limite¹¹⁴⁶. Par ailleurs, HULSMAN prend soin de préciser que « dénoncer le droit de punir reconnu à l'État ne signifie pas nécessairement le rejet de toute mesure coercitive, pas plus que la suppression de toute notion de responsabilité personnelle »¹¹⁴⁷. La neutralisation du crime n'interdit donc pas le recours à des instances juridictionnelles, civiles notamment, lesquelles s'avèrent souvent bien plus susceptibles de garantir l'égalité de traitement des parties concernées et d'assurer leur protection¹¹⁴⁸. Elle

¹¹⁴⁵ *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, p. 160 et s.

¹¹⁴⁶ H. BIANCHI, "Pitfalls and strategies of abolition", in H. BIANCHI et R. Van SWAANINGEN (Dir.), *Abolitionism, towards a non-repressive approach to crime*, Free University Press, 1985, pp. 151-153. L'auteur dénonce le caractère imposé des mesures thérapeutiques ou éducatives prononcées à titre de peine et qui en corrompt le fondement et en limite ou neutralise l'efficacité. Il déplore également le fait que les diversions conciliatoires et compensatoires n'aient eu strictement aucun effet sur le taux d'incarcération, mais aient au contraire permis d'étendre le « filet pénal » à des comportements qui auraient autrement fait l'objet d'un classement sans suite. V. également, pour des conclusions similaires relatives aux procédures de médiation, V. L. H. C. HULSMAN, « Une perspective abolitionniste du système de la justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », in C. DEBUYST (Dir.), *Dangerosité et Justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Paris, Masson, Médecine et Hygiène, 1998, p. 11. Pour une étude détaillée de l'intégration du modèle thérapeutique à l'appareil pénal concluant à « l'articulation problématique des mesures sanitaires et judiciaires » V. V. GAUTRON, « Les mesures de sûreté et la question de la dangerosité : la place des soins pénalement ordonnés », *Journées d'études internationales "La prévention des récidives : évaluation, suivis, partenariats"*, Direction de l'Administration Pénitentiaire, Oct 2014, Paris, France, pp.145-161 ou à sa « mise sous tutelle » et son « instrumentalisation »: D. KAMINKSI et al., « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales : construction et déconstruction d'un concept », *Sociologie et sociétés*, 33(1), 2001, pp. 27-51 (« La notion d'instrumentalisation qualifie donc certaines pratiques produites à l'intérieur du système pénal, dans lesquelles des agents institutionnels utilisent des personnes, des groupes ou des acteurs professionnels minorisés comme instruments d'un projet managérial »); les conclusions sont encore similaires du point de vue des personnels infirmiers, D. HOLMES, et J.-D. JACOB. « Entre soin et punition : la difficile coexistence entre le soin infirmier et la culture carcérale », *Recherche en soins infirmiers*, vol. 111, no. 4, 2012, pp. 57-66, V. *Supra* n°187 et *Infra* n° 397.

¹¹⁴⁷ J. BERNAT DE CELIS et L. H. C. HULSMAN, *Peines perdues, le système pénal en question*, Le centurion, Paris, 1982, p. 98.

¹¹⁴⁸ Ce sont en tout cas les conclusions retenues, sous réserves de quelques adaptations procédurales, par le *Rapport sur la décriminalisation* (*Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, p. 67 et s.) que des études menées dans le domaine des violences conjugales semblent confirmer. V. C. FAUGERON et L.H.C HULSMAN, « Le développement de la criminologie au sein du Conseil de l'Europe : état et perspectives » on F. TULKENS et H. BOSLY (Dir.), *La justice pénale en Europe*, Bruxelles, 1996, pp. 23-48. Pour une autre approche, la complexité des relations humaines et des mécanismes psychologiques mais aussi sociologiques à l'œuvre lorsqu'il s'agit des violences conjugales permet de conclure à l'adéquation des mesures d'éloignement et d'accompagnement des deux parties qui doivent être encouragées, dans la mesure du possible, à la normalisation de leur relation afin que la situation ne se reproduise pas à l'avenir avec le même partenaire ou un autre : « Les hommes qui ont le plus de difficultés dans ces cas-là sont ceux qui ont peu de confiance en eux. Ils ressentent le besoin de riposter, en jouant sur le sentiment de culpabilité de la femme, en plaquant, en promettant, etc. Dans une telle situation, la riposte n'est qu'un signe de faiblesse, et certainement pas la force et la puissance que de tels comportements acquièrent parfois dans certaines sous-cultures masculines. L'étranger qui se trouve impliqué dans ce type de comportement potentiellement criminel doit se poser les questions suivantes : comment puis-je montrer à cet homme que son comportement ne le mènera nulle part, et qu'il ne fait que prouver sa propre faiblesse ? Comment puis-je montrer à la femme concernée que son désir d'indépendance est justifié ? Et, en même temps, comment les soutenir tous les deux dans ce combat compliqué et irréversible pour la liberté ? Si nous les considérons de cette façon, les caractéristiques de l'intervention qui est nécessaire, aussi bien pendant qu'après une relation, sont les mêmes. Dans tous les cas, la femme qui lutte pour son indépendance doit recevoir un soutien et,

n'interdit pas non plus que soient prononcées des mesures de restriction de liberté dans le cas des « quelques personnes dangereuses »¹¹⁴⁹.

288. La substitution du concept de « situation problématique » à celui de « crime » s'appuie sur une idée directrice et fondamentale de l'abolitionnisme : celle de sa *dédramatisation*. Non qu'il faille se désintéresser des personnes qui se sentent lésées, bien au contraire, mais qu'il soit nécessaire d'accorder la forme de la réponse au fond de leur situation, aux significations qu'elles lui prêtent et aux besoins qui sont les leurs, et non forcer l'application d'un cadre formel strict auquel les personnes concernées n'ont d'autre choix que de s'adapter. Dédramatiser le crime, c'est donc *renoncer à l'idée de sa spécificité* puisque sa nature ne peut être que relative. C'est le reprendre comme un *problème social* parmi d'autres, comme l'effet de la structure globale dans laquelle il s'inscrit nécessairement – abattre l'arbre pour regarder la forêt qu'il cache, si l'on veut. C'est refuser la distinction fallacieuse entre des situations graves *puisque'elles sont réprimées* et les autres, qui ne le seraient donc pas. C'est ainsi affirmer son indépendance vis-à-vis du système pénal ou de l'État, et *s'autoriser à les considérer* non plus comme les garants de la cohésion de la société, mais comme les agents de sa segmentation :

« Le pouvoir de changer et de provoquer des transformations sociales positives n'est pas loin. Dans l'analyse critique du "crime", on peut commencer à rejeter les hypothèses courantes liées au préjudice. En général, "la plupart d'entre nous acceptent

si nécessaire, une protection. L'homme doit bénéficier d'un soutien émotionnel, mais, en même temps, la limite doit être fixée quelque part. Les deux parties devront acquérir une certaine indépendance, ce qui signifie qu'elles devront apprendre à se tenir à l'écart l'une de l'autre. Elles devront également "normaliser" leur relation, ce qui implique une certaine régulation. Les accords et les arrangements mutuels peuvent être très importants pour atteindre cet objectif. » (C. HES, « The patchwork of reality. Exploring non-criminal means of intervention » H. BIANCHI et R. Van SWAANINGEN (Dir.), *Abolitionism, towards a non-repressive approach to crime*, Free University Press, 1985, pp. 224-225). Il semble en effet voué à l'échec de combattre le fléau de la masculinité toxique par un système punitif qui en cristallise les caractères...

¹¹⁴⁹ La thématique est régulièrement abordée par les abolitionnistes qui sont tout à fait lucides sur la dangerosité inhérente à certains comportements – quoi qu'il s'agisse d'une part infime de ceux actuellement criminalisés. Ils ne s'opposent donc pas à l'isolement d'individus violents, mais le conditionne à un contrôle strict et constant de sa nécessité et de sa proportionnalité, assuré par une autorité indépendante – le juge administratif, ou une commission *ad hoc* – qui ne serait pas prise en étau entre la protection des libertés individuelles et une idéologie professionnelle punitive (J. BERNAT DE CELIS et L. H. C. HULSMAN, *Peines perdues, le système pénal en question*, Le centurion, Paris, 1982, p. 130 et s. ; *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, p. 133 et s.) ainsi qu'à des principes relatifs à la qualité du traitement de l'individu qui doit bénéficier d'un environnement humain, sécurisé et personnalisé et de toute l'assistance dont il a besoin et que recommandent les « meilleurs méthodes de recherche » en psychologie, sociologie, ou sciences de l'éducation. (R. MORRIS, "But what about the dangerous few" in G. WEST et R. MORRIS, *The case for penal abolition*, Canadian Scholar's press Inc., 2000, pp. 101-111.)

les images et les définitions qu'on nous a enseignées comme étant vraies, neutres, évidentes et éternelles ; ainsi, le pouvoir de broser le tableau - de définir ce qui est bien et mal, ce qui est légal et ce qui est criminel - est vraiment le pouvoir de gagner la bataille de notre esprit". Et de la gagner sans jamais avoir à la combattre. »¹¹⁵⁰

289. La pertinence de la notion de situation problématique est nuancée par certains abolitionnistes pour des raisons principalement liées à la peur qu'en faisant céder le barrage de la légalité, l'on voit les conflits individuels submergés par les rapports de pouvoir et de domination qui structurent l'espace social et les relations interpersonnelles¹¹⁵¹. Elle est néanmoins reprise par plusieurs auteurs critiques convaincus du principe selon lequel « tout

¹¹⁵⁰ V. SALEH-HANNAH, "Taking too much for granted: studying the movement and re assessing the terms" in *in* G. WEST et R. MORRIS, *The case for penal abolition*, Canadian Scholar's press Inc., 2000, p. 41., citant S. VIRGO "The criminalization of poverty", in E. ROSENBLATT (Dir.) *Criminal injustice: Confronting the prison crisis*, Boston : South End press, 1996.

¹¹⁵¹ V. L. VAN OUIRIVE, « Hulsman's abolitionism, the great reduction » J. BLAD, H. Van MASTRIGHT, N. A. UILDRIKS, (Dir.) *The criminal justice system as a social problem : an abolitionist perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987, pp. 53-67 : « À mon avis, Hulsman aborde un problème très important sans l'approfondir : peut-on simplement changer le système pénal dans le contexte social actuel ? Les structures du pouvoir économique et politique ne doivent-elles pas changer ? En effet, il dit lui-même que dans les sociétés fortement stratifiées - et d'où viennent-elles ? - l'abolition et, surtout, l'introduction d'alternatives sont difficiles. Il pense néanmoins que l'abolition du système pénal et le fait de parler et d'agir en termes différents pourraient atténuer les rapports de force. J'ai des doutes sur l'efficacité et les conséquences de l'utilisation d'une terminologie différente, tout comme je crains que l'abolition isolée du système pénal n'ait pas beaucoup de chance : il me semble que le lien entre le système pénal et les structures de pouvoir sociales, économiques et, surtout, politiques, est trop fort. Ne faudrait-il pas réfléchir davantage à des changements préalables ou du moins simultanés ? Ne faudrait-il pas adopter une approche plus "proactive", en mettant moins exclusivement l'accent sur les réactions a posteriori, qu'elles soient pénales ou autres ? » ; R. VAN SWAANINGEN, "Community safety and problematic situations. A reflexion on Louk Hulsman with a "Van Outrivian" touch", in C. DEBUYST (Dir.), *Dangerosité et Justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Paris, Masson, Médecine et Hygiène, 1998. pp. 58-80 ; C. FAUGERON, « Postface II », in J. BERNAT DE CELIS et L.H.C. HULSMAN, *Peines perdues, le système pénal en question*, Le centurion, Paris, 1982, p. 182 : « La confrontation avec la pensée de Louk Hulsman est de celles qui provoquent la rupture nécessaire et permettent de se libérer des idées reçues ; la dernière et peut-être la plus difficile à combattre étant que la suppression totale du pénal dans une société conduirait à la mise en place de dispositifs de ségrégation et de contrôle répressif évoluant à bas bruit et encore plus difficile à contrôler » ; T. SLINGENEYER « La pensée abolitionniste hulsmanienne », in *Archives de politique criminelle*, N°27, 2005, pp. 5-36 ; N. CARRIER et J. PICHE « Des points aveugles de la pensée abolitionniste dans le monde universitaire ». *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. XII | 2015, consulté le 07.01.2021 ; M. FOUCAULT, « Qu'appelle-t-on punir ? Entretien avec M. Foucault » F. RINGELHEIM (Dir.), *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale, Bruxelles*, Éd. De L'université de Bruxelles, 1984, p. 43 : « Est-ce que la notion de situation-problème ne va pas amener une psychologisation et de la question et de la réaction ? Est-ce qu'une pratique comme celle-là ne risque pas, même si ce n'est pas ce qu'il souhaite, lui, d'amener une espèce de dissociation entre d'une part, les réactions sociales, collectives, institutionnelles du crime qui va être considéré comme un accident et qui devra être réglé de la même façon, et puis d'un autre côté, autour du criminel lui-même, une hyper-psychologisation qui va le constituer comme objet d'itérgvements psychiatriques ou médicales, avec des fins thérapeutiques ? ». La critique est nécessaire, et elle sera envisagée avec plus de détail à travers la notion de *matérialisation*. V. *Infra* n°371 et s.

sujet capable de parler ou d'agir doit pouvoir prendre part à la discussion ; chacun doit pouvoir problématiser tout affirmation, quelle qu'elle soit et quel que soit son statut »^{1152, 1153}.

Conclusion de chapitre

290. La fonction expressive de la peine ne peut servir à en légitimer le prononcé : la théorie de DURKHEIM n'a pas survécu à la diversification des méthodologies sociologiques. Il n'existe pas de consensus social autour des valeurs fondamentales d'une société. La peine, puisqu'elle ne peut donc les affirmer, ne sert plus qu'à stigmatiser les individus qui ne correspondent pas à la conception dominante de l'ordre social, et donc à les marginaliser. C'est là peut-être sa seule portée symbolique, qui n'est autre qu'un *effet de pouvoir*. Le système pénal s'appuie non pas sur des valeurs, mais sur des images, des représentations qu'il construit pour lui-même et qui n'ont d'autre crédit que celui que les individus concrets acceptent de lui accorder. Lorsque la peine cesse de s'exprimer pour eux, il devient néanmoins possible de redécouvrir, derrière le voile uniformisant et réducteur du contrôle pénal, la diversité et le pluralisme qui nourrissent spontanément la vie collective. En son sein l'on peut espérer trouver

¹¹⁵² C. DEBUYST, « Autour de la notion de comportement problématique » in CARTUYVELS Y. (Dir.), *Politique, police et justice au bord du futur Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp 69-81. De façon non exhaustive, on peut citer D. KAMINSKI, J.-F. CAUCHIE, A. PIRES, F. ACOSTA, Y. CARTUYVELS, C. FAUGERON, C. DEBUYST, L. VAN OUTRIVE, H. BIANCHI, R. VAN SWAANINGEN, D. SCOTT et G. RICORDEAU.

¹¹⁵³ Les développements qui précèdent illustrent les nombreux points aveugles des partisans de la « naturalité » du crime et du système pénal. Ecueils qu'E. DREYER cristallise parfaitement lorsqu'il reproche à une autrice d'envisager la « dépenalisation partielle » des vols simples (M.-Th. CALAIS-AUBOY, « La dépenalisation en droit des affaires », *Recueil Dalloz*, 1988, Chron. p. 317.) au prétexte que « l'étudiant dont le scooter vient d'être volé » ne saurait être convaincu de la seule technicité du délit (E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 2019, p. 160, n°173). De fait, « l'étudiant », bien que très gêné par l'infraction peut décider de ne pas déposer plainte car connaissant bien son cours de procédure pénale, il sait l'inutilité de la démarche et la probabilité d'un classement sans suite. Il peut au contraire signaler le vol aux services de police bien qu'estimant la situation modérément grave dans le but de pouvoir saisir son assurance et obtenir un remboursement. Il peut considérer que le vol lui est imputable s'il a oublié de mettre un antivol ou reprocher à son fabricant de l'avoir mal conçu si celui-ci a été brisé. Il peut également penser que cela ne serait pas arrivé si l'Université mettait à disposition des étudiants des espaces sécurisés pour garer leurs véhicules. Il peut, tout en considérant le vol plus ou moins grave, souhaiter seulement retrouver le scooter et non le voleur ou que celui-ci soit identifié pour obtenir des explications ou des dommages et intérêts, ou qu'il soit puni. Dans ce dernier cas, « l'étudiant » peut être conscient des limites du système, de ses contradictions, voire de l'inutilité de la punition, mais simplement ignorer un moyen plus adéquat pour répondre à la situation. Il peut d'ailleurs changer d'avis avec le temps et oublier rapidement la survenance de l'infraction – probablement d'ailleurs avant que l'enquête ait abouti. Il peut enfin se voir effectivement lésé par la situation car ne pouvant plus se rendre sur son lieu de travail – du fait, par exemple, d'une mauvaise organisation des services publics de transport – ou très peu au contraire si ses parents peuvent lui en racheter un rapidement. Il peut enfin estimer beaucoup plus grave et injuste de ne pas obtenir de place en Master 1, cette fois-ci sans recevoir la sollicitude des acteurs universitaires ou institutionnels qui sont à l'origine de la situation qu'il considère problématique. Bref, l'« étudiant » n'étant pas une entité monolithique évoluant dans un vide social uniquement composé d'abstractions capitalistes, la gravité toute relative qu'il attribue au vol de son scooter peut parfaitement ne pas être corrélée à l'adéquation du système de pénalité et ne permet donc en rien de le justifier.

des solutions bien plus *adéquates* aux situations problématiques dont il est désormais permis de rechercher pour les atteindre, en marge des causalités individuelles, les origines *structurelles*.

Chapitre 2. Profanation du sacré

291. La peine n'est pas seulement investie de fonctions visant l'avenir ou le présent, qu'il s'agisse de prévenir des comportements néfastes ou d'assurer la cohésion sociale par l'expression de valeurs partagées – les deux étant de toute façon liées. Elle est également tournée vers le passé : il en va de sa nature même puisque, par définition, la peine *réagit* au crime. Non pas pour produire des effets mais pour cristalliser une limite à ne pas dépasser : celle qui sépare le profane du sacré. C'est-à-dire distinguer ce qui appartient aux hommes et ce qui leur échappe, ce à quoi ils doivent se soumettre *par principe* : un Dieu unique, que l'interdit social isole et protège et qui incarne en lui-même et par lui-même, des valeurs essentielles. Non pas parce qu'elles sont partagées ou nécessaires, mais parce qu'elles sont le fondement même des sociétés, elles lui préexistent et lui survivront. Elles sont *le juste lui-même*. Ce Dieu vengeur, qu'il est nécessaire de profaner, s'exprime par le droit pénal et par ses rituels : celui de l'attribution d'une peine (Section 1) et celui de son exécution (Section 2).

Section 1. De l'impératif moral à la compensation

292. Punir une offense, la rétribuer, serait l'expression même de la justice divine – et donc humaine (§1), si incontournable d'ailleurs qu'à l'heure où les critiques du système pénal se succèdent et où il apparaît nécessaire à la doctrine d'en repenser le rôle et l'utilité, c'est sur sa fonction de rétribution que plusieurs auteurs décident de se reporter (§2). Ce recyclage théorique n'est toutefois pas un progrès, puisque la rétribution se contente d'épouser les formes actuelles de la *gouvernementalité* (§3) et de masquer, là encore, la diversité de pratiques bien plus à même de remplir les effets qui lui sont prêtés (§4).

§1. La fonction rétributive moderne

293. La théorie de la rétribution dont se servent les pénalistes pour légitimer la pénalité est née en même temps que le système pénal lui-même, sous la plume de KANT (A). Elle a perduré malgré les nombreuses limites de sa pensée (B).

A. Exposé de la philosophie kantienne

294. En matière de pénalité, il est de coutume d’opposer deux écoles *a priori* incompatibles : *l'utilitarisme* et le *rétributivisme*. L'utilitarisme est né sous la plume de BENTHAM de la volonté de trouver un fondement *rationnel* à la morale et à la justice, lequel permettrait alors de construire un système social susceptible de garantir le progrès de l’Homme¹¹⁵⁴. Il est exprimé par son disciple, J. S. MILL, de la manière suivante :

« La maxime qui accepte comme fondement de la morale l'utilité, ou le principe du plus grand bonheur, considère que les actions sont bonnes dans la mesure où elles tendent à promouvoir le bonheur, mauvaises dans la mesure où elles tendent à produire l'inverse du bonheur. Par bonheur, on entend le plaisir et l'absence de douleur ; par malheur, la douleur et la privation de plaisir »¹¹⁵⁵.

Le plus grand bonheur, ou plus exactement *le bonheur du plus grand nombre* doit donc guider le législateur¹¹⁵⁶. C’est pour éviter de souffrir de la *guerre de tous contre tous* que les hommes se rassemblent par le biais du contrat social, et c’est encore pour garantir leur défense – et donc celle de la société – que la loi pénale doit *prévenir* le crime¹¹⁵⁷. La pénalité qui se fonde sur l’acte passé trouve néanmoins sa légitimité dans *l’avenir*, en imprimant dans les consciences le respect de la loi – *prévention générale* – et en dissuadant le criminel de récidiver – *prévention spéciale*. Le droit de punir se trouve donc théoriquement limité au strict accomplissement de cette nécessité pratique, à un *calcul rationnel* entre les coûts en matière de liberté individuelle, et les gains en matière de sécurité.

¹¹⁵⁴ J. BENTHAM, *An introduction to the principles of Morals and legislation*, T. Payne and Son, London, 1780.

¹¹⁵⁵ J.S. MILL, *Utilitarianism*, Oxford University Press, 2001, p. 55. La première édition est parue en 1863.

¹¹⁵⁶ « Il vaut mieux prévenir les crimes que d’avoir à les punir ; tel est le but principal de toute bonne législation, laquelle est l’art de rendre les hommes le plus heureux possible ou, disons pour tenir compte également des biens et des maux de la vie, le moins malheureux possible » C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, Chapitre XLI, « Des moyens de prévenir les crimes ».

¹¹⁵⁷ « Ainsi par-delà le rappel des principes qui ont fait la fortune de Beccaria (principe de légalité, principe de proportionnalité, principe de certitude de la peine) et par lesquels il achevait son ouvrage, Foucault spécifie le champ lexical de l’utilitarisme : "tort causé à la société", "danger qu’elle lui fait courir", "protéger la société", "calculer", "économie", "avenir", "empêcher que le crime ne recommence". Le vocabulaire de l’utilitarisme est bien celui de la prévention. ». J. FERRAND, « La généalogie de l’utilitarisme européen », *Revue d’études benthamiennes* [En ligne], 8, 2011, consulté le 03 septembre 2021. V. *Supra* n°136.

295. Les auteurs rétributivistes, quant à eux, ne cherchent d'autres fondements à la morale que celui d'une « connaissance métaphysique sans égard pour l'expérience »¹¹⁵⁸, c'est-à-dire du *juste lui-même* – et non de l'utile. La référence majeure de cette école est le philosophe allemand Emmanuel KANT, dont la richesse des écrits est aussi notoire que leur complexité¹¹⁵⁹. Certains auteurs, dont nous proposons d'exposer les travaux, sont néanmoins parvenus à retracer sa pensée sur les thématiques de la liberté, du contrat social, de la peine et du juste. Dans la philosophie kantienne, la liberté est synonyme de *progrès*, entendu comme *perfectionnement* de l'Homme. « D'un être primitivement enraciné dans des déterminations raciales, sexuelles ou nationales, il s'agit de produire un être finalement achevé dans une mondialité humaine cosmopolitique »¹¹⁶⁰, un être capable de coexister *paisiblement* avec ses semblables, agissant en fonction des devoirs qu'il s'impose et qui lui permettent de dépasser ses pulsions biologiques. L'homme doit conquérir son indépendance vis-à-vis de son animalité première et devenir l'individu rationnel qu'il est déjà en germes¹¹⁶¹. Cette conquête s'effectue par le développement de *la morale* : en suivant sa petite voix intérieure et en la diffusant par le biais de la *culture*¹¹⁶², l'Homme accomplit le dessein d'un Dieu qui s'exprime à travers lui¹¹⁶³,

¹¹⁵⁸ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 178.

¹¹⁵⁹ Les développements qui suivent se fondent principalement sur l'un des deux essais parus en 1797 et formant ensemble *La métaphysique des mœurs*. E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, Première partie, *Doctrine du droit*, Paris, Vrin, 1979.

¹¹⁶⁰ M. CASTILLO, « I - Problématique du perfectionnement », *Kant et l'avenir de la culture*, P.U.F., 1990, pp. 17-37.

¹¹⁶¹ « Le premier trait de caractère de la race humaine est le pouvoir de l'homme, en tant qu'être raisonnable, de se créer un caractère en général pour sa personne et la société dans laquelle la nature le placée » E. KANT, cité par M. CASTILLO, « I - Problématique du perfectionnement », *Kant et l'avenir de la culture*, P.U.F., 1990, pp. 17-37.

¹¹⁶² KANT ne croit ni au progrès biologique de l'espèce humaine, ni au progrès technologique, « il n'appartient pas véritablement à l'ère industrielle et il ne mesure pas les étonnantes réussites techniques qui de son temps déjà sont en gestation. Kant en dépit de ses justes analyses de la Critique de la raison pure n'a pas la moindre idée de la révolution considérable qui va s'accomplir dans le domaine de l'éclairage et de la lumière ; un autre élément remarquable lui échappe : il ne voit pas le progrès fondamental des armes à feu pendant le XVIII^e siècle et rien en ce domaine ne paraît l'avoir intéressé. Si nous accomplissons une revue générale des progrès techniques, nous verrons que Kant n'a jamais, si l'on ose s'exprimer ainsi, accroché un point véritablement sérieux. C'est l'homme des manufactures et non celui des usines. » (A. PHILONENKO, « L'idée de progrès chez Kant. » *Revue de Métaphysique et de Morale*, vol. 79, no. 4, 1974, p. 436). Le mouvement qui guide l'Histoire ne peut donc qu'être celui de la morale.

¹¹⁶³ « Je fais également confiance (*in subsidium*) à la nature des choses qui contraint d'aller où on ne veut pas aller de son plein gré (*fata volentem ducunt nolentem trahunt*). Car en cette nature des choses, c'est aussi la nature humaine qui est alors prise en compte : le respect du droit et du devoir demeurant en elle toujours vivant, je ne puis ni ne veux la tenir pour enfoncée dans le mal au point que n'en doive finalement triompher la raison morale pratique, après maints essais infructueux pour la présenter comme également digne d'être aimée » E. KANT, cité par M. MAESSCHALK, « Chapitre III. La providence a-t-elle un sens en philosophie politique ? » In P.-M., BOGAERT *et al.* (Dir.) *Volonté de Dieu, liberté de l'homme* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1997, pp. 43-62, consulté le 27.07.2021 ; « Il n'existe pas de praxis absolue ou de méthode infaillible capables de garantir la réussite du Plan divin inscrit dans la nature humaine. Mais cette nature irréductible assure de la direction suivie par l'histoire des peuples, car les pratiques qui contredisent cette nature provoquent une accumulation de pression dans la conscience qui entraînent une rationalisation de l'ordre social visant à écarter les pratiques

dessein qui n'est autre que celui de la *paix universelle*. Dans la connaissance objective des choses qui l'entourent comme en lui-même, l'Homme peut ainsi espérer trouver le chemin vers la *liberté* et le *progrès*. Traduction politique de la nature imparfaite de l'Homme, KANT s'associe lui aussi à l'hypothèse de la guerre *de tous contre tous* et postule donc logiquement la nécessité du contrat social. Mais à la différence des utilitaristes, il ne le fonde pas sur le besoin de garantir le bonheur du plus grand nombre, mais sur la possibilité, pour chacun, *d'exercer sa liberté en fonction de ses propres principes* – et donc en fonction de la morale divine dont ils sont les vaisseaux – : « Avant l'établissement d'un état public ou légal, jamais les individus, les peuples, les États séparés ne sauraient avoir aucune garantie les uns vis-à-vis des autres contre la violence, et être assurés de pouvoir faire ce qui leur semble juste et bon en vertu de leur droit propre »¹¹⁶⁴. Dans la conception de KANT, l'État et le droit sont à la fois *constitutifs* de la liberté de l'Homme – laquelle n'existe pas à l'état de nature, à défaut de « *société civile* (garantissant le mien et le tien par des lois publiques) »¹¹⁶⁵ – et nécessairement *limitée* par elle – puisque celui-ci n'a le droit d'agir que pour « l'accorder avec celle de chacun et par là avec le bien général »¹¹⁶⁶. L'Homme libre est donc *fondé* par le droit public¹¹⁶⁷, qui se trouve en retour cantonné à la seule fonction d'arbitre des libertés individuelles. *In fine*, et bien que suivant des postulats distincts, KANT devrait donc rejoindre BECCARIA et plaider pour un droit de punir strictement encadré, *ultima ratio* de l'intervention de l'État, non plus en raison de l'impératif de son utilité mais de celui de sa *conformité à la loi universelle de la morale*. II

immorales ». M. MAESSCHALK, « Chapitre III. La providence a-t-elle un sens en philosophie politique ? » In P.-M., BOGAERT *et al.* (Dir.) *Volonté de Dieu, liberté de l'homme* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1997, pp. 43-62, consulté le 27.07.2021.

¹¹⁶⁴ E. KANT, cité par A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 178.

¹¹⁶⁵ E. KANT, cité par A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 188 ; « L'on ne peut pas dire que l'homme dans l'État ait sacrifié une partie de sa liberté sauvage et sans loi, pour retrouver sa liberté en général dans une dépendance légale, c'est-à-dire dans un état juridique, donc entière, car cette dépendance procède de sa propre volonté législatrice » E. KANT, cité par A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 188.

¹¹⁶⁶ E. KANT, cité par A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 182.

¹¹⁶⁷ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 184.

devrait même, en bonne logique, se montrer encore plus exigeant puisque si la limite de l'utile est contingente, celle du juste est absolue¹¹⁶⁸. Pourtant il n'en est rien, bien au contraire.

296. Bien que sa théorie rétributive soit encore largement reprise, KANT ne consacre que quelques pages de l'un de ses derniers livres à la théorie de la peine, donnant ainsi l'impression d'« un impact disproportionné sur notre culture pénale moderne »¹¹⁶⁹. Lorsque le philosophe emploie le terme de « rétribution » pour la première fois, il le fait pour désigner une « forme de justification du *châtiment moral en général* (et non exclusivement pénal) »¹¹⁷⁰, châtiment qu'il définit comme « un mal physique infligé en raison d'un mal moral »¹¹⁷¹. Dans ce premier temps de la pensée de KANT, la rétribution n'est donc pas un *caractère* de la peine mais seulement un *type de justification* qui s'oppose au type pragmatique de ses effets. Cette justification morale du châtiment va néanmoins s'*autonomiser* et se *naturaliser* dans la Doctrine du droit, puisque la rétribution y devient un *impératif catégorique*, une « obligation morale incontournable »¹¹⁷² qui se confond cette fois-ci avec la *nature même* de la pénalité criminelle. Alors que dans sa philosophie politique, l'action de l'État est légitimée par la nécessaire articulation des libertés individuelles, dans sa philosophie pénale, elle se fonde sur « une sorte d'obligation morale qu'aurait l'autorité hiérarchique de rétablir l'ordre en imposant une souffrance au coupable »¹¹⁷³. Le fondement de la contrainte n'est plus la loi morale de la paix entre les hommes – laquelle justifiait le contrat social, et *a priori*, n'importe quel type de sanction pourvu qu'elle lui soit conforme – mais celle de l'*expiation* où « Seule la peine, dans

¹¹⁶⁸ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 184. Pour une hypothèse inverse, V. M. FOUCAULT, « Si la peine était expiation, il n'y aurait pas de mal à ce qu'elle soit trop forte ; en tout cas, il serait difficile d'établir entre elle et le crime une juste proportion. Mais s'il s'agit de protéger la société, on peut la calculer de manière à ce qu'elle assure exactement cette fonction : au-delà, toute sévérité supplémentaire devient abus de pouvoir. La justice de la peine est dans son économie. » M. FOUCAULT, *La société punitive, Cours au collège de France, 1972-1973*, Gallimard, 2013, p. 260.

¹¹⁶⁹ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 187.

¹¹⁷⁰ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 189.

¹¹⁷¹ E. KANT, cité par A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 189.

¹¹⁷² A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 190.

¹¹⁷³ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 196.

le cadre *exclusif de la justice criminelle*, peut rétablir la justice : tout le reste relève de la notion d'*impunité* »¹¹⁷⁴. Le législateur n'est plus l'arbitre des libertés individuelles, mais le souverain qui consacre par la loi le lien naturel, *ontologique*, qui unit le crime à la peine : « l'expression "droit de punir" prend alors un sens doublement étroit : on ne peut punir qu'en matière pénale et, en matière pénale, on ne peut que punir. »¹¹⁷⁵. Le Dieu-Providence guidant le progrès par le sens moral des hommes et l'institution de leur liberté est transformé en « Dieu-punitif »¹¹⁷⁶, exigeant la souffrance du pêcheur pour rétablir l'ordre qu'il a troublé¹¹⁷⁷. Le fondement de la peine se confond alors avec sa fonction, qui n'est autre que celle de causer une souffrance – *la rétribution*.

B. Limites de la philosophie kantienne

297. La théorie de la peine kantienne s'articule mal avec sa théorie politique. Sur le point de son *fondement* d'abord, puisque là où le droit public *précède le droit naturel* dans sa théorie de l'État – c'est lui qui permet la création d'un homme libre qui n'existe pas à l'état de nature – il se contente de cristalliser par la peine *un crime qui lui préexiste*, une entité métaphysique latente que le législateur se contente de découvrir. L'institution de la liberté permettant de légitimer l'existence de l'État disparaît au profit d'un *impératif catégorique* – un argument d'autorité – lorsqu'il s'agit de justifier son droit de punir. Le fondement de la peine se trouve donc expulsé en dehors du contrat social et avec lui, le criminel, dont les « statuts politique et juridique [...] voire son statut moral comme "être humain" – deviennent précaires et ambigus. »¹¹⁷⁸. Sur le point de sa *fonction* ensuite puisque l'impératif punitif n'est pas relié par KANT au devoir de perfectibilité de l'Homme. Alors que le premier est résolument tourné

¹¹⁷⁴ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p.197.

¹¹⁷⁵ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 197.

¹¹⁷⁶ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 198.

¹¹⁷⁷ « Kant va "importer" dans le droit positif laïc cette représentation théologique de la justice, tout en la décantant de ses aspects explicitement religieux, afin de la rendre rationnelle et purement "humaine". » A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 199.

¹¹⁷⁸ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 198.

vers le passé, le second est au contraire un mouvement tendu vers le progrès, et donc le futur. Son lecteur ignore donc si la peine est conçue par KANT comme un *moyen pour parvenir au progrès* – mais dans ce cas, pourquoi celui-ci et pas un autre ? Quel est le rapport entre la peine et les autres sanctions ? – ou *une fin en soi* – mais dans ce cas, que devient la liberté ? Quel est son rapport avec la moralité ? Le concept de rétribution soulève les contradictions même qu’il est supposé résoudre et semble plutôt résulter d’un impensé de son auteur que d’une découverte métaphysique. Impensée qui s’actualise également dans l’interprétation traditionnelle des mécanismes de son fonctionnement.

298. Il faudrait en effet comprendre de la théorie kantienne de la peine que la fonction principale de la loi criminelle – qui est donc aussi sa justification – se trouve dans le mal qu’elle prescrit. Pour remplir son office et se distinguer de la vengeance, la « véritable punition » doit néanmoins respecter trois conditions : elle est un *mal physique*, infligé en réponse à un *mal moral*¹¹⁷⁹, dans le cadre d’un *rapport hiérarchique*¹¹⁸⁰. La punition est donc le monopole et le devoir du souverain, qui peut seul du fait de son autorité la distinguer de la vengeance, mais se doit d’exercer son droit de punir en vertu d’un impératif moral catégorique. KANT défend donc l’idée d’une obligation métaphysique de punir, inconditionnée à ses effets et pouvant aller jusqu’à la mort, soumettant aussi bien les individus pénalisés que le législateur contraint de recourir à la seule sanction rétributive pour réagir au crime¹¹⁸¹. Les arguments que le philosophe avance pour justifier sa théorie sont relativement faibles.

¹¹⁷⁹ KANT distingue le « mal-de-faute » (*Böse*), qui correspond à « la volonté de faire quelque chose de mal » – la volonté tendue vers le résultat, l’intention coupable – du « mal-de-punition », qui désigne la douleur physique ressentie (*Übel*). Seul le premier est considéré comme un mal « blâmable » au sens de la morale, ce qui a pour effet de *mystifier la peine* : « on peut imiter la violence de celui-qui-a-commencé tout en prétendant que la nature de la violence de la peine (réaction) n’est pas la même. Par exemple, tuer une personne est *evil* (*Böse*), mais exécuter un meurtrier est seulement *bad* (*Übel*) ». A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 209.

¹¹⁸⁰ « La punition ne peut avoir d’existence que dans le rapport d’un supérieur à un inférieur » E. KANT, cité par A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 210.

¹¹⁸¹ « Mais si le criminel a commis un meurtre, il doit mourir. Il n’existe aucune commutation de peine qui puisse satisfaire la justice... Même si la société civile devait se dissoudre avec le consentement de tous ses membres (si par exemple, un peuple habitant une île décidait de se séparer et de se disperser dans le monde tout entier) le dernier meurtrier se trouvant en prison devait préalablement être exécuté, afin que chacun éprouve la valeur de ses actes, et que le sang versé ne retombe point sur le peuple qui n’aurait point voulu ce châtement, car il pourrait alors être considéré comme complice de cette violation de la justice publique » E. Kant, cité par A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 216.

299. *Le statut ontologique du crime* est simplement postulé par l’auteur, et avec la lui, la capacité du législateur à créer une frontière entre « crime privé » et « crime public » que KANT tente rétrospectivement – et assez maladroitement – de justifier¹¹⁸².

300. *L’analogie entre le crime et la peine* est quant à elle simplement rapportée à la loi hébraïque du Talion¹¹⁸³, dont l’interprétation traditionnelle est pourtant largement remise en cause par l’étude importante de R. DRAÏ¹¹⁸⁴. L’auteur démontre que l’expression hébraïque *âin tah’at âin*, dont le sens vrai est « œil en remplacement de l’œil », a fait l’objet d’interprétations erronées fondées sur une mauvaise compréhension du terme « *tah’at* » qui ne signifie pas la *compensation* mais le *remplacement*. La pratique des lois hébraïques (*Halacka*) étant en outre guidée par le principe de la *Pchara*, que l’auteur désigne comme une volonté de « rétablissement de la relation sociale compromise par l’affrontement subjectif des intérêts »¹¹⁸⁵, l’application du Talion doit être comprise comme suit : « si tant est que prédomine encore la réaction vengeresse d’une partie qui veut se faire justice à elle-même, alors, dans ces conditions : *pour un œil pas plus d’un œil* »¹¹⁸⁶. Le glissement d’une signification apaisée et

¹¹⁸² Distinction qui n’est pas sans rappeler celle formulée par FOUCAULT entre les illégalismes de biens et de droits (V. *Supra* n°165), puisque si KANT estime que le vol affecte la chose publique, le détournement d’argent et la fraude, eux, ne relèveraient que du conflit privé... A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 221.

¹¹⁸³ « Mais quel est le mode et quel est le degré du châtement que la justice publique doit adopter comme principe et mesure ? Il n’est point d’autre que le principe de l’égalité (figuré par la position de l’aiguille dans la balance de la justice), et qui consiste à ne pas se pencher d’un côté plus que de l’autre. Ainsi : le mal immérité que tu infliges à un autre dans le peuple, tu le fais à toi-même. Si tu l’outrages, c’est toi-même que tu outrages ; si tu voles, tu te voles toi-même ; si tu le frappes, tu te frappes toi-même ; si tu le tues, tu te tues toi-même. Seule la loi talion (*ius talionis*), mais bien entendu à la barre du tribunal (et non dans un jugement privé), peut fournir avec précision la qualité (le type de peine) et la quantité de la peine » E. KANT, cité par A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 214.

¹¹⁸⁴ R. DRAÏ, *Le mythe de la Loi du Talion*, Paris, Hermann Éditeurs, 2017.

¹¹⁸⁵ R. DRAÏ, « La prétendue loi hébraïque du Talion », in D. BOURCIER *et al.*, *Le droit en procès*, P.U.F., 2019, p. 92. L’auteur poursuit : « La définition « mathématique » des faits en vue d’une application rigoriste de la loi n’a plus qu’une importance secondaire. La psychologie des parties, la façon dont elles perçoivent leurs intérêts, leur actuelle échelle des valeurs personnelles, la dynamique sociale, sont prises en compte par la *pchara*. Non pas – et il faut éviter ce contre-sens – que la *pchara* puisse mener à une évaluation subjective par le juge du différend porté devant lui. Ce différend relève toujours du droit en vigueur mais la dimension juridique ne sera pas appréciée à titre exclusif et isolé. La *pchara* est une construction, une composition d’éléments juridiques mais aussi de considérations personnelles et d’évaluations tant psychologiques que sociales. Et c’est parce qu’elle ne refoule pas ces éléments qu’elle est considérée comme l’alternative la plus souhaitable. » (p. 92). La tradition hébraïque ne se caractérise pas, comme le veut l’interprétation dominante par « le pardon-refoulement », mais « par la nécessité de faire prévaloir la relation sociale sur l’intérêt privativement défini ; par l’aptitude à dépasser le stade narcissique des « honneurs » outragés et à maîtriser au plan matériel cette pulsion d’emprise, bien identifiée par Freud, qui rend si difficile le désinvestissement conscient et inconscient de certains objets. » (p. 89).

¹¹⁸⁶ R. DRAÏ, « La prétendue loi hébraïque du Talion », in D. BOURCIER *et al.*, *Le droit en procès*, P.U.F., 2019, p. 80.

limitante du Talion à celle, guerrière et vindicative, évoquée par KANT – et tout le « sens commun » avec lui – est attribué à ce que FREUD désigne précisément par l'expression « pulsion de mort »¹¹⁸⁷ : « La [seconde] interprétation, [...] par sa tendance et sa pesanteur intrinsèque a plus de probabilités de l'emporter sur la [première] qui exige maîtrise de l'impulsion, capacité de différer nos réactions, prévalence de la pensée consciente. »¹¹⁸⁸. Sa pérennité est quant à elle explicitement reprochée aux juristes qui n'ont pas su faire ce que leur « politique épistémologique » leur prescrit pourtant, à savoir l'« inventaire systématique de leurs sources et ressources »¹¹⁸⁹. Plus ou moins à dessein, ils se sont contentés d'une interprétation qui avait l'avantage de concorder avec les techniques juridiques existantes, les reproduisant ainsi par le bouclage d'un « circuit fermé » où s'alimentent mutuellement les « représentations de la relationnalité sociale » et la rationalité guerrière du procès¹¹⁹⁰. Or, l'interprétation vraie du

¹¹⁸⁷ « Freud, insatisfait des théorisations qu'il a avancées, forme l'hypothèse d'un "Au-delà du principe de plaisir", l'hypothèse de la pulsion de mort ; il oppose les pulsions sexuelles, qui se traduisent par de l'excitation, à une pulsion de mort, qui, d'un autre registre, ne viserait que l'abolition des tensions ; les pulsions sexuelles lui apparaissent alors "sous une tout autre lumière". Prenant pour exemple les cellules germinales, qui "travaillent en opposition au mouvement vers la mort de la substance vivante, et réussissent à obtenir pour elles une immortalité potentielle ", il explique comment chaque cellule germinale trouve ce qui est " nécessaire pour s'acquitter de cette fonction dans la fusion avec une autre cellule, à la fois semblable à elle et différente d'elle ", et souligne que les excitations qui naissent de la rencontre, de la fusion entre les cellules ont une vertu particulière : ces "animalcules " en sont " rajeunis ". Filant la comparaison, Freud conclut : pour les êtres humains, " l'influence rénovatrice de la copulation peut... être remplacée par certains agents d'excitation ". Avant d'insister encore tant sur la nécessité que la tendance qu'a tout organisme à se protéger contre " l'influence nivelante et donc destructrice des énergies démesurément fortes qui sont à l'œuvre au dehors " : " Pour l'organisme vivant, la fonction de pare-excitations est presque plus importante que la réception d'excitations. " » [...] « La répétition apparaît comme une caractéristique fondamentale et de la pulsion de vie et de la pulsion de mort, et la compulsion de répétition comme caractéristique de tout fonctionnement pulsionnel. La vie doit être considérée comme résultante de l'interaction constante entre la libido, qui fournit son énergie tumultueuse à l'Éros, et la pulsion de mort. » C. BRIGAUDIOT, « La pulsion de mort : une invention nécessaire », *Les Lettres de la SPF*, vol. 25, no. 1, 2011, pp. 77-86.

¹¹⁸⁸ R. DRAÏ, « La prétendue loi hébraïque du Talion », in D. BOURCIER *et al*, *Le droit en procès*, P.U.F., 2019, p. 80.

¹¹⁸⁹ R. DRAÏ, « La prétendue loi hébraïque du Talion », in D. BOURCIER *et al*, *Le droit en procès*, P.U.F., 2019, p. 83.

¹¹⁹⁰ « Dès lors, si comme l'affirme Kelsen, les techniques juridiques sont en partie induites par nos représentations de la relationnalité sociale on observera qu'un circuit fermé risque de se former entre celles-ci et les modèles juridictionnels qui leur correspondent. Si la relationnalité sociale que nous analysons est agonistique, formalisable en termes de jeu à somme nulle où A et B ne peuvent gagner ensemble, ou ce que l'un a gagné il a fallu qu'au préalable il en ait privé ou amputé autrui – induisant chez celui-ci les mobiles d'une conduite de revanche – la relation juridictionnelle, le procès, dans sa représentation courante ne fera que reprendre et reproduire ce type de relation sociale. A l'issue d'une audience, dans la logique d'un droit en réalité belligène, il faudra nécessairement un vainqueur et un vaincu, un gagnant et un perdant. Et le jugement laissera intacte la charge générale du champ conflictuel structuré par les parties au procès et par l'affrontement de leurs intérêts antagonistes, charge que le juge, sans la faire diminuer, se contentera de distribuer d'une autre manière, au détriment des progrès de ce que l'on nomme à présent « la paix judiciaire ». C'est en vue d'ébaucher une réponse à ces interrogations qu'il nous a paru souhaitable d'analyser la prétendue loi hébraïque du talion : afin, par-delà le travail de restitution du sens véritable de la formule « *âin tah' at âin* », de percevoir les linéaments d'un droit qui ne serait pas la poursuite de la guerre civile par d'autres moyens, mais d'un droit qui interagisse avec une conception créatrice, et non pas prédatrice de la vie politique. ». R. DRAÏ, « La prétendue loi hébraïque du Talion », in D. BOURCIER *et al*, *Le droit en procès*, P.U.F., 2019, p. 83. Sur le fonctionnement idéologique du système pénal, que l'auteur précité semble lui aussi postuler, V. *Supra* n° 278 et *Infra* n° 413.

Talion, loin d'imposer comme le pense KANT l'identité catégorique de forme et de sévérité du mal reçu et du mal donné, engage au contraire les parties à *choisir* et à *créer* :

« S'agissant des opérations de la créativité, le mot TA'HAT désigne alors l'opération de substitution, et non de permutation. En quoi cette opération peut-elle être dite créatrice ? N'est-ce pas parce que la permutation opère en vérité dans un espace unilinéaire, et à une seule dimension, qu'elle contracte l'espace et réduit ainsi à leur plus simple expression la possibilité de solution, le jeu des alternatives offertes à l'homme ? Au contraire, la substitution permet d'élargir, de diversifier cet espace, de le multipolariser, de le rendre compatible avec les comportements complexes d'échange et d'alternative au lieu de ces comportements de troc, mais de troc mimétique où au bout du compte, au vu de deux corps mutilés, l'on comprend que seule la pulsion de mort a trouvé à se satisfaire comme étant à elle-même son propre aboutissement. Espace du choix donc, et par suite d'une liberté dont l'homme se révèle à lui-même l'immensité pour autant que dans une certaine mesure, irréductible et préalable, il s'avère capable de la créer. »¹¹⁹¹

301. *La soumission du criminel jusque dans la mort*, enfin, est justifiée par la perte de sa « personnalité ». En brisant le pacte social, le criminel-pêcheur redevient animal et peut donc être exécuté. L'argument est formulé par KANT au détour d'une phrase pour se prémunir d'une incohérence vis-à-vis de sa théorie générale du contrat¹¹⁹². Ce qui ne l'empêche pas de s'enfoncer aussitôt dans une autre, puisque « sa théorie de la peine criminelle présuppose l'existence du droit de punir rendu possible grâce au droit public [...] et celui-ci est fondé sur le

¹¹⁹¹ R. DRAÏ, « La prétendue loi hébraïque du Talion », in D. BOURCIER *et al.*, *Le droit en procès*, P.U.F., 2019, p. 106.

¹¹⁹² A propos du droit du maître de maison sur ses domestiques, KANT énonce que le premier « n'a pas le droit de se conduire comme s'il en était le propriétaire (*dominus servi*), car ils ne sont sous sa puissance que par un contrat [...] Or un contrat par lequel une partie renonçant au profit d'une autre à toute sa liberté, cessant donc d'être une personne, n'aurait plus par conséquent le devoir d'observer un contrat, mais de reconnaître seulement la force, serait un contrat en lui-même contradictoire, c'est-à-dire nul et sans effet [...] (Il n'est pas question ici du droit propriété envers un homme, qui, *par son crime a perdu sa personnalité*) » E. KANT, cité par A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 224.

contrat originaire »¹¹⁹³. Or, si le criminel est expulsé en dehors du contrat social « on se retrouve dès lors dans l'état de nature où ne subsiste que le droit naturel à l'état pur »¹¹⁹⁴, c'est-à-dire *l'état de guerre*, dans lequel plus rien ne justifie la punition et la soumission du condamné.

302. Lorsqu'il est devenu trop difficile de justifier le système pénal par ses fonctions utilitaristes, plusieurs auteurs désireux de repenser les fondements du droit de punir sans pour autant l'abolir, ont tenté, malgré ses limites, de remettre la théorie kantienne sur l'ouvrage criminel.

§2. La fonction rétributive contemporaine

303. Dès le milieu des années 1970, plusieurs auteurs tentent de formuler une nouvelle théorie pénale fondée non plus sur les bénéfices sociaux associés à la pénalité, mais sur la seule nécessité d'imposer une souffrance au condamné¹¹⁹⁵. D. BOONIN consacre un ouvrage important à la contradiction des doctrines de justification de la pénalité et expose à cette fin la diversité des postures rétributivistes contemporaines, dont les principales se fondent sur le mérite (*desert*)¹¹⁹⁶, la confiscation (*forfeiture*)¹¹⁹⁷, l'équité (*fairness*)¹¹⁹⁸ et la réprobation

¹¹⁹³ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 225.

¹¹⁹⁴ A. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 225. BECCARIA échappe quant à lui à cet écueil grâce à la figure double du « criminel-ennemi », brisant le pacte social par lequel il est toujours tenu, ce qui permet de justifier la punition mais exclut nécessairement la peine de mort, précisément parce que personne ne peut consentir à se détacher d'une telle portion de sa liberté. V. *Supra* n°136.

¹¹⁹⁵ C'est ce que P. PONCELA nomme la « réapparition » de la rétribution, après que les théories classiques l'ont « éclipsée », P. PONCELA, « Éclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », in F. BLONDIEAU (Dir.) *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 11 et s.

¹¹⁹⁶ « Punir des personnes les gens qui enfreignent la loi est moralement acceptable parce que ces personnes méritent d'être punies » D. BOONIN, *The problem of punishment*, Cambridge University Press, 2008, p. 87. Cette justification *morale* est tout à fait semblable à l'impératif catégorique de KANT. Elle ne nécessite pas que soit démontrée l'utilité externe de la peine puisqu'elle confond son fondement et sa fonction. V. M.S. MOORE, "The Moral Worth of Retribution." In A. MURPHY (Dir.) *Punishment and Rehabilitation*, third edition, 1987, pp. 94-130; S. KERSHNER, "The Justification of Deserved Punishment Via General Moral Principles." *Southern Journal of Philosophy*, Vol. 33, No. 4, 1995, pp. 461-84.

¹¹⁹⁷ « La position rétributiviste basée sur la confiscation soutient que l'État a le droit de punir les délinquants parce qu'en ayant commis des infractions, ils n'ont plus le droit de ne pas être traités de la manière dont la punition les traite ». D. BOONIN, *The problem of punishment*, Cambridge University Press, 2008, p. 104. Cette justification *politique* permet simplement de résoudre le paradoxe consistant à appliquer au condamné le traitement même qu'on lui reproche. Elle ne dit toutefois rien de sa combinaison avec d'autres fonctions de la peine, et ne postule pas se suffire à elle-même. V. A. H. GOLDMAN, "The Paradox of Punishment." *Philosophy & Public Affairs* 9, no. 1, 1979, pp. 42-58.

¹¹⁹⁸ « La société est considérée comme le type de pratique coopérative qui entre dans le champ d'application du principe de fair-play. Plus précisément, chaque personne qui vit dans un ordre juridique donné bénéficie des

(*censure*)¹¹⁹⁹. Si les deux premières ne nécessitent pas de plus amples développements – la justification morale du « mérite » étant épuisée par la critique de la philosophie kantienne et celle de la « confiscation » restant muette sur l’opportunité de la peine et de ses fonctions – les deux suivantes appellent quant à elle quelques remarques supplémentaires. Trois auteurs on en effet proposé de se servir de l’un ou l’autre de ces postulats pour construire une « nouvelle » théorie de la peine rétributive, dont la légitimité serait tirée de sa force dissuasive (A), resocialisante (B) ou tout simplement magique (C).

A. Rétribution et dissuasion

304. Classé parmi les partisans de l’équité, A. VON HIRSCH est néanmoins qualifié par D. BOONIN de « rétributiviste réticent »¹²⁰⁰ puisqu’il y souscrit moins par conviction philosophique qu’à défaut de trouver dans les autres fonctions de la peine une justification satisfaisante. L’auteur critique la place occupée par les idéaux de prévention individuelle, de neutralisation et de réhabilitation que la pénalité ne peut manifestement pas garantir, et qui forcent le système judiciaire à s’articuler autour des probabilités de récidive du condamné – lesquelles sont, naturellement, impossibles à calculer¹²⁰¹. Alors que la justice pénale devait permettre de rétablir l’équilibre social que le criminel a troublé par l’avantage indu qu’il tire de

avantages générés par le respect de la loi par les autres personnes. Il découle de la conjonction du principe normatif du fair-play et de l’affirmation descriptive sur laquelle la société tombe dans le champ d’application de ce principe que toute personne qui bénéficie de l’obéissance légale d’autres personnes encourt une obligation morale d’obéir elle-même à la loi. Et il en découle qu’une personne qui enfreint la loi agit injustement. Le délinquant est un passager clandestin sur le comportement légal des autres [...] De l’affirmation selon laquelle tout délinquant bénéficie d’un avantage injuste en commettant une infraction, il s’ensuit en outre que, par des considérations d’équité, cet avantage injuste devrait lui être retiré. Et ceci, selon la solution rétributiviste basée sur l’équité, est précisément ce que la punition accomplit. » D. BOONIN, *The problem of punishment*, Cambridge University Press, 2008, p. 121. Cette justification *sociale* ne permet pas, à elle seule, de légitimer l’utilisation de la peine comme réponse au crime puisque suivant la démonstration de ses partisans, des sanctions restitutives ou compensatoires pourraient se trouver tout aussi adéquates à rétablir l’équilibre que le crime est supposé avoir troublé. V. A. VON HIRSCH, 1976. *Doing Justice: The Choice of Punishments (Report of the Committee for the Study of Incarceration)*. New York : Hill and Wang, 1976.

¹¹⁹⁹ « Punir un délinquant, comprend une dimension de censure, de désapprobation, de condamnation. La plupart des tentatives pour résoudre le problème de la punition mettent de côté cette caractéristique de la punition. Mais il existe une solution au problème qui met l’accent sur cette caractéristique du châtement. Il s’agit de la solution réprobatrice, selon laquelle l’État a le droit de punir les délinquants précisément parce qu’il a le droit d’exprimer sa désapprobation du délinquant. » D. BOONIN, *The problem of punishment*, Cambridge University Press, 2008, p. 172. Cette justification *symbolique* recouvre partiellement celles liées à la fonction expressive de la pénalité et avec elles les critiques qui leurs sont adressées – au premier rang desquelles l’adéquation d’autres formes de sanctions susceptibles d’exprimer la désapprobation. (V. *Supra* n°247). V. R. A. DUFF, *Trials and Punishments*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986; R. A. DUFF, *Punishment, Communication and Community*., Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹²⁰⁰ D. BOONIN, *The problem of punishment*, Cambridge University Press, 2008, p. 85.

¹²⁰¹ A. VON HIRSCH, “Recent trends in American criminal sentencing theory”, *Maryland Law Review*, Vol. 42, issue 1, 1983, p. 15.

son acte, elle n'est aujourd'hui plus qu'un instrument de contrôle social d'autant plus efficace que les discours sur l'insécurité et la peur de crime en pérennisent la légitimité¹²⁰². Affirmant toutefois sa *croyance* profonde en l'existence de comportements « tout simplement mauvais » et qui « doivent être punis »¹²⁰³, l'auteur entend non pas chercher une alternative au système dont il critique les effets mais revaloriser ce qui doit en être le principe et non l'accessoire : la rétribution – qu'il rebaptise pour l'occasion « mérite » (*desert*). Puisqu'il existe des actes ontologiquement criminels nécessairement réprouvés, c'est sur leurs qualités intrinsèques, et uniquement sur celles-ci, qu'il faut fonder la pénalité¹²⁰⁴. Par principe donc, et en raison d'une évidence morale qui ne mérite pas – elle – d'être démontrée, le niveau de souffrance infligée au condamné doit être indexé à la « gravité » de son comportement, laquelle dépend de deux « facteurs prédominants : (1) le degré de nuisance ou risque de nuisance de la conduite, et (2) l'étendue de la culpabilité de l'acteur lorsqu'il tient cette conduite »¹²⁰⁵. Il n'est pas utile ici de revenir en détails sur les observations formulées à l'égard de la notion de gravité¹²⁰⁶. Rappelons simplement que postuler la nécessaire proportionnalité entre le crime et la peine ne dit rien de la façon dont doit – ou peut – être mesurée cette équivalence¹²⁰⁷ et que par le jeu des représentations sociales alimentées par le fonctionnement normal du système pénal, la théorie « novatrice » de A. VON HIRSCH risque probablement de se contenter de le reproduire¹²⁰⁸. Les échelles de douleurs ne sont d'ailleurs pas les seuls attributs pénaux dont l'auteur justifie la

¹²⁰² A. VON HIRSCH, "Recent trends in American criminal sentencing theory", *Maryland Law Review*, Vol. 42, issue 1, 1983, p. 36.

¹²⁰³ « Certaines choses sont tout simplement mauvaises et doivent être punies. Et cela, nous le croyons » A. VON HIRSCH, cité par N. WALKER, "Book Review", *The British Journal of Criminology*, vol. 18, no. 1, 1978, p. 79.

¹²⁰⁴ A. VON HIRSCH, "Recent trends in American criminal sentencing theory", *Maryland Law Review*, Vol. 42, issue 1, 1983, p. 23.

¹²⁰⁵ A. VON HIRSCH, "Recent trends in American criminal sentencing theory", *Maryland Law Review*, Vol. 42, issue 1, 1983, p. 27.

¹²⁰⁶ V. *Supra* n° 274.

¹²⁰⁷ « Mais rétribuer la faute par la peine ne nous dit rien concrètement du type ou du quantum de la peine, sauf que la peine infligée doit équivaloir à la faute commise. La rétribution est toute entière contenue dans cette loi de l'équivalence dont les termes mêmes ne laissent de nous déconcerter. » P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *APD*, vol. 26, « L'utile et le juste », 1981, p. 66.

¹²⁰⁸ « Le critère du "*just desert*" ne justifie pas son opinion selon laquelle le meurtre mérite X, pas plus qu'il ne justifie la mienne selon laquelle le meurtre mérite 2X. Le critère du "*just desert*" semble être une question déguisée en réponse. La question semble tout à fait justifiée. Malheureusement, aucune réponse ne peut l'être. Les politiciens peuvent être guidés par les réponses que les gens donnent réellement lorsqu'on leur demande quelles sont les punitions méritées pour divers crimes. Ces réponses indiquent ce qui est souhaité et acceptable. Cependant, elles reflètent principalement l'échelle habituelle des punitions et ne peuvent servir de base à une échelle "correcte". Le peuple, pas plus que les philosophes, ne peuvent donner aucune raison de croire que le cambriolage mérite cinq ans de prison et le meurtre quinze, plutôt que trois et neuf, ou trois et six. Bien sûr, aucun système qui a besoin du soutien de la population ne peut se permettre des peines qui s'écartent fortement de l'opinion populaire. Néanmoins, cette opinion sur ce qui est juste, ou correct, n'est rien de plus qu'une opinion. Une théorie de la punition qui, en fait, nous dit simplement que toutes les punitions acceptées par la population sont ipso facto justes ou correctes, mérite à peine d'être appelée une théorie. Une théorie est censée façonner l'opinion selon des principes rationnels justifiables, plutôt que de simplement la suivre. » E. VAN DEN HAAG, "Punishment : Desert and crime control", *Michigan Law Review*, V. 85, issue 5, 1987, p. 1255.

continuité puisqu'au fil de ses ouvrages, celui-ci ne peut s'empêcher de tempérer sa posture rétributiviste en invoquant tour à tour les objectifs de dissuasion générale et de réhabilitation. C'est qu'en effet, si sa posture morale de rééquilibrage du pacte social induit l'idée d'une compensation, elle ne permet pas, à elle seule, d'expliquer pourquoi celle-ci doit nécessairement s'actualiser par la souffrance du condamné – ce dernier pouvant se contenter par exemple d'une compensation en nature ou de dommages et intérêts. L'objectif final de A. VON HIRSCH étant moins la cohérence intellectuelle que la légitimation du système existant, celui-ci n'hésite pas à contredire ses prémisses – ceux de l'anti-utilitarisme – et postuler que seule la douleur infligée au criminel est de nature à marquer les consciences citoyennes et ancrer en elles peurs de la sanction et du passage à l'acte¹²⁰⁹. Le bricolage théorique de l'auteur ne s'arrête pas là puisqu'il va même jusqu'à admettre l'opportunité de mesures de réinsertion, de neutralisation ou même de traitements adaptés aux besoins individuels des condamnés. A. VON HIRSCH se veut néanmoins rassurant : malgré ces quelques nuances, le « point de départ de la condamnation demeurerait bien la gravité du comportement criminel »¹²¹⁰... De fait, lorsque l'exposé du juriste s'achève, il est délicat de résumer ce qui distingue le système qu'il propose de celui qui existe déjà. La seule différence notable réside certainement dans le renouvellement de la conviction répressive du lecteur, rassuré de savoir que malgré le constat de son échec *matériel*, le système pénal demeure une nécessité *sociale*.

¹²⁰⁹ « Mon propre point de vue, initialement énoncé dans *Doing Justice* et désormais quelque peu révisé dans un article récent, est que la prévention générale est nécessaire mais pas suffisante pour l'existence de la punition. L'institution de la punition implique deux éléments : (1) l'imposition d'une douleur ou une privation à un délinquant, d'une manière qui (2) implique que le délinquant soit condamné ou censuré. La prévention générale est nécessaire pour rendre compte de la caractéristique de visite de la douleur de la sanction pénale. Toutefois, la prévention générale ne tient pas suffisamment compte du deuxième élément : la raison pour laquelle une sanction condamnatoire devrait être établie comme réponse à un comportement préjudiciable. Je soutiens que ces aspects condamnatoires de la punition sont le reflet de jugements moraux sur l'injustice et le blâme, qui ne peuvent pas être réduits simplement à des notions de renforcement de l'inclination des citoyens à respecter la loi. » A. VON HIRSCH, "Recent trends in American criminal sentencing theory", *Maryland Law Review*, Vol. 42, issue 1, 1983, p. 26. Notons d'ailleurs que dans son premier ouvrage A. VON HIRSCH va jusqu'à affirmer que si la fonction de dissuasion générale devait se prouver inutile, « il ne devrait pas y avoir de sanctions pénales ». (A. VON HIRSCH, 1976. *Doing Justice: The Choice of Punishments (Report of the Committee for the Study of Incarceration*, p. 53). New York : Hill and Wang, 1976.) Sur la démonstration de l'effet minime de la fonction dissuasive, V. *Supra*, n°195.

¹²¹⁰ « Le principe de la proportionnalité des mérites, comme je l'ai noté, exige que ceux dont la conduite criminelle est également blâmable soient punis de manière égale. Un modèle de désert "modifié" permettrait un certain assouplissement de cette exigence. Des variations limitées dans la punition des personnes également méritantes seraient autorisées dans le but de renforcer l'utilité de la neutralisation ou de la réadaptation de la sanction. Le juge pourrait prendre en compte, dans une certaine mesure, la probabilité de récidive du délinquant. Si des méthodes de traitement efficaces devenaient disponibles, le juge pourrait également tenir compte des possibilités de traitement dans le choix de la peine. Mais le point de départ de la détermination de la peine resterait la gravité du comportement criminel et le montant de la peine et l'importance de ces déviations par rapport à la peine méritée à des fins de prédiction ou de traitement devrait être modeste. » A. VON HIRSH, "Recent trends in American criminal sentencing theory", *Maryland Law Review*, Vol. 42, issue 1, 1983, p. 30.

305. La rétribution ne permet pas seulement de rehausser la fonction dissuasive de la pénalité en tolérant que lui soient adossés des mécanismes positivistes. Elle peut également être mise au service de l'objectif en réaction duquel elle a pourtant suscité un regain d'intérêt : la réinsertion du condamné.

B. Rétribution et amendement

306. R. DUFF entend montrer que la souffrance infligée au condamné, par le degré élevé de réprobation symbolique qu'elle véhicule, est *seule* susceptible de déclencher son *amendement, sa réforme* et permettre ainsi *sa réconciliation avec la communauté* que son geste a heurtée¹²¹¹ : « La restauration est non seulement compatible avec la rétribution : elle requiert la rétribution dans la mesure où le type de restauration que nécessite le crime (en raison de certaines caractéristiques profondes de nos vies en société) ne peut être obtenu que par une peine rétributive »¹²¹². Restauration du lien social et rétribution du condamné sont donc érigées, sous la plume de l'auteur, au rang de facettes *complémentaires* et *nécessaires* d'une forme de pénalité que l'on serait tenté de baptiser « flagellation »¹²¹³. Lui aussi très inquiet de la fonction

¹²¹¹ L'amendement (*Repentance*) est « nécessairement douloureux, puisque cela doit me causer de la souffrance de reconnaître et d'admettre (à moi-même et aux autres) le mal que j'ai causé. En visant l'amendement, la pénalité vise ainsi la délivrance de la souffrance que le criminel mérite de ressentir – la souffrance de l'amendement et du remords. [...] l'amendement, du moins pour les fautes graves, ne peut pas, de par sa nature, être quelque chose qui se réalise et se termine en un instant, quelle que soit l'intensité du sentiment de culpabilité à ce moment-là. Il doit être profond chez le fautif et doit donc occuper son attention, ses pensées, ses émotions, pendant un temps considérable. » (R. A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford university press, 2001, pp. 107-108.) ; La réforme (*Reform*) « ou plus précisément *l'engagement à se réformer*, est une conséquence de l'amendement. Reconnaître et se repentir du mal que j'ai fait, c'est aussi reconnaître la nécessité d'éviter ce mal à l'avenir. En vérité, renier cette faute, c'est aussi s'engager à essayer d'éviter de la répéter. Un processus de censure ou de punition visant à induire l'amendement a donc aussi pour but d'induire la réforme : il ne s'agit pas de reformer la personne fautive comme un objet que nous devons modeler à notre gré, mais de la persuader de la nécessité de se réformer elle-même. » (p. 108) ; La réconciliation (*Reconciliation*) « est ce que le criminel repentant recherche avec ceux qu'il a lésés - et ce qu'ils doivent rechercher avec lui s'ils veulent encore le considérer comme un concitoyen. Lorsque l'acte répréhensible rend la réconciliation nécessaire, une certaine forme d'excuses est requise. Et dans les cas de faute grave, les excuses elles-mêmes exigent une expression plus que verbale. » (p. 109).

¹²¹² A. DUFF, « Restorative Punishment and Punitive Restoration », in A. DUFF et L. WALGRAVE (Dir.), *Restorative Justice and the Law*, Cullompton-Portland, Willan Publishing, 2002, p. 43. V. sur l'articulation entre justice restaurative et pénale d'un point de vue philosophique, C. BEAL, « Justice restaurative et justice pénale », *Rue Descartes*, vol. 93, no. 1, 2018, pp. 58-71.

¹²¹³ La posture de R. DUFF n'est pas si éloignée de celle de J. BRAITHWAITE, l'un des représentants les plus notoires de la justice restaurative et théoricien de la « honte réintégrative » – c'est-à-dire des vertus dissuasives de la honte associée à la réprobation de l'auteur par *sa propre communauté*, et non par un système pénal qui lui est étranger et dont il va intérioriser le stigmat. (J. BRAITHWAITE, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge University Press, 1989 ; Pour une confirmation empirique de cette hypothèse dans le domaine de la fraude fiscale, V. G. CORICELLI *et al.*, « Tax evasion and emotions : An empirical test of re-integrative shaming theory », *Journal of Economic Psychology*, 2013.). Souvent associé à l'abolitionnisme et quoi que préconisant effectivement une forme de « parcimonie pénale », ce dernier ne conçoit pourtant les processus de justice restaurative qu'en complémentarité du système pénal classique, qui agit à la fois comme leur moteur – l'individu a le « choix » entre s'excuser ou faire l'objet de poursuites pénales –, comme filet de sécurité et comme symbole de l'attention portée

disciplinaire du système de justice criminelle, l'auteur propose de donner un « nouveau » sens à la punition. Celle-ci ne doit plus être un vulgaire instrument de coercition au service de la conformité et du contrôle social, mais un vecteur de *communication morale* qui, s'adressant à des agents autonomes et raisonnables, en appellerait à leur conscience et leur sens de la responsabilité¹²¹⁴. R. DUFF anticipe la critique – évidente – que ses opposants ne manqueront d'ailleurs pas de lui adresser¹²¹⁵ : il ne s'agirait aucunement de reproduire le modèle de pénitencier, puisque dans cette nouvelle conception de l'amendement, l'isolation prescrite ne serait pas solitaire, mais jalonnée de programmes de probation et de réinsertion¹²¹⁶ – *de discipline et de conformité, donc*. Les liens entre gravité du crime et sévérité de la sanction, par principe étroits dans les théories rétributives, sont nuancés par l'auteur. La proportionnalité de la sanction devrait s'envisager de manière négative, c'est-à-dire comme une limite haute à ne pas dépasser qui autorise un panel élargi de réponses appropriées¹²¹⁷ – *selon la forme classique de l'incrimination, donc*. En conclusion de son ouvrage, R. DUFF semble assez lucide sur la portée de sa théorie, qu'il sait relativement compatible avec les formes de pénalité actuelles. La différence fondamentale réside selon lui dans la « référence critique » qu'il propose, puisque l'infliction d'une souffrance pour être légitime doit effectivement permettre l'amendement du condamné¹²¹⁸. Là où VON HIRSCH a recours à la « désapprobation externe »¹²¹⁹ exprimée par la punition – *la dissuasion générale* – pour justifier sa dimension afflictive, R. DUFF s'appuie plutôt sur un processus de « désapprobation interne »¹²²⁰ – *l'amendement*. Le premier accuse alors logiquement le second de témoigner d'un « paternalisme moral fort »¹²²¹ puisque seule la gravité objective du crime est légitime à fonder la pénalité. Le second reproche tout aussi logiquement au premier d'accorder trop d'importance aux échelles abstraites de sévérité alors que seule la restauration du lien social peut rendre nécessaire la punition¹²²². L'un comme l'autre postule pourtant, dans la lignée kantienne, *la liberté morale de l'agent* – quoi que A.

par les pouvoirs publics à la garantie des droits et libertés des particuliers (J. BRAITHWAITE et P. PETTIT, *Not just desert. A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990; J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 2002; V. A. POAMA, « Restorative Justice: The Institutional Turn », *Raisons politiques*, vol. 59, no. 3, 2015, pp. 7-16).

¹²¹⁴ R. A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford university press, 2001, p. 113.

¹²¹⁵ V. avec éloquence, B. M. BAKER, "Penance as a Model for Punishment.", *Social Theory and Practice*, vol. 18, no. 3, 1992, pp. 311-331; D. BOONIN, *The problem of punishment*, Cambridge University Press, 2008, pp. 172-180.

¹²¹⁶ R. A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford university press, 2001, p. 150.

¹²¹⁷ R. A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford university press, 2001, p. 139.

¹²¹⁸ R. A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford university press, 2001, p. 175.

¹²¹⁹ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Clarendon Press, 1993, pp. 72-73.

¹²²⁰ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Clarendon Press, 1993, pp. 72-73.

¹²²¹ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Clarendon Press, 1993, pp. 72-73.

¹²²² R. A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford university press, 2001, p. 158.

VON HIRSCH en déduit qu'il ne saurait lui être demandé de s'amender alors que R. DUFF fonde au contraire toute sa théorie sur cette obligation¹²²³. Ce qui n'empêche pas l'échec des deux auteurs lorsqu'il s'agit d'expliquer « comment faire preuve de respect à l'égard d'un désaccord moral fondamental entre des individus rationnellement autonomes sur des questions morales » et « comment le respect de l'autonomie individuelle peut s'incarner dans les règles publiques et les pratiques institutionnelles qui sont au cœur de la vie juridique et politique »¹²²⁴.

307. Là encore, donc, le recours à la rétribution paraît moins relever de la révolution paradigmatique que de la revalorisation des structures existantes, lesquelles reposent de toute façon déjà sur un conglomérat de justifications aux frontières poreuses¹²²⁵.

308. Dans une volonté similaire de retour à l'équilibre, une troisième autrice met quant à elle à contribution la dimension non plus *sociale* ou *morale* mais simplement *magique* de la sanction rétributive.

C. Rétribution et magie

309. L'hypothèse de M. DELMAS-MARTY est la suivante : la peine, par la souffrance qu'elle inflige au condamné, fait oublier le crime à sa communauté et annonce ainsi leur réconciliation¹²²⁶. C'est là son effet *magique*, exclusif et autour duquel il convient d'articuler une nouvelle théorie de la pénalité. Le postulat de l'autrice réside dans le constat – largement partagé – de l'impéritie du système pénal, c'est-à-dire de son incapacité à produire les effets dont il est supposé tirer sa légitimité. Puisque la neutralisation n'est jamais « suffisante » et la dissuasion et la rééducation jamais « certaines », le pénaliste ne peut plus justifier

¹²²³ Pour une analyse détaillée des incompatibilités théoriques entre les deux auteurs, V. C. BENNETT, "Taking the Sincerity Out of Saying Sorry : Restorative Justice as Ritual." *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23, no. 2, 2006, pp. 127 -143 ; V. également l'ouvrage collectif dans lequel les postures de J. BRAITHWAITE, A. VON HIRSCH et R. DUFF sont exposées, A. VON HIRSCH *et al* (Dir.), *Restorative Justice and criminal justice. Competing of reconciliable paradigms?*, Hart Publishing, 2003.

¹²²⁴ B. M. BAKER, "Penance as a Model for Punishment.", *Social Theory and Practice*, vol. 18, no. 3, 1992, p. 331.

¹²²⁵ Il suffit pour s'en convaincre de relire l'article 130-1 du Code pénal aux termes duquel « 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 réinsertion. »...

¹²²⁶ « Ainsi, par l'effet magique de l'oubli, le droit pénal serait nécessaire pour préparer l'apaisement du groupe social, annoncer la réconciliation du criminel avec le groupe social. Dans ce sens, d'ailleurs, on rejoindrait l'idée de réinsertion sociale. Mais on la rejoindrait autrement, parce que l'amendement, la rééducation du condamné seraient la conséquence de sa réinsertion sociale autant que la cause, le mouvement vers la réconciliation venant autant de la société que du criminel » M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 135.

rationnellement son ouvrage¹²²⁷. Il se trouve ainsi face à un choix, ou plutôt un dilemme. Il peut soit continuer de « réduire la répression à ces pauvres vérités », soit « supprimer la loi pénale »¹²²⁸. Si la première solution est intellectuellement malhonnête, la deuxième est socialement dangereuse. De NIETZSCHE en effet, l’auteur retient que si la justice est un pouvoir exercé par des puissants sur des plus faibles, elle est surtout le seul moyen de « remédier aux fureurs insensées du ressentiment et d’y mettre un terme »¹²²⁹. Sa disparition risquerait donc de faire resurgir des formes de justice privée bien plus violentes que le sont les modes étatiques de règlement des conflits. Par ailleurs, M. DELMAS-MARTY sait depuis FOUCAULT que le pouvoir s’exerce sur les corps de multiples manières et que la disparition du système pénal ne ferait que revitaliser des modes de contrôle social et procédés de surveillance administrative encore plus « kafkaïens » car plus anonymes¹²³⁰. Il faut donc trouver une troisième voie pour tenter de résoudre la crise de légitimité de la peine, un chemin vers la répression qui ne peut être emprunté par la raison mais qui nécessite de *croire* en sa magie. C’est de cette croyance que peut naître la crédibilité de la peine, mais c’est aussi en étant crédible que la peine redeviendra magique. Pour cela – c’est un paradoxe – elle doit être rationnelle : se limiter aux hypothèses les plus graves – *une large décriminalisation dans les textes* – et s’appliquer avec la même sévérité ou souplesse à toutes les classes sociales – *une criminalisation plus uniforme dans les faits*. L’auteur alerte son lecteur : « il est à peu près certain que si l’on n’entreprend pas – et rapidement – ce travail préalable de tri, la répression pénale sombrera dans une inefficacité totale, au milieu de laquelle la sévérité de quelques « exemples » ne rassurera plus personne »¹²³¹. Par carence ou par excès, la mauvaise gestion de la pénalité risque donc inéluctablement d’entraîner le dépérissement de la cohésion sociale – le retour de la *guerre de tous contre tous*. Certes, M. DELMAS-MARTY en a conscience, il s’agit d’un *pari* : au fond, nul ne sait si la « machine judiciaire » renvoie réellement le ressentiment en dehors de la conscience collective, ou si elle l’aggrave au contraire¹²³², mais il est moins risqué que celui qu’elle prête

¹²²⁷ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 260.

¹²²⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 260.

¹²²⁹ « Partout où la justice est exercée, où la justice est en vigueur, on voit une puissance supérieure relativement à d’autres plus faibles qui lui sont soumises (que ce soient des groupes ou des individus) s’efforçant de remédier aux fureurs insensées du ressentiment et d’y mettre un terme, soit en arrachant l’objet du ressentiment et d’y mettre un terme, soit en arrachant l’objet du ressentiment des mains de la vengeance, soit en substituant à la vengeance son propre combat contre les ennemis de la paix et de l’ordre, soit en donnant force de loi à certains équivalents des préjudices et auxquels désormais, et une fois pour toutes, on renvoie le ressentiment » F. NIETZSCHE, cité par M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 185. Sur le mimétisme de la violence, V. *Infra* n°329

¹²³⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 253.

¹²³¹ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 252.

¹²³² M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 196.

aux abolitionnistes et qui voudrait qu'avec la disparition du système pénal, s'éteignent les sentiments de peur et de colère d'individus manipulés par les discours sur l'insécurité ¹²³³.

La théorie du droit pénal « magique » appelle deux remarques complémentaires¹²³⁴.

310. La première relève d'une ambiguïté de l'autrice, qui postule que le système pénal est un instrument de pouvoir, de contrôle et de stigmatisation de certaines populations, structurellement incapable d'assurer ses fonctions classiques – dissuasion, neutralisation et réinsertion – tout en craignant, *dans le même temps*, que celui-ci ne « sombre dans une inefficacité totale » et en proposant comme palliatif de lui « rendre sa crédibilité » en le transformant en un outil de parcimonie et d'équité qu'il n'a précisément jamais été. M. DELMAS-MARTY n'hésite pas à recourir au concept de *gouvernementalité* pour écarter la décriminalisation absolue, mais semble oublier les leçons de FOUCAULT lorsqu'il s'agit de penser les fonctions de la justice criminelle, lesquelles sont, nous l'avons vu, indissociables de la différenciation, du maintien et de la reproduction des illégalismes¹²³⁵. En voulant à tout prix résister aux sirènes d'une critique radicale de la pénalité, la théorie de l'autrice perd en clarté et le lecteur peine à comprendre comment ses propositions sont supposées s'articuler au

¹²³³ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 253 ; pour une remarque similaire, quoi qu'un peu plus nuancée, V. « De nombreux projets de recherches criminologiques (non abolitionnistes) visent à identifier et soupeser différentes sources d'"attitudes punitives", y compris dans la consommation des formes médiatisées de réalités fictives et non fictives concernant le "crime" et la peine. Un des acquis de telles démarches empiriques est que, de manière générale, une plus grande connaissance des situations criminalisées et des opérations des systèmes de droit criminel se retrouve positivement corrélée à ce qui est construit comme des attitudes moins punitives. Toutefois, le discours abolitionniste selon lequel proximité et savoir battraient en brèche les désirs d'une rétribution douloureuse reste normativement chargé et factuellement fragile. La solution de Hulsman – qui voit dans les désirs pour la souffrance de l'autre victimisant le résultat aliénant d'une criminalisation hétéronome – est peut-être la dimension la plus faible de sa perspective abolitionniste. » N. CARRIER et J. PICHE, « Des points aveugles de la pensée abolitionniste dans le monde universitaire », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. XII, 2015, consulté le 29.10.2020. Pourtant, il ne nous semble pas que HULSMAN postule avec l'abolition du système pénal la disparition de toute velléité rétributive. Dans un de ses articles, il explique au contraire comment d'autres procédures judiciaires, comme la procédure civile, pourraient permettre de « canaliser les sentiments vindicatifs » des personnes concernées, tout en garantissant l'autonomie et la négociation des parties (J. BERNAT DE CELIS et L. H. C. HULSMAN, *Peines perdues, le système pénal en question*, Le centurion, Paris, 1982, p. 156.). Pour un développement de sa pensée sur le sujet, V. M. COQUET, *De l'abolition du système pénal. La perspective de Louk Hulsman*, L'Harmattan, Ed. Campus Ouvert, 2016, pp. 138-142.

¹²³⁴ L'autrice résume sa théorie de la façon suivante : « La magie appartient plus aux hommes qu'à la loi. A condition que les hommes y croient. Pour que les hommes y croient, sans doute faut-il leur redonner confiance dans la répression pénale. Plutôt que de les laisser se faire justice eux-mêmes, plutôt que de laisser se développer des procédures administratives de contrôles divers et de permettre à la société d'exclure en fait définitivement certains criminels auxquels leur statut d'anciens condamnés confère une sorte de marque d'infamie permanente ; ne devrait-on pas reconnaître à cette société, au-delà de tout "désir" inavoué et malsain, un vrai droit et même un devoir de punir, que les juges exerceraient sans joie, mais aussi sans « complexes » ni mauvaise conscience. Mieux vaut punir les criminels pour un temps. Mieux vaut les dire coupables, responsables, et les accueillir après la peine, que les appeler déviants et les exclure définitivement. » M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 260.

¹²³⁵ V. *Supra* n° 164.

système existant : s'agit-il de revenir à une pénalité originelle ? S'agit-il d'en créer une nouvelle ? Si la peine a déjà été magique, quelles forces l'ont rendue impuissante et comment les empêcher de recommencer ? Si elle ne l'a jamais été, comment croire qu'elle puisse le devenir ? Comment imaginer que le système pénal puisse être autre chose que ce qu'il a toujours été ? Que ce pourquoi il a été *créé*.

311. La deuxième remarque n'est que la conséquence de la première puisqu'elle tient à l'artificialité de l'opposition entre la pénalité « vraie » et sa dérive gestionnaire – séculaire ? – en réalité parfaitement réconciliées par le processus unique de *normalisation* déjà exposé¹²³⁶. La contrainte n'aura pas eu besoin de l'abolitionnisme pour se diffuser dans tout le corps social et s'adapter aux nouvelles exigences du mode de production... C'est d'ailleurs ce qu'a récemment indiqué M. DELMAS-MARTY elle-même, en proposant de substituer à l'étude de la « politique criminelle » celle de la normativité sociale¹²³⁷. Les modalités répressives contemporaines ne sont pas des dérives mais des *mutations*. Elles n'empiètent pas sur le domaine naturel du droit pénal étatique, des fonctions classiques chères aux théoriciens de la postmodernité¹²³⁸ ou des fonctions « magiques » dont M. DELMAS-MARTY fait l'éloge, elles le restructurent pour le pérenniser. Elles l'*adaptent*. En ce sens, le système pénal est tout à fait efficace. L'on comprend ainsi la stratégie de l'autrice, comme son désir de voir naître des consciences un rituel, qui, focalisé sur certaines valeurs essentielles, pourrait interrompre le cycle de la vengeance tout en exprimant de manière équitable et uniforme une réprobation sociale à même de réconcilier l'auteur et sa communauté. Mais un tel rituel est forcément hétérogène au système pénal – ou bien il lui est identique, s'il a pour fonction d'assurer « un vrai droit et même un devoir de punir »¹²³⁹.

¹²³⁶ V. *Supra* n°201.

¹²³⁷ « Et plus encore, s'est interrogée Mireille Delmas-Marty, n'est-ce pas le terme même de "politique criminelle" qui pose problème. Dès ses premiers livres, elle s'est heurtée au mot "criminelle", car il renvoie au pénal, alors que la politique criminelle, telle qu'elle l'entend, est plus large : c'est une théorie générale du contrôle social. En tant que théorie elle est au singulier, mais les pratiques sont à l'évidence au pluriel. Les modèles sont des instruments qui n'impliquent pas la cohérence d'un modèle unique, mais permettent de décrire la pluralité des pratiques : certaines relèvent de tel modèle, certaines relèvent de tel autre. Entre le singulier et le pluriel, la question pourrait être déplacée pour la poser différemment : est-ce que finalement la politique criminelle, considérée comme théorie du contrôle social, ne révélerait pas le rôle des États ? Dès lors, est-il pertinent de parler de politique criminelle quand le rôle des États s'efface, et que la confusion atteint à la fois la normalité et la normativité, mais aussi la réponse étatique et la réponse sociétale ? » G. GIUDICELLI-DELAGE et A. P. SYKIOTOU. « Table ronde autour de l'ouvrage d'Athanasia P. Sykiotou, *La politique criminelle sur le fil*. Préface de Mireille Delmas-Marty, IRJS éditions, coll. Les voies du droit, 2018, 458 p », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, no. 3, 2019, pp. 733-739.

¹²³⁸ V. *Supra* n°145.

¹²³⁹ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 260.

312. Le regain d'intérêt des juristes contemporains envers les théories rétributives n'est en réalité rien d'autre que le pendant théorique des transformations structurelles du système de pénalité néolibérale.

§3. *Intégration du contrôle social par la rétribution*

313. On comprend sans difficulté la stratégie des trois auteurs précités, qui consiste à formuler un nouveau critère susceptible de limiter l'expansion d'un système pénal dont chacun interprète les dérives selon ses propres convictions. Dans cette quête, la notion de « rétribution » apparaît comme un *Deus ex Machina*, crédible car appartenant déjà au folklore de la pénalité classique mais suffisamment malléable pour en autoriser l'émancipation – ou tout du moins en donner l'impression. Protéiforme et polyvalent, il peut servir tant à justifier un système rationalisé où la peine n'est que la réponse mécanique et objective au crime – c'est la théorie de A. VON HIRSCH – qu'un système « mystifié »¹²⁴⁰, au sein duquel le rituel punitif annonce l'amendement et la réinsertion du condamné – ce sont les théories de R. DUFF et M. DELMAS-MARTY. Plastique, la rétribution s'adapte à son objet, la pénalité. Si bien d'ailleurs, que l'on en vient à se demander laquelle des deux notions sert de clôture à l'autre.

314. Au sens littéral, rétribuer signifie « attribuer en retour », une peine rétributive est donc « une peine attribuée en retour de la commission d'une infraction, donc, à première vue, tournée vers le passé. »¹²⁴¹. Le *caractère* rétributif de la pénalité est donc ce qui la relie au crime, et permet tant de naturaliser le second comme comportement spécifique – puisqu'il mérite d'être puni – que de sacraliser la première – puisqu'elle est la seule réponse appropriée au crime¹²⁴². De *caractère*, il devient donc *fonction* : la peine doit rétribuer le crime, sinon il n'en est plus un, et le système à partir duquel il opère est neutralisé avec lui. Pour reprendre la terminologie foulcadienne, la rétribution, comme le *criminel-ennemi*, est un *échangeur*, permettant d'assurer l'interdépendance d'objets distincts. Pour preuve d'ailleurs, le *caractère* rétributif de la pénalité est ce qui fonde sa légalité – à chaque crime est associée la peine qui lui

¹²⁴⁰ « La rétribution est toute entière contenue dans cette loi de l'équivalence dont les termes mêmes ne laissent de nous déconcerter. Car non seulement l'infliction d'une peine équivaut à la commission d'une infraction, mais encore celle-ci est réputée effacer celle-ci. Ainsi s'opère la réconciliation de l'infacteur avec le groupe social, ainsi l'ordre troublé est rétabli. En cela, la peine rétributive entre de plain-pied dans le domaine du sacré, du "mythe " » P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer ? », *APD*, vol. 26, « L'utile et le juste », p. 66.

¹²⁴¹ P. PONCELA, « Éclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », in F. BLONDIEAU (Dir.) *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 11.

¹²⁴² V. *Supra* n°223 et s.

correspond –, et donc l'utilitarisme classique – le couple crime/peine est un codage qui doit imprimer les consciences et dissuader le citoyen de porter atteinte à la cohésion sociale. Sa *fonction rétributive*, quant à elle, est invoquée par KANT pour en justifier la nécessité morale – chaque crime mérite d'être puni d'une peine –, et donc le rétributivisme philosophique – le couple crime/peine est un impératif sacré qui doit raviver les consciences et garantir l'expiation de l'atteinte à la cohésion morale. BECCARIA et KANT, que l'on présente habituellement comme des ennemis de pensée, partent en réalité du même point et traversent la même ligne d'arrivée, ils empruntent simplement des chemins répressifs différents.

315. Au départ donc, l'on retrouve encore l'hypothèse de *la guerre de tous contre tous*. L'utilitariste en déduit la nécessité du contrat social pour défendre la société, chacun abandonnant une part de sa liberté pour garantir sa sécurité. Les hommes *constituent* le législateur dont les lois doivent dissuader l'ensemble des signataires de briser le pacte afin de garantir le progrès. Le rétributiviste en déduit quant à lui que c'est le contrat social qui crée l'Homme en tant qu'être libre, ce qu'il n'est pas à l'état de nature. Le législateur *institue* les hommes et ses lois doivent affirmer les principes de morale qui les conduiront au progrès. Le modèle de *l'évolution* de BECCARIA et le modèle de la *création* de KANT se rejoignent donc sur la nécessité de toucher les consciences par une pénalité qui doit être *le reflet exact* du crime qu'il s'agit de désapprouver. Les deux théories se heurtent néanmoins à un principe de réalité : celui de l'institution carcérale¹²⁴³.

316. En définitive, la pratique punitive ne correspond à aucune des deux théories, lesquelles permettent néanmoins tout à fait de la légitimer ; d'autant plus facilement d'ailleurs que le contrat social donne, dans un cas comme dans l'autre, toute latitude au législateur pour tracer les contours de l'atteinte sociale/morale que le crime est supposé cristalliser – et donc, de la peine qui lui est nécessairement associée. Chacun des trois auteurs précités naviguent d'ailleurs entre *le juste* – la fonction rétributive – et *l'utile* – la dissuasion, l'amendement, la neutralisation ou la réinsertion – ce qui n'a pour effet que de naturaliser le caractère rétributif de la peine, et avec lui les liens indissociables entre le crime et la pénalité mais aussi, et surtout, *la pratique carcérale* à laquelle elle est toujours associée. Caractère puis fonction, la rétribution devient *fondement*. Loin d'être un critère discriminant de ce que devrait être la « bonne pénalité », la notion n'est en réalité qu'un effet rhétorique supplémentaire permettant de

¹²⁴³ V. *Supra* n°149.

justifier, certainement sans le vouloir, des dispositifs *de gouvernementalité* qui appartiennent à la même totalité que ceux dont on voudrait tant la distinguer¹²⁴⁴. D'ailleurs, ce n'est certainement pas un hasard si la philosophie kantienne réinvestit les ouvrages de droit pénal au moment où le dispositif de *normalisation* succède à celui de *normation* – et la contrainte par soi-même à la contrainte par la machine¹²⁴⁵. P. PONCELA l'exprime fort bien, la fonction rétributive ne postule pas seulement l'équivalence entre le crime et la peine, mais aussi « l'unité de la conscience jugeant et la conscience jugée »¹²⁴⁶. Elle requiert *l'intégration en soi de la morale qu'il faut appliquer*, laquelle, bien que naturalisée par les doctrines juridiques – le crime est l'atteinte à des valeurs sociales/morales que le législateur se contente de formaliser – n'en reste pas moins matériellement contingente. Ni providentielle, ni magique, la « réapparition » de la fonction rétributive de la peine est en réalité simplement la traduction dans les discours juridiques de *la raison politique* :

« M. Foucault a analysé avec beaucoup de finesse cette nouvelle forme d'auto-contrôle du pouvoir-moyen dans la société moderne. Loin de se contenter d'imposer une discipline collective, la raison politique moderne veut confirmer sa propre compréhension de soi comme institution contingente et travaille à rendre effectivement autonome la volonté de pouvoir. C'est pourquoi à côté d'un mécanisme social aux allures totalitaires, la raison politique moderne n'a de cesse d'élaborer des processus d'apprentissage qui devraient rendre superflus ces mécanismes. Elle est donc traversée d'un élan paradoxal qui consiste à imposer sa vision combinatoire du champ des pratiques et à chercher les conditions qui permettront aux pratiques de s'auto-ajuster. Son éthique apparaît comme une science des conduites qui doit mener à la

¹²⁴⁴ D'où les sentiments de perplexité et de frustration du pénaliste qui entendrait distinguer rationnellement entre peines, « sanctions ayant le caractère d'une punition » et mesures de sûretés en utilisant le critère de la rétribution. Lequel n'est d'ailleurs rendu opératoire que par l'utilisation purement rhétorique – et politique – que le Conseil constitutionnel en fait... V. X. PIN, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », in *Peine, dangerosité – Quelles certitudes ? Essais de Philosophie pénale et de criminologie*, Dalloz, vol. 9, 2010, pp. 81-103.

¹²⁴⁵ V. *Supra* n° 192 et s.

¹²⁴⁶ L'autrice ancre son observation au passage suivant de P. RICOEUR : « Le coupable est le sujet du vouloir dans lequel est posée l'équivalence du crime et du châtement ; il est présumé un et le même dans le mal commis de la faute et dans le mal subi de la peine ; c'est en lui que la peine supprime, efface, annule la faute ». P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer ? », *APD*, vol. 26, « L'utile et le juste », p. 66.

responsabilité, c'est-à-dire à une forme d'adhésion autonome à la cohésion sociale. »¹²⁴⁷

317. À l'issue de ce bref état de l'art rétributiviste, l'on constate une fois encore l'un des écueils de la pensée idéaliste et sa tendance à « redécouvrir » des théories qui sont en fait des versions différentes d'un même système de positivité – fautive, pour la matière qui le secrète, d'avoir été transformée. Il est toutefois possible de tenter une première échappée de ce système, et avec lui du système de pénalité, en fondant la réponse à la situation problématique non plus sur la *fonction*, mais sur le *caractère* rétributif – et donc, *sur le vrai talion*.

§4. Diversification des pratiques par la compensation

318. La fonction rétributive de la peine est supposée en justifier la conformité à un impératif métaphysique de justice, lequel est en retour rappelé et ravivé par elle. La rétribution *est* le juste. Elle conforte l'idée que l'équilibre social s'articule autour de principes d'ordre et d'équivalence auxquels chacun ne peut qu'aspérer car ils sont synonymes de stabilité et de simplicité. Elle distingue la violence qui détruit de celle qui délivre, le profane du sacré – le crime de la peine. Fondée sur une première abstraction – l'équilibre – elle s'achève donc sur une seconde – la pénalité. Mais elles ont surtout pour effet – pour ne pas dire fonction – de masquer l'hétérogénéité des réalités qu'elles réduisent nécessairement par l'effet de la conceptualisation. Or, si l'on accepte de redescendre du ciel confortable des idées et d'observer ce qui se passe réellement sur Terre, l'on s'aperçoit rapidement que là où l'on voulait rétablir l'ordre et l'équilibre, n'existaient en réalité que la lutte et les inégalités¹²⁴⁸ et que l'instrument

¹²⁴⁷ M. MAESSCHALCK, « Chapitre III. La providence a-t-elle un sens en philosophie politique ? » In P.-M. BOGAERT *et al* (Dir.) *Volonté de Dieu, liberté de l'homme* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1997, pp. 43-62, consulté le 13.05.2021. V. également « En fait, ce qui définit une relation de pouvoir, c'est un mode d'action qui n'agit pas directement et immédiatement sur les autres, mais qui agit sur leur action propre. Une action sur l'action, sur des actions éventuelles, ou actuelles, futures ou présentes. Une relation de violence agit sur un corps, sur des choses : elle force, elle plie, elle brise, elle détruit : elle referme toutes les possibilités ; elle n'a donc auprès d'elle d'autre pôle que celui de la passivité ; et si elle rencontre une résistance, elle n'a d'autre choix que d'entreprendre de la réduire. Une relation de pouvoir, en revanche, s'articule sur deux éléments qui lui sont indispensables pour être justement une relation de pouvoir que « l'autre » (celui sur lequel elle s'exerce) soit bien reconnu et maintenu jusqu'au bout comme sujet d'action ; et que s'ouvre, devant la relation de pouvoir, tout un champ de réponses, réactions, effets, inventions possibles. » M. FOUCAULT, « Le pouvoir, comment s'exerce-t-il ? », in *Dits et écrits*, Gallimard, t. IV, 1994, texte n°306.

¹²⁴⁸ « C'est ainsi. La rétribution, étrangement, sert et ne sert qu'à assurer la transcendance de la Loi. À travers ses versions profanes, on en reste à cette idée qu'on ne punit ou récompense que pour montrer qu'au-dessus des basses réalités de ce monde existe un ordre immuable des choses qui permet de classer le bien et le mal. On naît dans un monde injuste : celui-là est beau, l'autre difforme, celui-là a de quoi manger, on lui lit des histoires, on le change quand il s'est sali, on lui sourit, l'autre crie au milieu d'autres cris, celui-là a un regard vif et celui-ci vient au jour

même de ce retour au *statu quo ante*, n'est en rien différent de celui qui l'avait au départ troublé et contre lequel on prétend vouloir se délivrer¹²⁴⁹.

319. Pour neutraliser le *fétiche* de la justice criminelle, plusieurs auteurs proposent de la « civiliser » en substituant au « jeu du crime et de la peine », les « paradigmes de la compensation et de la responsabilité »¹²⁵⁰ :

« L'idée de compensation est en fait assez simple. Elle conçoit le crime comme une infraction commise par un individu contre les droits d'un autre. La victime a subi une perte. La justice consiste à ce que le délinquant coupable répare la perte qu'il a causée. Elle appelle à un recentrage complet de notre image du crime. Kuhn appellerait cela un "changement de vision du

avec une intelligence comme gélatineuse à la suite d'on ne sait quelle malformation et, toute sa vie durant, chacun verra s'accroître les différences. Hasard et organisation sociale des misères vont être tricotés pour un destin. Bien ? Mal ? Juste ? Injuste ? Soit Dieu le veut ainsi (dans la religion chrétienne, Dieu veut la liberté de l'homme et souffre beaucoup, le pauvre, de toute cette souffrance, mais c'est à l'homme d'empêcher les lions de déchirer les gazelles), soit Dieu n'existe pas et c'est l'homme qui décide de ce qui est bien ou mal en fonction des civilisations où il évolue. À quoi sert la rétribution ? À affirmer, au mépris de tout bon sens, que dans cette vie le méchant est puni et que l'homme bon figure au tableau d'honneur. » C. BAKER, *Pourquoi faudrait-il punir ?* Tahin Party, 2004, p. 130.

¹²⁴⁹ « Mais bien sûr, les pénologues de nos cultures n'opéreraient pas pour l'adhésion à l'Association interdisciplinaire pour l'étude de la douleur. La simple suggestion les provoquerait et les mettrait en colère. La participation rendrait clair ce qui est maintenant flou. Il pourrait n'y avoir que de petits problèmes à livrer la douleur dans les sociétés où la douleur est le destin explicite de la plupart des gens : douleur sur Terre, douleur en Enfer [...]. Mais cette société n'est pas la nôtre. Nous avons aboli l'enfer, et la réduction de la douleur sur terre est l'un de nos principaux objectifs. Dans une telle société, il est difficile de laisser les gens souffrir intentionnellement. Pourtant, nous le faisons. Nous infligeons une douleur intentionnelle. Mais nous n'aimons pas cela. Notre choix de mots neutralisants nous trompe ; la description sombre des professeurs de droit sur les qualités des souffrances intentionnelles indique la même chose. Nous n'aimons pas cette activité parce que le fait de causer intentionnellement de la douleur est en grave dissonance avec d'autres activités fondamentales de notre société. Dans ce livre, j'utilise souvent les mots "livraison de la douleur". Mais j'ai dû faire un effort considérable pour préserver cette formulation de l'extinction. Mon aimable conseiller, hautement qualifié dans les subtilités de la langue anglaise, a insisté pour que ce terme n'existe pas. La délivrance de la douleur, ça ressemble à la délivrance du lait. Affreux. Mon point de vue était le contraire : ça ressemble à une livraison de lait. Parfait. Cela capture exactement ce que je veux transmettre. Si la délivrance de la douleur est le concept de ce qui, de nos jours, est devenu une opération calme, efficace et hygiénique. Vu du point de vue de ceux qui délivrent le service, ce n'est pas d'abord et avant tout un drame, une tragédie, des souffrances intenses. L'infliction de la douleur est en dissonance avec certains idéaux majeurs, mais peut être effectuée dans une isolation innocente et somnambulique du conflit de valeurs. La douleur des punitions est laissée aux destinataires. Par le choix des mots, les routines de travail, la division du travail et la répétition, l'ensemble est devenu la livraison d'une marchandise. » N. CHRISTIE, *Limits to pain*, Martin Robertson, 1981, pp. 18-19.

¹²⁵⁰ « Le temps est venu d'abolir le jeu du crime et de lui substituer un paradigme de restitution et de responsabilité. Je demande instamment que nous assignions (réassignions, en fait) au droit civil notre réponse sociétale aux actes ou aux comportements que nous qualifions et traitons aujourd'hui de criminels. L'objectif est de civiliser notre traitement des délinquants. J'utilise ici le mot "civilisation" dans son sens spécifique : faire relever les délinquants du droit civil plutôt que du droit pénal ; et dans son sens plus large : passer, dans ce domaine d'activité, de la barbarie à une plus grande lumière et humanité. » G. CANTOR, "An end to Crime and Punishment", *Shingle*, n°39, 1976, p. 107.

monde". Là où nous voyions autrefois une infraction contre la société, nous voyons maintenant une infraction contre une victime individuelle. D'une certaine manière, il s'agit d'une vision du crime conforme au sens commun. »¹²⁵¹

320. Quitter le paradigme – ou plutôt le système de positivité – du contrat social permet de revenir à la réalité matérielle du conflit que le droit pénal n'a pas encore qualifié. S'il est question d'atteinte, celle-ci n'est plus mesurée en fonction de valeurs abstraites et au nom d'une cohésion sociale qui l'est tout autant, mais par rapport au préjudice réel éprouvé par une ou plusieurs personnes humaines. Au rapport d'égalité présumé entre les citoyens d'une même société que l'équivalence rétributive cristallise se substitue la recherche matérielle de l'équité entre des individus concrets. Le même mouvement de l'idée à la matière est opéré concernant la nature de la sanction, puisqu'il ne s'agit plus d'expier une faute, mais de réparer un préjudice ; ce qui n'interdit pas que soit ressentie une forme de pénibilité par le condamné, que l'on pourra forcer à exécuter sa dette, mais que sa souffrance n'est plus une fin ou un moyen de la justice. Elle en est simplement un effet « prévisible » et plus ou moins regrettable¹²⁵².

321. Partisan de la théorie de la restitution, N. CHRISTIE anticipe néanmoins plusieurs objections pouvant lui être adressées.

322. La première tient à la représentation selon laquelle il faudrait une expertise particulière pour manipuler les conflits criminels¹²⁵³. Celle-ci n'est que la conséquence institutionnelle du postulat selon lequel le crime est un comportement spécifique, qui se

¹²⁵¹ R. E. BARNETT, « Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice », *Ethics*, n°87, 1977, p. 287.

¹²⁵² « La théorie de la restitution pure peut être formulée comme suit : lorsque les délinquants enfreignent la loi, ils causent des préjudices injustifiés à leurs victimes. Cela génère une dette : ils doivent à leurs victimes une indemnisation suffisante pour leur permettre de retrouver le niveau de bien-être dont elles jouissaient légitimement avant d'être lésées. Les personnes qui commettent de tels délits doivent donc une telle compensation à leurs victimes. Lorsque des personnes enfreignent la loi, il est donc moralement approprié pour l'État de les obliger à verser une telle compensation. Lorsqu'un délinquant est forcé d'indemniser ses victimes pour les préjudices qu'il leur a injustement causés, il est heurté de différentes manières. Mais l'État ne lui demande pas une compensation dans le but de lui nuire, comme une fin en soi ou comme un moyen d'atteindre une autre fin. Il extrait la compensation pour l'obliger à restaurer ce qu'elle a injustement endommagé, étant entendu que cela entraînera (généralement) un préjudice pour l'auteur de l'infraction. Le fait qu'un délinquant ait enfreint la loi justifie que l'État agisse de manière à lui causer un préjudice prévisible, mais il ne justifie pas que l'État agisse de manière à lui nuire. La punition vise à nuire au délinquant, ce qui n'est pas le cas de la restitution. Et donc, selon la théorie de la restitution pure, il est moralement permmissible pour l'État d'extraire une compensation de la victime des personnes pour avoir enfreint la loi, même s'il n'est pas moralement acceptable que l'État de les punir. » D. BOONIN, *The problem of punishment*, Cambridge University Press, 2008, p. 220.

¹²⁵³ N. CHRISTIE, *Limits to pain*, Martin Robertson, 1981, p. 96.

distingue « par essence »¹²⁵⁴ des situations soumises au juge civil. La répartition formelle que les juristes tentent de naturaliser n'a toutefois rien d'intuitive, et il suffit pour s'en convaincre de tenter d'expliquer à un profane ce qui distingue « par essence » un licenciement abusif, d'un accident de la route causé par un mauvais entretien de la chaussée, d'un divorce difficile, d'un vol de scooter – chacune de ces situations relevant pourtant d'un contentieux différent. Il serait d'ailleurs tout aussi difficile de lui expliquer pourquoi les « problèmes fiscaux, financiers, douaniers et écologiques se résolvent généralement par la négociation, la transaction ou l'arbitrage »¹²⁵⁵ – alors qu'ils sont peut-être les seuls à véritablement toucher la collectivité – quand les violences interpersonnelles doivent faire l'objet d'un jugement de condamnation assorti d'une peine répressive, de préférence privative de liberté.

323. La deuxième est relative à l'insolvabilité du débiteur de l'obligation de restituer. Certes, les prisons sont remplies de personnes pauvres, à qui l'on demande de payer leur dette par le « seul bien qui est proche d'une répartition égale dans les sociétés : le temps. Le temps est emporté pour créer de la douleur. Mais il pourrait être utilisé pour la compenser, si nous le voulions »¹²⁵⁶. Outre l'argument de la compensation en nature, N. CHRISTIE évoque celui de la confiscation. Si le criminel ne possède pas de liquidité, il détient surement des objets qui ne lui sont pas nécessaires et par le biais desquels il pourrait acquitter sa dette. Il déplore néanmoins

¹²⁵⁴ Ainsi, à propos de la peine de sanction-réparation, les auteurs se sont succédés pour écrire tour à tour que : « En définitive, la circonstance que le juge répressif puisse imposer à l'auteur d'une infraction la réparation du dommage, que ce soit en présence ou en l'absence d'une condamnation à une peine, n'est pas quelque chose de nouveau. La nouveauté réside donc seulement – quoiqu'essentiellement – dans la circonstance que cette obligation de réparer prend ici la nature de sanction à caractère pénal. Est-ce alors vraiment le comblement d'une lacune et faut-il pas plutôt y voir une fâcheuse propension à confronter des objets essentiellement différents ? » S. FOURNIER, « La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (ou les dangers du mélange des genres), in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henry Robert*, LexisNexis, 2012, pp. 286-287 ; « Le rapprochement juridique de la sanction et de la réparation a de quoi surprendre le lecteur. En effet, la première est le prolongement de l'action publique, soit l'action pour l'application des peines (c. pr. pén., art. 1er), alors que la seconde est l'objet même de l'action civile, soit l'action en réparation du préjudice né d'une infraction (art. 2). L'une est par essence pénale, l'autre est par essence civile » M. GIACOPELLI, « Libres propos sur la sanction-réparation » *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1551 ; « À la lecture du texte, il apparaît que la dénomination retenue par le législateur relève d'un oxymore. En effet, la peine est par essence pénale, alors que la réparation du dommage causé à une victime relève de l'action civile. » P. HENNION-JACQUET, « L'indemnisation du dommage causé par une infraction : une forme atypique de réparation ? », *RSC 2013*, p. 517 ; « On observe en pratique des juridictions répressives amenées à prononcer la peine complémentaire de confiscation afin de permettre l'indemnisation effective de la partie civile. En premier lieu, cette pratique heurte l'essence même de la peine, dont la vocation est de réprimer le coupable et non de réparer le préjudice de la victime » E. MERCINIER-PANTALACCI, « La peine de confiscation prononcée pour indemniser la partie civile : une hérésie à corriger », *AJ pénal*, 2021, p. 305. Derrière « l'essence » de la fonction répressive sa cache en réalité celle du crime sur le statut ontologique duquel repose tout l'édifice théorique pénal (V. *Supra* n°219) – Sauf à adopter une vision purement legaliste de sa définition, mais alors il devient absurde de raisonner en termes d'essence à son propos comme à celui de la pénalité.

¹²⁵⁵ T. SLINGENEYER, « La pensée abolitionniste hulsmannienne », *Archives de politique criminelle*, vol. 27, no. 1, 2005, pp. 5-36 ; L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal », in F. RINGELHEIM (Dir.), *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, Rev. U.L.B., 1984, p. 300 et s.

¹²⁵⁶ N. CHRISTIE, *Limits to pain*, Martin Robertson, 1981, p. 96.

la complexité des procédures judiciaires de transfert du droit de propriété, lequel est « mieux protéger que le droit d’aller et venir »¹²⁵⁷. Le code de procédure pénale prévoit néanmoins déjà l’assistance de la victime par l’Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC), laquelle peut prélever le montant de son indemnisation sur la valeur des biens ayant fait l’objet d’une peine de confiscation¹²⁵⁸. La Cour de cassation permet en outre aux juridictions d’instruction d’ordonner des saisies « à titre conservatoire et provisoire, pour les nécessités de l’information judiciaire et afin de préserver les droits des parties et en particulier ceux des victimes qui peuvent, à tout moment, se constituer partie civile »¹²⁵⁹. Le recours accru à l’assurance en matière de risques punitifs – laquelle se heurte actuellement au principe de personnalité des peines¹²⁶⁰ – comme la réforme des modalités d’intervention de

¹²⁵⁷ N. CHRISTIE, *Limits to pain*, Martin Robertson, 1981, p. 96.

¹²⁵⁸ Art. 706-164 al. 1 du Code de procédure pénale.

¹²⁵⁹ Crim. 17 nov. 2010, n° 10-80.807, citée par E. MERCINIER-PANTALACCI, « La peine de confiscation prononcée pour indemniser la partie civile : une hérésie à corriger », *AJ pénal*, 2021, p. 305. Le régime actuel de confiscation soulève néanmoins une difficulté. Puisque l’objet est confisqué par l’État à titre de pénalité, les droits de propriété lui sont automatiquement transférés. Lorsqu’il le met en vente pour en verser la valeur liquidative à la victime au titre de son indemnisation, il se trouve subrogé dans ses droits vis-à-vis du condamné. Celui-ci a donc non seulement perdu la propriété de son bien du fait de la confiscation, mais il doit en outre en rembourser le montant équivalent à l’indemnisation de la victime à l’État. Il s’agirait donc, selon l’auteur précité, d’une « double peine ». Deux nuances méritent néanmoins d’être apportées. La première est que la situation est sensiblement la même que celle dans laquelle l’objet est confisqué au condamné sans intention de se servir du prix de sa vente pour indemniser la victime. Dans cette hypothèse, la peine de confiscation se cumule, comme n’importe quelle peine, à d’autres peines puisqu’elle peut être complémentaire et aux dommages et intérêts que l’auteur de l’infraction doit verser à la victime au titre des intérêts civils. La seconde est que l’ancien chef du pôle juridique de l’AGRASC lui-même, parfaitement conscient du risque de pénalisation accrue soulevé par le mécanisme de l’action récursoire de l’État, écarte la possibilité – qui demeure certes légale – que son recours subrogatoire soit réellement exercé. Tout en déplorant, comme sa formation juridique lui enseigne, que « d’un point de vue plus théorique [...] nous sommes ici en présence d’un des nombreux exemples, de plus en plus fréquents, de la confusion faite par le législateur entre sanction et réparation, ici entre une peine complémentaire (la peine de confiscation) et une indemnisation des victimes, cette confusion rendant de moins en moins lisible la distinction entre sanction pénale et indemnisation civile », il reconnaît donc que « l’amélioration pratique de la situation des parties civiles est incontestable : en leur permettant d’obtenir leur indemnisation sur les biens confisqués, l’État a consenti un effort important, puisque les biens confisqués lui appartiennent par principe, il a accepté de prendre en charge cette indemnisation » (Propos rapportés par S. ALMASEANU, « L’indemnisation des parties civiles sur les biens confisqués après la loi du 3 juin 2016 », *Gazette du Palais*, 26 juillet 2016, n°28, p. 16.) Le juriste horrifié par cette « hérésie » conceptuelle pourra donc trouver un peu de réconfort dans celui de la victime. Quoi qu’il en soit par ailleurs, les risques liés à la sur-pénalisation du criminel ne manqueraient pas de disparaître si le truchement de l’État était envisagé, dès le départ, seulement comme garantie supplémentaire apportée à la victime et non comme la conséquence juridique de la peine de confiscation et des transferts de droits qui lui sont associés.

¹²⁶⁰ B. NERAUDAU et P. GUILLOT, « Assurabilité des sanctions pécuniaires », *AJ pénal* 2021, p. 294 : « L’assurance a fait l’objet de nombreuses critiques : on a pu l’accuser d’encourager indirectement la réalisation frauduleuse des risques garantis, de déresponsabiliser les assurés, de parier de façon douteuse sur la durée de vie humaine... Si quelques préventions ont été levées avec le temps (s’agissant en particulier de l’assurance-vie et de l’assurance de responsabilité civile), certains risques demeurent inassurables - parfois pour des raisons proprement techniques, mais souvent pour des raisons morales. Tel est le cas pour la matière pénale, intimement liée à la protection de l’ordre public. Le droit pénal, en tant qu’il doit, entre autres fonctions, punir et dissuader, ne peut tolérer que ses effets puissent être affaiblis du fait de l’assurance. La question de l’assurabilité des sanctions pécuniaires (pénales et assimilées) est de ce point de vue particulièrement vive. Il n’en demeure pas moins que le « risque pénal », dans ses aspects purement processuels, s’agissant en particulier des frais de défense, peut faire l’objet d’une assurance. ».

l'assureur au procès pénal – déjà réclamée par les juristes¹²⁶¹ – sont autant de pistes qui, délestées d'une conception moralisatrice de la rétribution, pourraient s'avérer tout à fait susceptibles de pallier l'insolvabilité du débiteur tout en garantissant à la victime une indemnisation rapide et effective.

324. La troisième et dernière objection tient aux « abus terribles »¹²⁶² que le système de la compensation risquerait d'engendrer, en multipliant les gestes de vengeance privée d'abord, en intensifiant les effets de domination d'une partie sur l'autre ensuite. La première inquiétude relève pour H. BIANCHI d'une « mauvaise connaissance historique et du mythe »¹²⁶³ – de la pénalité –, puisque même sous le système de la faide – c'est-à-dire du système de la vengeance clanique – prévalant dans l'Europe du Haut Moyen Âge, le « prix du sang » était régulièrement racheté par compensation, les membres du clan lésé étant tout à fait conscients de la facilité avec laquelle les échanges de violences pouvaient dégénérer en guerre civile et n'y voyaient aucun intérêt. Le temps que les émotions s'apaisent et qu'un accord soit trouvé sur le montant des réparations, l'individu responsable du préjudice était abrité dans des sanctuaires – des églises, des temples, ou n'importe quel lieu sacré – au sein desquels il était considéré comme « intouchable ». Il pouvait y rester le temps nécessaire à assurer sa sécurité : « Ainsi, la négociation et le règlement des différends étaient courants, la punition rare et la vengeance inhabituelle. »¹²⁶⁴. Le second risque est lui aussi abordé par l'un des théoriciens du paradigme de la compensation. D. BOONIN rappelle que la grande majorité des conflits naît de l'opposition de parties partageant une certaine proximité de mode de vie¹²⁶⁵. Dans l'hypothèse néanmoins où il existerait entre la victime et le criminel un fort écart de richesse qui pourrait faire redouter qu'une sanction pécuniaire, loin de réduire le déséquilibre entre eux, ne le creuse encore plus¹²⁶⁶, ces disparités seraient précisément prises en compte lors de l'évaluation du préjudice à réparer. Le degré de détresse psychologique causée à la victime par l'acte du criminel, si celui-

¹²⁶¹ B. WALTZ-TERACOL, « Les modalités d'intervention de l'assureur au procès pénal », *AJ pénal* 2021, p. 291.

¹²⁶² N. CHRISTIE, *Limits to pain*, Martin Robertson, 1981, p. 97.

¹²⁶³ H. BIANCHI, *Justice as sanctuary*, Wipf and Stock, 2010, p. 135.

¹²⁶⁴ H. BIANCHI, *Justice as sanctuary*, Wipf and Stock, 2010, p. 135. Abolitionniste, H. BIANCHI a consacré de nombreuses années de sa vie à la promotion et l'institutionnalisation de sanctuaires modernes aux Pays-Bas, ainsi qu'au développement de mécanismes de réconciliation et de compensation dont il décrit avec soin les bénéfices dans son ouvrage précité.

¹²⁶⁵ D. BOONIN, *The problem of punishment*, Cambridge University Press, 2008, p. 259.

¹²⁶⁶ « Mais alors que le paiement d'une indemnité sera une énorme difficulté pour le délinquant de la classe moyenne, elle sera à peine perceptible pour le délinquant riche. Et cette disparité significative dans la difficulté ressentie par les deux délinquants semble rendre la théorie de la compensation pure répréhensible pour deux raisons distinctes : il semble injuste que le montant de la souffrance d'un délinquant dépende de l'argent qu'il possède, et il semble peu sûr d'adopter une théorie qui ne dissuade guère les délinquants riches d'enfreindre la loi. » D. BOONIN, *The problem of punishment*, Cambridge University Press, 2008, p. 259.

ci venait à se trouver dans une situation de domination économique vis-à-vis d'elle, s'en trouverait en effet nécessairement accentué, et exigerait donc que soit rehaussé le montant de la compensation versée par le débiteur privilégié¹²⁶⁷. Débarrassée de la fiction égalitaire du contrat social et de la rétribution, la conception du préjudice autour de laquelle s'articule la compensation doit permettre d'approcher le plus près possible la situation concrète de la victime et la complexité des rapports de domination sociale au sein desquels la situation conflictuelle s'est déclenchée. C'est à ce prix qu'il devient possible d'évaluer celui de l'équité. Non pas en vertu d'un principe d'individualisation de la sanction pénale, mais du fait des luttes sociales que la situation problématique cristallise et reproduit et dont la personne privilégiée bénéficie au détriment de la personne dominée. L'auteur ajoute – et nous le rejoignons – que si sa théorie devait malgré tout entraîner une moindre pénibilité pour le criminel aisé, l'objection formulée à partir de cette observation ne manquerait pas de s'appliquer à l'identique au système de pénalité existant¹²⁶⁸...

325. Ajoutons enfin qu'au-delà du gain en termes de *cohérence* et d'*équité* engendré par la substitution du paradigme de la compensation à celui de la rétribution, il semble exister un consensus des psychiatres, psychologues et éducateurs autour de la plus grande *adéquation* des sanctions réparatrices. Ensemble, les praticiens « contestent formellement qu'un procès pénal permette aux victimes de faire leur deuil, cette idée est erronée, voire insultante pour elles. »¹²⁶⁹ et accentuent au contraire les effets positifs de la réparation sur les condamnés, dont ils revalorisent l'estime personnelle et le sens de la responsabilité¹²⁷⁰. Parce qu'elle s'articule

¹²⁶⁷ D. BOONIN, *The problem of punishment*, Cambridge University Press, 2008, p. 260.

¹²⁶⁸ D. BOONIN, *The problem of punishment*, Cambridge University Press, 2008, p. 261. V. *Supra* n°268.

¹²⁶⁹ M. DUBEC, Psychiatre, cité par C. LAZERGES, « Chapitre XI. L'indemnisation n'est pas la réparation », in G. GIUDICELLI-DELAGE (Dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*. Presses Universitaires de France, 2008, pp. 228-246.

¹²⁷⁰ « La compensation nécessite un rôle actif et source d'efforts de la part du délinquant. Elle est socialement constructive, contribuant ainsi à l'estime de soi du délinquant. Elle est liée à l'infraction et peut ainsi réorienter les pensées qui ont motivé l'infraction. Elle est réparatrice, reconstituante, et peut en fait laisser la situation dans un meilleur état qu'elle ne l'était avant le crime, tant pour le criminel que pour la victime ». A. EGLASH, "Creative restitution: A broader meaning for an old term" *Journal of Criminal law and Criminology*, 48, 1958, pp. 619-622.

autour *du choix* et de la *créativité*, la compensation – véritable talion – autorise ce que la peine a toujours interdit, effacer le passé, considérer le présent¹²⁷¹ et accompagner l'avenir¹²⁷².

326. Le rituel du choix et du prononcé de la pénalité maintenant profané, reste à envisager celui de son exécution par le sacrifice du condamné.

Section 2. De l'impératif sacrificiel à la solidarité

327. Parce que le criminel dépasse la frontière qui le sépare du divin, parce qu'il l'a offensé et pour apaiser sa colère, celui-ci doit être sacrifié. Mais c'est oublier que le sacrifice est toujours celui d'une victime innocente qui se contente d'incarner les tensions générées par une structure sociale donnée (§1). C'est aussi s'interdire de voir que nos sociétés sont moins fondées sur la violence que sur l'altérité (§2).

¹²⁷¹ Pour M. Van DE KERCHOVE, le style rétributif, s'il est parfaitement traduit par la peine, peut également s'actualiser dans un sens positif « dans la mesure dans la mesure où une approche rétributive du conflit n'implique pas seulement de condamner l'illicéité, mais encore de reconnaître positivement la licéité d'un comportement ou d'une situation contestée par autrui, en tranchant le conflit "au bénéfice" d'une des parties et en admettant le "bien-fondé" de sa prétention. En ce sens, la reconnaissance pure et simple d'un droit, d'une qualité ou d'un statut contesté par autrui traduit incontestablement aussi une approche rétributive du conflit.» (M. VAN DE KERCHOVE, « Médiation et législation », in *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Publication de l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 1992, p. 333) Un mode compensateur « pur » devrait donc être étranger à toute idée de faute et « exclusivement centré sur la considération du dommage créé, telles que des régimes de responsabilité purement objective, concrétisent parfaitement un tel modèle » (p. 335), car *la considération de l'illicite* renvoie nécessairement au modèle rétributif dans sa conception élargie, lequel met l'accent sur « la valeur positive ou négative de l'acte considéré en lui-même ». (p. 335). Pour une discussion similaire, V. Ph. JESTAZ, « la sanction ou l'inconnue du droit », in F. RIGAUD et G. HAARSCHER par P. VASSART, (Dir.), *Droit et Pouvoir*, t.1, « La validité », Bruxelles, 1987, p. 254 et 258 et M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, 1960, p. 113, auxquels M. Van DE KERCHOVE renvoie.

¹²⁷² « On voit combien la réparation représente un changement de logique relativement à notre culture ("surveiller et punir"), mais aussi un pari exigeant plutôt qu'une posture sentimentale. C'est seulement s'il s'est "reconstruit" en traversant une expérience concrète que le coupable peut avoir envie d'acquitter complètement sa dette, jusqu'aux excuses. Un bon savon, un bon sermon, une simple punition, peuvent faire s'amender un fautif occasionnel mais pas un récidiviste, qui puisera dans cette morale administrée une force décuplée pour recommencer, convaincu qu'il est déjà que l'autre (la société, l'éducateur...) veut lui faire perdre la face. Nous souffrons de voir le fautif léger, inconscient, oublieux. Mais rappeler les faits et leurs conséquences, énoncer la mesure est une chose ; exiger la prise de conscience (de mauvaise conscience) en est une autre. Tout en posant fermement le cadre et ses obligations, nous avons intérêt à nous montrer sobres. La logique de la réparation est à l'opposé de celle du bon ou du mauvais point, de la carotte et du bâton. Même si elle est imposée sans choix quant à son contenu, elle doit paradoxalement, au moment de l'expérience elle-même, faire oublier la faute. C'est le plaisir sans mélange de créer et de donner qui est le premier moteur. » F. HEBERT, « La sanction constructive », *Les Chemins de l'éducatif*, Dunod, 2014, pp. 393-424.

§1. *Le désir mimétique*

328. Du désir à la vengeance mimétique, c'est un lieu commun anthropologique que de désigner la violence comme fondatrice du social (A), par le rituel sacrificiel d'un bouc émissaire caractéristique (B) dont la fonction est moins de rétablir durablement la paix au sein d'une société que d'éviter la révolution de ses structures de pouvoir (C).

A. La violence fondatrice

329. Les fonctions symbolique et rétributive de la peine entretiennent chacune une relation plus ou moins directe avec le crime. Dans le premier cas, il s'agit de réaffirmer les valeurs sociales que le geste criminel a méprisées, dans le second, de rétablir l'équilibre moral qu'il a perturbé. Une troisième fonction sacrée du châtement est souvent invoquée pour témoigner de la nécessité du système pénal, sa *fonction cathartique* : la peine doit *purifier* la société des violences intestines qui la traversent et en menacent l'intégrité. Dans cette dernière hypothèse, le criminel tient un rôle fondamental – pour ne pas dire *fondateur* – puisqu'il est l'objet sur lequel se fixent les sentiments violents que son exclusion doit permettre de neutraliser. Le crime, néanmoins, n'est plus la cause mais seulement le prétexte de son *sacrifice*.

330. Anthropologue autodidacte, René GIRARD consacre plusieurs ouvrages à la recherche des significations de la violence, de ses modes d'expression et des moyens qu'ont mis en place les hommes, depuis les premières sociétés, afin d'en contenir les effets. Car, c'est le postulat de l'auteur, la violence existe à l'état latent dans toutes les sociétés humaines, non du fait d'un « instinct de violence » qui voudrait que les hommes soient biologiquement déterminés à s'entretuer¹²⁷³, mais en raison du processus même de leur socialisation :

« Une fois que ses besoins primordiaux sont satisfaits, et parfois même avant, l'homme désire intensément, mais il ne sait pas exactement quoi, car c'est l'être qu'il désire, un être dont il se sent privé et dont quelqu'un d'autre lui paraît pourvu. Le sujet attend de cet *autre* qu'il lui dise ce qu'il faut désirer, pour acquérir cet être. Si le modèle, déjà doté, semble-

¹²⁷³ « On sait aujourd'hui que les animaux sont individuellement pourvus de mécanismes régulateurs qui font que les combats ne vont presque jamais jusqu'à la mort du vaincu. A propos de tels mécanismes qui favorisent la perpétuation de l'espèce, il est légitime, sans doute d'utiliser le mot instinct. Mais il est absurde, alors, de recourir à ce même mot pour désigner le fait que l'homme, lui, est privé de semblables mécanismes ». R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Grasset, 1972, p. 203.

t-il, d'un être supérieur désire quelque chose, il ne peut s'agir que d'un objet capable de conférer une plénitude d'être encore plus totale. Ce n'est pas par des paroles, c'est par son propre désir que le modèle désigne au sujet l'objet suprêmement désirable. Nous revenons à une idée ancienne mais dont les implications sont peut-être méconnues ; le désir est essentiellement *mimétique*, il se calque sur un désir modèle ; il élit le même objet que ce modèle [...] La rivalité n'est pas le fruit d'une convergence accidentelle des deux désirs sur le même objet. *Le sujet désire l'objet parce que le rival lui-même le désire*. En désirant tel ou tel objet le rival le désigne au sujet comme désirable. Le rival est le modèle du sujet, non pas tant sur le plan superficiel des façons d'être, des idées, etc, que sur le plan plus essentiel du désir. »¹²⁷⁴

331. L'Homme bien que porté par son désir ignore ce qui doit en être l'objet. Il cherche alors dans l'Autre, son double, un modèle – s'il désire cette chose, alors elle doit être désirable, je vais moi aussi la désirer et espérer ainsi apaiser le sentiment de manque qui motive mon existence. Mais de modèle, l'autre devient nécessairement *rival*, puisqu'alors un même objet se trouve deux fois convoité : « Toute *mimesis* [imitation] portant sur le désir débouche automatiquement sur le conflit. »¹²⁷⁵, et donc sur la violence. Or, la violence elle-même est *contagieuse*, son acte premier entraîne sa « propagation désordonnée »¹²⁷⁶ par l'effet du cercle vicieux de la *vengeance* – celui qui été frappé est vengé par sa communauté, le bourreau initial devenant alors victime de représailles, il doit donc à son tour être vengé par son propre clan, etc... Dans la théorie girardienne, la violence est donc « toujours une violence du même et de l'identité, et non pas, comme nous le pensons trop souvent, une violence basée sur le refus de la différence »¹²⁷⁷. La crise sociale dont le désir mimétique est le moteur est ainsi une crise de *l'indifférenciation* dont la résolution appelle la désignation d'un « double monstrueux »¹²⁷⁸ à éliminer, pour que le soit avec lui le désir de violence qu'il personnifie. Le sacrifice d'une *victime émissaire*, choisie en fonction de caractéristiques spécifiques lui permettant d'incarner l'ambivalence d'un Autre-Semblable¹²⁷⁹, doit permettre de mettre fin au cycle de la violence

¹²⁷⁴ R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Grasset, 1972, pp. 204-205.

¹²⁷⁵ R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Grasset, 1972, p. 205.

¹²⁷⁶ R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Grasset, 1972, p. 51.

¹²⁷⁷ S. VINOLO, « Différer le mal : la logique du bouc émissaire », *Sens-Dessous*, vol. 9, no. 2, 2011, pp. 56-66.

¹²⁷⁸ R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Grasset, 1972, p. 375.

¹²⁷⁹ « Il ne faut pourtant pas conclure de ce qui précède que la victime émissaire doit être perçue comme simplement étrangère à la communauté. Elle ne fait qu'un avec le double monstrueux. Elle a abordé toutes les différences et, notamment, la différence entre le dedans et le dehors ; elle passe pour circuler librement de l'intérieur à l'extérieur. Elle constitue donc, entre la communauté et le sacré, à la fois le trait d'union et de séparation. Pour être à même

avant que celui-ci n'entraîne l'implosion de la communauté. Par l'effet du sacrifice, la *réciprocité violente* – la vengeance – est changée en *unanimité violente* : « la victime réellement immolée détourne la violence de ses objets les plus "naturels" qui sont à l'intérieur de la communauté »¹²⁸⁰. De ce qui précède, GIRARD déduit le caractère *fondateur* de la violence : si la violence est destruction, elle est aussi ce qui fait naître le rituel du sacrifice, et avec lui les mythes, les interdits et les lois qui forment la culture et « confèrent aux hommes leur humanité »¹²⁸¹. Il en déduit également – et ceci intéresse directement notre étude – le caractère essentiel des rituels de purification sans lesquels le virus de la vengeance contaminerait l'ensemble du corps social ; fonction de *catharsis* aujourd'hui occupée par le système pénal, qui « *faisant croire* » à une différence de nature entre la pénalité et la vengeance qu'il rationalise par le formalisme juridique, « *peut tromper durablement la violence* »¹²⁸². Si l'auteur constate l'efficacité de l'outil répressif dans sa fonction de purification, il n'en demeure pas moins conscient des risques que celui-ci fait peser, à son tour, sur la communauté :

« Le système judiciaire et le sacrifice ont donc en fin de compte la même fonction mais le système judiciaire est infiniment plus efficace. Il ne peut exister qu'associé à un pouvoir politique vraiment fort. Comme tous les progrès techniques, il constitue une arme à double tranchant, d'oppression aussi bien que de libération, et c'est bien ainsi

de représenter cette victime extraordinaire, la victime rituelle, idéalement, devrait appartenir à la fois à la communauté et au sacré. On comprend maintenant pourquoi les victimes rituelles sont presque toujours empruntées des catégories non pas franchement extérieures, mais marginales, esclaves, enfants, bétails, etc. Nous avons vu plus haut que cette marginalité permet au sacrifice d'exercer sa fonction. » R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Grasset, 1972, p. 375.

¹²⁸⁰ R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Grasset, 1972, p. 146.

¹²⁸¹ « Nous avons d'abord repéré la fonction cathartique du sacrifice. Nous avons ensuite défini la crise sacrificielle comme perte de cette fonction cathartique et de toutes les différences culturelles. Si la violence unanime contre la victime émissaire met vraiment fin à cette crise, il est clair qu'elle doit se situer à l'origine d'un nouveau système sacrificiel. Si la victime émissaire peut seule interrompre le processus de déstructuration, elle est à l'origine de toute structuration. [...] Nous avons d'ores et déjà de sérieuses raisons de penser que la violence contre la victime émissaire pourrait bien être radicalement fondatrice en ce sens qu'en mettant fin au cercle vicieux de la violence, elle amorce du même coup un autre cercle vicieux, celui du rite sacrificiel, qui pourrait bien être celui de la culture tout entière. S'il en est ainsi, la violence fondatrice constitue réellement l'origine de tout ce que les hommes ont de plus précieux et tiennent le plus à préserver. C'est bien là ce qu'affirment, mais sous une forme voilée, transfigurée, tous les mythes d'origine qui se ramènent au meurtre d'une créature mythique par d'autres créatures mythiques. Cet événement est perçu comme fondateur de l'ordre culturel. De la divinité morte proviennent non seulement les rites mais les règles matrimoniales, les interdits, toutes les formes culturelles qui confèrent aux hommes leur humanité. » R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Grasset, 1972, p. 135.

¹²⁸² R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Grasset, 1972, p. 43 ; « Si notre système nous paraît plus rationnel c'est, en vérité, parce qu'il est plus strictement conforme au principe de vengeance. L'insistance sur le châtement du coupable n'a pas d'autre sens. Au lieu de travailler à empêcher la vengeance, à la modérer, à l'éluder, ou à la détourner sur un but secondaire, comme tous les procédés proprement religieux, le système judiciaire rationalise la vengeance, il réussit à la découper et à la limiter comme il l'entend ; il la manipule sans péril ; il en fait une technique extrêmement efficace de guérison et, secondairement, de prévention de la violence. » p. 40.

qu'il apparaît aux primitifs dont le regard, sur ce point, est sans doute plus objectif que le nôtre. »¹²⁸³

332. Dans la continuité des travaux de GIRARD, un autre auteur s'attache à exposer les nombreux parallèles entre les caractéristiques de la victime émissaire et celles du criminel.

B. Le bouc émissaire

333. L'ouvrage de Christian-Nils ROBERT s'ouvre sur le constat répété de l'inadéquation du système pénal à ses finalités¹²⁸⁴. Sa persistance doit donc s'expliquer autrement, comme d'ailleurs les mécanismes sur lesquels il repose. C'est ici que l'hypothèse de GIRARD intervient : s'il existe, comme le prétend l'anthropologue LEVI-STRAUSS, un nombre limité de combinaisons idéales selon lesquelles une société peut se structurer¹²⁸⁵, la nôtre se contente peut-être de reproduire en l'adaptant le modèle sacrificiel¹²⁸⁶. Or, si tel est le cas, il doit en principe exister une correspondance entre le criminel et la victime émissaire dont il incarne la figure contemporaine. La victime sacrificielle, nous l'avons dit, n'est jamais choisie au hasard. Sa désignation obéit à des règles qui supposent l'évaluation, plus ou moins consciente, de *rapports de force* :

« Aux fins de persécutions, certaines personnes sont préférables ; notamment celles qui ne peuvent répliquer, celles qui sont trop faibles, sans défense ou dépendant de leur agresseur. Ces caractéristiques sont alors souvent celles de minorités. Complexes conditions qui font tout

¹²⁸³ R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Grasset, 1972, p. 41.

¹²⁸⁴ L'auteur reproduit les mots de l'avocat T. LEVY, « On s'en serait aperçu avant l'intervention des philosophes des Lumières, si le but du droit pénal avait été effectivement de rétribuer, de punir ou de dissuader. Il était autre... » et du sociologue P. ROBERT, « Cette contestation réitérée du non-succès (des finalités affichées telles que dissuasion générale ou spéciale, traitement et réinsertion) ne conduit pas à se détourner des errements antérieurs. Elle s'accompagne au contraire d'une remarquable persistance... Comme si la finalité réelle était ailleurs ». C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, p. 39.

¹²⁸⁵ « Je suis persuadé que ces systèmes n'existent pas en nombre illimité, et que les sociétés humaines, comme les individus – dans leurs jeux, leurs rêves ou leurs délites – ne créent jamais de façon absolue, mais se bordent à choisir certaines combinaisons dans un répertoire idéal qu'il serait possible de reconstituer » C. LEVI-STRAUSS cité par C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, p. 45.

¹²⁸⁶ « L'un de ces modèles est précisément sacrificiel : la persécution, avec ses aspects archétypiques déjà relevés, et son universalisme protohistorique et historique, doivent être retenus comme figurant dans ce répertoire idéal et limité où puisent, depuis toujours, les communautés pour tracer les linéaments de leur ordre, de leur équilibre et de leur culture. » C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, p. 45.

de même appel à la rudimentaire réflexion : le fait de choisir une victime incapable de se venger »¹²⁸⁷.

334. Le bouc émissaire est un individu prédestiné à cette fonction du fait de son statut social. C'est tout le paradoxe de sa nature : ce sont ses *signes victimaires* qui font de lui l'incarnation du désir de violence sous les traits de *l'ennemi social*¹²⁸⁸. De victime en puissance, il devient coupable idéal d'un crime que toute une entreprise de *rationalisation* doit tâcher de faire passer pour la source exclusive de la crise sociale à l'origine du sacrifice :

« Il faut que les crimes imaginés par les persécuteurs soient tenus pour véridiques. [...] ce qui se réalise en quelque sorte par un raisonnement très approximatif et superficiel, si on le juge à l'aune des règles de la causalité et de la responsabilité. [...] L'immensité du désastre les [*les hommes*] déconcerte, mais il ne leur vient pas à l'esprit de s'intéresser aux causes naturelles ; l'idée qu'ils pourraient agir sur ces causes en apprenant à mieux les connaître demeure embryonnaire [...] La vérité littérale de l'accusation ne change rien. La représentation des persécuteurs reste irrationnelle. Elle invertit le rapport entre la situation globale de la société et la transgression individuelle. S'il existe entre les deux niveaux un lien de cause ou de motivation, il ne peut procéder que du collectif à l'individuel. La mentalité persécutrice se meut en un sens contraire. Au lieu de voir dans le microcosme individuel un reflet ou une imitation du niveau global, elle cherche dans l'individu l'origine et la cause de tout ce qui la blesse. Réelle ou non, la responsabilité des victimes subit le même grossissement fantastique. »¹²⁸⁹

335. Le sacrifice de la victime émissaire permet à la communauté de se dispenser d'une remise en question fondamentale de sa structure, de nature à engendrer la crise. Le rituel garantit ainsi son intégrité, au prix néanmoins de la vie du sacrifié comme de l'identification des causes

¹²⁸⁷ C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, pp. 60-61.

¹²⁸⁸ « Plutôt qu'à se blâmer eux-mêmes, les individus ont forcément tendance à blâmer soit la société dans son ensemble, ce qui ne les engage à rien, soit d'autres individus qui leur paraissent particulièrement nocifs pour des raisons faciles à déceler [...] Ce choix se porte sur des individus jugés particulièrement nocifs. Mais en réalité ce sont leurs signes victimaires qui désignent ces victimes à la persécution. » R. GIRARD, cité par C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, p. 71.

¹²⁸⁹ R. GIRARD, cité par C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, p. 71, 72 et 73.

véritables du conflit dont il fallait limiter la propagation. C'est dans l'élaboration conceptuelle de cette échappatoire collective que C.-N. ROBERT observe la proximité la plus nette entre les rituels du sacrifice et de la pénalité. Les criminels d'aujourd'hui ne sont pas différents des victimes émissaires d'hier. Ils appartiennent tous deux à « des catégories extérieures ou marginales, qui ne peuvent jamais tisser avec la communauté des liens analogues à ceux qui lient entre eux les membres de celle-ci »¹²⁹⁰. Le discours religieux servant à légitimer le sacrifice des secondes a simplement été remplacé par la dogmatique juridique sur laquelle s'appuie l'exclusion des premiers¹²⁹¹, la laïcisation du système pénal n'étant qu'un des vecteurs de rationalisation d'une fonction qui relève aujourd'hui encore du sacré¹²⁹². Toute la procédure criminelle à laquelle les théories du crime s'efforcent de donner une logique et un but rationnels suit en réalité « les étapes, les rôles, les règles, les décors du sacrifice »¹²⁹³ : *produire une vérité causale* de l'évènement pour *justifier une hostilité unanime* contre une victime qui devient coupable, *procéder à son exclusion*, et ainsi à celle, provisoire, du désir de violence des membres de la communauté afin que soit garantie sa *cohésion*¹²⁹⁴.

¹²⁹⁰ C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, p. 104.

¹²⁹¹ « L'une des difficultés foncières, en abordant le territoire où règne en maître le juriste, provient de l'ignorance crasse des observateurs extérieurs, à leur tour enclavé dans leur propre forteresse et menacés de ne rien voir de l'affaire institutionnelle, s'ils éludent de tenir le plus grand compte de cette science sacerdotale et sacrée qui leur est soigneusement cachée par l'opération logique de la culture. C'est pourquoi il faut d'emblée éviter de juger trop hâtivement les propos techniques en provenance des légistes, propos pouvant paraître fort simples, mais réellement énigmatiques » P. LEGENDRE, cité par C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, p. 114. L'auteur invoque au titre de ces propos énigmatiques, les concepts de *responsabilité* et de *culpabilité*.

¹²⁹² « C'est à la justice criminelle que nous voulons appliquer l'hypothèse d'un fonctionnement sacrificiel. Certes elle n'est point seule, parmi les institutions, à se prétendre laïque, tout en étant profondément rituelle et sacrificielle ; mais elle surtout choisit, accuse, exclut et rationalise éthiquement son comportement. Ses condamnés sont sacrifiés, à l'image de victimes émissaires. » C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, p. 74.

¹²⁹³ C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, p. 112.

¹²⁹⁴ Le processus résumé en plein texte est décrit si justement par C.-N. ROBERT qu'il nous paraît nécessaire d'en reproduire le contenu intégral. Il prend pour point de départ la garde à vue : « La privation de liberté est ensuite ponctuée de cérémonies destinées à recueillir les preuves matérielles de la culpabilité, parfois des éléments personnels pouvant, aux yeux des juges et dans la logique du droit, éclairer la condamnation et surtout obtenir les aveux. Tout est alors mis en œuvre pour distinguer, différencier et l'homme et ses actes : les intégrer au mieux dans des catégories préconstruites par le droit, puissamment relayé dans cette tâche par une criminologie naturaliste, dont l'un des rêves est encore de définir la dangerosité, limite extrême et sublime de l'argumentation d'exclusion. L'essentiel de cette tâche pourrait être l'établissement de la culpabilité. C'est théoriquement juste. Il semble toutefois que les efforts judiciaires se portent avant tout sur la construction d'une vérité crédible, d'une "vérité indubitable aux yeux de la communauté", pour reprendre les mots de R. Girard, vérité dont le pilier est constitué par une bonne victime ; la victime parfaite est celle qui avoue. Telle est la forme du consentement au sacrifice judiciaire. Ce n'est donc pas sans raisons que le procès pénal s'acharne sur la personnalité du coupable ; ses justifications, pour ce faire, se fondent sur le désir toujours invoqué, de mieux comprendre l'acte et de choisir la peine à la mesure de l'homme. Deux rêves, deux mauvaises raisons : au mieux deux formalités. Tenter de comprendre l'acte n'a guère de sens parce qu'il est précisément soumis à une lecture de répression, totalement incompatible avec une lecture de compréhension. Le sens vécu par le coupable a peu de chances de coïncider avec celui du juge et le tribunal pénal est comme prédestiné à l'emploi et à l'abus du sens substitué. Quant à la compréhension de l'homme pour la mesure de sa peine, il s'agit là d'une justification à laquelle on ne peut guère faire crédit. Le monde clos de l'exécution des peines, et la prison en particulier, ne sont pas des mondes de distinctions, mais de réductions : l'individualisation de la peine, utopie pénitentiaire, est un lieu commun plus

336. L'ouvrage de C.-N. ROBERT s'achève sur la conviction de l'auteur : le système pénal contemporain n'est que le degré le plus abouti de la rationalisation des persécutions collectives, visant depuis l'époque des sociétés primaires à canaliser par la violence sacrificielle, la violence fondatrice du social. L'ensemble du processus repose néanmoins sur l'exercice d'un double *pouvoir*. Le premier est celui, localisé, de la *contrainte étatique*, contre lequel GIRARD avait déjà averti des dangers. Le second est celui, diffus, qui permet d'instaurer la relation de *domination sociale* à l'origine des caractères victimaires du bouc émissaire, relation « intimement liée au processus de création de notre droit pénal »¹²⁹⁵.

337. Il nous semble néanmoins nécessaire de rechercher l'existence d'un troisième pouvoir, qui serait en fait la cause et la conséquence des deux premiers, et qui tient à la détermination de *l'ordre social* en contrepoint duquel est révélée la crise sacrificielle.

C. La consolidation de l'ordre social

338. Si la fonction du bouc émissaire est de garantir l'intégrité structurelle de la société, reste en suspens le point de savoir le type de structure dont il assure la pérennité. La question n'est pas anodine puisque de l'organisation sociale dépendent les relations du pouvoir qui orientent le rituel cathartique assuré par le système pénal. C'est certainement parce qu'il souhaite accorder une importance particulière à ces rapports de force fondateurs que N. CHRISTIE remplace la sémantique sacrificielle du bouc émissaire par celle, guerrière, de « l'ennemi commode »¹²⁹⁶. Les caractéristiques des populations désignées sont néanmoins tout à fait similaires, tout comme la fonction que leur répression exerce : attirer l'attention du public sur les comportements individuels des groupes marginalisés, au détriment des causes structurelles des crises sociales. Car, l'auteur le rappelle, « les problèmes sociaux sont ce que

fréquent dans le discours philanthropique que dans la prison elle-même. Les raisons profondes justifiant cette centralisation toujours pathétique sur la personnalité sont ailleurs. L'innocence singulière doit se dissiper au profit d'une culpabilité générale. » C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, pp. 134-135.

¹²⁹⁵ C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, p. 156.

¹²⁹⁶ N. CHRISTIE, « Suitable enemies », in H. BIANCHI et R. Van SWAANINGEN, *Abolitionism, towards a non-repressive approach to crime*, Amsterdam : Free University Press, 1986, pp. 41-55 ; La traduction est empruntée à Loïc WACQUANT, qui propose une application édifiante de l'hypothèse de CHRISTIE à la politique criminelle française et son ciblage particulier des populations racialisées. L. WACQUANT, « Des "ennemis commodes" », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 129, septembre 1999, pp. 63-67. V. *Supra* n°188.

les gens voient comme des problèmes »¹²⁹⁷ et l'une des démonstrations les plus univoques du pouvoir réside dans sa capacité à affirmer pour l'ensemble, en dépit des opinions contraires, ce qui relève ou non de son exercice – ce qui est ou non un problème social, et qui en est le responsable.

339. Partant de ce double pouvoir de définition, CHRISTIE évoque cinq caractéristiques – ou « signes victimaires » dans le langage girardien – communes aux ennemis commodes à qui la société doit déclarer la guerre – ou qu'elle doit sacrifier. La première est qu'il ne doit pas appartenir à un groupe dominant, puisque de sa désignation ne doit pas résulter une menace pour le pouvoir en place. La deuxième est qu'il doit présenter des caractéristiques extérieures qui le font facilement passer pour un individu dangereux, monstrueux suscitant une émotion vive, et donnant donc prétexte à une réaction forte. La troisième est que bien qu'appartenant à un groupe dominé il doit avoir l'air fort et puissant pour que les gens se sentent un devoir de loyauté envers les institutions qui le combattent. La quatrième est qu'il ne doit jamais pouvoir être tué réellement, « les guerres menées par des experts professionnels contre des cibles floues et vaguement définies sont les plus commodes. Dans ces situations, des ennemis peuvent être définis de façon à ce que les cibles soient incluses ou exclues en fonction des besoins. »¹²⁹⁸. La cinquième et dernière caractéristique est qu'il doit avoir une « valeur symbolique » importante, non seulement comme danger social mais comme mal incarné, comme atteinte à des valeurs fondamentales : « plus il est diabolisé, plus l'ennemi peut unir et dissoudre les autres conflits au sein d'une société »¹²⁹⁹. À condition de posséder ces caractères, la victime émissaire ou l'ennemi commode peut être *n'importe qui*, la seule chose important aux autorités qui le désignent étant sa capacité à faire diversion au profit du maintien des structures en place¹³⁰⁰. Si

¹²⁹⁷ N. CHRISTIE, « Suitable enemies », in H. BIANCHI et R. Van SWAANINGEN, *Abolitionism, towards a non-repressive approach to crime*, Amsterdam : Free University Press, 1986, p. 41.

¹²⁹⁸ N. CHRISTIE, « Suitable enemies », in H. BIANCHI et R. Van SWAANINGEN, *Abolitionism, towards a non-repressive approach to crime*, Amsterdam : Free University Press, 1986, p. 42.

¹²⁹⁹ N. CHRISTIE, « Suitable enemies », in H. BIANCHI et R. Van SWAANINGEN, *Abolitionism, towards a non-repressive approach to crime*, Amsterdam : Free University Press, 1986, p. 43.

¹³⁰⁰ « Nous pensions cet individu coupable de nos problèmes et, de fait, lorsque nous l'expulsons violemment, nos problèmes disparaissent avec lui. Nous pourrions donc légitimement croire que nous avons raison dans notre accusation première. Puisque la violence disparaît avec lui, c'est bien que c'est lui qui la portait et qui en était la cause. Et pourtant, en décortiquant la logique du bouc émissaire, nous savons désormais que cette auto-réalisation repose sur un aveuglement fondamental. Les lyncheurs sont toujours incapables de voir que la violence qu'emporte avec lui le bouc émissaire n'est pas celle qu'il avait amenée dans le groupe, mais au contraire celle du groupe lui-même. Le groupe ne se protège donc pas d'une violence extérieure, mais expulse sa propre violence à l'extérieur de lui. La difficulté que nous avons tous de voir nos propres boucs émissaires est donc pleinement explicable puisque, lors du déplacement de la différence ou de l'expulsion, l'efficacité redoutable du mécanisme nous voile à la fois l'innocence de la victime, mais aussi le fait que celle-ci pourrait être, puisque seule compte son expulsion, littéralement *n'importe qui*, comme l'écrit Pierre Pachet : le premier venu. » S. VINOLO, « Différer le mal : la logique du bouc émissaire », *Sens-Dessous*, vol. 9, no. 2, 2011, pp. 56-66.

elle est n'importe qui, la victime-ennemi est aussi celle qui commet *n'importe quoi*, la gravité prétendue de sa faute étant de toute façon limitée à un pur effet de violence – et non cause fondamentale de celle-ci, puisque la violence naît de la structure sociale, et non du comportement individuel – et soumise à l'arbitraire – voire à l'injustice¹³⁰¹ – de sa définition par le pouvoir.

340. Suivant le même glissement que celui effectué par FOUCAULT lors de sa leçon inaugurale au Collège de France, l'on finit par quitter le domaine sacré de l'anthropologie – chez lui, le modèle de l'*anthropémie* défendu par LEVI-STRAUSS¹³⁰² – pour entrer dans celui de l'Histoire, et l'étude de la transformation du rapport d'autorité à l'origine de l'exclusion du déviant en un contenu scientifique et rationnel, en un discours légitimant l'autorité même à l'origine de l'exclusion – *le savoir-pouvoir*¹³⁰³. L'échec de la structure sociale que cristallise la violence fondatrice – les inégalités à l'origine du crime – permet donc, paradoxalement, d'en renforcer l'architecture par la violence sacrificielle – le pouvoir étatique à l'origine de la pénalité. Le fondement du droit de punir relèverait donc bien du sacré, moins par essence néanmoins que par finalité :

¹³⁰¹ « Sous tous les cieus, les humains scandalisés de voir l'éternelle injustice du monde, l'innocent maltraité par la vie, le joyeux scélérat prospérer et mourir tranquille, ont cherché à rétablir dans le séjour des ombres l'impossible équité. Mais l'au-delà est sans pitié. Des macérations épouvantables étaient censées apaiser les êtres suprêmes que ce soit chez les Sioux, en Indonésie musulmane ou dans les carmels français. Pas une religion pour sauver l'autre lorsqu'il est question des supplices réservés aux damnés. Chez les Scythes, les Aztèques, les Vikings, au fin fond de Bornéo ou du Malawi, à toutes les époques, sous toutes les latitudes, les dieux réclament vengeance. Nul besoin d'être coupable d'ailleurs pour attirer leur fureur. C'est assez d'être. Ainsi naît la tragédie. Tout châtement s'inscrit dans cette volonté irrationnelle de se soumettre au tragique. À l'origine, le coupable est celui que les dieux ou le destin désignent comme tel indépendamment même de la faute. Œdipe fait un coupable idéal : il n'est pas dit pourquoi il n'avait pas le droit de coucher avec sa mère, pas dit non plus pourquoi tout le monde avait trouvé très bien qu'il tue l'insolent malotru qui lui barrait la route, mais que ce meurtre est devenu faute quelques années plus tard quand on apprend qu'il s'agissait de son père. On n'explique pas parce que le propre du tabou est d'être affirmé et non raisonné. Œdipe est condamné par ses fils à renoncer à son pouvoir et à rester enfermé dans le palais. Auparavant le roi déchu s'est crevé les yeux. On dit peut-être un peu vite que c'est pour se punir. Pour se punir, il eût fallu qu'il se sentît coupable. Son geste n'est-il pas plutôt l'expression du comble de son désespoir face à l'injustice des dieux ? » C. BAKER, *Pourquoi faudrait-il punir ?* Tahin Party, 2004, p. 9.

¹³⁰² Selon LEVI-STRAUSS, il existerait deux modèles sociaux de réaction à déviance : l'exclusion (*Anthropémie*) et l'assimilation (*Anthropophagie*). Dans le premier cas, l'individu est exclu de la communauté afin qu'en cesse la menace ; dans le second, il est ingéré par elle – littéralement, dans l'hypothèse des sociétés cannibales – pour la renforcer. Or, FOUCAULT se méfie de cette dichotomie qui semble postuler « un consensus social qui rejette, alors que derrière cela il y a peut-être un certain nombre d'instances parfaitement spécifiées, par conséquent définissables, de pouvoir qui sont responsables du mécanisme de l'exclusion ». Par ailleurs, et toujours selon lui, le processus d'exclusion n'est pas opposable à celui d'assimilation, puisque l'exclusion de l'individu a comme conséquence le renforcement du pouvoir à l'origine de l'exclusion, ce qui est aussi l'effet recherché du modèle de l'assimilation. M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 3 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 5.

¹³⁰³ C'est toute la problématique de l'auteur en effet : « Quelles formes de pouvoir se trouvent effectivement jouées pour qu'aux infractions qui mettent en cause ses lois, ses règles, son exercice, il réponde par des tactiques telles que l'exclusion, la marque, le rachat ou l'enfermement ? » M. FOUCAULT, *La société punitive*, Leçon du 3 janvier 1973, Gallimard, 2013, p. 13. V. *Supra* n°148 et s.

« Je soupçonne un petit peu qu'aux yeux de Dieu, les péchés les plus graves apparaissent rarement comme des infractions judiciaires : les défauts d'affection, les injustices profondes, la façon dont on peut briser la vie d'autrui par des silences, des omissions, des habitudes de carrière, c'est probablement beaucoup plus grave pour détruire la vocation d'autrui que certains crimes qui sont probablement des sous-produits du péché des autres. Je chercherais plus volontiers le péché dans ce sens vindicatif de la foule qui demande des têtes, parce qu'au fond, elle purge sa propre culpabilité en la déplaçant sur d'autres. On peut dire en quelque sorte que le criminel est un délégué au péché de tous. Peut-être est-ce là que pourrait servir la notion de criminalité : quand on voit qu'une société se paye une criminalité régulière et constante, c'est un signe d'échec de la société : elle compense son échec en punissant les coupables qui sont comme les délégués à son propre mal de structure.»¹³⁰⁴

341. *L'impératif sacrificiel* ne serait donc pas identique à chaque société, à toute organisation sociale et répartition des pouvoirs. Certaines structures, plus malades que d'autres, interdiraient la résolution pacifique des conflits, en provoquant sciemment le désir mimétique à l'origine de la violence et en refusant de sacrifier l'objet véritable du conflit pour en réduire la fréquence ou l'intensité. C'est le cas, cela va sans dire, de la société capitaliste de consommation, fondée sur les rapports de force, de hiérarchie et de domination, où « les règles ne sont pas établies pour interdire les situations d'envie et de rivalité. Elles sont établies à la place pour interdire certaines méthodes utilisées pour satisfaire ces besoins d'acquisition, qui sont eux-mêmes encouragés à fleurir. »¹³⁰⁵. D'autres, au contraire, s'appuieraient sur une autre socialité et donneraient lieux à d'autres rites, fondés non plus sur la violence mais sur la *fécondité*. La philosophe et linguiste Luce IRIGARAY propose ainsi une relecture féministe de l'hypothèse girardienne et constate que la société sacrificielle est avant tout une société *patriarcale*, dont « les structures, les catégories, les initiations, les règles et utopies » sont masculines, « depuis des siècles »¹³⁰⁶. Le sacrifice fondateur lui-même correspondrait au modèle de sexualité masculine décrit par FREUD : « tension, décharge, retour à

¹³⁰⁴ P. RICOEUR, « Le droit de punir », *Cahiers de Villémétie*, n° 29, 1962, p. 11.

¹³⁰⁵ C. DEBUYST, "The negotiation of conflicts and the resistances which are revealed", in J. BLAD, H. Van MASTRIGHT, N. A. UILDRIKS, (Dir.) *The criminal justice system as a social problem : an abolitionist perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987, p. 196.

¹³⁰⁶ L. IRIGARAY, *Sexe et parentés*, Les éditions de minuit, 1987, p. 89.

l'homéostasie »¹³⁰⁷. Prenant pour objet l'animal ou l'humain, il masquerait en réalité un sacrifice plus grand et plus grave encore, celui du végétal et de la coexistence paisible avec les rythmes de la nature :

« Chaque fois que l'homme, les hommes, veulent bâtir un ordre économique au mépris de la terre, cet ordre devient stérile, répressif, destructeur. *Le sacrifice de la fécondité ne serait-il pas le primordial sacrifice ?* Cela aboutit à une superstructure économique (dénommée à tort infrastructure) non respectueuse de l'infrastructure de la fécondité naturelle. Selon cet ordre, bon nombre d'aberrations économiques ont lieu : certaines terres ne sont pas cultivées, une partie des produits de la terre est jetée, une partie du monde a faim même dans des pays ou un univers industrialisé. Pour quelle monnaie ? Car il s'agit bien *d'une inadéquation d'un étalon-monnaie et d'une valeur utile* : les produits de la terre nécessaires à la nourriture, au vêtement, au logement. Aujourd'hui, il arrive que les produits et la capacité productrice de la terre soient anéantis pour l'inflation d'une monnaie sans couverture. »¹³⁰⁸

342. Le rituel de purification du désir mimétique ne serait donc pas un impératif anthropologique, une constante humaine et nécessaire à toute socialité. Il serait contingent d'un type de structure particulier, édifée sur la domination de la nature et des femmes, « *moins un d'une société qui se veut une* »¹³⁰⁹ – de la fécondité. C'est donc par la réintégration de ces figures profanes au domaine du sacré que l'on pourrait espérer faire naître un ordre social qui n'aurait plus besoin de la violence pour se fonder¹³¹⁰.

§2. *L'éthique de l'Altérité*

343. La nouvelle « religion profane » – c'est-à-dire l'éthique – que la dissipation des fausses représentations alimentées par l'impératif sacrificiel permet de révéler n'est pas à

¹³⁰⁷ L. IRIGARAY, *Sexe et parentés*, Les éditions de minuit, 1987, p. 90.

¹³⁰⁸ L. IRIGARAY, *Sexe et parentés*, Les éditions de minuit, 1987, p. 95.

¹³⁰⁹ L. IRIGARAY, *Sexe et parentés*, Les éditions de minuit, 1987, p. 93.

¹³¹⁰ « Peut-être cela signifie-t-il de reconnaître que nous sommes encore et toujours ouverts au monde et à l'autre du fait que nous sommes vivants et sensibles, soumis au temps et aux rythmes de l'univers, univers dont nous partageons certaines propriétés, différentes suivant que nous sommes hommes ou femmes » L. IRIGARAY, *Sexe et parentés*, Les éditions de minuit, 1987, p. 102.

construire : elle est déjà profondément ancrée dans nos sociétés, dans notre découverte de l'altérité (A), dans notre besoin de l'Autre (B) et dans la responsabilité que nous nous imposons vis-à-vis de lui (C).

A. La rencontre de l'Autre

344. Là où GIRARD voit dans la rencontre de l'Autre la naissance du désir mimétique et de la violence fondatrice, le philosophe Emmanuel LEVINAS décèle au contraire dans l'expérience de son visage la genèse de l'*éthique*. Le mouvement effectué vers lui, le rapprochement et la coopération auxquels il invite, est ce qui fonde le sentiment de *responsabilité* envers autrui¹³¹¹. Les principes abstraits et généraux de moral ne déterminent pas la relation, l'Autre, par sa vulnérabilité, est au contraire la source de « la justice bien ordonnée »¹³¹². La nudité de son visage, de ses yeux, loin d'inviter à la violence, est au contraire ce qui en détourne :

« Le visage est signification, et signification sans contexte. Je veux dire qu'autrui, dans la rectitude de son visage, n'est pas un personnage dans un contexte. D'ordinaire, on est un "personnage" : on est professeur à la Sorbonne, vice-président du Conseil d'État, fils d'untel, tout ce qui est dans le passeport, la manière de se vêtir, de se présenter. Et toute signification, au sens habituel du terme, est relative à un tel contexte : le sens de quelque chose tient dans sa relation à autre chose. Ici, au contraire, le visage est sens à lui seul. Toi, c'est toi. En ce sens, on peut dire que le visage n'est pas "vu". Il est ce qui ne peut devenir un contenu, que votre pensée embrasserait ; il est l'incontenable, il vous mène au-delà. [...] Au contraire, la vision est recherche d'une adéquation ; elle

¹³¹¹ À propos de la philosophie de LEVINAS, « L'expérience de l'autre est l'expérience de la proximité, elle est un appel à la responsabilité, dans la mesure où le visage de l'autre n'est pas seulement une manifestation plastique de l'humanité, mais aussi une demande de coopération qui exige l'abandon de son égoïsme. » V. RUGGIERO, *Penal abolitionism*, Oxford University Press, 2010, p. 98.

¹³¹² « La résistance éthique est la présence de l'infini. Si la résistance au meurtre, inscrite sur le visage, n'était pas éthique mais réelle – nous aurions accès à une réalité très faible ou très forte. Elle mettrait, peut-être, en échec notre volonté. La volonté se jugerait déraisonnable et arbitraire. Mais nous n'aurions pas accès à l'être extérieur, à ce qu'absolument, on ne peut ni englober, ni posséder, où notre liberté renonce à son impérialisme du moi, où elle ne se trouve pas seulement arbitraire, mais injuste. Mais, dès lors, Autrui n'est pas seulement une liberté autre ; pour me donner le savoir de l'injustice, il faut que son regard me vienne d'une dimension de l'idéal. Il faut qu'Autrui soit plus près de Dieu que Moi. Ce qui n'est certainement pas une invention de philosophe, mais la première donnée de la conscience morale que l'on pourrait définir comme conscience du privilège d'Autrui par rapport à moi. *La justice bien ordonnée commence par Autrui.* » E. LEVINAS, « La philosophie et l'idée de l'infini », *Revue de Métaphysique et de Morale*, Colin, 1957, n° 3, nous soulignons.

est ce qui par excellence absorbe l'être. Mais la relation au visage est d'emblée éthique. Le visage est ce qu'on ne peut tuer, ou du moins dont le sens consiste à dire : "tu ne tueras point". »¹³¹³

345. L'Autre est, dans la philosophie de LEVINAS, le fondement même de la subjectivité puisque nous sommes tous naturellement tournés vers lui. Nous nous construisons dans le rapport aux autres et par rapport à eux, l'identité *est* socialité. En ce sens donc, tout ce qui est attaché au sujet, sa Raison et sa morale, sa responsabilité « n'est pas un simple attribut de la subjectivité, comme si celle-ci existait déjà en elle-même, avant la relation éthique. »¹³¹⁴ : elle est puisée dans l'altérité. De ce rapport primordial et fondateur, LEVINAS déduit, à rebours des hypothèses de *guerre de tous contre tous*, « l'hospitalité pré-originnaire » et « la bonté anarchique »¹³¹⁵ – c'est-à-dire la paix sociale qui précède l'organisation étatique. Le philosophe alerte d'ailleurs sur l'ambivalence du politique : à la fois prolongement nécessaire de la relation à l'Autre – le « Nous » étatique –, l'État, par son universalisme – l'abstraction de la Nation – éloigne de l'expérience directe d'autrui¹³¹⁶. Il fait naître alors le risque de la tyrannie, de la guerre, par la violence même du politique qui « maltraite encore le visage en effaçant son unicité dans une généralité »¹³¹⁷. La paix doit transcender le politique, comme l'expérience du visage, le sujet et l'altérité, la justice. L'être social n'est pas le produit d'institutions et son rapport concret à l'autre doit au contraire les subordonner.

346. L'expérience de l'Autre est ce qui fonde *le sens de la responsabilité*. Réciproquement, sa reconnaissance est à l'origine du *sentiment de justice*. Le sociologue Jean KELLERHALS pense trouver en effet, sous la variété des images et représentations du juste une « constante anthropologique »¹³¹⁸, qui tiendrait moins à « l'équilibration de choses échangées »¹³¹⁹ qu'à la reconnaissance de l'autre, au respect, à l'identité :

¹³¹³ E. LEVINAS, *Ethique et infini*, Fayard, Biblio essais, pp. 79-81.

¹³¹⁴ E. LEVINAS, *Ethique et infini*, Fayard, Biblio essais, p. 104.

¹³¹⁵ J. DERRIDA, *Adieu à Emmanuel Levinas*, Galilée, 1997, p. 166.

¹³¹⁶ « La métaphysique ou rapport avec l'Autre, s'accomplit comme service et comme hospitalité. Dans la mesure où le visage d'Autrui nous met en relation avec le tiers, le rapport métaphysique de Moi à Autrui, se coule dans la forme du Nous, aspire à un État, aux institutions, aux lois qui sont la source de l'universalité. Mais la politique laissée à elle-même, porte en elle une tyrannie. Elle déforme le moi et l'Autre qui l'ont suscitée, car elle les juge selon les règles universelles et, par là même, comme par contumace. » E. LEVINAS, cité par J. DERRIDA, *Adieu à Emmanuel Levinas*, Galilée, 1997, p. 171.

¹³¹⁷ J. DERRIDA, *Adieu à Emmanuel Levinas*, Galilée, 1997, p. 172.

¹³¹⁸ J. KELLERHALS, « Relativisme et sociologie : le cas du sentiment de justice », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLI-126, 2003, consulté le 02.06.2021 ; V. également pour un approfondissement de la question, J. KELLERHALS *et al*, *Le sentiment de justice dans les relations sociales*, PUF, « Que sais-je ? », 1997.

¹³¹⁹ J. KELLERHALS, « Relativisme et sociologie : le cas du sentiment de justice », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLI-126, 2003, consulté le 02.06.2021.

« Cette reconnaissance de l'autre prend, à travers sociétés et situations, trois visages principaux. Dans certains cas, rendre justice, c'est avant tout viser un bien futur – de la personne ou du groupe. Est juste ce qui produit des conséquences heureuses. L'acteur est donc envisagé dans son projet, son devenir. Dans d'autres situations, rendre justice équivaut à reconnaître la volonté de l'acteur, valider son intention ou les actes qu'il a voulu poser. On est en quelque sorte dans le présent. Dans d'autres cas enfin, reconnaître la personne revient à valider ses origines, ses ancrages, voir en elle l'héritière d'une communauté et d'un statut. On est, si l'on peut s'exprimer ainsi, dans le passé. »¹³²⁰

347. Regarder l'Autre, faire l'expérience de son visage pour se sentir obligé par lui et le reconnaître ; tels seraient les quelques ingrédients de l'éthique et du juste. Dans cette configuration, le face à face est essentiel et la médiation de la balance, de l'économie, et donc du juge, accessoire. La norme de justice n'est plus le calcul d'une équivalence, mais « l'expression symbolique d'une relation »¹³²¹. En retour d'ailleurs, Jean KELLERHALS relève que la mise en place des conditions de possibilité d'une *solidarité objective* entre les personnes – et donc de leur reconnaissance mutuelle – est susceptible de faire naître la relation de parenté et de responsabilité que LEVINAS assimile à l'éthique¹³²².

348. Les intuitions du philosophe comme les observations du sociologue sont confortées par les recherches du psychiatre E. DE GREEFF, pour lequel le sentiment de justice est à rechercher en deçà et au-delà de ces expressions instinctives par lesquelles l'Homme est mené « là où le désire une organisation sociale ou politique quelconque. »¹³²³. Les réflexions du clinicien sur sa propre pratique l'amènent à formuler l'hypothèse d'une ambivalence fondamentale de l'Homme dans son rapport à l'Autre : semblable par la communauté de destin qui le rattache au sujet¹³²⁴, son cadre de référence personnel en fait également un être étranger

¹³²⁰ J. KELLERHALS, « Relativisme et sociologie : le cas du sentiment de justice », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLI-126, 2003, consulté le 22.10.2021.

¹³²¹ J. KELLERHALS, « Relativisme et sociologie : le cas du sentiment de justice », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLI-126, 2003, consulté le 22.10.2021.

¹³²² J. KELLERHALS, « Relativisme et sociologie : le cas du sentiment de justice », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLI-126, 2003, consulté le 22.10.2021.

¹³²³ E. DE GREEFF, cité par P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *APD*, vol. 26, « L'utile et le juste », 1981, p. 67.

¹³²⁴ « L'autre est semblable à moi, non pas au niveau des abstractions ou de la reconnaissance théorique de tout être humain comme un égal, mais au niveau beaucoup plus concret et plus profond de la reconnaissance d'une communauté de destin qui préexiste à la formation des rôles sociaux et des personnages qu'ils construisent. » F. Digneffe, « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. De Greeff », *Déviance et société*, Vol. 13, n°3, 1989, pp. 182-183.

à lui¹³²⁵. L'être humain doit donc, tout en prenant conscience de sa différence, reconnaître que « les hommes sont, par nature, liés les uns aux autres, que le groupe apporte à l'individu sécurité, confiance en soi et capacité de se réaliser. »¹³²⁶ – le degré d'intégration de l'Homme à la communauté étant largement influencé par les rapports que celui-ci a pu nouer, dès le plus jeune âge, avec ses parents. De cette ambivalence, DE GREEFF déduit deux conceptions du monde opposées, *de lui être relié* : l'une axée sur la sympathie, l'autre sur la défense¹³²⁷. Ces « tendances instinctives »¹³²⁸ sont mises à distance par le jeu de l'intelligence qui permet de les faire glisser d'une pulsion immédiate à une réflexion sur le futur. Par cette médiation, les tendances instinctives deviennent « structures affectives »¹³²⁹. Or, malgré la complexité des structures émotionnelles humaines, le psychiatre constate que, le plus souvent, « sous le couvert du besoin de justice, sévissent uniquement des processus instinctifs, qui ne sont pas inutiles et ne sont pas nécessairement blâmables, mais qui ne sont tout de même rien d'autre qu'une organisation de défense. »¹³³⁰, lesquels vont inconsciemment projeter un état de danger et provoquer en retour un sentiment d'angoisse. Ce sentiment, pour être atténué, entraîne généralement une double réaction du sujet : la première consiste en l'attribution d'une responsabilité ou « d'une intention méchante à l'auteur d'un préjudice subi »¹³³¹, la seconde en l'anticipation du danger projeté par la volonté « de régir par des lois, afin de pouvoir prévoir et réglementer ce qui peut se produire »¹³³². En somme donc, le système pénal obéit dans ses structures et sa rationalité au seul instinct de défense, qui n'est pas l'instinct de sympathie, et encore moins la structure affective du sujet. L'organisation sociale, en se fondant sur « le règne de la réglementation de la loi » plutôt que « celui de l'engagement et de la solidarité »¹³³³, exacerbat donc des pulsions hostiles qu'elle prétend « sentiment de justice ». En détournant le

1325 « Car malgré cette communauté de destin, il apparaît également que l'autre possède une manière particulière d'être sensible et de réagir qui est liée à son cadre de référence, à son histoire, de même qu'à ses aptitudes propres » F. DIGNEFFE, « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. De Greeff », *Déviance et société*, Vol. 13, n°3, 1989, p. 184.

¹³²⁶ F. DIGNEFFE, « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. De Greeff », *Déviance et société*, Vol. 13, n°3, 1989, p. 184.

¹³²⁷ F. DIGNEFFE, « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. De Greeff », *Déviance et société*, Vol. 13, n°3, 1989, p. 188.

¹³²⁸ E. DE GREEFF, cité par F. DIGNEFFE, « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. De Greeff », *Déviance et société*, Vol. 13, n°3, 1989, p. 189.

¹³²⁹ E. DE GREEFF, cité par F. DIGNEFFE, « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. De Greeff », *Déviance et société*, Vol. 13, n°3, 1989, p. 189.

¹³³⁰ E. DE GREEFF, cité par F. DIGNEFFE, « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. De Greeff », *Déviance et société*, Vol. 13, n°3, 1989, p. 189.

¹³³¹ F. DIGNEFFE, « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. De Greeff », *Déviance et société*, Vol. 13, n°3, 1989, p. 190.

¹³³² F. DIGNEFFE, « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. De Greeff », *Déviance et société*, Vol. 13, n°3, 1989, p. 190.

¹³³³ E. DE GREEFF, cité par F. DIGNEFFE, « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. De Greeff », *Déviance et société*, Vol. 13, n°3, 1989, p. 190.

sujet de l'Autre pour le replier sur lui-même, elle crée une valeur morale qui n'a plus rien à voir avec l'éthique et qui inhibe la faculté naturelle de *sublimation* de l'Homme, « entendue comme prise de conscience des réactions instinctives et engagement conscient du sujet »¹³³⁴ – comme la victoire de l'intelligence sur la pulsion.

349. De ces trois auteurs l'on retient en conclusion que si l'Autre est la mesure du juste et la solidarité le fondement de l'éthique, le modèle selon lequel s'organise la société peut encourager la rencontre et la sublimation ou, au contraire, les inhiber et ne provoquer en retour que les instincts de défense, de violence, et de peur. La dépendance mutuelle des êtres humains n'est pourtant pas seulement un choix philosophique, une conception du monde qui pourrait faire l'objet d'un débat ou être accusée de naïveté ou d'angélisme. Elle est un impératif *biologique*.

B. L'entraide mutuelle

350. En introduction de son ouvrage précurseur, HULSMAN s'entretient avec Jaqueline BERNAT DE CELIS de la conception du monde qui alimente son abolitionnisme. Les êtres humains sont *égaux dans leur diversité*¹³³⁵ et reliés les uns aux autres par un *sentiment de mutuelle dépendance*, qui, pour lui, est la définition même de *la vie*. De ce rapport essentiel il déduit, à l'image de LEVINAS, l'évidence du respect et du sens de la responsabilité à l'égard d'autrui, sa vulnérabilité réveillant chez celui qui en a pris conscience un désir profond *d'entraide*.

351. Les convictions de l'abolitionniste font écho aux postulats anarchistes déjà envisagés et particulièrement aux travaux de P. KROPOTKINE sur le rôle tenu par l'aide mutuelle dans l'évolution des espèces et à partir desquels il fonde sa théorie politique¹³³⁶. Ainsi, prenant pour point de départ les comptes rendus qu'il donne de la faune et des petites sociétés de Sibérie,

¹³³⁴ F. DIGNEFFE, « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. De Greeff », *Déviance et société*, Vol. 13, n°3, 1989, p. 191.

¹³³⁵ « Prenons le mot "solidarité". Il est lié pour moi à la façon dont je perçois ma propre existence. C'est une sorte de moteur intérieur. Je crois que mon sentiment de la solidarité s'enracine très profondément dans un sens aigu de l'égalité des êtres. Mais attention, une notion d'égalité totalement opposée à celle qui est généralement proposée par le discours officiel et la pratique institutionnelle de nos sociétés. [...] La notion d'égalité qu'utilisent le plus souvent la pratique et le discours institutionnel exclut la diversité. La notion officielle d'égalité sert à masquer une réduction de la vie. Les institutions, pour rendre les affaires maniables, réduisent celles-ci à leur nature d'institution. C'est en totale contradiction avec ma propre notion d'égalité, synonyme pour moi de diversité. » J. BERNAT DE CELIS et L. H. C. HULSMAN, *Peines perdues, le système pénal en question*, Le centurion, Paris, 1982, pp. 39-40.

¹³³⁶ V. *Supra* n°82 et s.

deux ingénieurs agronomes démontrent récemment le rôle fondateur de l'entraide dans la survie de l'ensemble des organismes biologiques, y compris l'être humain. La conclusion de l'ouvrage de Pablo SERVIGNE et Gauthier CHAPELLE s'ouvre sur un extrait des hypothèses présentées par KROPOTKINE au début du XX^e siècle¹³³⁷ et depuis confirmées par la littérature scientifique : l'entraide est un fait omniprésent dans le monde vivant et contingent des conditions environnementales qui vont soit accentuer les comportements d'aide mutuelle – en cas de faible disponibilité des ressources – soit au contraire les comportements de compétition – en cas de forte disponibilité des ressources¹³³⁸. Pourtant révélé depuis plus d'un siècle, le caractère essentiel de l'entraide semble aujourd'hui encore étranger au sens commun, du fait de la prégnance des deux « mythes fondateurs » qu'il vient directement contredire : « 1) la nature (dont la nature humaine) est fondamentalement compétitive et égoïste et 2) nous devons nous extraire de celle-ci pour empêcher un retour à la barbarie »¹³³⁹. Les auteurs ne manquent pas de le rappeler, ces deux mythes ne fondent rien d'autre que le *libéralisme*, doctrine de la modernité reposant sur l'hypothèse de *la guerre de tous contre tous*, et sa conséquence logique, « croire que seule une organisation humaine aussi puissante que l'État pouvait nous permettre de sortir collectivement de ce monde "sauvage" » et que « seul le marché (neutre et protégé par l'État) pouvait nous permettre de satisfaire les besoins de tous en laissant libre cours à nos pulsions égoïstes »¹³⁴⁰. Or, si pratiques et intuitives qu'elles soient, ces croyances – puisqu'il ne s'agit que de ça – sont loin d'être conformes à l'observation empirique des espèces, une vision du monde plus *réaliste* consistant au contraire à « considérer le vivant comme le résultat d'un équilibre entre compétition et coopération, deux forces contraires intimement liées et qui n'ont pas de sens l'une sans l'autre »¹³⁴¹.

352. Une fois ces idéologies évacuées, les auteurs approfondissent l'analyse des mécanismes individuelles et sociaux à l'origine des comportements d'entraide.

¹³³⁷ « Le côté sociable de la vie animale joue dans la nature un rôle beaucoup plus grand que l'extermination mutuelle. Il a aussi une extension beaucoup plus vaste. [...] L'entraide est le fait dominant de la nature. Mais, si l'entraide est si largement répandue dans la nature, c'est parce qu'elle donne aux espèces animales qui la pratiquent des avantages tels que le rapport de forces s'en trouve complètement changé, au désavantage des animaux de proie. Elle constitue la meilleure arme dans la grande lutte pour l'existence que les animaux mènent constamment contre le climat, les inondations, les orages, les tempêtes, la gelée, etc. ; elle exige constamment d'eux de nouvelles adaptations aux conditions sans cesse changeantes de la vie. » P. KROPOTKINE, cité par G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 276.

¹³³⁸ G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 278.

¹³³⁹ G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 58.

¹³⁴⁰ G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 65.

¹³⁴¹ G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 279.

353. À rebours des conceptions traditionnelles de la nature humaine là encore, les biologistes démontrent que l'entraide n'est pas un comportement « rationnel » auquel l'Homme devrait consciemment se contraindre et qui irait à l'encontre d'une tendance essentielle à l'égoïsme. Nous naissons avec la faculté de percevoir et de nous adapter aux besoins des autres afin de faciliter la coopération, coopération qui provoque en retour une sensation de plaisir et de satisfaction qui nous pousse à recommencer. Notre construction cognitive s'articule d'ailleurs autour de ces deux impératifs, expliquant ainsi « la puissance, la souplesse et la spontanéité des comportements d'entraide. »¹³⁴². Un premier « système cognitif » correspond ainsi à la « pensée rapide, intuitive et spontanée », un second à « la pensée du calcul, posée et rationnelle »¹³⁴³. L'environnement fortement social au sein duquel nous grandissons « façonne » un système 1 extrêmement coopératif, et un système 2 « extrêmement réactif à la tricherie et à la malveillance », l'ensemble étant « affiné » tout au long de notre vie, par notre entourage proche, les normes et les institutions sociales¹³⁴⁴. Ces comportements d'entraide *spontanée*, déclenchent en retour une obligation de *réciprocité* – c'est la logique du « donner-recevoir-et-rendre » sur laquelle s'ancrent les liens sociaux¹³⁴⁵. Mais, les auteurs en ont conscience, ce sentiment d'obligation puissant dans les petites communautés tend à se « diluer » à mesure que le nombre de ses membres augmente : « le maintien d'une réciprocité généralisée à l'ensemble du groupe se fait donc grâce à des mécanismes qui l'étendent et la renforcent »¹³⁴⁶. Ces mécanismes, étroitement liés à la question pénale, nécessitent une analyse approfondie.

¹³⁴² G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 98.

¹³⁴³ G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 98.

¹³⁴⁴ G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 99. Anticipons la critique : « Tricherie et malveillance » rappellent certainement la théorie du noyau dur de la violence et de la ruse de GASSIN, pourtant largement critiquée en première partie de l'ouvrage au titre, notamment, de son empirisme naïf (V. *Supra* n°225 et s.) Est-ce à dire pourtant que la biologie confirme le statut ontologique du crime ? Certainement pas, car, nous l'avons dit, le problème de la théorie de GASSIN est qu'elle 1) tend à réduire les comportements d'exploitation abusive à ceux qui sont déjà incriminés, laissant de côté tous ceux qui non seulement ne le sont pas mais sont en plus fondateurs de la structure sociale capitaliste 2) n'explique pas la multitude de comportements criminalisés qui ne répondent pas du tout à cette définition 3) postule que la pénalité criminelle est seule de nature à réprouver ces comportements – puisqu'ils sont des crimes par nature, et que le crime se définit nécessairement pas sa réponse sociale, à savoir la peine 4) opère une distinction caricaturale entre le construit et le donné, puisqu'aucun « sentiment élémentaire de justice » ne peut exister en dehors d'un processus de socialisation, lequel exerce donc nécessairement une influence sur les objets sur lesquels ces sentiments « instinctifs » vont se fixer, sur leur contenu ou leur intensité – G. CHAPELLE et P. SERVIGNE ne disent d'ailleurs pas autre chose lorsqu'ils énoncent que l'environnement social « façonne » et « affine » les systèmes cognitifs 5) tombe dans l'écueil dénoncé par DE GREFFÉ puisqu'il fonde l'ensemble de sa théorie sociale sur ce qui n'est qu'un aspect du fonctionnement humain – les réactions défensives – en oubliant son corolaire nécessaire – les comportements de coopération. Le « sentiment de justice » n'est pas un contre – contre la violence et la ruse –, il est un pour – pour le respect et la reconnaissance de soi et des autres, comme le démontre d'ailleurs J. KELLERHALS. C'est ce que GASSIN oublie de mentionner, assez logiquement néanmoins puisqu'il aurait alors été compliqué de consacrer un ouvrage entier à la justification d'un système pénal dont le moins que l'on puisse dire est qu'il ne s'articule pas autour de cette seconde finalité – ni vraiment de la première du reste.

¹³⁴⁵ G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 282.

¹³⁴⁶ G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 282.

354. L'épineuse problématique de *la motivation à la coopération* est un des derniers remparts de la justification de la pénalité. C'est d'ailleurs à ce titre, et à ce titre seulement, qu'un théoricien pourtant fermement opposé à ses autres finalités a été contraint d'en défendre la nécessité :

« Les avantages d'une abstention réciproque sont si palpables que le nombre et la force de ceux qui sont susceptibles de coopérer volontairement à l'intérieur d'un système contraignant sera normalement plus important que toute bande éventuelle de malfaiteurs. Cependant, sauf dans de très petites sociétés refermées sur elles-mêmes, une soumission au système de restrictions représenterait une folie s'il n'existait pas d'organe chargé de contraindre ceux qui chercheraient à retirer les avantages du système sans se soumettre à ses obligations. Des « sanctions » s'imposent, par conséquent, non pas comme motif normal d'obéissance, mais pour garantir que ceux qui accepteront volontairement d'obéir ne seront pas sacrifiés à ceux qui ne l'accepteront pas. Sans cette garantie, obéir consisterait à prendre le risque d'être mis à l'écart ; étant donné ce danger permanent, la raison exige une coopération volontaire à l'intérieur d'un système contraignant. »¹³⁴⁷

355. La peine serait donc le « ciment social »¹³⁴⁸ assurant la réciprocité des comportements d'entraide et de coopération qui, sans contrainte externe, seraient abandonnés si tôt que les membres d'une communauté se seraient aperçus qu'ils ont un plus grand intérêt immédiat à ne pas les respecter, ou tout du moins que d'autres s'en dispensent aisément. L'intuition de HART n'est pas mauvaise, elle mérite néanmoins d'être enrichie et nuancée par les résultats des expériences menées dans le domaine de la psychologie sociale.

356. Il existe en réalité deux types de mécanismes de maintien et de généralisation de l'entraide. Le premier est celui de la *réputation*, qui permet « d'étendre notre confiance à des personnes que nous ne connaissons pas »¹³⁴⁹ – puisqu'elle les précède¹³⁵⁰. L'individu désireux

¹³⁴⁷ H. L. A HART, cité par N. NAYFELD, *La philosophie pénale pluraliste de H.L.A Hart*, thèse de philosophie, Paris, 2020, p. 188.

¹³⁴⁸ H. L. A HART, cité par N. NAYFELD, *La philosophie pénale pluraliste de H.L.A Hart*, thèse de philosophie, Paris, 2020, p. 188.

¹³⁴⁹ G. CHAPPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 124.

¹³⁵⁰ « En Colombie, dans une communauté de pêcheurs, le fait de révéler publiquement la contribution au bien commun d'un pêcheur (chaque fois tiré au sort) s'est révélé bien plus efficace pour faire participer l'ensemble du groupe au bien commun qu'une instance autoritaire de régulation extérieure, si efficace fût-elle ». G. CHAPPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 127.

de maintenir son appartenance au groupe et ainsi d'échapper à la solitude et la honte devra donc lui aussi coopérer¹³⁵¹, sa réputation informant les autres membres du groupe, ou ceux d'un groupe plus éloigné, qu'il est digne de confiance et de réciprocité. Le second mécanisme, plus formel, repose sur l'articulation des *récompenses* et des *punitions*. Le phénomène de la récompense s'appuie sur la démonstration répétée du plaisir que les individus éprouvent à l'idée de montrer un comportement prosocial¹³⁵², de l'encourager ou de l'observer chez un autre¹³⁵³, y compris lorsque celui-ci s'effectue au détriment de leur intérêt propre – c'est la *récompense altruiste*. Seule, cette stratégie s'avère néanmoins insuffisante. Dans le jeu classique du bien public, des participants se voient distribuer une somme d'argent égale. À chaque tour, ils peuvent décider d'utiliser tout ou partie de cette somme pour nourrir un pot commun, ou de la conserver. Plusieurs fois renouvelée, l'expérience se déroule généralement selon la dynamique suivante :

« Les gens participent assez bien au début d'un jeu, puis, au bout d'une dizaine de tours, cessent de contribuer au bien commun (avec des niveaux proches de 0 %). Chacun décide de garder ses billes en constatant que certains ne s'en sont pas privés. Mais, à partir du onzième tour, les chercheurs annoncent aux joueurs qu'ils ont la possibilité de punir les membres du groupe qui ne participent pas assez (en leur retirant des gains). Les niveaux de coopération grimpent alors immédiatement à 65 % et atteignent presque 100 % au bout de quelques tours ! En refaisant l'expérience inverse (les dix premiers tours avec punition, suivis de dix tours sans punition), l'effet est le même : la participation " pour le bien du groupe " est exceptionnellement élevée lorsqu'il y a punition, puis chute dramatiquement lorsque cette contrainte disparaît. Le résultat est d'autant plus spectaculaire qu'il fallait payer de sa poche pour punir les profiteurs (leur retirer des billes). »¹³⁵⁴

¹³⁵¹ Le mécanisme n'est pas sans lien avec celui prescrit par J. BRAITHWAITE, fondateur de la justice restaurative et théoricien de la honte réintégrative. V. *Supra* n°306.

¹³⁵² « Il a été démontré que les gens prenaient du plaisir à payer des contributions obligatoires (type impôts) uniquement s'ils savaient que c'était utile à la société et servait une bonne cause » G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 134.

¹³⁵³ « Par exemple, prenez deux personnes qui possèdent 10 euros chacune et faites-les jouer en deux séquences. Le joueur qui commence peut décider de donner une partie de son argent ou rien à l'autre. Puis l'autre décide à son tour de donner une somme au premier. Cette situation laisse la possibilité à des joueurs égoïstes de ne pas donner en retour ou de ne rien donner au premier coup s'ils anticipent une défection de l'autre. En dépit de cette possibilité, en moyenne plus de 50 % des personnes testées donnent en retour des sommes plus élevées que ce qu'elles ont initialement reçu. Elles récompensent la générosité – le fameux « petit truc en plus » de la réciprocité » G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 129.

¹³⁵⁴ G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 130. G. CHAPELLE et P. SERVIGNE s'appuient principalement sur les articles fondamentaux de E. FEHR et S. GÄTCHER, parmi lesquels

357. Ce second phénomène, complémentaire du premier, est celui de la *punition altruiste* : les individus préfèrent perdre de l'argent plutôt que de laisser un autre profiter indument du bien commun. Une lecture superficielle de ces résultats semblerait donc bien confirmer les postulats de HART ou de BECCARIA¹³⁵⁵, et avec eux la nécessité d'un système de pénalité susceptible de dissuader les comportements antisociaux et garantir qu'aucun acteur social n'abuse de la liberté que lui confèrent, par leur coopération volontaire, les autres participants. Plusieurs nuances sont toutefois apportées à cette théorie par les études même qui la démontrent. La première est que si la punition est un déclencheur efficace à la coopération, des *mécanismes de récompenses ou de réputation* doivent nécessairement prendre le relai pour que celle-ci se prolonge dans le temps – ainsi le sentiment de participer à un bien supérieur ou l'expérience de la réciprocité¹³⁵⁶. La deuxième est que la punition, pécuniaire et non physique dans le jeu du bien public, est tout aussi efficace lorsqu'elle n'est qu'une *sanction morale* de désapprobation ou d'ostracisme, voire, une fois la coopération lancée, qu'une *menace de punition*¹³⁵⁷. La troisième est que la sanction peut au contraire s'avérer contreproductive si elle n'intervient pas dans un contexte particulier qui est précisément celui de la réciprocité, c'est-à-dire d'une *égalité objective* entre les participants qui sont certes susceptibles d'être punis mais également de punir et de l'utilisation de la punition dans un but que tous reconnaissent *socialement utile*¹³⁵⁸. Ce facteur essentiel explique pourquoi là où la punition est un moteur de coopération dans le jeu du bien public, elle suscite au contraire des comportements d'angoisse, de peur et d'agressivité dans le contexte de l'éducation scolaire ou parental – l'enfant n'étant pas sur un pied d'égalité avec le parent¹³⁵⁹. De ces observations complémentaires, les auteurs déduisent que la punition, pour être efficace doit être « juste, bien proportionnée, mais aussi parcimonieuse et discrète. Un mécanisme de dernier recours. »¹³⁶⁰. Caractères que la peine se voit certainement attribuer en théorie mais qu'elle ne demeure pas moins loin de présenter en

« Fairness and retaliation : the economics of reciprocity », *The Journal of Economic Perspectives*, n°14, (3), 2000, pp. 159-181 ; « Altruistic punishment in humans », *Nature*, n°415, 2002, pp. 137-140. L'étude rétrospective menée par trois autres auteurs en confirme tout à fait les résultats : J. ANDREONI, W. HARBAUGH et L. VESTERLUND, « The Carrot or the Stick: Rewards, Punishments, and Cooperation », *American Economic Review*, 93 (3), 2003, pp. 893-902.

¹³⁵⁵ V. *Supra* n°136

¹³⁵⁶ J. ANDREONI, W. HARBAUGH et L. VESTERLUND, « The Carrot or the Stick: Rewards, Punishments, and Cooperation », *American Economic Review*, 93 (3), 2003, pp. 893-902.

¹³⁵⁷ M.-C., VILLEVAL, « Quand le marché ne suffit plus : biens publics et coopération conditionnelle », *Idées économiques et sociales*, vol. 161, no. 3, 2010, pp. 6-14 : « Ce résultat est troublant pour un économiste et montre l'importance de considérer la morale et les émotions dans les comportements économiques. La prise de mesures physiologiques pendant ce même jeu montre que les émotions sont à l'origine du déclenchement d'un cercle vertueux entre sanction et coopération. »

¹³⁵⁸ G. CHAPPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 136.

¹³⁵⁹ G. CHAPPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 134.

¹³⁶⁰ G. CHAPPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 137.

pratique, à défaut de n'être que l'expression « parcimonieuse et discrète » de la désapprobation collective, de s'inscrire dans un rapport d'égalité vrai entre les membres d'une société et de garantir une structure sociale que chacun ne peut qu'estimer conforme à l'intérêt de tous – bref, de respecter le contrat social duquel elle tire pourtant sa légitimité.

358. L'ultime nuance qu'il faut apporter à cet exposé des mécanismes visant à stimuler la coopération tient à l'influence prépondérante des *facteurs intrinsèques aux individus* – par opposition aux facteurs qui leur sont extérieurs, comme la récompense ou la punition¹³⁶¹. La théorie de « l'acteur rationnel » – *Homo œconomicus* – calculant mécaniquement les coûts et bénéfices de ses choix suivant l'équation de son propre intérêt, déjà largement malmenée par les phénomènes de récompense et de punition altruistes¹³⁶², est achevée par les apports de la sociologie de l'action. Ainsi, « les acteurs, placés dans le champ économique, en viendraient par un travail progressif de socialisation à intégrer un ensemble de manières d'agir et de penser, de dispositions durables (*un habitus*) leur permettant d'adopter un comportement proche de celui postulé par la théorie du choix rationnel. »¹³⁶³. Le processus de décision et d'action qu'il

¹³⁶¹ G. CHAPPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 137.

¹³⁶² V. à cet égard le très intéressant ouvrage de J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, Seuil, 2009, commenté et contextualisé par A. BOYER « A propos de "Le désintéressement. Théorie critique de l'homme économique", et autres récentes publications de Jon Elster », *Revue du MAUSS permanente*, 14 octobre 2010.

¹³⁶³ À propos, de la théorie de P. BOURDIEU, M. FERRIERE « Les principales critiques de la théorie du choix rationnel », *Idées économiques et sociales*, vol. 165, no. 3, 2011, pp. 37-45. L'auteur cite plusieurs extraits d'un ouvrage de BOURDIEU permettant d'en exposer avec clarté la théorie, extraits que nous proposons également de reproduire tant il nous semble précieux – et rare – de trouver sous sa plume un exposé limpide sa pensée... « La théorie économique "pure" [...] [a inventé] une vision scolastique du monde qui trouve une de ses expressions les plus parfaites dans le mythe de *l'homo œconomicus* et dans la *rational action theory*, forme paradigmatique de l'illusion scolastique qui porte le savant à mettre sa pensée pensante dans la tête des agents agissants et à placer au principe de leurs pratiques, c'est-à-dire dans leur "conscience", ses propres représentations spontanées ou élaborées ou, pire, les modèles qu'il a dû construire pour rendre raison de leurs pratiques. Nombre d'observateurs, alertés notamment par des économistes spécialement clairvoyants, comme Maurice Allais, ont constaté qu'il existe un écart systématique entre les modèles théoriques et les pratiques effectives, et divers travaux d'économie expérimentale (eux-mêmes pas toujours affranchis de l'erreur scolastique) ont montré que, dans beaucoup de situations, les agents font des choix systématiquement différents de ceux qu'on peut prévoir à partir du modèle économique [...]. Cette discordance empiriquement constatée n'est que le reflet de l'écart structural, que j'avais analysé dès mes premiers travaux d'ethnologue, entre la logique de la pensée scolastique et la logique pratique [...]. L'économie des pratiques économiques, cette raison immanente aux pratiques, trouve son principe non dans des "décisions" de la volonté et de la conscience rationnelle ou dans des déterminations mécaniques issues de pouvoirs extérieurs, mais dans les dispositions acquises à travers les apprentissages associés à une longue confrontation avec les régularités du champ ; ces dispositions sont capables d'engendrer, en dehors même de tout calcul conscient, des conduites et même des anticipations qu'il vaut mieux appeler raisonnables que rationnelles, même si leur conformité avec les estimations du calcul incline à les penser et à les traiter comme des produits de la raison calculatrice. L'observation montre que, même dans cet univers où les moyens et les fins de l'action et leur relation sont portés à un très haut degré d'explicitation, les agents s'orientent en fonction d'intuitions et d'anticipations du sens pratique, qui laisse bien souvent l'essentiel à l'état implicite et qui s'engage, sur la base de l'expérience acquise en pratique, dans des stratégies "pratiques", au double sens d'implicites, non théoriques, et de commodes, adaptées aux exigences et aux urgences de l'action. » ; Pour un exposé éclairant des rapprochements entre *système de positivité* foulcadien et *Habitus* bourdieusien, V. F. VAZQUEZ GARCIA « La tension infinie entre

engendre, s'il peut correspondre dans *ses effets* aux résultats du calcul rationnel en fonction desquelles opèrent les institutions sociales, relève dans *sa cause* d'un *sens pratique*, intuitif et implicite, que l'individu façonne suivant son expérience du social. C'est celui-ci qu'il faut étudier, au risque sinon de prendre – une fois encore – le construit pour le donné.

359. En conclusion de leur ouvrage, G. CHAPELLE et P. SERVIGNE rappellent les trois conditions sociales dégagées tout au long de leurs recherches qu'ils considèrent comme essentielles à la mise en place d'une entraide pérenne entre les membres d'un groupe : « le sentiment de sécurité éprouvé par tous les membres du groupe et qui dépend de la constitution d'une bonne "membrane" »¹³⁶⁴ – les règles que se fixent le groupe, sa raison d'être, son identité – ; « le sentiment d'égalité et d'équité, qui permet d'éviter les effets néfastes du sentiment d'injustice »¹³⁶⁵ – colère, ressentiment, comportements antisociaux et désir de punition – ; « le sentiment de confiance qui naît des deux précédents qui permet à chaque individu de donner le meilleur de lui-même *pour le bien du groupe*. »¹³⁶⁶. Autrement dit, une organisation sociale structurée selon des principes d'égalité, de solidarité et de fraternité *vraies*, et non leurs fictions contractuelles libérales, tout au contraire profondément enracinées dans les idéologies de la *guerre de tous contre tous*, de l'acteur rationnel, de « l'axiomatique de l'intérêt »¹³⁶⁷, et de l'utilitarisme pénal. Si les biologistes ponctuent leur propos d'une note optimiste¹³⁶⁸, ils alertent néanmoins, par auteur interposé, sur les dangers de l'immobilisme : « La sélection des meilleures stratégies doit être intentionnelle, car nous ne pouvons nous permettre d'attendre que la sélection naturelle agisse, et il n'y a pas de processus de sélection de planète qui favorise les meilleures organisations à l'échelle planétaire. »¹³⁶⁹

l'histoire et la raison : Foucault et Bourdieu », *Revue internationale de philosophie*, vol. 220, no. 2, 2002, pp. 343-365.

¹³⁶⁴ G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 284.

¹³⁶⁵ G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 284.

¹³⁶⁶ G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 284.

¹³⁶⁷ Par opposition à celui de l'altruisme, selon l'expression de A. CAILLE, « Préface », in G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, « Préface », Poche, 2019, p. 4.

¹³⁶⁸ Le passage est franchement joli : « Pour finir, nous ne pouvons passer sous silence un dernier élément de notre recherche : nous avons été profondément touchés par la finesse et la beauté infinies de ce monde. L'entraide humaine met en jeu des capacités d'empathie, de réciprocité, d'évaluation des besoins du groupe, de mémorisation des comportements, de détection des émotions, de calcul, d'aversion à l'égard de l'inégalité, d'obéissance, d'amour, de compassion, d'amitié, de confiance, de compréhension... Et le monde vivant foisonne de liens, du fond des océans au mycélium des forêts en passant par la douceur d'un nid familial, des premières bactéries il y a plus de 3 milliards d'années à celles qui grouillent aujourd'hui en nous – notre troisième cerveau – en passant par un incroyable emboîtement de cellules et d'écosystèmes ». G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 299.

¹³⁶⁹ D. S WILSON, cité par G. CHAPELLE et P. SERVIGNE, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, p. 297.

360. Ouvrant leur étude sur l'anarchisme de KROPOTKINE, G. CHAPELLE et P. SERVIGNE l'achèvent – sans le vouloir – sur les fondements du *communalisme*, un système politique que propose le théoricien de l'écologie sociale Murray BOOKCHIN. Dans une continuité remarquable avec le contemporain de BECCARIA et précurseur abolitionniste William GODWIN¹³⁷⁰, BOOKCHIN propose de structurer l'organisation sociale selon des principes *libertaires* induits du fonctionnement même de l'écosystème naturel, lequel repose sur « l'unité dans la diversité, la spontanéité et les relations complémentaires, libres de toute hiérarchie et domination »¹³⁷¹. Par le glissement du sujet à la totalité, BOOKCHIN ne fonde plus l'*éthique* sur le visage, à la manière de LEVINAS, mais sur l'*écologie*, source originelle des « interrelations fécondes et solidaires, et leur corrélation à la variété comme fondement de la stabilité. »¹³⁷². Ses propositions, reprises par le militant kurde Öcalan ABDULLAH et intégrées dans sa propre théorie du *confédéralisme démocratique*¹³⁷³, servent aujourd'hui de Constitution à la

¹³⁷⁰ V. *Supra* n°37.

¹³⁷¹ M. BOOKCHIN, *L'écologie sociale. Penser la liberté au-delà de l'être humain*, Éditions Wildproject, 2020, p. 269. L'ouvrage est une anthologie des travaux de BOOKCHIN, dont les publications originales s'étendent de 1982 à 1990. La combinaison de quelques passages peut donner une idée sommaire de l'intérêt de sa démarche : « S'il n'y a pas de généralisation économique ou culturelle unique dans laquelle nous pouvons enraceriner le développement social, s'il n'existe pas de "lois sociales" qui sous-tendent une orientation intellectuelle vers les phénomènes sociaux, à partir de quelles coordonnées devons-nous prendre nos repères sociaux ? Je suggère que le contexte le plus puissant et le plus significatif qui illumine l'entreprise humaine est la distinction entre le libertaire et l'autoritaire. Je ne veux pas dire par là que l'un ou l'autre de ces termes exprime un sentiment de finalité de l'histoire, ne qu'ils ne sont pas sans ambiguïté. Il n'appartient certainement pas à cette génération d'affirmer ou de nier qu'il y ait un point final dans l'histoire de l'humanité qui corresponde à un "absolu" hégélien ou au "communisme" marxiste – voire à une extinction pure et simple. Il est simplement métaphorique de dire que la "vraie histoire" de l'humanité commencera lorsque sa "question sociale" aura été résolue. » (p. 268) « Plus que jamais, nous devons souligner que les mots "libertaire" et "autoritaire" ne se réfèrent pas seulement à des formes contradictoires d'institutions, de techniques, de raison et de science, mais surtout à des valeurs, et des sensibilités contradictoires – bref, à des épistémologies contradictoires. Ma définition du terme "libertaire" est guidée par ma description de l'écosystème : l'image de l'unité dans la diversité, de la spontanéité et des relations complémentaires, libres de toute hiérarchie et domination. Par "autoritaire", j'entends la hiérarchie et la domination comme guides sociaux : les gérontocraties, les patriarcats, les relations de classe, les élites de toutes sortes, et enfin l'État, en particulier dans sa forme la plus socialement parasitaire de capitalisme d'État. » (p. 269) « Ni la douleur, ni la cruauté, ni l'agressivité, ni la compétition n'expliquent de façon satisfaisante l'émergence et l'évolution de la vie. Pour une meilleure explication, nous devrions aussi nous tourner vers le mutualisme et vers un concept de "valeur adaptative" qui s'appuie sur les systèmes de soutien aux "plus aptes". Si nous sommes prêts à reconnaître la nature auto-organisatrice de la vie, alors le rôle décisif du mutualisme comme moteur de l'évolution nous oblige à redéfinir la "valeur adaptative" comme l'ensemble des éléments qui soutiennent un écosystème. Et si nous sommes prêts à considérer la vie comme un phénomène qui peut façonner et maintenir "l'environnement" même, qui est considéré comme la source "sélective" de son évolution, une question cruciale se pose : est-il plus significatif de parler de « sélection naturelle » comme force motrice de l'évolution biologique ? Ou faut-il maintenant parler "d'interaction naturelle" pour tenir pleinement compte du rôle propre de la vie dans la création et l'orientation des "forces" qui expliquent son évolution ? » (p. 286) « La grandeur d'une sensibilité écologique authentique, par contraste avec l'environnementalisme superficiel si répandu aujourd'hui, est qu'elle nous donne la capacité de généraliser de la manière la plus radicale ces interrelations fécondes et solidaires, et leur corrélation à la variété comme fondement de la stabilité. Une sensibilité écologique nous donne une perspective cohérente, explicative dans le sens le plus profond du terme, et presque ouvertement *éthique* » (p. 287).

¹³⁷² M. BOOKCHIN, *L'écologie sociale. Penser la liberté au-delà de l'être humain*, Éditions Wildproject, 2020, p. 287.

¹³⁷³ Ö. ABDULLAH, *Confédéralisme démocratique*, Cologne, International Initiative Edition, 2011 : « Le droit à l'autodétermination des peuples comprend le droit à un État propre. La fondation d'un État ne permet cependant

communauté du Rojava, îlot de résistance kurde installée au Nord de la Turquie, composé de combattants internationaux et de civils luttant contre les persécutions Turques et la progression de l'État islamique. Mise en difficulté par le climat géopolitique de la région et l'absence de soutien international, la communauté du Rojava n'en demeure pas moins un modèle d'innovation normative et sociale où le pluralisme religieux côtoie le féminisme, l'écologie et le mutualisme et dont il serait certainement fécond d'étudier les mécanismes de régulation¹³⁷⁴.

361. En attendant, il est d'ores et déjà permis de trouver une manifestation informelle de cette *éthique de l'alterité* dans la morale féministe spontanée.

C. La morale féministe

362. Les théories féministes de la justice sont nombreuses et parfois incompatibles¹³⁷⁵. Elles se rejoignent néanmoins sur la critique des conceptions traditionnelles de la morale et de l'éthique, qu'elles estiment biaisées car fondées par une subjectivité unique : celle de l'Homme¹³⁷⁶ – et plus exactement, de *l'Homme blanc hétérosexuel socialement privilégié* :

« La justice et le droit reposent sur des hypothèses de comportement rationnel qui sont elles-mêmes fondées sur les idéaux masculins de la priorité de la raison sur l'émotion, de la valeur de la maîtrise de soi, du détachement et de l'impartialité. Les notions juridiques de

pas d'augmenter la liberté d'un peuple, et le système des Nations Unies, fondé sur les États-nations, a démontré son inefficacité. Les États-nations se sont ainsi mis à représenter de sérieux obstacles face aux évolutions sociales. Le confédéralisme démocratique est le paradigme inverse, celui des peuples opprimés. [...] « Dans sa forme originelle, l'État-nation avait pour but de monopoliser tous les processus sociaux. La notion que diversité et pluralité doivent à tout prix être combattues, a ouvert la voie aux politiques d'assimilation et de génocide. En plus d'exploiter les idées et la force de travail de la société et de coloniser les esprits au nom du capitalisme, l'État-nation assimile également toutes sortes de cultures et d'idées intellectuelles et spirituelles [...]. Il vise à créer une culture et une identité nationale unique, ainsi qu'une communauté religieuse unique et unifiée. [...] Aussi nationaliste qu'il se montre, l'État-nation sert toujours dans une même mesure les processus capitalistes de l'exploitation » (pp. 13-15).

¹³⁷⁴ Quelques contributions existent déjà sur le sujet mais elles n'abordent que de façon très marginale la façon dont s'organise la régulation des conflits : A. FLACH, « Le communalisme au Rojava : une révolution de femmes », *Mouvements*, vol. 101, no. 1, 2020, pp. 153-162 ; *Hommage au Rojava. Les combattants internationalistes témoignent*, Libertalia, 2020. LOEZ, « Le Rojava : une alternative communaliste à l'État-nation », *Terrains/Théories* [En ligne], 13, 2021, consulté le 08.07.2021.

¹³⁷⁵ On trouve une bonne représentation des différentes postures et de leur articulation dans l'ouvrage collectif : N. FRASER (Dir.), *A feminist contentions. A philosophical exchange*, Routledge, 1995.

¹³⁷⁶ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 142 ; « Toutes [les théories féministes] insistent sur le fait qu'une seule subjectivité ne peut représenter tout le monde, et toutes sont également conscientes de l'importance de réfléchir à la classe, à la race, à la religion, à la sexualité et aux autres facettes de la différence... » p. 172.

comportement approprié et inapproprié, d'action permise et non permise pour la défense de ses intérêts personnels sont fondées sur l'idée de ce que l'"homme raisonnable" ferait ou attendrait dans les circonstances pertinentes, les idées de justice sont fondées sur ce que l'homme raisonnable désire et les conditions nécessaires à la réalisation de ces désirs. Le problème avec les notions de droits, d'égalité devant la loi et d'autres principes fondateurs de la justice libérale, d'un point de vue féministe, est que le mieux qu'ils puissent offrir aux femmes est d'être traitées comme des hommes. L'égalité à laquelle les femmes peuvent être admises est une égalité avec une norme masculine. »¹³⁷⁷

363. La perception du juste est une perception *située*, qui dépend des expériences sociales et représentations individuelles largement influencées – nous l'avons dit¹³⁷⁸ – par l'appartenance de classe, mais aussi la race, le genre et l'orientation sexuelle. Or, *dans une société patriarcale*, l'Homme représente la rationalité et l'intelligence là où la femme incarne au contraire la sensibilité et l'émotion. Ces *stéréotypes de genre*, bien que dénués de rapport avec le sexe biologique des individus – avec la forme de leur appareil reproductif –, rétroagissent néanmoins sur leur socialisation – on valorise la douceur des petites filles et la force des petits garçons – et orientent leur comportement dans un sens qui paraît ainsi en confirmer la naturalité – les petites filles préfèrent généralement jouer avec des poupées, et les garçons avec des soldats. Les catégories du droit, mais aussi plus largement des sciences, de l'Histoire, de la psychologie ou de tout autre domaine depuis toujours cooptés par les hommes sont donc nécessairement imprégnées des conceptions du monde qui sont les leurs et qui tendent à valoriser le détachement émotionnel, l'impartialité et l'abstraction. Le postulat féministe tient en ces quelques lignes : « l'hypothèse qu'il existe un seul mode d'expérience sociale et d'interprétation est en partie responsable de la cécité et de la surdité qui frappent les théoriciens, quand il s'agit de voir l'autre réalité des femmes et d'entendre leur voix différente. »¹³⁷⁹. Voix que la psychologue Carole GILLIGAN propose justement à son lecteur d'écouter.

¹³⁷⁷ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 177.

¹³⁷⁸ V. *Supra* n°113 et s.

¹³⁷⁹ C. GILLIGAN, *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Champs essais, 2019, p. 273. La première édition de l'ouvrage de C. GILLIGAN est parue en 1982.

364. La problématique à l'origine de ses recherches est la suivante : « les femmes et les hommes ont-ils un sens différent de la moralité ? »¹³⁸⁰. L'autrice note dès le début de son ouvrage que les expériences jusqu'ici effectuées pour évaluer la façon dont les individus forment des jugements moraux n'ont pas ou peu inclus de filles dans leur échantillon¹³⁸¹. L'étude de L. KOHLBERG – la plus récente – effectuée sur plus de vingt ans et incluant plus de quatre-vingt petits garçons mais pas une seule petite fille, lui permet néanmoins de définir six stades du développement du jugement moral de l'enfance à l'âge adulte selon une échelle qu'il prétend « universelle », et qui sert encore aujourd'hui de référence scientifique¹³⁸². Les six stades identifiés par KOHLBERG progressent selon le degré d'abstraction du jugement dans l'ordre suivant : 1) obéissance/punition ; 2) intérêt personnel ; 3) relations interpersonnelles et conformité ; 4) autorité et maintien de l'ordre social ; 5) contrat social ; 6) principes éthiques universels. Ces six étapes se répartissent en trois paliers, qui correspondent là encore à des niveaux d'abstraction : le palier préconventionnel (l'enfant raisonne en fonction de ses besoins personnels) ; le palier conventionnel (en fonction des conventions culturelles partagées et de ce qui est approuvé ou non) ; le palier supra-conventionnel (en fonction de principes généraux comme les droits, l'égalité, la réciprocité). HUDSON résume la progression de la manière suivante : « C'est injuste pour moi ; c'est ce que les gens de mon groupe approuvent ou réprouvent ; ce sont les principes sur lesquels la morale doit reposer. »¹³⁸³. Les femmes testées suivant cette échelle – que l'on rappelle « universelle » – dépassent rarement le palier conventionnel et illustrent généralement le troisième des six stades de la séquence, soit un jugement moral qualifié « d'immature »¹³⁸⁴... C. GILLIGAN propose alors de reconduire l'expérience balisée par KOHLBERG, en incluant cette fois-ci des filles et en utilisant une méthode plus *réflexive*, qui inclut l'interprétation, par les personnes elles-mêmes, de leur perspective morale – « dont elle montre qu'ils-elles sont parfaitement capables de

¹³⁸⁰ S. LAUGIER et P. PAPERMAN, « Présentation », in C. GILLIGAN, *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Champs essais, 2019.

¹³⁸¹ « La critique par Freud du sens de la justice des femmes qu'il estime compromis par leur refus d'impartialité aveugle est réitéré par Piaget et Kohlberg. Dans l'étude de Piaget sur le jugement moral de l'enfant, celui des filles n'est qu'une curiosité à laquelle il consacre quatre brefs paragraphes ; le mot « garçon » ne figure pas à l'index car l'« enfant » est supposé être du sexe masculin. Quant à Kohlberg, les femmes n'existent pas dans les travaux de recherche sur lesquels il fonde sa théorie. » C. GILLIGAN, *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Champs essais, 2019, p. 35.

¹³⁸² L. KOHLBERG, et R. KRAMER, "Continuities and discontinuities in child and adult moral development", *Human Development*, 12, 1969, pp. 93-120.

¹³⁸³ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 119.

¹³⁸⁴ C. GILLIGAN, *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Champs essais, 2019, p. 35.

l'exprimer »¹³⁸⁵. Ce faisant, elle évite l'écueil de son prédécesseur, qui voulant décrire objectivement la progression du jugement moral, n'a en fait réussi qu'à projeter sur ces résultats les conceptions dominantes du droit et du juste. L'autrice découvre ainsi un écart de nature entre la façon dont les femmes et les hommes conçoivent la morale. Les seconds adoptent en effet des processus conformes à l'échelle dégagée par KOLHBERG. Pour les premières en revanche :

« Le problème moral est davantage provoqué par un conflit de responsabilités que par des droits incompatibles, et demande pour être résolu un mode de pensée plus contextuel et narratif que formel et abstrait. Cette conception de la morale se définit par une préoccupation (*care*) fondamentale du bien-être d'autrui, et centre le développement moral sur la compréhension des responsabilités et des rapports humains ; alors que la morale conçue comme justice rattache le développement moral à la compréhension des droits et des règles. »¹³⁸⁶

365. *Le care* – littéralement « soin » – est le nom donné à l'éthique féministe que C. GILLIGAN oppose à la conception traditionnelle du juste. Autonome, elle n'est pas à confondre avec un simple « désir d'approbation »¹³⁸⁷ ou une manière « d'adoucir »¹³⁸⁸ la justice rationnelle. Elle est une « perspective morale cohérente, non reconnue comme telle du fait de la domination de certaines théories morales »¹³⁸⁹. Non reconnue et donc nécessairement moins élaborée, *l'éthique du care* peut néanmoins tout à fait être traduite en des termes suffisamment généraux pour fonder une théorie morale : « le care s'appuie sur la supposition que le soi et les autres sont interdépendants, une supposition se reflétant dans une conception de l'action comme

¹³⁸⁵ S. LAUGIER et P. PAPERMAN, « Présentation », in C. GILLIGAN, *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Champs essais, 2019.

¹³⁸⁶ C. GILLIGAN, *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Champs essais, 2019, p. 36.

¹³⁸⁷ « Une fois faite la distinction entre « aider » et « faire plaisir », le désir d'approbation cesse d'être le mobile caché des activités de sollicitude, et la morale de la responsabilité peut devenir un principe directeur librement choisi, et le fondement de l'intégrité et de la force de l'individu. » C. GILLIGAN, *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Champs essais, 2019, p. 269.

¹³⁸⁸ « Le care est-il la moralité des femmes, alors que la justice serait celle des hommes ? L'éthique du care ne vise pas à proposer, comme on l'imagine parfois, la pitié et la compassion, la sollicitude ou la bienveillance comme des vertus subsidiaires adoucissant une conception froide des relations sociales, ou ajoutant un supplément d'âme à une conception impartiale de la justice basée sur la primauté des droits d'individus autonomes, séparés et rationnels. C'est uniquement si l'on considère ces vertus ou capacités dans la perspective des théories de la justice qu'on les voit comme des suppléments. » S. LAUGIER et P. PAPERMAN, « Présentation », in C. GILLIGAN, *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Champs essais, 2019.

¹³⁸⁹ S. LAUGIER et P. PAPERMAN, « Présentation », in C. GILLIGAN, *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Champs essais, 2019.

action sensible-réactive (responsive), et, de ce fait, comme émergeant dans la relation, en quoi elle se distingue d'une conception de l'action émanant de l'intérieur ou à partir du soi, et de ce fait, autocontrôlée. »¹³⁹⁰. En d'autres termes, là où le juste s'élabore traditionnellement par référence à des cadre abstraits prédéterminés qu'il s'agit *d'appliquer* à des situations concrètes – ce que le syllogisme juridique traduit –, le *care* s'ancre au contraire dans des situations particulières et des perceptions morales contextualisées auxquelles il s'agit *de répondre*. La résolution du conflit ne s'effectue plus par la médiation de principes universels, mais en fonction des expériences et relations concrètes des personnes directement impliquées. Là où la morale est présumée dans l'éthique de justice – par le jeu de la fiction du contrat social qui suffit à justifier l'universalité du principe –, elle est construite par et adaptée aux acteurs dans l'éthique du *care*. L'éthique de justice *postule* la valeur morale qui fonde son intervention, indépendamment du résultat de celle-ci alors que l'éthique du *care* fait de son respect une *finalité* qui doit guider le processus même de résolution des conflits : « alors que l'éthique de justice est fondée sur le principe de l'égalité – chacun doit être traité de la même manière –, l'éthique *du care* repose sur le précepte de la non-violence – il ne doit être fait de tort à personne. »¹³⁹¹. À une valeur-cadre statique est opposée une *valeur d'usage dynamique*, tout à fait similaire à celle guidant les processus anarchistes de résolution de conflit¹³⁹², dégagée d'une conception *anascopique* des situations problématiques¹³⁹³, ou plus généralement susceptible d'asseoir une théorie abolitionniste des droits de l'être humain¹³⁹⁴. La relation à l'Autre fonde l'éthique et avec elle le sens de la responsabilité, dans une perspective très proche de celle de LEVINAS et tout à fait compatible avec les instincts de sympathie, de solidarité et d'entraide. Le juste n'existe que dans son rapport avec *un point de vue socialement situé*, et donc dans la *diversité* et le respect de *la différence*. Voilà pourquoi le *care* n'est pas une éthique féminine mais *féministe* : elle dilue la subjectivité masculine hégémonique – cristallisée par l'universalisme abstrait des normes juridiques – dans le pluralisme des conceptions du monde, des valeurs et des identités. Elle interdit que soient véhiculées « les normes et les valeurs du

¹³⁹⁰ C. GILIGAN, « Moral orientation and development » in V. HELD (Dir.), *Justice and care*, Westview Press, 1987, p. 36.

¹³⁹¹ C. GILLIGAN, *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Champs essais, 2019, p. 273.

¹³⁹² V. *Supra* n°96 et s.

¹³⁹³ V. *Supra* n°285.

¹³⁹⁴ D. SCOTT, “Regarding rights for the Other: abolitionism and human rights from below”, in L. WEBER, E. FISHWICK, M. MARMO, (Dir.) *The Routledge International Handbook of Criminology and Human Rights*. Abingdon: Routledge, 2016, pp. 50–62 ; V. également du même auteur, une jolie synthèse sous forme d'hommage à l'abolitionniste Barbara HUDSON, dont les travaux reposent sur les mêmes postulats féministes de diversité et de pluralisme : D. SCOTT, “Rehumanising the Other and the meaning of Justice: An essay on the contribution of Barbara Hudson”. *European Group Newsletter*, November, 2013.

patriarcat ; c'est une voix qui n'est pas gouvernée par la dichotomie et la hiérarchie du genre, mais qui articule les normes et les valeurs démocratiques. »¹³⁹⁵.

Conclusion de Chapitre

366. En profanant l'interdit pénal, du talion au sacrifice, nous voulions montrer que la mythologie criminelle reconstruit une société qui n'est pas celle dans laquelle nous vivons. Les Hommes sont naturellement – *biologiquement* – capables de vivre ensemble, de coexister si ce n'est toujours paisiblement, au moins sans qu'il soit besoin de l'instrument pénal. Les frontières que celui-ci s'attache à tracer ne sont là que pour isoler un ordre social capitaliste et patriarcal, des individus qui voudrait le renverser. En cela il est efficace, moins parce qu'il contraint par la force physique que parce qu'il nous persuade, en dépit que ce que nous sommes profondément, que nous ne pouvons vivre autrement : sans le sacré, ou alors celui de l'Altérité.

Conclusion de Titre

367. La rationalité symbolique que décrivait Pierrette PONCELA, qui est en fait aussi celle du sacré, a bien été réinvestie par les pénalistes en mal de légitimer un système pourtant difficile à justifier. La fonction expressive de la pénalité ne sert qu'à communiquer des valeurs dominantes, à stigmatiser, à marginaliser et surtout à masquer la diversité de valeurs, d'expériences et d'interprétations – bref, de subjectivités – dont il serait pourtant fécond de se nourrir pour espérer trouver des solutions rationnelles aux situations qui demeurent problématiques. Le rituel pénal, quant à lui, n'a d'autre raison d'être que celle de sacraliser la technique juridique – et donc, de nous y asservir¹³⁹⁶ –, afin que soit maintenue l'intégrité des

¹³⁹⁵ C. GILLIGAN, « Le care, éthique féminine ou éthique féministe ? », *Multitudes*, vol. 37-38, no. 2-3, 2009, pp. 76-78 ; « N'y allons pas par quatre chemins : le patriarcat repose sur la subversion de notre capacité à réinstaurer un véritable rapport entre les hommes et les femmes. Sa structure hiérarchique est fondée sur la perte relationnelle et, par conséquent, sur un sacrifice d'amour. À l'inverse, la démocratie, de même que l'amour, repose un vécu partagé, avec soi et avec les autres : chacun.e est libre d'avoir une voix ancrée dans sa propre expérience. De ce point de vue, toute voix doit être reconnue comme essentielle au bon déroulement du processus démocratique et à la mise en pratique de ses valeurs. Toute voix doit être convoquée, accueillie, entendue. Toute voix mérite de recevoir une réponse en retour – d'approbation ou non, mais qui témoigne toujours de respect. Pouvoir s'exprimer en tout égalité est une condition indispensable si nous souhaitons œuvrer ensemble à la résolution de conflits, sans recourir à la force ou à d'autres outils de domination. Les compétences relationnelles qui constituent notre humanité se retrouvent à la croisée des chemins que nous avons empruntés collectivement jusqu'à maintenant, à ce carrefour mouvant de la démocratie et du patriarcat. Nous voici alors confronté.e.s à une autre question, plus déconcertante et plus urgente que jamais : quel sera notre chemin désormais ? » C. GILLIGAN, *Pourquoi le patriarcat ?*, Climats, 2019. p. 221.

¹³⁹⁶ « Ce n'est pas la technique qui nous asservit mais le sacré transféré à la technique. Ce n'est pas l'État qui nous asservit, c'est sa transfiguration sacrale. » J. ELLUL, *Les nouveaux possédés*, Les Mille et une nuit, 2003, p. 259.

structures de pouvoir de nos sociétés capitalistes et patriarcales. La peine n'est pas intuitive, elle est contre-nature : elle s'appuie sur une mythologie qui va à l'encontre de ce qui fonde l'humanité, et l'écosystème avec elle. À savoir la diversité, l'entraide et la liberté, trois lois naturelles formant ensemble un système de positivité qui n'est plus celui du libéralisme, mais de la libération. Trois lois naturelles dans le respect desquelles il va désormais falloir pratiquer l'abolition.

Titre 2. Le dépassement des systèmes

368. Maintenant que la plupart des croyances relatives au système pénal et de nature à garantir sa légitimité ont été dissipées, maintenant qu'elles ont été remplacées par des convictions sur ce qui fonde notre humanité et qu'il est possible d'entrevoir un nouveau système de positivité, subsiste néanmoins quelques interrogations : comment du sujet relavorisé atteindre la structure à abolir ? Comment détruire les systèmes sociaux existants et l'ordre qu'ils imposent ? Et comment, surtout, pensant les avoir dépassés, ne pas les reproduire ? C'est ici que l'abolitionnisme prend tout son sens, car il permet de reconnaître les pièges relatifs à la réforme des systèmes (Chapitre 1) tout en offrant un programme d'action pour les révolutionner (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les impasses réformistes

369. La substitution contemporaine des modèles traditionnels de normativité – verticaux et imposés – par des nouvelles formes de régulation – horizontales et négociées – pourrait donner la fausse impression d'une progression naturelle dans la direction de l'abolition. Mais l'utilisation adéquate de la grille de lecture abolitionniste permet au contraire de débusquer, sous le masque du changement, les figures de la continuité tant des types de juridicité (Section 1), que des dispositifs de pénalité (Section 2).

Section 1. Ruptures et continuité des types de juridicité

370. Le type de juridicité propre à la modernité semble laisser sa place à un droit d'une nature différente (§1), qui ne serait plus un cadre formel, ou un contenu de principes mais un simple balisage procédural, susceptible d'équilibrer des processus de régulation dont la conduite et l'orientation sont laissées aux choix des collectivités (§2). Mais loin de constituer une réelle avancée en faveur d'un nouveau système de positivité, ces mutations juridiques ne sont qu'un des nombreux effets de la postmodernité (§3).

§1. D'un droit formel à un droit réflexif

371. Dans sa *sociologie du droit*, WEBER trace un parallèle entre la rationalité *instrumentale* hégémonique sous la modernité – cristallisée par la bureaucratie et nécessaire au libéralisme¹³⁹⁷ – et le type de juridicité *rationnelle* qui s'y déploie¹³⁹⁸. Cette *rationalisation du droit* s'actualise par le passage d'un droit *matériel*, substantiel, fondé philosophiquement ou moralement et opérant sur le mode de l'équité – le droit « irrationnel » de la féodalité – à un droit *formel*, fondé sur sa propre cohérence interne, codifié, et opérant selon la mécanique binaire du légal et de l'illégal. WEBER constate néanmoins que le droit classique – celui des Lumières –, quintessence du droit formel, admet des résidus de matérialisation, lesquels vont se multiplier avec le développement de la modernité. Mais il insiste : ces phénomènes ne sont pas des ruptures vis-à-vis du modèle formel dominant puisqu'ils ne sont que des adaptations du système juridique aux intérêts économiques de la bourgeoisie qui l'a instauré¹³⁹⁹. En parallèle de ces mutations *informelles*, l'auteur observe l'émergence d'un mouvement *anti-formel*, porté cette fois-ci non plus par la bourgeoisie mais par la classe ouvrière et les « idéologues du droit »¹⁴⁰⁰. Ceux-ci s'opposent « à l'autorité exclusive de la morale commerciale », « exigent un droit social sur la base de postulats éthiques »¹⁴⁰¹, et réclament, à la place de l'*égalité formelle* qui pérennise les écarts de richesse, une *justice matérielle* susceptible de former une société – réellement – égalitaire. Là où l'hypothèse du contrat social postule une cohésion sociale forte et l'application universelle de valeurs cristallisées par le processus législatif lui-même, la *différenciation sociale* propre à la mondialisation et l'atomisation qu'elle engendre

¹³⁹⁷ V. *Supra* n°128.

¹³⁹⁸ « En même temps, ces différentes formes de pouvoir influencent le contenu du droit, influence qui varie avec les différents types de domination. Plus l'appareil de domination du prince et du hiérarchique est rationnel et dirigé par des fonctionnaires, plus fortement s'exerce son influence pour conférer à la juridiction un caractère rationnel à la fois quant à son contenu et à sa forme [...]. Cela signifie partout et toujours : rationaliser le droit » M. WEBER, *Sociologie du droit*, Quadrige, Puf, 2013, pp. 207-208.

¹³⁹⁹ « Le domaine d'application du droit commercial est ainsi déterminé par des indices purement formels, tandis qu'à d'autres égards, sa sphère est délimitée par les buts économiques qu'une transaction se propose de satisfaire. Les droits particuliers à d'autres professions sont également et principalement délimités par des indices matériels et ne le sont que sous certaines conditions de façon formelle. À ces particularités juridiques spécifiquement modernes correspondent de nombreuses juridictions et procédures spéciales. Les causes de la naissance de ces droits d'exception sont pour l'essentiel d'une double nature. En premier lieu, ils sont le résultat de la différenciation professionnelle et de la considération croissante que les intéressés au commerce et à la production industrielle ont acquise. Ils attendent de ces particularités que leur litige soit réglé par des experts professionnels. La deuxième cause qui, de nos jours, joue un rôle de plus en plus important réside dans le souhait d'échapper aux formalités de la procédure normale dans l'intérêt d'une juridiction plus rapide et plus adaptée au cas concret. Pratiquement ce souhait signifie un affaiblissement du formalisme juridique au profit d'intérêts matériels et n'est qu'un exemple parmi beaucoup d'autres phénomènes contemporains. » M. WEBER, *Sociologie du droit*, Quadrige, Puf, 2013, pp. 285-286.

¹⁴⁰⁰ M. WEBER, *Sociologie du droit*, Quadrige, Puf, 2013, p. 291.

¹⁴⁰¹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, Quadrige, Puf, 2013, p. 291.

interdit au contraire l'uniformisation qui légitime la juridicité formelle, entraînant sa *crise*. Le phénomène *anti-formelle* repose ainsi sur l'assertion suivante :

« [...] en de nombreux cas l'application des lois interprétées n'est qu'illusion et la décision résulte et devraient résulter d'évaluations concrètes et non de normes formelles [...] La juridiction ne consiste pas ou ne devrait pas consister en une "application" de normes générales à un fait concret, tout comme le langage n'est pas une "application" des règles grammaticales. La proposition juridique serait donc plutôt quelque chose de secondaire dérivant par abstraction de décisions concrètes qui, elles par contre, produit de l'activité des juristes, serait le véritable fondement du droit en vigueur. D'un autre côté, on insiste sur l'insignifiance quantitative des cas juridiques aboutissant à une décision de justice par rapport à la profusion considérable des principes déterminants la conduite effective ; on rabaisse ainsi au rang de simples "normes de décision" les règles légales utilisées durant le procès les opposant aux règles en vigueur dans la vie quotidienne indépendamment de tout procès. On en tire le postulat du fondement "sociologique" de la jurisprudence. »¹⁴⁰²

372. C'est, toujours selon le sociologue, en réaction à cette doctrine que de nombreux juristes formalistes, horrifiés de voir le droit ainsi dilué dans la norme et nostalgiques d'un « droit supra-positif »¹⁴⁰³, se seraient reconvertis aux courants néokantiens du droit « juste » et néopositiviste du droit « scientifique » – deux tendances effectivement identifiées en droit pénal¹⁴⁰⁴. Quoique conscient des écueils du formalisme et de la rationalité instrumentale sur laquelle il s'appuie, WEBER est plutôt méfiant des phénomènes anti-formels qu'il considère « irrationnels », puisque fondés sur des jugements de valeurs qui ne pourront, selon lui, jamais faire l'objet d'un consensus¹⁴⁰⁵. Faute de pouvoir s'accorder sur ce qui est *vrai*, il faudrait donc mieux s'en tenir à ce qui *fonctionne*.

¹⁴⁰² M. WEBER, *Sociologie du droit*, Quadrige, Puf, 2013, p. 292.

¹⁴⁰³ M. WEBER, *Sociologie du droit*, Quadrige, Puf, 2013, p. 294.

¹⁴⁰⁴ V. *Supra* n°243 et n°303 et s.

¹⁴⁰⁵ Ici se trouve le cœur de son désaccord déjà évoqué avec HABERMAS, théoricien de la rationalité communicationnelle – à laquelle s'oppose la rationalité instrumentale – et selon lequel au contraire, il est possible dans une *situation idéale de parole*, et grâce au respect d'une *éthique de la discussion* qui doit en guider le déroulement d'opérer une médiation entre des principes de justice abstraits et faussement universels et des valeurs communautaires et individuelles forcément relatives. V. *Supra* n°123 et s.

373. Afin d'éviter les confusions générées par l'existence de mécanismes informels indigènes à la rationalité moderne, deux auteurs, P. NONET et P. SELZNICK, proposent de distinguer non plus entre juridicité formelle et matérielle mais entre le droit *autonome* et le droit *réactif*¹⁴⁰⁶. Le droit autonome est – ou tout du moins se prétend – indépendant de la politique, il fait partie d'un système de séparation des pouvoirs, est supposé lier les gouvernants aussi bien que les gouvernés, et sa légitimité est en grande partie épuisée par des garanties procédurales – impartialité, loyauté, égalité des armes... Le droit réactif à l'inverse est *légitimé par l'éthique*, il est *subordonné au politique*, intègre ceux qui entendent l'appliquer à son élaboration, ces derniers bénéficiant d'un important pouvoir discrétionnaire puisqu'ils se préoccupent moins de ses concepts – de sa cohérence interne – que de son objectif : celui d'une justice politique. Le caractère réactif met donc l'accent sur la *participation* à l'élaboration du droit et sa dimension *finaliste* – puisque l'on cherche à obtenir un résultat déterminé, guidé par l'éthique.

374. G. TEUBNER, lui aussi intéressé aux évolutions contemporaines de la normativité, propose d'affiner le type du *droit réactif*, qu'il estime là encore trop ambivalent puisqu'il emprunte à la fois à celui du droit *substantiel* et du droit *réflexif*¹⁴⁰⁷. Grâce au modèle d'évaluation des types de rationalités conceptualisé par HABERMAS et distinguant entre justification de la norme, rationalité externe – ses fonctions sociales – et rationalité interne – ses caractéristiques propres –, celui-ci expose avec précision les incompatibilités entre type formel, substantiel et réflexif sous la forme d'un tableau que nous proposons de reproduire :

Dimensions	Type formel	Type substantiel	Type réflexif
Justification du droit	L'institutionnalisation de l'individualisme et de l'autonomie : l'établissement de sphères d'activités pour les acteurs privés	La régulation collective de l'économie et de l'activité sociale et l'équilibrage des carences du marché	Le contrôle de l'autorégulation : la coordination de formes de coopérations sociales récursivement déterminées.

¹⁴⁰⁶ P. NONET, P. SELZNICK, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York 1978.

¹⁴⁰⁷ G. TEUBNER, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", in C. SERON, (Dir.), *The law and society canon*, Ashgate, Aldershot, pp. 75-122, 2006.

Fonctions externes du droit	Les fondations structurelles pour la mobilisation et l'allocation de ressources dans une société de marché développée et la légitimation du système politique	La modification instrumentale de schéma et structures de comportements déterminés par le marché	Structurer et restructurer des systèmes pour garantir la communication à l'intérieur des groupes et leur coordination externe
Fonctions internes du droit	<i>Orienté par la règle :</i> règles construites conceptuellement et appliquées par un raisonnement de logique déductive	<i>Orienté par la finalité :</i> programmes finalistes d'action instituées pas des régulations, standards et principes.	<i>Orienté par la procédure :</i> Organisation des relations entre des structures institutionnelles et des processus décisionnaires

*Types et dimensions de la rationalité légale moderne*¹⁴⁰⁸

375. Contrairement aux deux autres, le dernier type, *réflexif*, ne prédispose pas l'action. La norme ne prescrit pas un comportement par l'intermédiaire d'une catégorie formelle ou d'une finalité substantielle, elle encadre simplement le processus de régulation, l'organisation et la distribution des droits et compétences des acteurs¹⁴⁰⁹. Elle est une norme de *procédure*, *abstraite* et *indirecte*. Ainsi, dans le droit contractuel par exemple, il ne s'agit plus de se demander si les conditions de validité du contrat sont réunies – type formel –, ou si le contrat est de nature à entraîner une situation d'exploitation abusive – type substantiel –, mais si *les parties sont dans des conditions procédurales adéquates à la libre négociation des conditions de sa validité* – type réflexif.

¹⁴⁰⁸ G. TEUBNER, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", in C. SERON, (Dir.), *The law and society canon*, Ashgate, Aldershot, pp. 75-122, 2006, p. 257.

¹⁴⁰⁹ G. TEUBNER, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", in C. SERON, (Dir.), *The law and society canon*, Ashgate, Aldershot, pp. 75-122, 2006, p. 255.

376. Des grands auteurs de sociologie du droit ont ainsi tenté, à la lumière des évolutions normatives contemporaines, de conceptualiser cette nouvelle forme de régulation *procédurale*.

§2. La régulation procédurale

377. HABERMAS, LUHMANN et G. TEUBNER ont chacun proposé leur propre théorie de la normativité procédurale. Si les raisonnements des auteurs ne sont pas toujours compatibles, ils aboutissent néanmoins à un même modèle de régulation « rationnel-négocié »¹⁴¹⁰.

378. HABERMAS, contrairement à P. NONET et P. SELZNICK, ne croit pas que le passage d'un type de régulation autonome à un type réactif résulte d'une logique évolutive interne au système de normativité, lequel s'adapterait aux tensions générées par son propre fonctionnement. Pour lui, les structures de normativité – et donc, le droit – s'adaptent surtout à leur environnement et sont donc influencées par la dynamique générale de l'évolution sociale. Ainsi, pour que puisse s'établir une cohésion sociale pérenne – une bonne *intégration* des individus à la société – les institutions juridiques doivent incarner « les stades supérieurs de la conscience morale »¹⁴¹¹. Or, s'agissant de la détermination de ces stades, HABERMAS est très influencé par l'échelle de progression de la morale – masculine – dégagée par PIAGET et KOHLBERG, auxquels il se réfère explicitement¹⁴¹². Il valorise donc l'abstraction, la Raison et le détachement émotionnel, trois principes qui lui semblent par ailleurs tout à fait compatibles avec le pluralisme normatif des sociétés contemporaines : « puisque les motifs ultimes ne peuvent plus être rendus plausibles, les conditions formelles de la justification obtiennent elles-mêmes une force de légitimation. La procédure et les présupposés de l'accord rationnel deviennent eux-mêmes des principes. »¹⁴¹³. En d'autres termes, puisqu'il n'est plus possible de s'accorder sur la substance du juste – du fait de la diversité d'expériences vécues et de conceptions du monde résultant, entre autres, de la mondialisation – le droit n'est légitime que tant qu'il se limite à l'encadrement d'un processus rationnel de négociation des normes élaborées dans le respect du pluralisme. HABERMAS est convaincu qu'une discussion effectuée

¹⁴¹⁰ J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN, « Conclusion », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 271.

¹⁴¹¹ J. HABERMAS, cité par G. TEUBNER, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", in C. SERON, (Dir.), *The law and society canon*, Ashgate, Aldershot, pp. 75-122, 2006, p. 262.

¹⁴¹² G. TEUBNER, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", in C. SERON, (Dir.), *The law and society canon*, Ashgate, Aldershot, pp. 75-122, 2006, p. 260.

¹⁴¹³ J. HABERMAS, cité par G. TEUBNER, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", in C. SERON, (Dir.), *The law and society canon*, Ashgate, Aldershot, pp. 75-122, 2006, p. 269.

dans de bonnes conditions ne peut que donner lieu à un accord sur des principes généraux de justice, eux-mêmes dégagés par la référence à un individu abstrait supposé cristalliser les droits et les devoirs au fondement de la cohésion sociale. La différence peut – et doit – donc être dépassée rationnellement. Le droit est illégitime à postuler *a priori* une valeur universelle, mais il peut encadrer son élaboration – ou plutôt sa « découverte »... Bref, la théorie d'HABERMAS propose principalement de décentraliser le processus de délibération démocratique, qui ne peut plus légitimer la norme « par le haut » mais peut encore y parvenir « par le bas ». Si la croyance profonde d'HABERMAS en une réconciliation rationnelle des valeurs est dénoncée par une partie de la doctrine au titre de sa naïveté¹⁴¹⁴, elle est également vivement critiquée par les féministes qui n'y voient rien d'autres que la reconduction des principes d'abstraction et de rationalité au fondement de la théorie libéral – et donc du patriarcat¹⁴¹⁵. Malgré cette importante incompatibilité, le sociologue rejoint ses critiques féministes sur un point : celui de la nécessité de cantonner le droit étatique à un rôle subsidiaire, qui selon HABERMAS s'apparente à celui d'une « constitution externe »¹⁴¹⁶ susceptible d'encadrer l'autorégulation des groupes sociaux.

379. Convaincu lui aussi que la prochaine étape de la régulation sociale doit se délester de toute prétention finaliste, LUHMANN suggère néanmoins de rehausser l'analyse à un niveau d'abstraction supplémentaire... Selon lui, la forte différenciation sociale caractéristique de l'époque contemporaine ne tient pas au pluralisme des valeurs et expériences vécues des individus concrets, mais à la multiplication des *systèmes* au sein desquels se répartissent l'activité sociale – les systèmes éducatif, médical, juridique, politique... Or, chacun de ces systèmes possède sa propre manière de se décrire, son propre *codage* de la réalité. C'est en communiquant ce code qu'il se distingue des autres systèmes, qu'il établit sa *clotûre* vis-à-vis de son environnement – le code légal/illégal pour le système juridique ou le code sain/pathologique pour le système médical par exemple. Chaque système s'*autoréférence*, c'est-à-dire qu'il utilise son propre code pour communiquer sur lui-même, sans chercher de cohésion avec les autres systèmes¹⁴¹⁷. Il en résulte une pluralité de *systèmes de représentations*

¹⁴¹⁴ V. *Supra* n°129.

¹⁴¹⁵ Tout l'intérêt de l'éthique de l'Altérité étant précisément de remplacer à la conception libérale d'un « Autre abstrait », qui n'est en fait que l'incarnation de l'homme blanc, par un « Autre concret » dont il ne faut pas chercher à dépasser la différence ou neutraliser l'interprétation situé. V. S. BENHABIB, « The Generalized and the Concrete Other: The Kohlberg-Gilligan Controvers and Feminist Theory », *Praxis international*, 5, 1985, pp. 402-424.

¹⁴¹⁶ J. HABERMAS, cité par G. Teubner, « Substantive and Reflexive Elements in Modern Law », in C. SERON, (Dir.), *The law and society canon*, Ashgate, Aldershot, pp. 75-122, 2006, p. 269.

¹⁴¹⁷ « Pour Luhmann, les systèmes sociaux sont régis par le principe de la clôture (Geschlossenheit). Cela signifie qu'ils génèrent des systèmes de représentations qui leur sont propres, et qui ne supposent nullement une cohérence globale avec les autres systèmes de représentations. Cela vaut, par exemple, pour le système juridique, notamment dans sa propension à s'autodécrire, c'est-à-dire à produire des constructions théoriques qui s'inscrivent dans le

du réel, chacun légitimé par un type de discours particulier – la science du droit pour le système juridique, la médecine pour le système médical... Ces représentations du réel n'ont pas de fonction globale, elles ne servent pas de but autre que celui d'assurer le maintien du sous-système, son *auto-reproduction* – c'est la fameuse théorie de l'*autopoïèse*. Le *sens* que les individus prêtent à leur environnement est alors, dans la théorie luhmanienne, intégralement dépendant du système de représentation au sein duquel celui-ci se trouve. Les systèmes sociaux *construisent* donc la réalité¹⁴¹⁸. Au milieu de toutes ces représentations, la véritable fonction du droit – qui est à distinguer de celle par le biais de laquelle il s'auto-décrit, celle que la science juridique lui prête – est celle de « schème régulateur de sens »¹⁴¹⁹. Le système juridique doit indiquer aux individus paralysés par la pluralité et la complexité des sens du réel, ce qu'ils doivent en attendre, la façon dont celui-ci s'organise : « ce qui dans la société caractérise le droit et ses sous-systèmes n'est donc pas, de ce point de vue, la protection de la société, mais

contexte d'une fonctionnalité relative. » H. RABAULT, « La nature et la fonction de la théorie du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann. Vers une rénovation de l'épistémologie du droit ? », *Droits*, n° 33, 2001, p. 191-203. L'article de H. RABAULT est d'une extrême clarté pour qui voudrait s'intéresser de plus près à la théorie du droit luhmanienne.

¹⁴¹⁸ « La réalité n'existe pas en tant que distincte d'un sujet observateur, qui est non seulement conscience, mais aussi, primitivement, système social. Elle est essentiellement une construction fondée à base d'informations produites par les systèmes sociaux. La réalité en tant que telle est une "construction imaginaire" », H. RABAULT, « La nature et la fonction de la théorie du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann. Vers une rénovation de l'épistémologie du droit ? », *Droits*, n° 33, 2001, p. 191-203. Le droit participe donc à la construction de la réalité, « et les célèbres faits institutionnels comme la personne morale le contrat et le testament ne sont que la partie visible un iceberg de constructions juridiques du monde dérivant sur un océan de faits bruts de la communication sociale diffuse. Le discours juridique modifie de plus en plus la signification des constructions quotidiennes du monde et les remplace en cas de conflit par des constructions autonomes. L'optique constructiviste ne donne pas la possibilité de mettre en question l'autorité épistémique du droit que ce soit par les réalités sociales elles-mêmes par le savoir quotidien ou par les observations scientifiquement contrôlées. Cette perspective fait comprendre pourquoi le droit est essentiellement un discours qui se valide lui-même, s'avérant largement inaccessible à tout défi sérieux des autres champs de connaissance » : G. TEUBNER et N. BOUCQUEY, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 47^e année, N. 6, 1992, p. 1156 ; Pour une analyse similaire en droit international public, V. O. DE SCHUTTER, « Les mots du droit : une grammatologie critique du droit international public », *Revue Québécoise de droit international*, volume 6-2, 1989, pp. 120-132 : « La neutralité du raisonnement juridique est dénoncée comme illusion, et les rapports de pouvoir – qui imposent telle solution plutôt que telle autre, sans pouvoir s'appuyer sur des principes stables - apparaissent en pleine lumière. Toute lecture du droit n'est pas seulement partielle, elle est aussi partielle : la manifestation des intérêts égoïstes d'une faction, plutôt que la recherche d'une universalité. L'autre vertu est la conséquence de la première. Si toute construction juridique est à considérer comme artificielle, comme mystification, que faut-il en tirer comme conclusion quant à l'action ? Très simplement, que rien ne nous est impossible. Que l'imagination politique n'a pas à être enfermée dans les bornes que lui imposent une certaine conception de la rationalité en droit. Que, si le débat juridique débouche sur une conclusion qui rassemble autour d'elle un certain consensus, ce n'est pas parce que cette conclusion serait plus « vraie » qu'une conclusion contraire, mais parce qu'elle correspond mieux à nos attentes. Or, ces attentes peuvent évoluer dans le temps. Il peut en être débattu. Au moins, de savoir que le droit n'existe pas - qu'il n'existe, plus précisément, que comme littérature, comme rhétorique, détaché du réel -, cela rend ce débat possible sans que les dogmatismes confinent ce débat à une répétition de banalités. Une théorie descriptive du droit international public, qui viserait à réifier celui-ci en prétendant pouvoir en cerner l'essence, échoue : la nécessité de formuler une ou plusieurs théories normatives, de s'interroger sur les fins du droit des relations internationales plutôt que sur la nature de celui-ci, n'en est que plus urgente. »

¹⁴¹⁹ N. LUHMANN, cité par R. DUBE, « La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des expectatives normatives », *Droit et société*, vol. 82, no. 3, 2012, pp. 659-688.

le maintien obstiné des attentes stabilisées sous la forme de "quiconque fait X est passible de Y", et ce, en dépit des transgressions normatives. »¹⁴²⁰. Le droit a donc pour fonction de *stabiliser les attentes normatives* des individus vis-à-vis du réel – la façon dont ceux-ci peuvent raisonnablement anticiper les conduites des autres individus et orienter leur propre action¹⁴²¹. Comme chez HABERMAS – mais pour des raisons différentes – la norme juridique est vidée de toute substance ou de toute référence à des principes abstraits, elle est réduite à la fonction de codage permettant la réduction de la complexité du réel et l’orientation des conduites individuelles. Elle est un « mécanisme de production de la validité positive »¹⁴²², bref, un modèle procédural. Là où certains auteurs reprochent à HABERMAS sa croyance en l’existence d’une rationalité morale « flottante » que les hommes pourraient faire redescendre du ciel des idées par le jeu de leurs interactions réciproques, d’autres accusent à l’inverse LUHMANN « d’hypostasier des systèmes sociaux »¹⁴²³. La radicalité de son constructivisme les transforme en effet en « super-organismes » autorégulés et indépendants de leur environnement, les individus concrets étant quant à eux réduits à de simples coquilles vides dont la conscience se trouve intégralement façonnée par les représentations du réel qu’ils produisent.

380. Réconciliant les postulats d’HABERMAS et de LUHMANN au sein d’une théorie unique – celle du droit réflexif – G. TEUBNER élabore tout un système d’autolimitation du droit à sa stricte fonction d’encadrement de l’autorégulation des groupes sociaux¹⁴²⁴. L’auteur propose d’établir trois *ordres constitutionnels* – celui des États-Nations, des régimes transnationaux et des « groupes indigènes multiculturels » – que le droit aurait pour mission d’articuler selon un principe de « soutenabilité » :

« Principe qui a été développé à l’origine pour limiter la croissance économique et protéger l’environnement naturel en vue des conditions de vie à venir. Et le

¹⁴²⁰ N. LUHMANN, cité par R. DUBE, « La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des attentes normatives », *Droit et société*, vol. 82, no. 3, 2012, pp. 659-688.

¹⁴²¹ « Le droit, en définissant un problème permet de circonscrire autour de celui-ci "un champ de solutions fonctionnellement équivalentes qu’il est alors possible de comparer quant à leurs avantages respectifs et parmi lesquelles on pourra choisir celle qui “convient le mieux” aux caractéristiques du système " E. FRIEDBERG, cité par R. DUBE, « La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des attentes normatives », *Droit et société*, vol. 82, no. 3, 2012, pp. 659-688.

¹⁴²² J. DE MUNCK, « Normes et procédure, les coordonnées d’un débat », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 38.

¹⁴²³ J. DE MUNCK, « Normes et procédure, les coordonnées d’un débat », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 54.

¹⁴²⁴ G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels*, Classiques Garnier, 2016.

défi d'aujourd'hui est que le principe de soutenabilité doit être généralisé dans deux directions. La soutenabilité ne peut plus seulement se limiter au rapport de l'économie à la nature, c'est-à-dire au rapport seulement d'un système social à l'un de ses environnements. Le principe de soutenabilité est à repenser, en sus de l'économie, pour tous les régimes fonctionnels. En même temps, il doit intégrer, en plus de l'environnement naturel, tous les environnements pertinents des régimes. On entend "environnement" ici dans le sens le plus large possible, qui se rapporte aux environnements naturel, social et humain des régimes transnationaux. »¹⁴²⁵

381. Ce droit d'une nouvelle espèce, quoi que limité à son plus simple appareil normatif, n'en demeure pas moins, comme tout système social, créateur de ses propres représentations. Il doit en effet poser des « modèles internes de réalité »¹⁴²⁶ susceptibles d'orienter l'autorégulation des individus et groupes sociaux. Il est donc très important d'anticiper la construction de son discours légitimant puisque celui-ci va imprégner et déterminer les consciences humaines. En d'autres termes, G. TEUBNER s'interroge sur les possibilités d'une science du droit adaptée à ce type de juridicité, celle-ci devant nécessairement reposer sur une analyse de « politique sociale à part entière »¹⁴²⁷, véritablement *interdisciplinaire*¹⁴²⁸. Dans la perspective de TEUBNER, le droit réflexif n'est ainsi plus tout à fait réduit à une simple

¹⁴²⁵ G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels*, Classiques Garnier, 2016, p. 276.

¹⁴²⁶ G. TEUBNER, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", in C. SERON, (Dir.), *The law and society canon*, Ashgate, Aldershot, pp. 75-122, 2006, p. 279.

¹⁴²⁷ « Si elle est prise au sérieux, une telle jurisprudence sociale nécessite des modèles englobants de la réalité qui doivent intégrer les théories des sciences sociales à un degré qui permet au droit de prendre en charge les processus de planification globale. L'analyse juridique tend alors à se transformer en une analyse de politique sociale à part entière, qui nécessite une description adéquate des situations réelles, la perception des problèmes, la définition des objectifs, la sélection des normes juridiques et la mise en œuvre des normes dans la réalité sociale. De toute évidence, la complexité des modèles sous-jacents qui seraient nécessaires pour que la loi atteigne ces objectifs dépassera rapidement la compétence cognitive de tout système existant, même celui qui est basé sur une profonde analyse interdisciplinaire. » G. TEUBNER, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", in C. SERON, (Dir.), *The law and society canon*, Ashgate, Aldershot, pp. 75-122, 2006, p. 280.

¹⁴²⁸ Ce qui n'est pas franchement gagné tant, en dehors même des problématiques liées à la structure de l'Université (V. *Supra* n°230 et s.) les juristes craignent de se voir reprocher par des collègues certainement moins aventureux un manque de légitimité dans la discipline qui n'est pas la leur – fut-elle simplement une autre discipline *juridique*. V. P. ANCEL, « L'enseignement du droit, instrument de la *summa divisio* : quelques réflexions en guise d'introduction à la table ronde », in B. BONNET et P. DEUMIER (Dir.), *De l'intérêt de la *summa divisio* public-droit privé ?*, Dalloz, 2010, p. 207 et s. La question qu'il apparaît nécessaire de se poser étant néanmoins la suivante : « préfère-t-on que les discours de chaque discipline juridique restent clos sur eux-mêmes mais irréprochables méthodologiquement ou qu'ils s'émaillent de références, seraient-elles parfois rapides, aux doctrines des autres branches ? » ; la réponse de l'autrice étant, à notre humble avis, tout aussi pertinente... : « Pour notre part, nous préférons des arguments exodisciplinaires éventuellement mal utilisés à l'enfermement dans la spécialité, la découverte en amateur au registre exclusif de l'expertise, le risque de la mauvaise maîtrise à la sécurité de la répétition des acquis. » P. DEUMIER, « L'intérêt de l'utilisation de la discipline internationaliste par la doctrine interniste et réciproquement : *Raisons et sentiments* », in P. DEUMIER et J.-M. SOREL, *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018, p. 52.

procédure, il nous semble même que ce dernier l'investit d'un rôle qui, après avoir voulu l'en éloigner, le rapproche du *droit réactif* de P. NONET et P. SELZNICK. En effet, les constitutions du sociologue n'ont pas pour seul objet *l'organisation des relations entre des structures institutionnelles et des processus décisionnaires*¹⁴²⁹, elles doivent en outre permettre la « politisation interne » des groupes autorégulés, laquelle « suppose de discuter et de décider, à la fois, du rôle du secteur social dans la société entière, des menaces possibles qu'il représente pour les environnements naturels, social et humain, et enfin de ses performances positives pour les environnements »¹⁴³⁰. L'on pourrait ainsi presque accuser G. TEUBNER d'une forme de substantialisme – qui n'est pas pour nous déplaire néanmoins – cristallisé par la recherche d'une justice sociale et donc, *matérielle*.

382. Quoi qu'il en soit, et malgré la particularité de ce dernier auteur, tous s'accordent sur l'existence d'une crise, non seulement du rapport à la norme mais aussi « du modèle de rationalité qui présidait à notre rapport à la norme hérité de l'État social »¹⁴³¹. Tous envisagent alors comme palliatif le modèle « rationnel-négocié », où la règle est « produite au cours de l'action », « légitimée par la discussion et l'interaction » et « apparaît d'abord comme la cristallisation de la rencontre de plusieurs registres de normativité »¹⁴³², rencontre qu'il revient au droit d'organiser. Dans cette conception, « l'État n'est plus perçu comme le lieu d'intégration de la totalité sociale, capable par son savoir d'expert de diriger sa modernisation (sa rationalisation) »¹⁴³³, il apparaît comme un partenaire, fournissant des ressources aux acteurs mais qui n'en planifie pas l'usage social : « parce qu'il dispose de ces ressources indispensables, l'État ne quitte pas purement et simplement le jeu social ; il cherche plutôt de nouvelles voies pour les distribuer »¹⁴³⁴.

383. C'est, ainsi résumé, tout l'enjeu associé à la postmodernité.

¹⁴²⁹ V. *Supra* n°374.

¹⁴³⁰ G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels*, Classiques Garnier, 2016, p. 277.

¹⁴³¹ J. DE MUNCK, « Normes et procédure, les coordonnées d'un débat », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 58.

¹⁴³² J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN, « Conclusion », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 272.

¹⁴³³ J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN, « Conclusion », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 272.

¹⁴³⁴ J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN, « Conclusion », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 272.

§3. La postmodernité juridique

384. Il n'aura pas échappé au lecteur que le descriptif du type de rationalité « réflexif » – et avec lui d'ailleurs toute la régulation procédurale – entretient des liens étroits avec le phénomène relativement récent¹⁴³⁵ que les juristes désignent par l'expression « droit mou » – ou *soft law* – et qui « se caractérise par deux tendances dans la technique juridique, l'utilisation de règles de conduite non-contraignantes, d'une part, et la participation des intéressés à l'élaboration de la norme, d'autre part »¹⁴³⁶. Ainsi, J. CHEVALLIER distingue soigneusement l'émergence, après la Seconde Guerre mondiale, de mécanismes d'incitation relevant d'une conception plus souple du droit alors simples marqueurs d'une « adaptation de la technique juridique à l'interventionnisme économique »¹⁴³⁷, du développement, à partir des années 1980, « dans toutes une série de domaines », de « dispositifs souples, visant à orienter les comportements »¹⁴³⁸. Ce nouveau droit cristallise le fameux passage à la postmodernité, époque sociale où la régulation succède à la contrainte, et le « fétichisme de la règle »¹⁴³⁹ s'efface au profit d'un impératif pragmatique d'efficacité¹⁴⁴⁰. Peut-être moins soucieux des libertés individuelles que de l'ordre social, les juristes publicistes s'associent néanmoins à leurs collègues pénalistes pour dénoncer – sans effets – les invasions du droit « flou »¹⁴⁴¹. C'est que,

¹⁴³⁵ Voir même *très* relativement, puisqu'on en trouverait déjà l'expression en droit romain ou médiéval... D. DEROUSSIN, « *Soft Law*, éléments historiques », in P. DEUMIER et J.-M. SOREL, *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018, p. 55 et s.

¹⁴³⁶ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, 2002, p. 258, n°276.

¹⁴³⁷ J. CHEVALLIER, « La Soft Law, le point de vue d'un interniste publiciste », in P. DEUMIER et J.-M. SOREL, *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018, p. 82.

¹⁴³⁸ J. CHEVALLIER, « La Soft Law, le point de vue d'un interniste publiciste », in P. DEUMIER et J.-M. SOREL, *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018, p. 82.

¹⁴³⁹ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, LGDJ, 1998, pp. 659-714 : « L'idée selon laquelle les individus sont titulaires de droits face au pouvoir constitue un élément fondamental de la modernité juridique : elle débouche sur la croyance en la bienfaisance d'un droit perçu comme un dispositif de protection, un moyen de libération, mais aussi un instrument de Justice et de progrès ; qu'il soit conçu comme destiné à préserver l'égalité des individus dans leurs rapports mutuels (justice commutative) ou dans leurs rapports avec le groupe (justice distributive), le droit serait dans tous les cas dominé par un " idéal de justice " [...] La société moderne repose ainsi sur une confiance absolue placée dans le droit, qui conduit au *fétichisme de la règle* : la norme juridique tend à être prise pour la réalité même, capable de faire advenir ce qu'elle énonce ; et le passage par la forme juridique en vient à constituer la garantie suprême. ». Nous soulignons.

¹⁴⁴⁰ J. Chevallier, « La Soft Law, le point de vue d'un interniste publiciste », in P. Deumier et J.-M. Sorel, *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018, p. 84.

¹⁴⁴¹ Inquiétude jusqu'à récemment partagée par le Conseil d'État : « Affirmant que la formulation d'objectifs n'avait pas sa place dans les dispositifs des lois et décrets, le rapport 1991 [« De la sécurité juridique », *Études et documents*, n°43] jugeait cette pratique "dangereuse" : avec le développement d'un "droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux", la "frontière entre ce qui est obligatoire et ce qui ne l'est pas, ce qui est sanctionnable et ce qui ne saurait l'être devient incertaine aux yeux du citoyen et du juge". L'analyse avait été réitérée, avec plus de force encore, quinze ans plus tard : le rapport de 2006 [« Sécurité juridique et complexité du droit », *Études et documents*, n°57], réaffirmait que "la loi est faite pour prescrire, interdire, sanctionner. Elle n'est pas faite pour bavarder, créer des illusions, nourrir des ambiguïtés et des déceptions. La loi doit donc être normative » ; si la critique visait alors principalement les lois mémorielles, elle ne pouvait manquer d'être interprétée comme étant

dans le domaine de l'action publique ou de la régulation privé, l'on perçoit peut-être moins les effets pervers d'une *déréglementation*, qu'on aurait pourtant tort de confondre avec une *émancipation*. Autonomisation, peut-être, mais seulement parce que la contrainte est désormais intégrée ; parce que les structures, pour être *reproduites*¹⁴⁴², n'ont plus besoin d'être imposées. La postmodernité, comme le droit réflexif, ne sont pas des ruptures, mais des continuités du mode de gouvernementalité – et de production – libérale, où la normation se fait *normalisation* et le gouvernement, *gouvernance*¹⁴⁴³ :

« En fin de compte, cette rationalisation apparaît, non seulement comme la perpétuation, mais encore comme l'exacerbation du mythe rationnel sur lequel reposait le droit moderne, comme l'atteste bien le programme de codification : sans doute, la norme juridique n'est-elle plus assurée d'une légitimité de principe ; néanmoins, la double caution de la science et de la démocratie suffit à couper court à toute interrogation sur son bien-fondé. Aussi, n'est-il pas surprenant que la place du droit, loin de régresser, se renforce dans les sociétés contemporaines. »¹⁴⁴⁴

386. Loin d'être le stade ultime de la progression morale, la rationalité procédurale n'est qu'une adaptation du libéralisme à ses propres contradictions, une forme nouvelle de stabilisation des rapports de domination qui structurent les sociétés capitalistes patriarcales.

de portée plus générale." ». Quelques années auront cependant suffi à convaincre le Conseil d'État de ses qualités... « Avec le rapport de 2013 consacré au droit souple [« le droit souple », *Études et documents*, n°64], la position du Conseil change radicalement : non seulement le vice-président constate dans son avant-propos, que "la contrainte n'est depuis bien longtemps plus la seule marque de la juridicité", mais encore il considère que le droit souple peut-être l'"oxygénation du droit". », J. CHEVALLIER, « La Soft Law, le point de vue d'un interniste publiciste », in P. DEUMIER et J.-M. SOREL, *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018, p. 86. V. *Supra* n°203 pour la critique du « postmodernisme » pénal.

¹⁴⁴² « D'autre part, et plus généralement, la norme juridique tend à être englobée dans une problématique plus large de la régulation, qui infléchit sa logique : *visant à assurer la reproduction des équilibres sociaux*, la régulation suppose en effet le recours à une panoplie de moyens d'action, les uns juridiques, les autres non-juridiques ; le droit n'apparaît plus que comme un instrument de "guidance " ou de "pilotage", au service de politiques qui le dépassent. » J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, LGDJ, 1998, pp. 659-714. Nous soulignons.

¹⁴⁴³ « Corrélativement, derrière la régulation se dessine une autre conception de l'exercice du pouvoir, qui prend cette fois assise sur le thème de la "gouvernance": porteuse d'un nouveau style d'action publique, à la fois pluraliste et consensuel, la gouvernance implique le reflux des aspects des éléments d'unilatéralité et de contrainte attachés au droit ; il s'agit d'influer en douceur sur les comportements, en recherchant l'adhésion des destinataires. » J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, LGDJ, 1998, pp. 659-714. V. *Supra* n°201 et s.

¹⁴⁴⁴ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, LGDJ, 1998, pp. 659-714.

D'ailleurs, d'autres sociologues ne s'y sont pas trompés et alertent sur les risques relatifs au retrait définitif de la matérialité : « rien dans le modèle "procédural" n'assure par lui-même la constitution d'un univers de sens consistant et vivant ou l'égalisation des ressources de contrôle, qu'elles soient monétaires, symboliques ou statutaire »¹⁴⁴⁵. La critique – qui s'adresse tout autant à certaines impensées abolitionnistes – est partagée par les structuralistes¹⁴⁴⁶, comme par les féministes¹⁴⁴⁷, qui doutent du potentiel transformateur d'une rationalité qui ne serait pas expressément fondée sur une lutte *concrète* pour la *justice* et l'*égalité*. Les effets de stigmatisation et d'exclusion caractéristiques des sociétés contemporaines ne s'opposent pas seulement à une conception égalitaire des processus de régulation, ils sont également des obstacles matériels à l'*intégration sociale* qui en constitue le moyen autant que la finalité. En effet, l'effacement des rapports de domination déterminants les interactions entre les personnes

¹⁴⁴⁵ J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN, « Conclusion », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 273 ; « Il n'y a pas alors véritable hybridation des registres de normativité, mais l'intégration nouvelles des différents registres de savoir au service de la productivité économique ». (p. 272).

¹⁴⁴⁶ « Il se pourrait que les "nouvelles" activités judiciaires réactives des professionnels, mais aussi des citoyens, aient le même effet que le système pénal actuel et que, sous l'influence de leurs propres vues punitives et politiques de leurs positions de pouvoir social, acquises ailleurs ou imputées, les nouveaux résolveurs de problèmes n'apportent aucun changement réel dans l'administration de la justice. » L. VAN OUIRIVE, "Hulsman's abolitionism: the great reduction" in in J. BLAD, H. Van MASTRIGHT, N. A. UILDRIKS, (Dir.) *The criminal justice system as a social problem : an abolitionist perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987, p. 63.

¹⁴⁴⁷ Ainsi, G. SMAUS, criminologue féministe très active au sein du *Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology* qui rassemble depuis plus de vingt-cinq ans de nombreux abolitionnistes et critiques du système pénal, doutait dès la fin des années 1990 des objectifs révolutionnaires de ses collègues « car les abolitionnistes pénaux ne prêtent pas vraiment attention à la position, aux points de vue et aux intérêts des femmes, tant dans la société en général qu'au sein du système de justice pénale. Elle voyait les abolitionnistes principalement comme des hommes universitaires privilégiés, luttant contre d'autres hommes au sujet de l'utilisation de la punition dans une société fondamentalement patriarcale, alors que les femmes devaient lutter contre la domination des hommes, tant dans la sphère publique que dans la sphère privée. Le plaidoyer de Hulsman pour la décriminalisation et pour "rendre le conflit" à ceux qui sont directement impliqués dans le monde de la vie (supposée partagée) lui a donné des raisons de s'inquiéter profondément. Cela serait-il approprié ? Comment cela pourrait-il aider les femmes à s'émanciper des arrangements oppressifs installés précisément dans leur monde de vie ? La bataille pour la criminalisation du viol conjugal n'avait-elle pas mis au jour le soutien à la domination masculine, caché dans le droit pénal (matériel), et la nécessité de mener un combat public pour un changement de la loi qui reconnaîtrait l'égalité des femmes par rapport aux hommes et leur rendrait justice ? Même s'il est vrai, comme l'a déclaré Hulsman, que 99% de tous les conflits sont résolus sans aucun rôle du système de justice pénale, la question reste de savoir comment ils sont résolus ? N'est-il pas possible, ou même plus plausible, que, dans la mesure où ces conflits sont liés à l'oppression des femmes, ils ne soient pas du tout résolus, mais plutôt subis par les femmes qui en souffrent ? L'agenda de l'abolitionnisme pénal n'est-il pas tout simplement trop étroit, puisqu'il n'inclut pas la transformation des structures oppressives et patriarcales plus larges de la société ? Smaus a déclaré qu'elle était exaspérée par la prétention simpliste et apparemment absolutiste d'abolir le droit pénal comme une solution à tous les problèmes, étant que tout ce qui a été accompli, l'a été par le biais de luttes publiques prolongées est résilientes contre l'oppression ». R. Van SWAANINGEN et J. BLAD, "The Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology. Twenty five years", 2008, disponible sur <http://commonstudyprogramme.wordpress.com>. V. Également K. DALY, "Restorative justice: The real story", *Punishment & Society*, 2002, 4, 1, pp. 55-7; G. Pavlich, "The Power of Community Mediation: Government and Formation of Self-Identity.", *Law & Society Review*, vol. 30, no. 4, 1996, pp. 707-733; R. SCHEHR, "From Restoration to Transformation: Victim-offender Mediation as Transformative Justice." *Mediation Quarterly*, vol. 18, no. 2, 2000, pp. 151-169; R. ABEL, "Conservative conflict and the reproduction of capitalism: the role of informal justice", *UCLA Law Review*, sept. 1981.

concernées par le conflit est un *enjeu* de cette nouvelle forme de justice mais également une *condition* nécessaire de son instauration. À moins de se contenter de souhaiter l'émergence d'une démocratisation des processus de régulation sans penser, dans le même temps, l'affaiblissement des structures oppressives qui précisément l'interdisent, la seule rationalité procédurale paraît bien impuissante à remplir les objectifs qu'elle s'assigne. J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN concluent néanmoins leur analyse des transformations contemporaines du rapport à la norme par le refus d'opposer au modèle « rationnel-négocié » un modèle « compréhensif et substantiel »¹⁴⁴⁸. Ils recommandent plutôt de « mettre au point des mécanismes d'apprentissage qui permettent une authentique vie de discours, et qui cherchent à promouvoir la complexité du sens plutôt qu'à l'éteindre par des compromis minimalistes et fonctionnels »¹⁴⁴⁹. Et puisqu'il est vain d'espérer la transformation des structures sociales par la création de « forums prétendument spontanés et participatifs entre individus désincarnés de leurs positions sociales »¹⁴⁵⁰, il faut au contraire penser, *avec le droit*, l'instauration de « dispositifs institutionnels assurant la distribution de contre-pouvoirs, des procédures permettant une rectification des positions et d'équilibrage des ressources »¹⁴⁵¹.

387. Ainsi, qu'il s'actualise sous la forme de *fragments constitutionnels*¹⁴⁵², de limites positives, négatives ou de référence « dans le cadre » ou « à l'ombre » desquelles les individus pourront négocier la résolution de leur conflit¹⁴⁵³, le droit abolitionniste doit nécessairement se

¹⁴⁴⁸ J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN, « Conclusion », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 274.

¹⁴⁴⁹ J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN, « Conclusion », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 274.

¹⁴⁵⁰ J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN, « Conclusion », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 274.

¹⁴⁵¹ J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN, « Conclusion », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 274.

¹⁴⁵² G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels*, Classiques Garnier, 2016, V. *Supra* n°380.

¹⁴⁵³ M. Van DE KERCHOVE, « Médiation et législation », in *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Publication de l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 1992, p. 347-348 : L'auteur distingue entre plusieurs modèles de résolution des conflits et les rapports que ceux-ci entretiennent avec la règle de droit : « la règle de droit peut donc être utilisée de différentes manières, soit que le mode de résolution des conflits ait vocation à l'exprimer pour trancher entre le bien et le mal (modèle rétributif), soit que la décision se prenne en conformité voire en non-contrariété avec elle (le rapport est donc ici plus distendu). » Dans ce dernier rapport, qui correspond notamment à un modèle *conciliateur*, le juge, s'il est saisi, peut prendre en considération des normes extra-juridiques dans son processus décisionnel, ou statuer en opportunité pure. La résolution du conflit peut donc soit s'effectuer « hors-droit » donc en dehors de toute référence à une règle de droit – ce qui est toutefois peu probable tant il paraît difficile de conceptualiser un « vide normatif absolu » (p. 347). Plus fréquemment, elle s'effectue *dans un rapport avec le droit*. Dans cette seconde hypothèse, la résolution du conflit peut intervenir « avant dire droit » ou « après dire droit » – dans les cadres respectifs des accords sur la garde des enfants dans les conflits conjugaux ou des médiations victime/auteur au stade de l'exécution de la peine par exemple – ; « dans le cadre du droit » et donc dans un rapport de non-contrariété ou de conformité déjà évoqué, où le droit est une limite positive ou négative, qui peut s'envisager par la référence à des notions cadres. ; « en référence au droit » ou « à l'ombre du droit » puisqu'à défaut d'être des règles impératives de décision, les règles de droit peuvent servir de repères

soucier de sa *finalité*. La postmodernité a beau rompre avec les « canons de la dogmatique juridique moderne, elle n'en reste pas moins fidèle aux *valeurs* qui forment l'essence de la modernité »¹⁴⁵⁴.

388. La mutation d'une structure n'est que sa reproduction si elle n'est pas accompagnée d'une transformation de sa fonction, de son *identité*.

Section 2. Ruptures et continuité des dispositifs de pénalité

389. En combinant les lois naturelles dégagées aux enseignements de la postmodernité, il est possible de conceptualiser une ébauche de justice abolitionniste (§1), dont on aurait pu espérer trouver une actualisation dans les dispositifs de justice restaurative, si ceux-ci n'étaient pas, depuis le moment même de leur institutions, instrumentalisés (§2) et marginalisés (§3) par le système même qui les a consacrés.

§1. La justice de la différence

390. Toute la méthodologie abolitionniste repose sur un impératif épistémologique et matériel consistant à assurer, à chaque instant et en toute circonstance, la libération de la diversité des personnes qui composent la société, de leur *différence*. Fondement et finalité de leur démarche radicale, cette exigence serait, pour un auteur, le fil conducteur susceptible de relier les structuralistes, – FOUCAULT – aux matérialistes, – MATHIESEN – aux interactionnistes – HULSMAN¹⁴⁵⁵. Modalité naturelle d'organisation sociale et *valeur d'usage* des processus de

pour que les parties sachent sur la base de quoi elles négocient. Sur ces différents rapports, l'auteur renvoie aux travaux du Groupe stéphanois de recherches critiques sur le droit, « Pour une réflexion sur les mutations des formes du droit », *Procès*, n°9, 1982, pp. 18 et s.

¹⁴⁵⁴ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, LGDJ, 1998, pp. 659-714. Nous soulignons.

¹⁴⁵⁵ R. S. DE FOLTER, "On the methodological foundation of the abolitionist approach to the criminal justice system. A comparison of the ideas of Hulsman, Mathiesen and Foucault", *Contemporary Crises*, 1986, pp. 39-62 : « L'abolitionnisme implique une sorte de radicalisme. À mon avis, cette radicalité est mieux garantie par la méthodologie basée sur la philosophie de la différence de Foucault. Il exprime en termes généraux le principe de la pensée et de l'action radicales. La radicalité de la "libération de la différence" prend une forme plus concrète dans la tentative de Hulsman de "revitaliser le tissu social", soutenue par sa méthodologie basée sur une phénoménologie du monde de la vie. Libérer la différence est, en fait, également l'objectif de la théorie radicale de l'action politique de Mathiesen. Cependant, cela n'est pas garanti par sa méthodologie marxiste, mais par le principe concret de la dialectique elle-même. »

règlement des conflits, le principe « d'égal respect »¹⁴⁵⁶ cristallise, quoi qu'il en soit, la préoccupation éthique des auteurs abolitionnistes et l'idéal de justice au cœur de leurs propositions. Tout l'enjeu de la pratique abolitionniste – de son rituel de justice – consiste à garantir cet idéal d'altérité tout en évitant les écueils de l'universalisme moderne.

391. L'abolitionnisme s'oppose ainsi à deux acquis fondamentaux des Lumières : le *formalisme* et la *logique de l'identité*¹⁴⁵⁷. Le formalisme distingue la forme du droit – la loi – de sa substance – la morale et l'éthique –, pour faire de la première la seule source de justice. Réduit à un simple *fétiche*¹⁴⁵⁸, le droit formel n'est que le vecteur obéissant des forces politiques et économiques qui en déterminent la direction. Sous le prétexte de son application uniforme et rationnelle – du *détachement* patriarcal¹⁴⁵⁹ – justifié par une « égalité universelle » dont l'affirmation est la condition nécessaire à la conclusion du contrat social – et au libéralisme économique¹⁴⁶⁰ –, le droit n'a donc plus à se soucier de son contenu, si ce n'est par autoréférence – par conformité à une autre règle juridique hiérarchiquement supérieure. Privé de sa dimension éthique, il est l'instrument de pérennisation d'inégalités sociales induites par *la logique de l'identité* sur laquelle il s'appuie¹⁴⁶¹. L'existence de catégories prédéterminées de droits que l'État se charge de répartir à chacun en fonction de ses besoins et mérites, quoi qu'intuitivement compatibles avec les principes d'équité et d'altérité abolitionnistes, aboutit en réalité à distinguer deux groupes : ceux à qui l'on autorise le bénéfice du droit et les autres, qualifiés par une autrice d'« autres négatifs »¹⁴⁶². En effet, la « nature binaire du langage de la représentation »¹⁴⁶³ – ce qui *est* par opposition à ce qui *n'est pas* – oblige celui qui se prévaut d'un droit à démontrer qu'il appartient à la catégorie abstraite de personnes auquel ce droit s'applique – c'est la logique de l'identité –, catégories dont les traits caractéristiques sont définis par les groupes dominants et contingentes de leurs propres conceptions du besoin et du mérite. Puisqu'il existe une catégorie de personnes « conformes », il existe donc, nécessairement, une catégorie de personnes qui ne l'est pas – le plus souvent « les femmes, les personnes racisées

¹⁴⁵⁶ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 206.

¹⁴⁵⁷ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 191.

¹⁴⁵⁸ V. *Supra* n° 72.

¹⁴⁵⁹ V. *Supra* n° 363 et s.

¹⁴⁶⁰ V. *Supra* n° 176.

¹⁴⁶¹ V. *Supra* n° 371.

¹⁴⁶² B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 182.

¹⁴⁶³ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 182.

et les étrangers »¹⁴⁶⁴. Ainsi, « au fur et à mesure qu'un groupe obtient des droits, un autre doit s'en trouver privé afin de maintenir la compréhension de ce que sont les droits »¹⁴⁶⁵, et par le double effet du formalisme et de l'identité, les inégalités que l'on prétend gommer au nom de l'universalisme des valeurs sont reproduites et appliquées aux « autres négatifs » que la nouvelle catégorie de droits a engendrés.

392. Substantielle et fondée sur la différence, la conception abolitionniste de la justice veut empêcher la création de ces doubles marginaux. L'éthique de l'altérité sur laquelle elle repose s'appuie, nous l'avons dit, sur les travaux de LEVINAS¹⁴⁶⁶. Son respect interdit que le bien-être d'un individu concret soit opposé à celui d'une communauté abstraite de citoyens dont cet Autre devrait adopter les valeurs pour avoir droit à la justice et à la paix. Sa seule existence oblige la responsabilité et le respect de sa vulnérabilité selon un principe « d'égalité profonde »¹⁴⁶⁷ qui interdit que des droits lui soient retirés en raison de sa non-conformité – c'est là, « le seul rempart contre la répression de la différence, et la seule défense contre l'Holocauste »¹⁴⁶⁸. S'appuyant sur les travaux d'auteurs structuralistes comme FOUCAULT ou Jean-François LYOTARD¹⁴⁶⁹, HUDSON dégage deux préceptes suivant lesquels pourraient s'organiser des processus de régulation sociale compatibles avec une éthique de l'altérité :

« [...] insister sur le fait que toutes les revendications de justice doivent *s'exprimer dans leur propre langue* - elles ne doivent pas être contraintes de traduire leurs griefs dans un discours dominant (droit, économie, histoire, par exemple) ; [...] insister encore sur le fait que toutes les revendications et tous les conflits *doivent être considérés comme uniques*, et non comme des instances de catégories générales, à traiter par l'application de règles générales. Les blessures présentes et passées doivent donc pouvoir être entendues, et toute nouvelle représentation de la justice ou toute nouvelle règle et pratique sociale (nouveaux droits, nouvelles lois, nouvelles définitions de la

¹⁴⁶⁴ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 182.

¹⁴⁶⁵ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 182.

¹⁴⁶⁶ V. *Supra* n°344.

¹⁴⁶⁷ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 196.

¹⁴⁶⁸ E. LÉVINAS, cité par B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 197.

¹⁴⁶⁹ Pour un rappel des enjeux associés à la pensée structuraliste, V. *Supra* n°117.

citoyenneté, nouvelles frontières du public et du privé, par exemple) doit être soumise à l'épreuve non seulement ce qu'elle exclut, mais aussi ce qui est perdu par la conformité au discours dominant dans l'élaboration et la consécration de ces revendications. »¹⁴⁷⁰

393. Cette double exigence de *pluralisme* dans l'expression des prétentions de justice et de *réflexivité* dans leur résolution est conceptualisée par Herman BIANCHI grâce au « modèle de l'Assensus »¹⁴⁷¹. Opposé tant à celui du *consensus* – l'ensemble des individus s'accordent sur un même contenu normatif, comme dans la théorie d'HABERMAS – qu'à celui du *dissensus* – un seul individu décide du contenu normatif pour l'ensemble du groupe – le modèle de l'Assensus « reconnaît qu'un accord total sur l'interprétation des normes et des valeurs entre les membres d'une société n'existe pas, n'a jamais existé, n'existera jamais, et ne peut donc pas être prétendu »¹⁴⁷². Le processus de leur définition doit donc rester ouvert, *inachevé* et constamment soumis à la discussion. Loin de postuler l'inexistence de frontières entre le bien et le mal, ce modèle – et l'éthique de la différence avec lui – impose simplement une plus grande méfiance vis-à-vis des catégories de pensées abstraites à prétention universelle¹⁴⁷³ et entend garantir suffisamment de flexibilité pour que les processus de régulation puissent respecter la diversité des acteurs de la vie sociale. Il n'implique d'ailleurs pas non plus que soit reconsidéré l'existence de l'État et du droit dans sa forme légale. Considérés nécessaires par LEVINAS lui-même, le philosophe – comme la plupart des abolitionnistes – appelle simplement à s'interroger sur leur nature, laquelle dépend de la conception retenue de la Nature humaine et du type de relations que l'on souhaite instaurer entre les hommes :

« Il est extrêmement important de savoir si la société au sens courant du terme est le résultat d'une limitation du principe que l'homme est un loup pour l'homme, ou si au contraire elle résulte de la limitation du principe que l'homme est *pour* l'homme. Le social, avec ses institutions, ses formes universelles, ses lois, provient-il de ce qu'on a limité les conséquences de

¹⁴⁷⁰ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 200. Nous soulignons.

¹⁴⁷¹ H. BIANCHI, *Justice as sanctuary*, Wipf and Stock, 2010, p. 83.

¹⁴⁷² H. BIANCHI, *Justice as sanctuary*, Wipf and Stock, 2010, p. 83.

¹⁴⁷³ « Le modèle de l'Assensus ne consiste pas à relativiser les questions de bien et de mal. Ce n'est certainement pas un relâchement de ce qui est le plus important dans les relations humaines. Au contraire, dans un modèle d'assensus, les problèmes du bien et du mal sont si pris au sérieux que l'on demeure conscient de notre incapacité à nous prononcer définitivement à leur sujet. Dans un modèle d'assensus, on se méfie de tous les jugements définitifs. » H. BIANCHI, *Justice as sanctuary*, Wipf and Stock, 2010, p. 84.

la guerre entre les hommes, ou de ce qu'on a limité l'infini qui s'ouvre dans la relation éthique de l'homme à l'homme ? »¹⁴⁷⁴

394. En définitive, la clé de la théorie abolitionniste réside dans la contestation *du système de positivité* moderne, celui de *la guerre de tous contre tous*, et des structures qui s'articulent autour de lui. À un règlement *militaire* des conflits organisé selon les principes de hiérarchie, de conformité et de coercition, doit succéder une conception *pacifique* de la justice dont Barbara HUDSON résume avec clarté les caractères :

« *Relationnelle* : elle doit prendre en compte les relations entre les individus, les groupes et les communautés ; *Discursive* : elle doit permettre aux revendications et aux contre-revendications, aux critiques et aux défenses des valeurs existantes de se confronter dans un discours non dominé ; *Plurielle* : elle doit reconnaître et entendre les différentes voix de la pluralité des identités et des groupes sociaux qui doivent voir leurs revendications satisfaites et trouver des moyens de vivre ensemble, dans des sociétés contemporaines radicalement pluralistes, *Respectueuse des droits des êtres humains* : la justice implique la défense des droits des individus et des communautés ; *Réflexive* : la justice doit découler de la prise en compte des particularités du cas individuel plutôt que de subsumer des circonstances uniques sous des catégories générales. »¹⁴⁷⁵

395. L'élaboration de rituels de justice compatibles avec cette charte abolitionniste ne peut relever d'une entreprise purement théorique. Contingents sur la forme comme pour le fond des besoins, représentations et revendications concrets des personnes concernées par une situation problématique, ils naissent nécessairement de *la pratique* pour pouvoir s'y adapter. Une littérature imposante retranscrit néanmoins les tentatives, les luttes, les réussites et les échecs relatifs aux processus d'émancipation mis en place par les communautés et les individus pour garantir, à différents degrés, l'éthique de l'Altérité¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷⁴ E. LÉVINAS, *Ethique et infini*, Fayard, Biblio essais, pp. 74-75.

¹⁴⁷⁵ B. HUDSON, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, p. 206. Nous soulignons.

¹⁴⁷⁶ Les travaux du Groupe européen d'étude de la déviance et du contrôle social constituent une source indispensable pour qui voudrait s'y intéresser. V. à cet égard D. SCOTT (Dir.), *Emancipatory Politics and Praxis: An anthology of essays written for the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, EgPress, 2013; la revue publiée par le même groupe *Justice, Power and Resistance*. Plus généralement les travaux des

396. L'intégration progressive, au sein de l'appareil répressif, de dispositifs de justice restaurative *a priori* tout à fait compatibles avec les principes de respect, de différence et de solidarité au cœur de l'éthique de l'Alterité¹⁴⁷⁷, soulève la question – si ce n'est l'espoir – d'une transformation des modes de pénalité.

§2. *L'instrumentalisation de la justice restaurative*

397. L'adoption de l'article 10-1 du Code de procédure pénale¹⁴⁷⁸ et l'apparition d'une sémantique *restaurative* au sein même des fonctions de la peine – l'article 130-1 du Code pénal disposant de « la restauration de l'équilibre social » – a permis l'institutionnalisation des processus de régulation des conflits pacifiques, fondés sur la rencontre et le dialogue des parties et orientés par la réparation des conséquences matérielle, émotionnelle et relationnelle de l'infraction. La Circulaire du 15 mars 2017 l'a néanmoins rapidement cantonné à un exercice de marge, dépendant dans sa mise en œuvre des juridictions pénales mais indépendant dans ses résultats, quand bien même ceux-ci seraient positifs¹⁴⁷⁹. La reconnaissance législative de cette

chercheurs associés aux courants de la « Peacemaking criminology » et de la zémiologie. Pour une présentation détaillée, V. J. FAGET, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Erès, 2013.

¹⁴⁷⁷ Selon son fondateur, HOWARD ZEHR, la valeur cardinale de la justice restaurative est le respect : « respect pour tous, même pour ceux qui sont différents, même pour ceux qui semblent être nos ennemis. Le respect nous rappelle que nous sommes tous reliés les uns aux autres et tous différents. Le respect met l'accent sur l'équilibre à trouver entre toutes les parties concernées. » (H. ZEHR, *La justice restaurative. Pour sortir des impasses de la logique punitive*, Paris, Éditions Labor et Fides, 2012, p. 61.). Celui-ci en donne la définition suivante : « La justice restaurative est un processus destiné à impliquer, autant qu'il est possible, ceux qui sont touchés par une infraction donnée et à identifier collectivement les torts ou dommages subis, les besoins et les obligations, afin de parvenir à une guérison et de redresser la situation autant qu'il est possible de le faire ». (p. 62)

¹⁴⁷⁸ Dont l'alinéa 1 dispose que « 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. », et l'alinéa 2 : « 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 commission. Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer. Elle est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire. Elle est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République. ». En France, la justice restaurative est actualisée par plusieurs mesures, *la médiation restaurative* – qui n'est pas à confondre avec la médiation pénale qui, elle, peut exercer une influence sur l'action publique –, *les rencontres détenus/victimes ou condamnés/victimes*, *les conférences restauratives* – qui propose de faire se rencontrer en plus des détenus ou condamnés et des victimes les proches de chacun d'entre eux –, *les cercles restauratifs* – qui sont des espaces de paroles permettant aux personnes le désirant de poser les questions qui empêchent la résolution émotionnelle de l'infraction – et *les cercles de soutien et de responsabilisation*, adressés aux personnes ayant commis des infractions à caractère sexuelle.

¹⁴⁷⁹ Circulaire du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative applicable immédiatement suite aux articles 10-1, 10-2 et 707 du code de procédure pénale, issus des articles 18 et 24 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 : « Si la mesure spécifique de l'article 10-1 précité suppose l'existence d'une procédure pénale, elle est à la fois complémentaire et autonome. Il ne s'agit pas d'un acte de procédure. Il n'y a donc pas lieu

nouvelle forme de justice soulève néanmoins une question, par ailleurs fréquemment adressée aux chercheurs et praticiens des deux domaines : *l'intégration de dispositifs de justice restaurative à l'appareil répressif est-elle susceptible de modifier le sens de la peine ?*¹⁴⁸⁰.

398. L'expérience directe de la justice restaurative et l'émotion générée par ses dispositifs de rencontre paraissent réajuster certaines représentations individuelles du criminel, atténuer les frontières rigides tracées par le pénal entre ceux qui commettent des infractions et les autres et rendre ainsi subsidiaire le recours à la peine dans sa dimension afflictive¹⁴⁸¹. Avec un peu d'optimisme, il est même possible d'imaginer que la diffusion des processus restauratifs puisse nuancer les représentations collectives du crime par la remise en cause de son statut ontologique – puisque celui-ci ne pourrait plus être justifié par la réaction répressive. Une modification du *régime* de la pénalité pourrait alors, à termes, discréditer sa *fonction*. Avec un peu moins d'optimisme – et certainement plus de lucidité – on peut craindre au contraire que la réforme du système pénal soit intrinsèquement limitée dans ses potentialités transformatrices puisqu'elle n'atteint pas réellement son fonctionnement. En effet, dans ses modalités d'institutionnalisation actuelles, la justice restaurative n'est pas émancipée de l'autorité judiciaire puisque son processus se déroule sous son contrôle et dans le creux de ses impératifs procéduraux. Son dénouement n'a, quant à lui, aucun effet sur le déroulé de l'action publique. Elle ne change pas la substance du système pénal. Elle s'ajoute, plus qu'elle ne complète. Elle

d'appliquer les principes directeurs de procédure pénale, définis par l'article préliminaire du code de procédure pénale. Ainsi, quel que soit le déroulement de la mesure, son succès ou son échec restent sans incidence sur la réponse pénale. La procédure se poursuit en parallèle, même si, en pratique, la mesure peut indirectement faciliter l'exécution de la réparation ou influencer positivement sur l'exécution de sa peine. Ainsi, *quelle que soit l'issue du processus* : – la mesure de justice restaurative *n'a pas d'incidence sur la décision d'engager des poursuites ou de classer, ni sur la détermination de la culpabilité, le choix de la peine ou de ses modalités d'exécution* (dispense de peine ou réduction de peine par exemple) ; – si l'auteur de l'infraction décide de quitter le dispositif, cette décision ne peut lui être préjudiciable et est dénuée de toute répercussion sur sa situation pénale ; – *la mesure de justice restaurative n'a pas d'effet sur l'octroi d'éventuels dommages-intérêts dus à la partie civile, y compris sous forme transactionnelle, ni sur l'indemnisation de la victime dans le cadre d'une alternative aux poursuites*. Cette autonomie implique une imperméabilité entre les deux dispositifs. La confidentialité de la mise en œuvre de la mesure est assurée par l'absence de pièce relative à la mesure de justice restaurative dans le dossier pénal, pour éviter tout risque d'influence sur la décision de poursuite, le prononcé de la peine, le montant des dommages-intérêts ou l'octroi d'aménagements de peine. ». Nous soulignons.

¹⁴⁸⁰ Trois ouvrages proposent – entre autre – une grande diversité de réponses à cette interrogation : A. VON HIRSCH et al (Dir.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, ON: Hart Publishing, 2003 ; M. JACCOUD (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, l'Harmattan, 2003 ; P. MBANZOULOU et al (Dir.), *La justice restaurative. Des frontières plurielles et mouvantes*, Les presses de l'Enap, 2021. Autrement formulée, la question est celle « des instrumentalisation réciproques et du pouvoir colonisateur des modes de régulations sociaux par rapports aux modes de régulations juridiques. » J. FAGET, « L'institutionnalisation de la médiation : réflexion à partir de l'exemple français » in M. JACCOUD (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, l'Harmattan, 2003, p. 227.

¹⁴⁸¹ E. MATIGNON, « Les effets de la justice restaurative, le regard de l'IFJR », in P. MBANZOULOU et al (Dir.), *La justice restaurative. Des frontières plurielles et mouvantes*, Les presses de l'Enap, 2021, pp. 121-137.

rajoute même, puisqu'elle agit principalement dans les espaces dans lesquels le système pénal avait tendance à refuser de se déployer, par manque de temps, de moyens ou d'intérêt. Elle est cette « autre chose » mais qui ne peut exister par elle-même. À l'état *minimaliste*, la justice restaurative est un modèle de justice en perpétuelle gestation. Elle est une potentialité, qui, faute de pouvoir être individualisée dans le paysage des institutions sociales, n'est évaluée que dans son rapport à la justice pénale. Elle ne peut donc fonder une nouvelle conception de la justice et participe au contraire à légitimer l'ancienne – la justice restaurative se trouve ainsi *instrumentalisée*.

399. J.- L. GENARD rappelle, dans un premier temps, que les systèmes peuvent évoluer du fait de la contamination de leur *centre de rationalité* par des *pratiques périphériques*, ainsi lorsque les mutations du système atteignent sa légitimité par la démonstration de sa subsidiarité¹⁴⁸². Ce phénomène aboutit, toujours selon l'auteur, à « un affaiblissement de l'ontologie sur laquelle reposait le centre et qui en justifiait ainsi la centralité »¹⁴⁸³ – c'est-à-dire ses principes directeurs. Mais cette contamination est loin d'être automatique et en l'absence de conditions nécessaires à sa survenance, *la pratique périphérique se réduit au statut d'alibi du centre et participe donc à la reproduction du système à l'identique, voir à son renforcement*. C'est, en termes généraux, ce qui se produit au niveau du système pénal puisque le simple fait que les pratiques de justice restaurative y soient réduites à la marginalité confirme le présupposé d'un noyau dur de comportements et d'individus qui ne peuvent être traités efficacement que par la pénalité. D'autant que cette éviction interdit que soit développé en parallèle d'un éventuel affaiblissement de l'ontologie du centre, une « ontologie forte à propos des dispositifs émergents »¹⁴⁸⁴, – c'est-à-dire de nouveaux principes directeurs, d'un *nouveau système de positivité* – celle-ci ne pouvant s'ériger que sur la base d'un changement de pratiques. En effet, le « recadrage de la fonction symbolique du droit »¹⁴⁸⁵ ne se déclare pas, il s'*effectue* par le biais d'une procédure permettant la construction de la norme par l'interaction des parties elles-mêmes sous le contrôle attentif du médiateur garantissant une prise de parole

¹⁴⁸² Lorsque « la pluralisation de l'offre institutionnelle s'accompagne d'un affaiblissement de la prétention à la validité associée aux différents dispositifs et aux référentiels congruents » : J.-L. GENARD, « Médiation pénale et transformation des régulations sociales » in M. JACCOUD (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, l'Harmattan, 2003, p.84.

¹⁴⁸³ J.-L. GENARD, « Médiation pénale et transformation des régulations sociales » in M. JACCOUD (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, l'Harmattan, 2003, p. 84.

¹⁴⁸⁴ J.-L. GENARD, « Médiation pénale et transformation des régulations sociales » in M. JACCOUD (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, l'Harmattan, 2003, p. 86.

¹⁴⁸⁵ J.-L. GENARD, « Médiation pénale et transformation des régulations sociales » in M. JACCOUD (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, l'Harmattan, 2003, p. 88.

équitable et exempt de rapports de dominations. Or, c'est précisément le développement de ce type de procédures que la marginalisation des dispositifs de justice restaurative interdit.

400. À cette instrumentalisation normative des principes de la justice restaurative, s'ajoute celle, matérielle, de ses effets. Trois auteurs démontrent, dans un second temps, que la *déformalisation* du droit pénal relève d'un changement *opérateur* et non *stratégique* – de structure et non de fonction –, ce qui a pour effet de la limiter à des domaines dans lesquels le droit pénal n'agissait pas ou peu auparavant. C'est le fameux constat d'une « extension du filet pénal »¹⁴⁸⁶ résultant d'une volonté « d'adapter le système formel pour intégrer dans son champ d'intervention ce qui résistait jusqu'ici à la formalisation »¹⁴⁸⁷. Ces mêmes auteurs déplorent en outre le mouvement parallèle de durcissement du droit pénal rendu nécessaire ou justifié par l'institutionnalisation de ces processus informels de règlement des conflits afin que demeure garantie « la qualification du crime et la menace d'une peine au sens strict pour celui qui est institué auteur du crime »¹⁴⁸⁸, ainsi que le recul des garanties attachées au droit pénal classique qu'elle autorise. En définitive, il conclut que « les modifications des procédures pénales qui semblent horizontaliser les relations entre les acteurs ou responsabiliser les sujets de droit restent surdéterminées par un dispositif vertical sur lequel la transaction n'opère pas »¹⁴⁸⁹ et que « les cadres formels et résistants de l'idéologie pénale contiennent dans des limites très étroites sinon trop étroites les possibilités de reconstruction démocratique qu'offrent la déformalisation aux théoriciens de la procéduralisation »¹⁴⁹⁰. Cette seconde instrumentalisation des dispositifs de justice restaurative n'est pas une anomalie susceptible d'être corrigée, mais bien au contraire la condition *sine qua non* de leur intégration au sein du paysage institutionnel existant. Dans sa conception minimaliste, la justice restaurative est un « outil d'affirmation d'une gouvernance néo-libérale et néo-conservatrice »¹⁴⁹¹, « l'inféodation d'un "mouvement

¹⁴⁸⁶ V. *Supra* n°187.

¹⁴⁸⁷ Y. CARTUYVELS, F. DIGNEFFE, D. KAMINSKI « Droit pénal et déformalisation », in *Les mutations du rapport à la norme, un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université, 1997, p. 238.

¹⁴⁸⁸ Y. CARTUYVELS, F. DIGNEFFE, D. KAMINSKI « Droit pénal et déformalisation », in *Les mutations du rapport à la norme, un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université, 1997, p. 238.

¹⁴⁸⁹ Y. CARTUYVELS, F. DIGNEFFE, D. KAMINSKI « Droit pénal et déformalisation », in *Les mutations du rapport à la norme, un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université, 1997, p. 239.

¹⁴⁹⁰ Y. CARTUYVELS, F. DIGNEFFE, D. KAMINSKI « Droit pénal et déformalisation », in *Les mutations du rapport à la norme, un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université, 1997, p. 242.

¹⁴⁹¹ B. HUDSON, *Justice in the risk Society : Challenging and Re-affirming justice in late modernity*, Londres, Sages, 2003, p. 207 ; B. HUDSON, "Restorative justice and gendered violence: Diversion or Effective Justice?", *The British Journal of Criminology*, vol. 42, no. 3, 2002, pp. 616–634.

social radical" à une logique de "pénalisation du social" qui pourrait signer la fin du mouvement »¹⁴⁹².

401. *L'intégration* de la justice restaurative à l'appareil répressif n'est donc pas susceptible de modifier le sens de la pénalité. L'interrogation porte d'ailleurs en elle les germes de sa funeste conclusion : interroger *le sens de la peine*, c'est continuer de se placer au *centre du système*, c'est ne même pas essayer de fonctionner dans sa périphérie. On le sait, les fonctions assignées à la peine sont nombreuses et contingentes dans leur affichage à des contextes politiques et sociaux différents. Mais que l'on entende rétribuer, protéger, éduquer ou dissuader, les modifications substantielles du système pénal restent marginales et l'on assiste en parallèle au mouvement progressif et continue de son alourdissement, voire de son extension. Le constat est le même avec l'ajout de la finalité restaurative. Sans dépasser purement et simplement la finalité punitive et étendre à la désignation même de la norme d'après laquelle on entend résoudre un conflit donné les processus de négociation et de délibération, on voit mal comment la justice restaurative, ou tout autre innovation du reste, pourrait réellement « transformer » la justice pénale traditionnelle, à défaut tout simplement de contredire son *fonctionnement*. Effet de la marginalisation de la justice restaurative, cette carence en est également la cause, puisqu'elle est généralement naturalisée dès le stade de l'exposé des dispositifs de cette nouvelle forme de justice.

§3. *La marginalisation de la justice restaurative*

402. La marginalisation de la justice restaurative résulte d'une ambiguïté relative à sa définition générée par *la confusion de sa fonction et de son régime*. En effet, cette forme de justice est souvent définie par la place qu'elle doit occuper vis-à-vis du système pénal, soit qu'elle soit complémentaire de celui-ci – c'est la vision « minimaliste » –, soit qu'elle ait vocation à s'y substituer – c'est la vision « maximaliste ». Ce qui fait le cœur du paradigme restauratif, sa fonction, paraît alors contingent du régime que l'on souhaite lui faire suivre. C'est ce qu'expose très bien Mylène JACCOUD lorsqu'elle classe la justice restaurative en trois modèles selon que les auteurs se réfèrent à ses finalités, ses processus, ou les deux¹⁴⁹³. Dans la

¹⁴⁹² V. S. LEFRANC, « Le mouvement pour la justice restauratrice : "an idea whose time has come" », *Droit et société*, n° 63, 2006, p. 393-409.

¹⁴⁹³ M. JACCOUD, « Innovations pénales et justice réparatrice », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Séminaire Innovations Pénales, mis en ligne le 29 septembre 2007.

première hypothèse seulement – qui correspond à la vision maximaliste –, les principes à son fondement sont les points de référence en fonction desquels doit être pensé le régime permettant leur réalisation. Dans les deux autres hypothèses en revanche, la justice restaurative est réduite ou limitée à des processus de négociation consentis, et donc, au moins partiellement, à un régime. Cette distinction est fondamentale pour penser la question de son articulation au système pénal. Lorsque la justice restaurative est définie par ses processus, elle se résume généralement à des espaces de conciliation informels que l'on ne peut imaginer remplacer, à eux seules, le système pénal. D'une part parce que de telles mesures ne sauraient s'appliquer de façon adéquate à l'ensemble des conflits – elles sont donc *limitées matériellement* –, de l'autre parce qu'il est particulièrement difficile de penser « un autre rapport négocié à la norme dans un champ (le champ pénal) qui reste l'emblème du droit imposé »¹⁴⁹⁴ – elles se trouvent alors *limitées cognitivement*. Cette seconde limite est un obstacle majeur à l'intégration de la justice restaurative par les acteurs de la justice – qu'ils s'agisse des magistrats ou des professeurs de droit pénal – et plus généralement, par la plupart des personnes partageant les représentations traditionnelles du crime et du criminel. Le système de positivité libéral interdit de considérer « sérieusement » les pratiques restauratives comme des alternatives puisqu'elles semblent par principe déconnectées de la question criminelle, trop « naïves »¹⁴⁹⁵, trop douces, trop incapables de contenir la violence et prévenir le retour *de la guerre de tous contre tous*. Ce n'est en réalité pas du contenu substantiel de la norme pénale dont l'on redoute de se dispenser – lequel est paradoxalement assez pauvre puisque la nécessité fondatrice de la peine ne dit rien en elle-même des valeurs que l'on cherche à protéger par elle¹⁴⁹⁶ – ni même de ses effets pratiques – puisque l'impérialité du système pénal est largement dénoncée –, mais de sa *verticalité*. Synonyme d'efficacité, le caractère autoritaire de la norme répressive – sa *virilité*¹⁴⁹⁷ – renvoie intuitivement à la subsidiarité de toute règle qui ne serait pas imposée par la contrainte mais choisie, ou du moins construite par et adaptés aux personnes directement concernées par un conflit. Intuition confirmée et naturalisée par le régime légal de la justice restaurative,

¹⁴⁹⁴ Y. CARTYUVEL, « Comment articuler médiation et justice réparatrice », in M. JACCOUD (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, l'Harmattan, 2003, p. 74.

¹⁴⁹⁵ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, 12^e éd., 2019, p. 6, n°5.

¹⁴⁹⁶ Comme l'expose Lode WALGRAVE, la légitimité des valeurs « protégées » par le droit pénal est fondue dans celle de l'organe créateur des incriminations et les fonctions de la peine ne font office que de justification rétrospective du mal infligé. La peine rétributive est simplement un modèle d'expression de la désapprobation – ou de la domination –, indépendamment de la qualité morale de la norme à garantir. En ce sens, le système pénal est *extérieur* à la norme : L. WALGRAVE, « Imposing restoration instead of inflicting pain », in A. VON HIRSCH *et al* (Dir.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, ON: Hart Publishing, 2003, p. 67 et s.

¹⁴⁹⁷ G. MASTERS et D. SMITH, « Portia and Persephone revisited: Thinking about feeling in criminal justice », *Theoretical Criminology*, 1998, pp. 5-27.

effectivement reléguée à un rôle de complémentarité de l'action publique et de la pénalité. Si l'on s'autorise néanmoins à distinguer la fonction de la justice restaurative de son régime, celle-ci n'est plus appréhendée comme un processus mais comme une *finalité*, en accord avec laquelle sont toujours susceptibles de s'articuler des sanctions formelles, mais sans que celles-ci soient postulées nécessaires ou adéquates à toutes les infractions, qui ne sont plus que des *situations problématiques*. La justice restaurative n'est plus un autre *moyen*, qui viendrait compléter la peine aux mêmes fins, elle est une *éthique*, et porte en elle à ce titre ses propres valeurs protégées, dont elle est processus de garantie autant que signal de désapprobation. Ce « système moral sous-jacent »¹⁴⁹⁸ invite à la garantie de *la vie sociale* plutôt qu'à celle d'un *système légal* ; ses processus doivent donc respecter le pluralisme qui la compose. La valeur-cadre se change, par le rituel restauratif, en *valeur d'usage*¹⁴⁹⁹. La substitution de la « base socio-éthique »¹⁵⁰⁰ de la justice – son système de positivité – autorise l'émancipation cognitive mais aussi matérielle de la justice restaurative, puisqu'elle ne la réduit plus à quelques processus de conciliation mais lui permet au contraire de développer l'ensemble de ses potentialités créatrices – *transformatrices*. Pour lutter contre sa marginalisation, elle doit assumer son *ambition* :

« Pour éviter les pièges de l'incorporation et pour parvenir au moins à un certain degré de transformation de la justice pénale, la justice réparatrice doit conserver l'ambition de la plupart de ses fondateurs et théoriciens, à savoir être un discours de remplacement. En d'autres termes, l'objectif devrait être l'universalisation de la justice discursive, plutôt que l'incorporation de la justice réparatrice dans les modalités établies de la justice traditionnelle »¹⁵⁰¹.

403. Pour *exister*, la justice restaurative doit résister aux sirènes d'une intégration au système pénal la limitant à un stade de développement embryonnaire. Pour *survivre* néanmoins,

¹⁴⁹⁸ L. WALGRAVE, « Imposing restoration instead of inflicting pain », in A. VON HIRSCH *et al* (Dir.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, ON: Hart Publishing, 2003, p. 67.

¹⁴⁹⁹ V. *Supra* n°365.

¹⁵⁰⁰ L. WALGRAVE, « La justice restaurative et la perspective des victimes concrètes », in M. JACCOUD (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, l'Harmattan, 2003, p. 174. L'auteur définit la base socio-éthique de la justice restaurative de la façon suivante : « *le respect*, c'est-à-dire la reconnaissance de la valeur intrinsèque des autres personnes (ainsi que de la nature et des objets), *la solidarité*, c'est-à-dire le sentiment de partenariat dans le bien et dans le mal avec l'autre et la prise de *responsabilité*, c'est-à-dire la réponse autonome aux obligations sociales créées par le respect et la solidarité ». Celle-ci se confond alors parfaitement avec l'éthique de l'Altérité précédemment dégagée.

¹⁵⁰¹ B. HUDSON, « The Institutionalisation of Restorative Justice: Justice and the Ethics of Discourse. » *Acta Juridica*, no. 1, 2007, p. 56-72.

elle doit se résigner à sa forme minimaliste, condition *sine qua non* des ressources collectives qui lui sont dévolues par l'appareil répressif¹⁵⁰². Ce dilemme n'est rien d'autre que celui de son *institutionnalisation*, laquelle suppose « qu'une pratique relevant des rapports particuliers et plus ou moins spontanés qu'entretiennent un certain nombre d'agents sociaux devient une référence *identifiable* et jusqu'à un certain point, *légitimé* par les membres d'une collectivité plus étendue »¹⁵⁰³. Or, la négociation même d'un espace au sein de la division du travail social susceptible de garantir ce double impératif d'identification et de légitimité – que les individus soient conscients de l'existence de ces mécanismes, que ceux-ci soient accessibles et considérés comme souhaitables – implique un certain degré d'objectivation de pratiques que l'on cherche pourtant précisément à subjectiver. En d'autres termes, l'institutionnalisation de la justice restaurative soulève la difficulté de *la formalisation inévitable de pratiques qui tirent pourtant leur légitimité d'une conception matérielle de la norme et des conflits sociaux*¹⁵⁰⁴. Elle est en outre tout à fait dépendante du degré de reconnaissance exigées par les acteurs de sa promotion et de son évaluation et de leurs « modes de justification »¹⁵⁰⁵. La définition que ceux-ci retiennent de la justice restaurative – processus ou finalité, minimaliste ou maximaliste –

¹⁵⁰² « L'idéologie de la justice réparatrice doit pour survivre à une quelconque réflexion sur son intégration institutionnelle, être modérée et s'éloigner de tout idéologie à tendance abolitionniste » L. LALONDE, « La médiation pénale et justice réparatrice chez les adultes : « à toute fins que de droit ? Les limites inhérentes au cadre juridique régulant ces pratiques », M. JACCOUD (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, L'Harmattan, 2003, p. 97.

¹⁵⁰³ P. NOREAU et R. MARTIRE, « L'institutionnalisation de la justice réparatrice », in M. JACCOUD (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergence ou divergence?*, L'Harmattan, 1993, p. 211. Nous soulignons.

¹⁵⁰⁴ C'est d'ailleurs la conclusion de l'analyse sociologique de P. NOREAU et R. MARTIRE, « L'institutionnalisation de la justice réparatrice », in M. JACCOUD (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergence ou divergence?*, L'Harmattan, 1993, p. 225. Pour ces auteurs, le problème de l'institutionnalisation de la justice restaurative se pose de la manière suivante : cette nouvelle forme de justice trouve son origine dans la critique de l'intervention judiciaire, « l'objectivation des conflits, désappropriation, individualisation de problèmes de nature collective » (p. 211), pour proposer au contraire de rendre aux parties « la responsabilité d'établir l'interprétation et les conditions de résolution de leur conflit » (p. 212). La justice restaurative suppose donc que l'intervention d'un tiers, « d'un agent capable de poser le problème en termes normatifs, se limite au minimum et ne constitue pas l'occasion d'une reconstruction totale du conflit sur des bases (des définitions et des considérations) extérieures aux parties » (p. 214). L'intervention du tiers implique que celui-ci adopte une posture extérieure au conflit qu'il assure en fonction de *normes de références* qui existent à l'extérieur de lui (le cahier des charges des dispositifs restauratifs par exemple). Il est du même coup à l'origine d'une objectivation du conflit et des critères qui président à son règlement : *de la procédure*. Si son intervention est nécessaire pour distinguer « le simple conflit (fondé sur le seul rapport de force) du débat sur le juste (fondé sur le choix d'une référence normative reconnue ou satisfaisante pour les parties) » (p. 214), elle aboutit *in fine* à une *prise en charge sociale du conflit*, qui de privé et subjectif devient public et objectif. « A long terme, le passage d'une rationalité plus matérielle à une rationalité plus formelle apparaît difficile à éviter » (p. 216) : c'est *l'auto-institutionnalisation* qui s'instaure du fait de la demande de reconnaissance de l'innovation. En plus de cette auto-institutionnalisation, s'ajoute *la méta-institutionnalisation* : « Les pratiques innovatrices ne peuvent souvent se maintenir que dans la mesure où elles sont collectivement supportées, ou intégrées dans le répertoire des pratiques déjà consacrées par une institutions établie [...] de sorte que, produit d'une mobilisation venue d'en bas (*bottom up*), le développement et la diffusion de la pratique dépendent souvent de sa reconnaissance par les institutions ou les groupes professionnels établis : *top down* » (pp. 219-220).

¹⁵⁰⁵ P. NOREAU et R. MARTIRE, « L'institutionnalisation de la justice réparatrice », in M. JACCOUD (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergence ou divergence?*, L'Harmattan, 1993, p. 220.

façonne les exigences qu'ils formulent mais aussi les compromis qu'ils acceptent d'effectuer en échange de leur institutionnalisation – s'agit-il de proposer une énième diversion dont on évalue la capacité à pallier les carences administratives du système pénal ou de rechercher les potentialités transformatrices d'une forme de justice que l'on voudrait voir se substituer à la répression ? La difficulté soulevée est alors celle du *transfert des idées restauratives*¹⁵⁰⁶, et plus largement des nombreux obstacles à la diffusion du système de positivité sur lequel elles reposent¹⁵⁰⁷.

404. L'émancipation des potentialités transformatrices de la justice restaurative dépend donc des représentations intégrées par les acteurs de la place qu'elle doit occuper dans le paysage institutionnel, représentations elles-mêmes contingentes de luttes de pouvoirs dont atteste l'ambiguïté relative à sa définition¹⁵⁰⁸, à la fois cause et conséquence d'une réticence à penser autrement le système social¹⁵⁰⁹. La formule de Lode WALGRAVE est à cet égard particulièrement éclairante et permet de résumer aussi bien le projet abolitionniste que celui de la justice restaurative : « une alternative éthique et socialement constructive à l'idéologie du

¹⁵⁰⁶ J. FAGET, « Les dynamiques de transfert des idées restauratives », *Raisons politiques*, Presses de Sciences Po, Aout 2015, p. 117 et s.

¹⁵⁰⁷ Jacques FAGET identifie plusieurs raisons à cette difficile transmission des idées restauratives, aux titres desquelles on trouve la langue puisque les textes fondateurs sont en anglais, les raisons historiques liées au passé colonial et à la nécessité de valoriser l'identité autochtone dans les pays du Common Wealth qui ont encouragés son développement là où, en France, l'État « condamne toute forme de communautarisme et oblige les individus à renoncer à leurs particularismes politiques » (p. 117), ainsi que les multiples résistances idéologiques des acteurs du système pénal qui s'articulent très bien avec la volonté politique de garder le contrôle de l'innovation par opposition à une réelle adhésion à la philosophie restaurative. L'auteur conclue ainsi « la transmission des idées suppose certes le partage d'une vision du monde, d'un univers de sens compatible entre un émetteur et des récepteurs mais dépend aussi de fenêtres d'opportunités politiques et événementielles pas toujours prévisibles » (p. 119) J. FAGET, « Les dynamiques de transfert des idées restauratives », *Raisons politiques*, Presses de Sciences Po, Aout 2015, p. 117 et s.

¹⁵⁰⁸ « Alors, à la question que pose le titre de cette conclusion, *JR or not JR ?* je répondrai, *that is not the question*. Car, les luttes sémantiques pour la délimitation d'un champ cachent toujours les enjeux de territoire et de pouvoir. Toute tentative objective de bornage est irréaliste quand les enjeux intellectuels du débat sont parasités par des intérêts économiques, institutionnels et professionnels. Dans un tel contexte, accepter la diversité des points de vue, souligner ce qui les rapproche et se contenter d'un concept raisonnablement approximatif, paraît être l'attitude la plus sage. » J. FAGET, « conclusion », In P. MBANZOULOU *et al* (Dir.), *La justice restaurative. Des frontières plurielles et mouvantes*, Les presses de l'Enap, 2021, p. 258.

¹⁵⁰⁹ « C'est l'un des sophismes de la pensée fonctionnaliste que de croire que tout ce qui existe doit aussi avoir une "fonction" pour l'ensemble, alors que, scientifiquement, il est pratiquement impossible de dire d'une partie quelconque de la société moderne qu'elle ne pourrait pas au moins être remplacée par des "équivalents fonctionnels" qui, extérieurement, peuvent être aussi différents qu'une église et un commissariat de police. Une société industrialisée de, disons, cent millions d'habitants, peut être organisée de telle sorte qu'elle a besoin de cinquante mille juges criminels, ou bien elle peut être organisée de telle sorte qu'elle n'en nécessite que cinq mille, ou peut-être pas du tout... » S. SCHEERER, "Limits to criminal law ?", in H. BIANCHI et R. VAN SWAANINGEN (Dir.), *Abolitionism, towards a non-repressive approach to crime*, Free University Press, 1985, p. 100.

haut vers le bas et à l'*a priorisme* éthiquement discutable selon lequel la réponse au crime doit impliquer l'infliction de douleur »¹⁵¹⁰.

405. Si l'on veut échapper à la répétition du mouvement, ce n'est pas le geste qu'il faut changer, mais l'idée qu'on s'en fait : l'abolition de la pénalité commence donc par celle de son *système de positivité*.

Conclusion de chapitre

406. De l'analyse de la juridicité postmoderne, comme des dispositifs de justice restaurative, l'on retiendra l'attention particulière qu'il convient de porter aux transformations contemporaines des modes de régulation sociale. Nous l'avons déjà dit s'agissant de la matière pénale, les mutations du droit libéral dissimulent bien souvent sous le voile du « changement de paradigme », la figure prosaïque de son adaptation aux contraintes du mode de production capitaliste. Pour ne pas prendre l'ombre pour la proie, et se tenir le plus éloigné possible de la reproduction, sous différentes formes, d'un même système – de positivité et donc de pénalité – il est nécessaire d'adopter la stratégie révolutionnaire au fondement même de la pratique abolitionniste.

¹⁵¹⁰ L. WALGRAVE, "Imposing restoration instead of inflicting pain" In A.VON HIRSCH *et al* (Dir.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, ON: Hart Publishing, 2003, p. 75.

Chapitre 2. La stratégie révolutionnaire

407. Pour dépasser les structures qui nous aliènent, encore faut-il savoir ce qu'il convient d'abolir. Un système de positivité, oui, *mais encore* ? Comment articuler les axiomes de la guerre de *tous contre tous* et le système pénal concret, ses lois, ses instruments et ses acteurs ? L'institution de l'individu par la totalité s'effectue par le vecteur de la norme, et particulièrement de la norme juridique (Section 1) ; c'est donc ce même trajet qu'il faudra emprunter, à rebours cette fois-ci, quand il s'agira d'abolir la totalité au profit de l'individu (Section 2).

Section 1. La norme comme contenu de savoir

408. Notre démonstration s'achève en quelque sorte sur ce qui aurait dû en être l'introduction : la définition du système pénal (§2), qu'il est maintenant possible de penser comme un effet de sa propre normativité (§1), comme *une rationalité* (§3).

§1. La détermination de la normativité

409. À bien y regarder, la plupart des oppositions doctrinales en sciences sociales sont fondées sur la dialectique du fait et de l'idée. Nous l'avons dit, interroger le vrai – et donc le juste – implique de savoir qui, du sujet ou de l'objet, détient la connaissance¹⁵¹¹. Assez rapidement néanmoins, l'écart entre les deux s'est réduit au profit de figures plus complexes, à cheval entre la matière et la pensée – *la praxis*, la perspective, la structure¹⁵¹², le système de positivité¹⁵¹³, l'interaction¹⁵¹⁴, la représentation¹⁵¹⁵, le système social¹⁵¹⁶. Mais quel que soit le connecteur utilisé, il s'agit toujours de questionner les rapports entre l'Homme et la totalité : qui, de l'un, de l'autre ou des deux, détermine l'autre ? Quelle est la *cause*, quel est l'*effet* et *qui peut les faire changer* ? Les théoriciens classiques, en voulant mettre l'accent sur la Raison, ont négligé le milieu. Les matérialistes ont été accusés de l'hypostasier, les structuralistes de la mort du sujet, les interactionnistes de naïveté et les théoriciens des systèmes postmodernes, en

¹⁵¹¹ V. *Supra* n°103.

¹⁵¹² V. *Supra* n°107, 113 et 117.

¹⁵¹³ V. *Supra* n°206.

¹⁵¹⁴ V. *Supra* n°257.

¹⁵¹⁵ V. *Supra* n°273.

¹⁵¹⁶ V. *Supra* n°379.

souhaitant se situer au plus haut degré d'abstraction, de trop s'éloigner des individus concrets. Il semble ainsi bien difficile de parvenir au délicat équilibre au nom duquel « on ne peut ni faire de bonnes études au niveau microscopique sans une identification soigneuse et précise des conditions structurelles y afférant, ni comprendre correctement les "structures" et les actions macroscopiques, sans prendre en compte les conditions de l'"identité" qui empiètent sur le macroscopique. »¹⁵¹⁷. À cet égard, nous avons déjà mentionné les théories constructivistes de BERGER et LUCKMANN et la façon dont ils proposent de penser l'articulation entre ces deux niveaux par le biais des significations et rôles intériorisés et de leur stabilisation sous forme d'*institutions*¹⁵¹⁸. Clé de voûte de la formation du savoir collectif, les institutions – et donc les normes qu'elles pérennisent – sont également considérées comme les connecteurs les plus adéquats à la compréhension de l'agir social par J. DE MUNCK¹⁵¹⁹. Selon lui, il serait illusoire comme le pense HABERMAS d'espérer les « transcender »¹⁵²⁰ pour parvenir à une sorte de vérité absolue qui leur serait supérieure et déterminante – quitter le réel, réduire notre propre socialisation. La vérité n'existe que par ces institutions, elle est donc nécessairement relative car constituée d'un maillage des normes d'origines variées. Dans cette perspective, le sociologue suggère de les qualifier, à l'instar d'O. FAVEREAU, de *Dispositifs Cognitifs Collectifs*¹⁵²¹ : la norme, individuelle ou collective est une « heuristique au sein (et au service) d'un processus d'apprentissage »¹⁵²². Elle est un « modèle de comportement qui donne des indications qui doivent être interprétées avec tact et doigté par les acteurs »¹⁵²³, à la fois cognitif et pratique puisque sur le premier plan il « fournit un savoir, une "carte du monde" permettant

¹⁵¹⁷ A. STRAUSS, *Miroirs et masques*, Métailié, 1992, p. 13.

¹⁵¹⁸ V. *Supra* n°257. À savoir un « ensemble de normes et de comportements généralement suivis et spontanément respectés par les membres d'une collectivité, qui acquièrent ainsi un caractère de stabilité indépendamment de toute obligation juridique explicitement énoncée : on dira en ce sens que le pourboire – ou la fraude – est une institution » : A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2018, V° « Institution ».

¹⁵¹⁹ J. DE MUNCK, « Normes et procédure, les coordonnées d'un débat », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 54 et s.

¹⁵²⁰ J. DE MUNCK, « Normes et procédure, les coordonnées d'un débat », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 54.

¹⁵²¹ J. DE MUNCK, « Normes et procédure, les coordonnées d'un débat », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 54.

¹⁵²² O. FAVEREAU, cité par J. DE MUNCK, « Normes et procédure, les coordonnées d'un débat », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 54.

¹⁵²³ J. DE MUNCK, « Normes et procédure, les coordonnées d'un débat », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 54.

de qualifier une situation »¹⁵²⁴ et sur le second, il « distribue des rôles coordonnés entre les acteurs »¹⁵²⁵. La norme, qui remplace le système de LUHMANN, permet ainsi de *réduire la complexité du réel* en lui donnant des significations communes mais aussi de l'anticiper et donc d'orienter l'agir social. Nos actions sont contingentes du sens que nous leur donnons, sens qui lui-même relève de notre appréhension cognitive du réel. La norme est une grille de lecture, *un savoir qui permet de qualifier un savoir*, qui lui-même conditionne l'action. Mais pas *n'importe quel* savoir : pour être institutionnalisée, la norme doit paraître justifiée à l'individu ou la collectivité qui en adopte la prescription. Cette justification ne passe néanmoins pas toujours par le discours ; la plupart des normes qui dirigent nos conduites sont intériorisées à un stade préconscient, celui de la pratique et l'*habitus*¹⁵²⁶. La prescription normative – *la règle* – agit normalement par « incorporation dans des habitus (et réification institutionnelle) ; c'est exceptionnellement qu'elle se trouve en première ligne à tenter de régler directement les conduites et, dans ce cas, on observe beaucoup d'écarts »¹⁵²⁷. En d'autres termes, la norme n'est efficace à régler les comportements que *si elle est déjà incorporée à l'habitus*, « de sorte qu'elle n'intervient plus comme menace extérieure de sanction, mais comme prédisposition intime aux représentations et aux pratiques »¹⁵²⁸. L'*habitus* est une *matrice*, une conception du monde, largement contingente du capital socio-culturel et donc variable d'un groupe social à un autre. Il peut rendre imperméable ou au contraire réceptif à la prescription et en conditionne donc l'efficacité.

¹⁵²⁴ J. DE MUNCK, « Normes et procédure, les coordonnées d'un débat », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 54.

¹⁵²⁵ J. DE MUNCK, « Normes et procédure, les coordonnées d'un débat », in J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université : Bruxelles 1997, p. 54.

¹⁵²⁶ V. *Supra* n°358, Le concept, déjà étudié, est issu de la sociologie de Pierre BOURDIEU. Il est défini pour rappel comme « régularité et prévisibilité des conduites grâce à un façonnage par les conditions historiques (surtout les plus précoces, celles de l'éducation) de prédispositions de réponse qui manifestent une adaptation au possible. » P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE, *Normativités et internormativités*, in P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE (Dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Tome I, L'Harmattan, 1997, p. 16. Pierre BOURDIEU appartient au courant sociologique du « constructivisme structuraliste », point d'articulation entre le sujet et l'objet : « Par structuralisme ou structuraliste, je veux dire qu'il existe, dans le monde social lui-même, [...] des structures objectives indépendantes de la conscience et de la volonté des agents, qui sont capables d'orienter ou de contraindre leurs pratiques ou leurs représentations. Par constructivisme, je veux dire qu'il y a une genèse sociale d'une part des schèmes de perception, de pensée et d'action qui sont constitutifs de ce que j'appelle *habitus*, et d'autre part des structures sociales, et en particulier de ce que j'appelle *des champs* » P. BOURDIEU, « Espace social et pouvoir symbolique », in P. BOURDIEU, *Choses dites*, Minuit, 1987, p. 147.

¹⁵²⁷ P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE, *Normativités et internormativités*, in P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE (Dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Tome I, L'Harmattan, 1997, p. 17.

¹⁵²⁸ P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE, *Normativités et internormativités*, in P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE (Dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Tome I, L'Harmattan, 1997, p. 17.

410. De manière subsidiaire néanmoins, la norme est aussi utilisée de façon consciente pour effectuer un choix entre plusieurs grilles de lectures possibles du réel. À ce moment-là, sa justification intériorisée doit se parer d'une justification discursive pour être effectivement mobilisée par l'acteur, qui doit la considérer comme une *ressource légitime* :

« La norme tire l'essentiel de sa force de n'être perçue justement comme un simple arbitraire, mais de la reconnaissance de sa légitimité qui se mesure par référence aux valeurs. Si la norme est l'institué, la valeur est l'instituant [...] La valeur de contrainte de la norme ne naît pas seulement de l'éventualité d'une sanction : l'essentiel de sa force, elle la tire de la légitimité qui naît du sentiment de son adéquation à la réalisation du projet collectif. »¹⁵²⁹

411. Ainsi, bien que la norme présuppose la prescription et la sanction, son mécanisme est bien plus complexe que celui du choix rationnel guidé par la peur de la sanction. Sa sélection comme grille de lecture opératoire est conditionnée à la fois par l'existence d'un *habitus* et d'une *éthique* compatibles. Sans ces deux éléments, la norme est réduite à sa seule force obligatoire, laquelle est incapable, seule, d'en assurer l'institution. Valant pour toutes les normes, la remarque s'adresse donc également à celle revêtue d'un attribut supplémentaire : celui de la juridicité. Le droit est, comme les autres types de normativité, un savoir permettant de qualifier un savoir, une grille de lecture de la réalité permettant d'orienter l'action individuelle et collective. La spécificité des normes de droit, leur *juridicité* ne provient donc « ni de leur efficacité, ni de leur coercition, ni de leur sanction, mais de leur intégration à un ordre juridique : elles émanent, sont interprétées et mises en œuvre par des agents revêtus de l'autorité nécessaire pour le faire. Leur pouvoir vient de l'appareil qui légitime et actualise leur potentiel normatif, de l'autorité reconnue à cet appareil dans une unité sociale donnée. »¹⁵³⁰. La norme juridique se distingue ainsi des autres normes sociales du seul fait de son *institutionnalisation*. Autrement dit, la différence principale entre le droit et la politesse, par exemple, réside dans le fait que la légitimité du premier – dont on rappelle qu'elle est nécessaire à sa stabilisation, son *institution* – est fondée sur celle de l'autorité qui l'élabore. Dans le cas de

¹⁵²⁹ P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE, *Normativités et internormativités*, in P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE (Dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Tome I, L'Harmattan, 1997, pp. 17-18.

¹⁵³⁰ G. ROCHER cité par P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE, *Normativités et internormativités*, in P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE (Dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Tome I, L'Harmattan, 1997, p. 23.

la loi, cette autorité se confond avec celle de l'État – et donc avec la fiction du contrat social et l'hypothèse de la guerre de *tous contre tous*. La remarque n'a rien d'inédit, quelques juristes se refusant au dogmatisme ayant depuis plusieurs années déjà relativisé le caractère contraignant du droit – et donc la pertinence du critère de la sanction pour isoler la normativité juridique¹⁵³¹.

412. Si le droit n'est donc qu'une grille de lecture des faits sociaux au sein d'une pluralité de registres de normativité, il bénéficie néanmoins de ressources en termes d'accessibilité et de garantie qui en font une *normativité dominante* – une « herméneutique officielle du monde »¹⁵³². C'est ce qui en fait une institution particulière, exerçant une influence prépondérante au moment où l'acteur se trouve confronté à la concurrence de plusieurs représentations d'une même réalité.

§2. La définition du système pénal

413. Dilué au sein d'un ensemble beaucoup plus vaste de normativité, le droit n'en est pas pour autant dénué de spécificité. S'appuyant sur un article de Pierre LASCOUMES¹⁵³³, Dan KAMINSKI¹⁵³⁴ expose plusieurs *effets* propres à la juridicité pénale. D'abord, le droit pénal *stabilise* la pratique qu'il encadre, c'est-à-dire qu'il en verrouille la définition – ainsi, la

¹⁵³¹ « Il est indéniable que le droit est fortement empreint d'obligatoire. Dans leurs relations juridiques, les individus doivent se plier à la règle. S'il leur était loisible d'y déroger impunément, le droit ne parviendrait pas à atteindre son but de régulation sociale. Cependant, le droit ne peut espérer tout obtenir par la contrainte. Ainsi, il est heureux que le Code de la route ne soit pas respecté par la seule crainte de la sanction mais bien plutôt par une adhésion des intéressés au caractère nécessaire de ce respect. [...] des études sociologiques ayant établi que parmi les motivations de l'obéissance au droit, la plus importante et la plus efficace se trouve dans "la solidarité avec les prescriptions", la "crainte d'une sanction" venant en dernière position ». P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, 2002, p. 261, n°278. L'autrice cite à cet égard plusieurs références : Ph. JESTAZ, « La sanction où l'inconnue du droit », *Recueil Dalloz*, 1986, chron., p. 197 et s. ; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Ed. Odile Jacob, 1997, p. 70 et s. ; G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, Coll. Les Voies du Droit, 1991, p. 14 et s. Très récemment encore, une étude internationale importante est venue confirmer ces résultats. Proposant de mesurer la conformité d'individus de nationalités différentes aux prescriptions sanitaires édictées pendant la crise du COVID-19, des sociologues ont montré que le taux de respect des normes étatiques était significativement plus élevé lorsque ceux-ci disaient aux enquêteurs avoir confiance en leur gouvernement, c'est-à-dire confiance en la légitimité collective de l'interdiction ou de l'obligation formulée. A. PAK, E. MCBRYDE, O.A. ADEGBOYE, "Does High Public Trust Amplify Compliance with Stringent COVID-19 Government Health Guidelines? A Multi-country Analysis Using Data from 102,627 Individuals". *Risk Management and Health Policy*, 14, 2021, pp. 293-302. Rappelons néanmoins que si l'élément éthique est important, l'*habitus* l'est tout autant : c'est ce que l'on retire des enseignements de l'étude sur le port de la ceinture de sécurité précitée, où l'importance accordée par les individus à leur propre protection – et donc au respect de la prescription normative, variait drastiquement selon leur appartenance sociale. V. *Supra* n°195.

¹⁵³² C. GRZEGORCZYK, « Système juridique et réalité Discussion de la théorie autopoïétique du droit », *Archives de philosophie du droit*, 33, 1989, p. 21.

¹⁵³³ P. LASCOUMES, « La gouvernementalité : de la critique de l'État aux technologies du pouvoir », *Le portique*, n°13-14.

¹⁵³⁴ D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, pp. 166-167.

définition criminelle d'une situation problématique. Ensuite, il produit à partir de cette définition une *construction conventionnelle* de la pratique, c'est-à-dire qu'il en relie les enjeux à un type d'action sociale particulier – ici, l'action répressive et la pénalité. Enfin, il induit un *système d'explication* de la pratique qu'il a définie et construite – en « présupposant, par sa fonction d'avertissement général et sa forme tarifaire, le sujet rationnel qui s'engage consciemment dans la pratique criminalisée »¹⁵³⁵. La norme juridique a en outre une dernière particularité, ou plutôt un *pouvoir*, celui de *clore la dispute* : « le droit contient des règles explicites indiquant la clôture d'un conflit par la chose jugée »¹⁵³⁶. De cet ensemble de phénomènes, il ressort que si le droit pénal n'est qu'un « système de codage *mobilisable* pour nommer les situations de conflits de valeurs et d'intérêts, et pour les mettre en forme en vue d'un règlement »¹⁵³⁷ – et donc, une ressource normative *parmi d'autres*¹⁵³⁸ – sa juridicité le « démarque des autres ressources ordinaires de justifications dans les situations-problèmes »¹⁵³⁹. C'est-à-dire que le droit pénal offre aux personnes qui, face à une situation relevant de sa qualification, se trouvent confrontées à une pluralité de registres normatifs parmi lesquels ils doivent opérer un *compromis*, un codage non seulement des modalités de leur action – *prescriptif* –, mais encore de la façon dont ceux-ci vont en exposer les motifs, la *justifier*.

414. De cette courte synthèse, il convient de dégager un enseignement important : les normes pénales sont des ressources à disposition des individus pour guider leur interprétation d'une situation problématique, et orienter leur action vis-à-vis d'elle. Si leur juridicité leur confère une certaine hégémonie, celle-ci n'est pas fondée sur leur adéquation *naturelle* à la réalité – elles ne sont pas plus *vraies* – mais sur des effets liés à leur *institutionnalisation* – elles *s'imposent* plus facilement. L'abandon de la conception substantielle des normes pénales permet de mettre à distance le discours de légitimation qui se superpose à elles, et de l'analyser non plus comme la description empirique des fondements et finalités du système de justice criminelle mais comme un outil discursif visant à la justification des pratiques qu'il encadre. *Désontologisée* – c'est-à-dire privée de son essence – la justice pénale peut être définie comme :

¹⁵³⁵ D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, p. 167.

¹⁵³⁶ D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, p. 187.

¹⁵³⁷ P. LASCOURMES, cité par D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, 2015, p. 186. Nous soulignons.

¹⁵³⁸ D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, p. 187.

¹⁵³⁹ D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, p. 187.

« un ensemble de pratiques administrées et affectées à la réaction sociale formelle aux situations juridiquement définies comme infractions ; cette réaction, quel qu'en soit le résultat final, est orientée par le dispositif de condamnation à une peine délivrée à celui qui est pressenti comme auteur de la situation qualifiée d'infraction ; les pratiques en question sont organisées autour d'un centre "public", elles sont reliées mais pas entièrement coordonnées ; elles sont enfin capables, grâce à leur formalisation juridique, de se présenter comme légitimes pour construire et maintenir un ordonnancement social (social ordering). »¹⁵⁴⁰

415. La norme pénale n'a donc plus pour rôle de « protéger la société », « dissuader le passage à l'acte » ou « rétribuer l'auteur de l'infraction » – puisqu'il s'agit ici d'éléments discursifs appartenant au seul domaine de sa justification – mais de participer à la « perpétuation de l'existence de la société »¹⁵⁴¹, à son *ordonnancement*. Dans cette optique, l'attention n'est plus focalisée sur le contenu législatif et les théories qui l'accompagnent – la façon dont le droit se donne à voir – mais sur les *pratiques pénales* qui composent et alimentent le système pénal – la façon dont il fonctionne¹⁵⁴². Celles-ci étant continuellement prises en étau entre un objectif de *domination* de l'agir social et un impératif de *régulation* de leurs propres contraintes¹⁵⁴³. Elles sont donc nécessairement soumises à des sélections différentielles de la part de l'ensemble des acteurs qui effectuent ce compromis suivant leur propre *habitus*, référentiels normatifs et contraintes situationnelles. La norme pénale n'est pas réductible à un contenu législatif dont il faudrait mesurer l'*écart* avec les modalités concrètes de sa mise en œuvre ou de son respect pour en analyser l'effectivité – qu'il s'agisse de la transgression de l'auteur qui viole la prescription législative ou de la décision de condamnation du magistrat qui ne permet pas la réinsertion de l'auteur¹⁵⁴⁴. Elle est *contenue dans* cette « tension dynamique entre les deux impératifs (domination et régulation), sociologiquement égaux [...] dans cette perspective,

¹⁵⁴⁰ D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, p. 37, « Le concept d'ordonnancement social convient mieux que celui de régulation ou de contrôle social. *La régulation*, dont la connotation est trop instrumentale (négligeant les aspects émotifs et symboliques de la justice pénale), sera utilisée dans un autre sens. *Contrôle social* est un concept qui convoque l'idée de surveillance et de répression, alors que la justice pénale n'a pas que des effets répressifs et que la surveillance relève d'univers d'action beaucoup plus larges ».

¹⁵⁴¹ D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, p. 37.

¹⁵⁴² Pratiques qui sont donc tout à fait contingentes des représentations et idéologies des acteurs et du public du système pénal, V. *Supra* n°278.

¹⁵⁴³ D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, p. 38.

¹⁵⁴⁴ D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, p. 106.

l'écart est la règle : il ne mérite pas d'être nommé comme tel, sauf si l'on veut seulement évaluer les pratiques au regard du seul critère juridique et au mépris de la connaissance »¹⁵⁴⁵. Là où la domination est une *norme pénale en puissance*, dont la force est contingente de celle des justifications discursives qui imposent sa sélection à des individus soumis à une pluralité de registres de normativité, la régulation est une *norme pénale limitée*, par les contraintes matérielles créées par ses propres prétentions hégémoniques. Pour le dire autrement, la norme pénale « fonctionne » parce que les individus se persuadent qu'elle est nécessaire – *norme en puissance* – en dépit des multiples incohérences et difficultés que soulèvent son application – *norme limitée*.

416. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'identifier ce qui fonde l'action sociale – son *ordonnement* – et ce qui permet d'en rediriger l'orientation, ce n'est pas la loi pénale qu'il faut interroger, mais sa *justification* :

« Il s'agit d'observer la faible puissance du droit dans la détermination des pratiques, soit parce que d'autres normes le concurrencent dans l'action des sujets de son application, soit parce que la rationalité pénale, bien plus que le droit du même nom, l'emporte dans la représentation de l'action. Quoi qu'il en soit, même non déterminés par le droit, les acteurs qui le mettent en œuvre ne sont pas "subjectifs" pour autant, mais confrontés à des conflits de normes ou porteurs de rationalités concurrentes, bien plus qu'applicateurs de lois. »¹⁵⁴⁶

417. Transformer un dispositif social nécessite d'atteindre ce qui en assure le maintien, ce qui, en dépit des carences et contradictions de ses effets, continuent d'en légitimer l'institution et partant de les pérenniser. Pour abolir le système pénal, ce n'est donc pas le droit qu'il faut attaquer, mais sa *rationalité*.

§3. *L'identification de la rationalité pénale moderne*

418. Le criminologue Alvaro PIRES formule dès le milieu des années 1995 l'hypothèse suivante : « nous avons peut-être construit, avec les théories modernes de la peine criminelle,

¹⁵⁴⁵ D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, p. 98.

¹⁵⁴⁶ D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, p. 104.

un nœud gordien autour du droit de punir au XVIII^e siècle. »¹⁵⁴⁷ par le « triste sort »¹⁵⁴⁸ réservé au principe de *dernière instance* et à la notion de *droit* de punir elle-même. À chaque extrémité de cette attache inextricable, l'on retomberait donc sur le nœud lui-même – d'où l'impossibilité de le défaire. Alors qu'il s'agissait *en théorie* pour les utilitaristes, comme pour les rétributivistes, de garantir le bonheur et la liberté du plus grand monde – et donc, *a priori*, d'encadrer strictement les ingérences étatiques –, très rapidement dans les deux modèles – à bien des égards, très compatibles¹⁵⁴⁹ – la souffrance infligée par la peine est exposée comme le seul moyen d'en assurer la réalisation¹⁵⁵⁰. D'exception à la paix sociale, elle en devient donc *la règle*, au détriment du principe de son utilisation comme *ultima ratio*. Résultat :

« ce principe, qui est un véritable idéal de la rationalité pénale, n'est formulé que d'une façon inopérante, dégradée ou travestie, il est réduit aux règles de protection de l'accusé devant la procédure, au vœu irréalisable de son application effective par le pouvoir législatif, *etc.* On peut dire que les théories de la peine fondent et laissent mourir ce principe, sans s'en rendre compte et sans pouvoir annoncer sa mort. »¹⁵⁵¹

419. C'est en fait dès l'origine que s'effectue le glissement observé par P. PONCELA du droit au *pouvoir de punir*¹⁵⁵². Mais loin de n'être qu'une simple dérive conceptuelle, celui-ci va au contraire se diffuser et nourrir avec la lui « la conviction selon laquelle la peine est un mal nécessaire au sens normatif du terme : un mal qui doit être constitutif du droit pénal, y compris au rang de ses objectifs (dissuader, protéger la société par la sévérité, faire payer le mal par le

¹⁵⁴⁷ A. PIRES, « Conclusion : un nœud gordien autour du droit de punir », in C. DEBUYST et al. (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 243.

¹⁵⁴⁸ A. PIRES, « Conclusion : un nœud gordien autour du droit de punir », in C. DEBUYST et al. (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 243.

¹⁵⁴⁹ V. *Supra* n°314.

¹⁵⁵⁰ « On passe même aux louanges : si vous voulez la justice, l'égalité ou la bonheur – et qui ne les veut pas ? –, il faut conserver et distribuer ce mal-de-peine ; il faut le conserver *même s'il est inutile* (Kant et Hegel), *même si les parties en litige ont fait la paix* (Beccaria et Bentham), *même si d'autres formes de justice ont été faites, même si d'autres solutions ont été prévues ou sont possibles, même si...* » : A. PIRES, « Conclusion : un nœud gordien autour du droit de punir », in C. DEBUYST et al. (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 246.

¹⁵⁵¹ A. PIRES, « Conclusion : un nœud gordien autour du droit de punir », in C. DEBUYST et al. (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 246.

¹⁵⁵² V. *Supra* n°143.

mal, etc.) »¹⁵⁵³. Cette croyance profonde constitue ce qu'Alvaro PIRES nomme *la rationalité pénale moderne* – ou RPM¹⁵⁵⁴. En même temps qu'elles l'ont institué – au sens de sa *justification* et non au sens de son instauration puisqu'il a été dit que le droit pénal moderne est le résultat de forces matérielles et non idéales¹⁵⁵⁵ –, les théories de la peine ont ainsi verrouillé le système de justice criminelle de l'intérieur : en « bannissant » du droit de punir, *au sein même des consciences*, « l'autorisation en tant que prérogatives de non punir », « elles persuadent le législateur et les juges de punir au nom de la protection de la société de la morale ou de la Justice (pénale). »¹⁵⁵⁶.

420. La rationalité pénale moderne agit de plusieurs manières pour verrouiller la théorie du droit de punir et les pratiques punitives qui y puisent leur justification¹⁵⁵⁷. D'abord, elle *différencie* et *autonomise* le système pénal des autres modes de règlement des conflits – civils ou informels – qui sont plus difficilement considérés comme adéquats, utiles ou justes. Ensuite, elle *naturalise* le lien entre le crime et la pénalité, la seconde étant perçue comme la conséquence nécessaire du premier. Enfin, elle *neutralise* les possibilités de recourir à des sanctions alternatives, non afflictives, puisque la souffrance est envisagée comme le principe actif de la pénalité. Ces trois effets de la rationalité pénale moderne découlent directement des définitions les plus simples – pour ne pas dire simplistes – du crime et de la peine, produites et reproduites par la doctrine pénale traditionnelle¹⁵⁵⁸ ; d'où la rapidité par laquelle celle-ci se

¹⁵⁵³ A. PIRES, « Conclusion : un nœud gordien autour du droit de punir », in C. DEBUYST et al. (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 249.

¹⁵⁵⁴ Pour un approfondissement du concept, V. l'ouvrage collectif en l'honneur du Professeur PIRES, R. DUBE, M. GARCIA, and M. R. MACHADO, (Dir.), *La Rationalité Pénale Moderne : Réflexions Théoriques Et Explorations Empiriques*, University of Ottawa Press, 2013. La rationalité pénale moderne (RPM) n'est toutefois pas à confondre avec l'une ou l'autre des théories de la peine – neutralisation, utilitarisme, rétributivisme, réhabilitation – mais réside au contraire dans le socle commun de « présupposés » qu'elles partagent : « L'hypothèse serait que, au-delà des controverses - sans doutes réelles - qui les opposent, ces courants partagent secrètement certains présupposés communs et que, se définissant toujours en opposition l'un à l'autre, ils parviennent à occulter la « clôture » dans laquelle s'inscrit leur débat et à faire perdre de vue ce qu'ils éliminent l'un et l'autre ». M. VAN DE KERCHOVE, « Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité », in C. DEBUYST (Dir.), *Dangerosité et justice pénale*, Genève, Masson, Médecine et hygiène, p. 291.

¹⁵⁵⁵ V. *Supra* n°144 et s.

¹⁵⁵⁶ A. PIRES, « Conclusion : un nœud gordien autour du droit de punir », in C. DEBUYST et al. (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, p. 252.

¹⁵⁵⁷ A. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, 33(1), 2001, pp. 179-204.

¹⁵⁵⁸ « Ces définitions diront, par exemple, que "le système pénal est le sous-système de droit qui applique des peines" ou que "le crime est toute conduite que le droit criminel incrimine par la menace d'une peine". Moi-même, j'ai donné ce genre de définition dans le passé. Elles sont relativement acceptables d'un point de vue empirique, mais nous faisons l'économie d'une bonne définition théorique : qu'est-ce qui arrive si un comportement devient incriminé par la menace d'un dédommagement ? Le système pénal, ou le crime, disparaît-il ? [...] Les sciences sociales, la philosophie et le savoir juridique éprouvent de grandes difficultés à penser le crime et le système pénal

diffuse et continue d'opérer, puisqu'il suffit de lire les premières pages d'un manuel de droit pénal pour s'y trouver directement confronté¹⁵⁵⁹. La normativité pénale qu'elle légitime possède ainsi les attributs guerriers qui correspondent à son héritage historique – celui du libéralisme, du contrat social et de la guerre de tous contre tous – : elle est *hostile, abstraite, négative et atomiste*¹⁵⁶⁰.

421. Puisqu'il repose sur les mêmes présupposés théoriques que ceux au fondement même de l'État « de droit », le « sous-système culturel »¹⁵⁶¹ de la rationalité pénale moderne produit ses effets indépendamment de l'appartenance politique du sujet¹⁵⁶², toute volonté « d'humaniser » le système pénal se trouvant de toute façon limiter par l'effet de sa rationalité. En effet, le recours au principe de dignité, de nécessité, ou plus globalement tout autre garantie attachée aux droits de la personne, se heurte inéluctablement à deux obstacles cognitifs – et donc pratiques – : la nécessité de répondre au crime par l'infliction d'une certaine dose de souffrance et la nécessité d'utiliser la pénalité pour protéger l'ordre social. Les droits de l'Homme se trouvent donc soit *opposés* à la RPM – et dans ce cas, ils n'y résistent pas – soit *garantis* par elle – et dans ce cas, ils en légitiment d'autant plus les caractères¹⁵⁶³. Dans les

sans appliquer à ces objets les catégories de pensée produites et garanties par la rationalité pénale elle-même. L'esprit de peine obnubile la pensée des chercheurs qui étudient le système pénal ou le droit pénal. En effet, ces savoirs ne réussissent pas à prendre suffisamment de recul par rapport au système de pensée et aux pratiques institutionnelles qu'ils sont censés décrire et analyser. » A. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, 33(1), 2001, pp. 179-204.

¹⁵⁵⁹ V. *Supra* n°223.

¹⁵⁶⁰ « *Hostile*, parce qu'on représente le déviant comme un ennemi du groupe tout entier et parce qu'on veut établir une sorte d'équivalence nécessaire, voire ontologique, entre la valeur du bien offensé et l'affliction à produire chez le déviant. *Abstraite*, parce que le mal (concret) causé par la peine est reconnu mais conçu comme devant causer un bien moral immatériel (« rétablir la justice par la souffrance », « renforcer la moralité des gens honnêtes », etc.) ou encore un bien pratique invisible et futur (la dissuasion). *Négative* puisque ces théories excluent toute autre sanction visant à réaffirmer le droit par une action positive (le dédommagement, etc.) et stipulent que seul le mal concret et immédiat causé au déviant peut produire un bien-être pour le groupe ou réaffirmer la valeur de la norme. Et, enfin, *atomiste*, parce que la peine — dans la meilleure des hypothèses — n'a pas à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes sauf d'une façon tout à fait secondaire et accessoire. » A. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, 33(1), 2001, pp. 179 - 204.

¹⁵⁶¹ A. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, 33(1), 2001, pp. 179 - 204.

¹⁵⁶² « On peut dire que les notions politiques de gauche et de droite ne produisent pas de différences cohérentes et remarquables en matière pénale, car nombre de membres de l'intelgencija (Boborykin), de gauche ou de droite, croient en l'une ou l'autre des théories officielles de la peine. Une des conséquences de cela est que des individus, groupes et mouvements sociaux qui ne sont pas à proprement parler conservateurs peuvent alors, sans contradiction à leurs yeux, demander une plus grande sévérité des peines ou s'opposer à tout adoucissement de peines, voire aux sanctions alternatives. » A. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, 33(1), 2001, pp. 179 - 204.

¹⁵⁶³ V. Sur pour une synthèse de la problématique, D. ZEROUKI-COTTIN, « L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, no. 3, 2011, pp. 575-596 ; pour une étude approfondie du sujet, Y. CARTUYVELS *et al* (Dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007. C'est la raison pour laquelle, ces principes

deux cas, la rationalité pénale moderne court-circuite les registres de normativité d'ordre moral ou pragmatique qui pourraient venir concurrencer l'application de la prescription pénale – puisque la peine est une douleur dont on connaît et reconnaît l'inefficacité. Naturalisant le crime, la peine, le système pénal, elle s'impose avec la force de l'évidence, y compris auprès des personnes pourtant les plus conscientes des contraintes institutionnelles qui s'opposent à son hégémonie : les magistrats. La RPM est en effet une ressource précieuse pour qui voudrait (se) justifier des pratiques de condamnation qui peuvent, à bien y réfléchir, paraître injustes, violentes, ou illusives¹⁵⁶⁴ et s'épargner l'*inconfort* d'avoir à repenser sa carrière¹⁵⁶⁵ – ou son plan de manuel. C'est elle qui assure, *in fine*, que dans la tension normative entre la domination et la régulation, le droit pénal continue d'être appliqué et que la résistance qui pourrait lui être opposée, quoi que « légalement accessible », demeure « cognitivement impensable »¹⁵⁶⁶.

422. Pour libérer la créativité des acteurs du système de justice criminelle, créateurs et garants de la normativité pénale, et avec elle les alternatives à la pénalité, il faudrait donc rendre impossible le recours à la rationalité pénale moderne pour en justifier les pratiques. Si la peine n'est plus nécessaire, s'il n'est plus possible de se persuader qu'elle est le seul moyen de garantir la liberté, le bonheur et la paix, alors comment continuer de la prononcer – ou de l'enseigner. Pour neutraliser cette rationalité concurrente à l'origine du conflit moral des

ne sauraient, à notre avis, fonder une théorie « humaniste » du droit pénal (V. par exemple l'ouvrage récent de A. P. SYKIOTOU, *La politique criminelle sur le fil*, IRJS éditions, Paris, 2018.). En effet, comme le résume A. PIRES, « on peut comprendre un peu mieux pourquoi nous éprouvons tant de difficultés à identifier les formes d'avilissement mises en œuvre par la rationalité pénale et par le droit pénal : c'est qu'il s'agit de formes "civilisées" d'avilissement et elles sont vues comme nous protégeant de l'avilissement. L'expérience du mépris et de l'outrage mis en œuvre par le droit pénal se transforme immédiatement en une expérience positive de soulagement et en une conceptualisation de la justice. » A. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, 33(1), 2001, pp. 179-204.

¹⁵⁶⁴ Sur l'attitude défensive des magistrats quand il s'agit de discuter leurs pratiques de condamnation, V. *Supra* n°278.

¹⁵⁶⁵ D. KAMINSKI, « Les coûts psychiques de l'art de condamner et les conditions de l'ataraxie », in D. SCALIA et C. GUILLAIN (Dir.), *Les coûts du système pénal*, RPDP, n°28, 2019, p. 71.

¹⁵⁶⁶ « Cette contribution, au-delà des interprétations qu'elle impose aux propos des juges interviewés, met en évidence les obstacles cognitifs (et non légaux ou structurels) à d'autres manières de penser le jugement, la condamnation et la peine. Ces obstacles sont moins tributaires de contraintes légales que les juges devraient respecter que du manque d'imagination ou de courage dont les opérateurs de justice font preuve dans l'exercice de leur profession. Il ne s'agit aucunement de leur reprocher ici : ce manque d'imagination ou de courage est profondément ancré dans une rationalité pénale, devenue si aveuglante qu'elle est constamment réaffirmée même par les magistrats les plus désireux d'innovation. Ainsi les trois justifications du mal de condamner semblent s'écarter de toute évocation des théories de la peine ; celles-ci n'en figurent pas moins en filigrane. J'ai délibérément évacué de mon questionnement la rétribution, la dissuasion, la réhabilitation ou la dénonciation, dans la mesure où le choix de la peine ne m'intéressait pas ; ces théories sont néanmoins rentrées par la fenêtre des entretiens. La confirmation, la convenance et le moindre mal sont les supports confortables et crédibles d'un malaise déterminé par une rationalité invisible, qui fait obstacle à l'inconfort d'une créativité légalement accessible, mais cognitivement " impensable ". » D. KAMINSKI, « Les coûts psychiques de l'art de condamner et les conditions de l'ataraxie », in D. SCALIA et C. GUILLAIN (Dir.), *Les coûts du système pénal*, RPDP, n°28, 2019, p. 71.

praticiens du droit pénal, certains auteurs abolitionnistes préconisent de mener une véritable « politique de la mauvaise conscience »¹⁵⁶⁷, susceptible de renforcer les autres registres normatifs au détriment de la RPM. D'autres font en outre remarquer qu'il existe déjà en germes des poches de résistance bien vivantes, qu'il suffirait de vivifier – l'utilisation du concept d'ordonnancement social permettant à cet égard de faire apparaître la diversité des pratiques constitutives du système pénal ou supposé en relever¹⁵⁶⁸. Quel que soit le mode d'action, il implique là encore d'abandonner les représentations dogmatiques de la juridicité et de considérer la normativité pénale comme une dialectique entre *domination* et *régulation* au sein de laquelle la rationalité pénale moderne joue un rôle clé, celui d'« obstacle épistémologique à la connaissance de la question pénale et, en même temps, à l'innovation, c'est-à-dire à la création d'une nouvelle rationalité et d'une autre structure normative »¹⁵⁶⁹.

423. Des enseignements de FOUCAULT, comme de ceux des sociologues de la normativité¹⁵⁷⁰, l'on a toutefois retenu que si la norme est un *savoir*, elle est aussi

¹⁵⁶⁷ W. DE HAAN, "Abolitionism and the Politics of 'Bad Conscience'", *The Howard Journal of Criminal Justice*, 26, 1987, pp. 15-32.

¹⁵⁶⁸ « À cet égard, le concept d'ordonnancement social permet encore de faire place à la vérité simple selon laquelle la justice pénale n'est pas strictement vouée à la punition : elle fait bien d'autres choses que punir (parfois elle ne punit pas ; elle convoque, selon les contentieux, le travail social, la psychiatrie ou l'éducation ; souvent, elle marchande et propage des normes sociales autres que celles de la punition). Des pratiques discrètes sont cachées derrière des discours simplistes et bruyants constituant sa rhétorique officielle et sa rationalité ». D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, p. 39 ; « On notera que l'ineffectivité du droit pénal, observée plus haut à partir des représentations et des pratiques des protagonistes de situations-problèmes qui ne renvoient pas ces situations au système pénal, montre que des rationalités alternatives sont vivantes, malgré ces trois effets de l'hégémonie légale. » : D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, 2015, pp. 116-117.

¹⁵⁶⁹ A. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, 33(1), 2001, pp. 179-204. Sur la notion d'innovation : « Pour qu'une « nouveauté » soit conçue comme « innovation », il faut à tout le moins qu'elle promeuve une vision moins hostile, moins abstraite, moins négative et moins atomiste de la protection de la société et de l'affirmation des normes. Mais ceci ne suffit pas : l'innovation suppose aussi « l'émergence d'un élément inattendu et imprédictible » eu égard à l'état de la rationalité pénale dominante. Cette caractéristique de l'innovation laisse entendre que le système pénal ou sa rationalité peuvent se reproduire non seulement à l'identique, mais aussi se reproduire par la différence ; un type de reproduction qui, depuis les années 1960, serait favorisé par au moins deux facteurs : la complexification de l'environnement du système pénal et la capacité croissante de ce système à opérer une autoréflexion. Cette formule paradoxale (reproduction par la différence) permet de ne pas immédiatement évaluer la reproduction comme la reconduction du même et, au contraire, d'analyser la façon différenciée dont la nouveauté contribue à la reproduction et laisse aussi une chance à l'innovation. Contribuant à la reproduction, elle ne fait pas que contribuer à la reproduction... » D. KAMINSKI, « Sixième leçon : Penser l'innovation pénale », in *Pénalité, management, innovation*, 2010, Namur : Presses universitaires de Namur, 2010, pp. 157-182. V. également J.-F. CAUCHIE et D. KAMINSKI, « L'innovation pénale : oxymore indépassable ou passage théorique obligé ? », *Champ pénal/ Penal field*, 2007, [En ligne], consulté le 04.12.2020.

¹⁵⁷⁰ « La norme sociale n'est pas que prescription et sanction, elle prétend aussi à la légitimité (ce qui ne suppose pas pour autant qu'elle soit respectée à tout coup), ce qui suppose la référence à un terme de comparaison, à un absolu qu'on l'appelle valeur ou projet. Mais par ailleurs, l'ombre de la sanction – du moins de la sanctionnabilité – est là pour rappeler que les normes sont expression de pouvoir et d'inégalité » P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE, *Normativités et internormativités*, in P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE

nécessairement un *pouvoir*, qui peut, à ce titre, être exercé contre le système qu'il servait jusque là à légitimer.

Section 2. La norme comme exercice du pouvoir

424. Pour que le savoir qui nous institue ne soit pas aussi celui qui nous aliène, il faut être prêt à se tenir dans un perpétuel état d'alerte, de contradiction et de compétition vis-à-vis des structures qui le secrète (§1). De cette opposition fondamentale – et fondatrice – pourra naître – et naît déjà – une nouvelle normativité, un contre-droit, à la fois vecteur et garant de l'abolition du système pénal (§2).

§1. La dialectique perpétuelle

425. La norme pénale est une grille de lecture par le biais de laquelle le sujet interprète la réalité qui l'entoure, lui donne un sens et oriente ses décisions et son action. *Savoir sur le savoir*, juridique et donc hégémonique, elle s'appuie sur un ensemble de présupposés théoriques – la rationalité pénale moderne – pour garantir sa fonction d'*ordonnement* – et donc, de conservation – du système social. À ce titre, s'il est réducteur de parler d'une production étatique de la normativité pénale, puisque celle-ci n'est pas réduite aux lois criminelles, elle n'en demeure pas moins étroitement associée aux enjeux relatifs à la *gouvernementalité* – c'est-à-dire à l'orientation des conduites individuelles et collectives¹⁵⁷¹. Le cadre institutionnel auquel elle s'intègre, comme la rationalité par laquelle est assurée sa légitimité – et donc sa domination – sont ainsi contingentes des conditions historiques de leur élaboration : d'un système de positivité et d'un mode de production – ceux de *la guerre de tous contre tous* et du *capitalisme*. Foucault l'a très bien montré, le pouvoir exercé sur les corps se diffuse dans les esprits par le biais du savoir qu'il produit. Il n'est une contrainte extérieure que de manière résiduelle : le vrai pouvoir est celui qui agit « en deçà »¹⁵⁷², au niveau de l'indicible, celui qui modèle *la subjectivité* et fait accepter au niveau préconscient, par le biais d'*habitus*, de valeurs

KERCHOVE (Dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Tome I, L'Harmattan, 1997, p. 19.

¹⁵⁷¹ V. *Supra* n° 194 et s.

¹⁵⁷² « Il ne s'agit pas de nier l'importance des institutions dans les relations de pouvoir. Mais de suggérer qu'il faut plutôt analyser les institutions à partir des relations de pouvoir et non l'inverse ; et que le point d'ancrage fondamental de celles-ci, même si elles prennent corps et se cristallisent dans une institution, est à chercher en deçà » M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, t. 2, 1976-1988, Paris, Gallimard, p. 1058.

et d'acquis théoriques, les pratiques par lesquelles il assure son exercice et garanti sa reproduction¹⁵⁷³. Lutter contre la domination, contre l'exploitation et contre l'assujettissement implique ainsi, et d'abord, de lutter contre *soi-même*¹⁵⁷⁴.

426. La première étape de cette rébellion réflexive tient, selon FOUCAULT, au « dévoilement et à l'identification du système de rationalité propre aux techniques de pouvoir sous-jacentes »¹⁵⁷⁵ aux institutions et structures de domination qu'il s'agit de *transformer*. Du système de positivité à la rationalité pénale moderne, ces dispositifs de pouvoir sont désormais désignés comme tels. La deuxième étape, plus délicate, consiste alors à en modifier suffisamment la substance pour ne pas se contenter de les réformer – et donc de les *re-former* – mais bien au contraire de les *abolir*. En effet, une difficulté de taille apparaît : si l'idée est profondément arrimée à la matière – et le sujet, à la structure – comment peut-on espérer qu'elle produise de quoi la modifier ? Si, selon le postulat marxiste étudié, « les formes et les produits de la conscience "ne peuvent pas être dissous par la critique intellectuelle, ... mais seulement par le renversement pratique des relations sociales réelles qui ont donné naissance à cette fumisterie idéaliste. »¹⁵⁷⁶, alors il faudrait commencer par abolir les structures pour pouvoir en neutraliser la rationalité. Et l'on retombe alors sur notre problème initial : comment faire triompher cette idée ?

427. Conscient du paradoxe, MATHIESEN propose de conceptualiser le rapport entre la totalité et les phénomènes qu'elle crée afin d'étudier les possibilités d'une transformation de la première par les seconds. Il observe dans un premier temps que la plupart des composantes théoriques et normatives sur laquelle s'appuie la structure ne sont pas dans une relation réellement *dialectique* avec elle. Le droit libéral par exemple, s'il est dépendant dans sa forme

¹⁵⁷³ « Cette forme de pouvoir [qui] s'exerce sur la vie quotidienne immédiate, qui classe les individus en catégories, les désigne par leur individualité propre, les attache à leur identité, leur impose une loi de vérité qu'il leur faut reconnaître et que les autres doivent reconnaître en eux » M. Foucault, *Dits et Écrits*, Paris, Gallimard, 1994, t. IV, p. 227. Pour une comparaison des théories de Luhmann et de Foucault sur ce point, V. C. BORCH "Systemic Power: Luhmann, Foucault, and Analytics of Power", *Acta Sociologica*, 48, 2, 2005, pp. 155-167 ; pour une comparaison de celles de FOUCAULT et de BOURDIEU, V. F. VAZQUEZ GARCIA, « La tension infinie entre l'histoire et la raison : Foucault et Bourdieu », *Revue internationale de philosophie*, vol. 220, no. 2, 2002, pp. 343-365.

¹⁵⁷⁴ Ces trois formes de pouvoirs sont identifiées par Foucault comme caractéristiques d'époques données, la dernière étant selon lui dominante dans la société contemporaine de normalisation et de gouvernance. V. M. FOUCAULT, *Dits et Écrits*, Paris, Gallimard, 1994, t. IV, pp. 225-228. Pour une analyse détaillée, V. E. RENAULT, « Politique de l'identité, politique dans l'identité », *Lignes*, vol. 6, no. 3, 2001, pp. 178-200.

¹⁵⁷⁵ P. SAUVETRE, « Michel Foucault : problématisation et transformation des institutions », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], 17, 2009.

¹⁵⁷⁶ T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1980, pp. 194-195, citant K. MARX et F. ENGELS.

et son contenu du mode de production qui le secrète et s'il participe en retour à son maintien, ne peut pas en changer *fondamentalement* la substance – alors que l'inverse est vrai¹⁵⁷⁷. Il existe donc une situation de déséquilibre dans leur relation qui en interdit la réciprocité et la prive d'un caractère « pleinement dialectique »¹⁵⁷⁸. En d'autres termes, il est vain selon l'auteur d'attendre de l'instrument juridique contemporain qu'il ordonne un changement social suffisamment profond pour que soient ébranlées les structures de domination. Le droit est, dans sa forme actuelle, une « superconstruction », c'est-à-dire « un phénomène idéationnel qui n'est pas pleinement dialectique, mais qui conserve en fait les structures matérielles, sans permettre une évolution réciproque et inachevée en direction de quelque chose de nouveau »¹⁵⁷⁹. MATHIESEN observe néanmoins que certains « systèmes d'idées » présentent cette qualité réellement dialectique, et peuvent ainsi modeler la matière autant que celle-ci influence leur contenu. C'est le cas, selon lui, des théories critiques féministes ou de certaines formes d'art¹⁵⁸⁰. Mais tous les « systèmes d'idées », même dialectiques, n'orientent pas nécessairement les institutions sociales vers des pratiques moins répressives ou plus égalitaires, bien au contraire. En effet, alors que ceux qui « accentuent la répression » se trouvent généralement encouragés, permettant alors aux institutions pénales de se fortifier, « les systèmes d'idées qui abolissent la répression sont eux-mêmes réprimés »¹⁵⁸¹ : ils sont soit réabsorbés par la superstructure, soit transformés en systèmes d'idées qui accentuent la répression, soit simplement rejetés en dehors de toute possibilité d'institution. En résumé donc, il existe selon MATHIESEN trois systèmes d'idées principaux : les *superconstructions* – largement majoritaires¹⁵⁸² – les *dialectiques pro-répression* et les *dialectiques pro-abolition* – largement minoritaires et sujet à l'absorption par ou le rejet de la normativité¹⁵⁸³. Or, ce double processus de neutralisation de la pensée non répressive conditionne l'attitude à adopter pour qui voudrait s'en saisir. En effet, le système

¹⁵⁷⁷ V. *Supra* n°201 et s.

¹⁵⁷⁸ T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1980, p. 160 : « Le droit est, dans nos conditions historiques, un système d'idées ossifié, un esprit ossifié, qui change mécaniquement en fonction des structures matérielles, et préserve les structures matérielles plutôt que de les changer fondamentalement et d'entrer dans une unité supérieure avec elles. Dans nos conditions historiques, le droit n'a pas non plus de potentiel pour une relation plus pleinement dialectique. ».

¹⁵⁷⁹ T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1980, p. 183.

¹⁵⁸⁰ « Personne n'a dit que les principes de la dialectique fonctionnaient toujours au bénéfice des hommes », T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1980, p. 181.

¹⁵⁸¹ T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1980, p. 193.

¹⁵⁸² T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1980, p. 194.

¹⁵⁸³ T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1980, p. 225, « Ce sont les processus omniprésents auxquels la gauche révolutionnaire dans notre type de formation sociale est exposée. La gauche révolutionnaire est soit neutralisée en étant intégrée au système de prise de décision de la société - la démocratie sociale en Scandinavie dans les années 20, le communisme dans l'Europe du sud actuelle, soit elle est neutralisée en étant stigmatisée et désignée comme extrémiste et sectaire, c'est-à-dire rejetée en dehors du système social. Dans les deux cas, on peut dire que la gauche révolutionnaire est finie - sa diffusion en tant que conscience révolutionnaire est terminée ».

d'idées abolitionnistes doit être combiné à une attitude politique visant à lutter activement contre sa disparition en refusant *son propre achèvement* :

« J'ai progressivement acquis la conviction que l'alternative au fait d'être définie dans ou en dehors de la norme – au fait de finir dans l'une de ces directions – se situe dans "l'inachevé", dans ce qui est en train de devenir. La théorie de l'inachevé, l'hypothèse que ce qui est en train de devenir contient l'alternative, touche à mon avis le cœur de la lutte politique de la Gauche. La théorie de l'inachevé est dirigée à la jonction entre la réforme et la révolution, entre les objectifs à court terme et les objectifs à long terme, entre l'élément et la totalité. La théorie de l'inachevé est une tentative de théorie d'un mouvement politique vivant et en expansion. »¹⁵⁸⁴

428. Pour exister, le système de pensée révolutionnaire doit se maintenir dans la *contradiction* et la *compétition* avec le système dominant. Il doit perpétuellement s'y opposer et ne jamais renoncer à cette tension, au risque d'être dissous du même coup. Il ne peut pas se contenter d'imiter la forme et les modalités des superconstructions ou des systèmes de pensées répressifs – simples phénomènes théoriques, juridiques ou normatifs. Il doit s'actualiser par le biais d'une activité contestatrice soutenue et perpétuelle – d'une *praxis*. C'est peut-être ici que la lutte contre soi-même devient la plus difficile, puisque la pratique militante nécessite de faire le sacrifice d'une vie confortable et de s'arracher de l'état léthargique dans lequel l'individu assujéti à la contrainte invisible du néolibéralisme se trouve plongé¹⁵⁸⁵ : « par l'aliénation, nous ne sommes plus distingués de la puissance étrangère qui nous oppresse, nous lui appartenons complètement ; cette force insoutenable est celle de notre propre conversion. »¹⁵⁸⁶.

429. Ardue, la tâche n'en est pas pour autant insurmontable, FOUCAULT lui-même rappelant qu'« entre relation de pouvoir et stratégie de lutte, il y a appel réciproque, enchaînement indéfini et renversement perpétuel. À chaque instant le rapport de pouvoir peut devenir, et sur certains points devient, un affrontement entre des adversaires. À chaque instant aussi les relations d'adversité, dans une société, donnent lieu à la mise en œuvre de mécanismes

¹⁵⁸⁴ T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1983, p. 227.

¹⁵⁸⁵ V. *Supra* n°202.

¹⁵⁸⁶ T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1983, p. 229.

de pouvoir. »¹⁵⁸⁷. Le pouvoir ne se détient pas, il *s'exerce* : la lutte pour l'émancipation fait donc nécessairement partie des rapports de domination dont la seule existence rend possible l'abolition, pourvu, néanmoins, que l'on accepte de se maintenir dans la tension de son inachèvement¹⁵⁸⁸.

430. La transformation des structures ne se déclare pas, elle se *revendique*. Le nouveau système de pensée, de rationalité, de positivité est donc nécessairement imposé par la résistance, par la *désobéissance*.

§2. *L'usage du contre-droit*

431. Certains auteurs ont cru, et croient encore, trouver dans le droit libéral un véritable instrument de réforme. Parce qu'il « relie l'infinitude de notre univers mental à la finitude de notre expérience physique », le droit remplirait chez les individus « une fonction anthropologique d'institution de la Raison »¹⁵⁸⁹. En fournissant une matrice de « références communes » – les droits de l'Homme – à partir desquelles les identités individuelles et collectives se construisent, le droit garantirait « à chacun un sens et une place », et serait ainsi le rempart contre une société de solitude et de violence au sein de laquelle « l'homme est un loup pour l'homme »¹⁵⁹⁰. Il suffirait par ailleurs, pour pallier les errements des sociétés néolibérales, de revenir – là encore – à ses impératifs originaires : la justice et la démocratie sociale¹⁵⁹¹. Alain SUPLOT rappelle en effet les apports d'un *libéralisme éclairé*, cristallisé par la Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944, « première Déclaration internationale des droits à

¹⁵⁸⁷ M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, t. IV, 1980-1988, Paris, Gallimard, texte n°306.

¹⁵⁸⁸ « L'abolition, en d'autres termes, a lieu lorsque nous rompons avec l'ordre établi et que nous faisons face à un terrain non construit. L'abolition et la toute première phase de l'inachevé sont une seule et même chose : pour s'assurer la possibilité de se développer davantage, s'assurer de ne pas être bloquée, dans la première phase, par de nouveaux ordres qui font avancer l'ordre ancien, et assurer la possibilité de se déployer librement de manière politique par rapport aux prémices du système établi, l'abolition est nécessaire. ». T. MATHIESEN, *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1983, p. 233.

¹⁵⁸⁹ A. SUPLOT, *Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 14.

¹⁵⁹⁰ A. SUPLOT, *Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 15.

¹⁵⁹¹ « En premier lieu, l'objectif de justice sociale, qui doit retrouver sa place d'unité de mesure et de justesse de l'ordre juridique, en sorte que « tous les programmes d'action et mesures prises sur le plan national et international, notamment dans le domaine économique et financier, doivent être appréciés de ce point de vue et acceptés seulement dans la mesure où ils apparaissent de nature à favoriser, et non à entraver, l'accomplissement de cet objectif fondamental ». En second lieu l'impératif de démocratie sociale, qui permet d'ancrer cette évaluation dans la diversité des expériences, et impose que les « représentants des travailleurs et des employeurs [...] participent à de libres discussions et à des décisions de caractère démocratique en vue de promouvoir le bien commun ». A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 118.

vocation universelle »¹⁵⁹², avec « l'esprit » de laquelle il faudrait donc « renouer »¹⁵⁹³. L'hypothèse de A. SUPLOT d'un retour à la source a de quoi séduire, comme avant elle celle des pénalistes en mal de légalité. Certes, l'auteur est conscient qu'il ne suffit pas « d'arrêter l'histoire », et qu'il est illusoire de penser « restaurer la situation antérieure à la révolution ultralibérale »¹⁵⁹⁴, mais il n'en demeure pas moins convaincu de la pertinence d'un modèle juridique contingent d'un contexte économique très particulier – celui du *New Deal* américain – et surtout d'un mode de production qui, lui, n'a pas changé. A. SUPLOT aspire d'ailleurs expressément à retrouver cet état de grâce économique, cette synergie entre les individus et le capitalisme¹⁵⁹⁵ – qui s'est traduit, du point de vue pénal, par les théories « humanistes » de la défense sociale nouvelle¹⁵⁹⁶. Son ancrage à la doctrine libérale – et à la masculinité – se manifeste en outre par un postulat rationaliste et un rejet des luttes des personnes minorisées au profit d'un universalisme abstrait¹⁵⁹⁷ dont on a déjà montré qu'ils reposaient précisément sur le

¹⁵⁹² A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 9.

¹⁵⁹³ A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 87. Les traits essentiels de la Déclaration sont résumés par un autre auteur de la façon suivante : « Précisément, cette déclaration, que l'on trouve en annexe de l'ouvrage, comprend cinq traits essentiels : 1) les fondements du Droit résident dans la capacité des individus de bonne foi à s'auto-organiser (pas de lois transcendantes issues de la science ou de la religion) ; 2) ils instituent un régime de Droit universel, constitué d'actes de raison tirés de l'expérience ; 3) ils affirment l'égalité de tous les êtres humains, la dignité étant le principe premier de cet ordre juridique sur lequel fonder toute résistance à la réification ; 4) ce qui amène simultanément, à affirmer que le travail n'est pas une marchandise, à respecter les libertés collectives, la solidarité et la démocratie sociale ; 5) enfin, l'organisation économique doit être subordonnée au principe de justice sociale. » J.-L. METZGER, « Alain Suplot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total* », *La nouvelle revue du travail*, [En ligne], 2, 2013.

¹⁵⁹⁴ A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 88.

¹⁵⁹⁵ « La déclaration de Philadelphie visait à assurer la pérennité des marchés en les insérant dans un cadre normatif propre à assurer leur fonctionnement dans le temps long. » A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 46.

¹⁵⁹⁶ V. *Supra* n°142.

¹⁵⁹⁷ « Ceux qui sentent le sol institutionnel se dérober sous leurs pieds cherchent appui ailleurs : dans l'affirmation véhémement de leur religion, de la couleur de leur peau, de leur "genre" ou de leur "orientation sexuelle", dans la mémoire victimaire de leurs ancêtres et dans toutes les formes possibles d'une autochtonie dont ils réinventent à loisir les racines. Cette montée des revendications identitaires éclipsent les causes socio-économiques de l'injustice sociale. Les problèmes rencontrés dans les "banlieues difficiles" auraient par exemple pour cause première, non pas la misère, le chômage et la déficience des services publics qui y règnent, mais l'"origine" de leurs habitants, entendez leur religion ou leur couleur de peau. Là où la Déclaration de Philadelphie réputait indifférentes les considérations de race, de croyance ou de sexe dans sa définition de la justice, tout un courant doctrinal prétend aujourd'hui fonder la justice sur la reconnaissance de ces différences. La question de la justice est ainsi déplacée du terrain de l'avoir vers celui de l'être, du socio-économique vers l'identitaire. Le "droit à la différence" est invoqué par diverses minorités (ethniques, sexuelles, religieuses) qui excipent de leur liberté religieuse ou de leur qualité de victimes pour se voir attribuer un statut particulier et restreindre le champ de la loi s'imposant à tous les habitants d'un même territoire. » : A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, pp. 101-102. Du fond comme de la forme, – l'utilisation inexplicable de guillemets – l'on craindrait presque de devoir déduire que A. SUPLOT doute de l'existence du racisme systémique ou des discriminations liées au genre ou à l'orientation sexuelle, ce qui risque de poser un sérieux problème si sa théorie doit servir à instaurer une justice sociale à destination des personnes minorisées qui en ont, par définition, le plus besoin... Sur les liens entre libéralisme et universalisme rationnel, V. *Supra* n°352 et s. Notons en outre que la démarche de l'auteur, prisonnière des catégories de pensées du siècle dernier, tombe dans le piège de la fausse distinction entre le *paradigme de la reconnaissance* (des identités individuelles) et celui de la redistribution (*des richesses*) dénoncé par Nancy Fraser : « Tel que je l'entends, le paradigme de la redistribution ne repose pas

système de positivité de *la guerre de tous contre tous* – que A. SUPLOT reprend d’ailleurs – qui a légitimé son institution, mais aussi ses mutations¹⁵⁹⁸. Là où l’auteur dénonce « la gouvernance par les nombres » et la « dictature des marchés »¹⁵⁹⁹, il n’y a en fait qu’une version différente de la même *gouvernementalité*, où l’État de droit lui-même assure la pérennité des marchés¹⁶⁰⁰. Quant à l’hypothèse d’une institution des hommes par le droit, celle-ci n’est pas nouvelle – c’est le principe de la normativité¹⁶⁰¹ – mais elle ne règle pas pour autant le problème des rapports de pouvoirs qui président au processus de subjectivation. Rapport de pouvoirs que l’auteur ne nie d’ailleurs pas¹⁶⁰², mais qu’il estime sûrement pouvoir renverser par une reconversion collective et spontanée au libéralisme éclairé... Ce qui, à en croire les leçons de la *déformalisation*, a peu de chance d’arriver¹⁶⁰³.

seulement sur une problématique classiste ainsi qu’on peut la trouver dans le libéralisme du New Deal, la social-démocratie et le socialisme ; il comprend aussi toutes les formes de féminisme et d’antiracisme qui cherchent dans les transformations ou les réformes socio-économiques un remède aux injustices de genre, d’ethnie ou de "race". Il est donc plus large que la politique de classe traditionnelle. De même, le paradigme de la reconnaissance ne s’applique pas uniquement aux mouvements cherchant à réévaluer des identités injustement dépréciées et qui trouvent une expression dans le féminisme culturel, le nationalisme culturel noir ou le mouvement identitaire gay ; il recouvre aussi diverses tendances déconstructivistes comme le mouvement "queer", l’antiracisme critique et le féminisme déconstructiviste, qui s’inscrivent en faux contre l’essentialisme de la politique traditionnelle de l’identité. En ce sens, il déborde les frontières traditionnelles de la politique de l’identité. J’entends m’opposer par ces définitions à un malentendu largement répandu sur ces questions. On présume souvent que politique de redistribution signifie politique de classe, tandis que la politique de reconnaissance concerne la sexualité, le genre et la race. Cette vision est erronée. D’abord, elle concentre toute l’attention sur les courants du féminisme, de l’anti-hétérosexisme et de l’antiracisme tournés vers la reconnaissance, rendant invisibles les courants qui se dédient à la lutte contre les formes d’injustice économique propres au genre, à la race ou à la sexualité, injustices qui sont négligées par les mouvements sociaux traditionnels. Ensuite, elle évacue tout l’aspect des luttes de classes lié à la reconnaissance. Enfin, elle réduit la pluralité des revendications de reconnaissance, qui incluent les revendications universalistes et les revendications déconstructivistes, à la seule affirmation de la différence. Pour toutes ces raisons, les définitions des deux paradigmes proposées plus haut apparaissent préférables. Elles rendent compte de la complexité de la dynamique politique contemporaine en abordant la redistribution et la reconnaissance comme des dimensions de la justice que l’on peut trouver dans tous les mouvements sociaux. » N. FRASER, « 2. Penser la justice sociale : questions de théorie morale et de théorie de la société », *Qu’est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, Paris, La Découverte, 2011, pp. 43-69.

¹⁵⁹⁸ V. *Supra* n°203.

¹⁵⁹⁹ A. SUPLOT, *L’esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 77.

¹⁶⁰⁰ V. *Supra* n°201 et s.

¹⁶⁰¹ V. *Supra* n°409 et s.

¹⁶⁰² « Nous ne reconnaissons le pouvoir que s’il se réfère à un sens auquel nous adhérons... C’est l’une des ressources de la technique juridique que de conférer au pouvoir une raison et d’installer ainsi la scène du pouvoir sur les tréteaux de la légitimité » A. SUPLOT, *L’esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 224.

¹⁶⁰³ Ainsi, à propos de l’institutionnalisation de la justice restaurative, « ce modèle théorique ne confie pas à la justice pénale qu’un idéal de restauration sociale. L’introduction de la justice négociée dans le champ pénal doit également prendre en compte la nécessité de repenser l’intériorisation de la norme pour refaire du sujet. À diverses infractions qui témoignent « d’un trouble identitaire » (la toxicomanie par exemple), la justice se doit d’apporter une réponse restauratrice plus que punitive en créant les conditions d’un nouveau rapport au symbolique et à la norme qui, mettant le « déviant » à distance avec son acte ou son « état », lui restitue sa dignité perdue de sujet en réveillant la part de souveraineté qui est en lui. *Le pari est donc celui de la « fonction instauratrice du sujet par le droit », le droit, en tant qu’il représente une forme d’humanité commune, étant susceptible de rendre à un individu en perte de repères sa dimension de personne juridique au-delà de sa dimension psychique et de le réinscrire ainsi dans l’humanité.* Pour relever ce défi, la justice pénale est appelée à se transformer. [...] *Les pratiques suivent-elles l’idéal de ce modèle théorique ? On peut en douter.* » Y. CARTUYVELS, F. DIGNEFFE, D. KAMINSKI, « Droit

432. De la combinaison de la stratégie de l'inachevée et de l'« esprit de Philadelphie », l'on retient deux éléments. Le premier est qu'un système de pensée qui s'articule autour d'un objectif de « prospérité économique »¹⁶⁰⁴, faute de lui être pleinement dialectique, ne peut – et ne pourra jamais – engendrer une transformation des structures sociales dans le sens de la justice et de la démocratie sociale. Les conditions matérielles de l'après-guerre ne sont pas celles d'aujourd'hui, et là où le « compromis fordiste » permettait à l'époque de concilier les impératifs de production et la protection sociale des travailleurs, l'épuisement des ressources naturelles, dans un modèle capitaliste dépendant de leur appropriation, interdit désormais de compter sur « la croissance économique » pour fonder la démocratie¹⁶⁰⁵. Le second est que le droit, fondateur et protecteur de l'individu – ou plutôt de l'ordre social – tant qu'il continuera d'apparaître sous sa forme moderne – universelle, abstraite et donc *fétichisée* – ne pourra faire autre chose que limiter les luttes concrètes, seules susceptibles de renverser les rapports de domination qui font obstacles à la justice sociale. Un système d'idées pleinement dialectique, implique donc *nécessairement de repenser le droit* :

« Penser autrement, c'est faire de la "loi" la technique ultime de la Raison en matière juridique ; c'est, en idéalisant celle-ci, la fétichiser. La relativiser dans une perspective historique, c'est admettre que d'autres formes d'unification du droit sont possibles, notamment dans les systèmes à venir. D'ailleurs, le "dépérissement" de la loi aujourd'hui montre assez que, lorsque les besoins du fonctionnement du capitalisme moderne l'exigent, les techniques peuvent vite être transformées. Vouloir à tout prix défendre la loi peut être, à court terme,

pénal et déformalisation », in *Les mutations du rapport à la norme, un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université, 1997, pp. 232- 233, nous soulignons. V. *Supra* n°401.

¹⁶⁰⁴ « Retrouver une capacité d'action suppose ici encore de revenir à l'esprit de Philadelphie, selon laquelle la prospérité économique suppose des hommes libres, et non pas flexibles et réactifs. » A. SUIPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 131.

¹⁶⁰⁵ Il faudrait donc activement œuvrer à « délibéraliser » la société pour que puisse renaître des cendres du capitalisme la possibilité d'une économie – et donc d'une justice – réellement solidaire : « Nous sommes dans une impasse. Les crises économique, écologique, démocratique n'ont jamais été aussi patentes. Elles invitent au changement de société. Pourtant, nous restons prisonniers de cadres de pensée hérités du XVIIIe siècle. Or ces cadres doivent être préservés et dépassés. Préservés, car l'humanisme des Lumières est le socle sur lequel reposent l'autonomie de la science et la liberté démocratique. Dépassés, car les Lumières s'ancrent dans une croyance en la toute-puissance de la raison qui est erronée. Autrement dit, nous ne vivons pas d'alternative au capitalisme sans changer à la fois de régime de justification et de régime de vérité. Notre travail a donc porté simultanément sur deux fronts : déconstruire les principes économiques du capitalisme qui menacent l'existence même de l'humanité ; construire des principes d'économie solidaire menant vers une société post-capitaliste ; déconstruire le libéralisme (régime de justification du capitalisme) ; construire un nouveau régime de justification : le délibéralisme. Comment articuler ces deux fronts ? Comment organiser la transition vers une société post-capitaliste ? Nous avons suggéré deux pistes : la mise en place d'une monnaie délibérée, l'instauration d'une allocation d'émancipation par création monétaire ». E. DACHEUX, D. GOJON, *Défaire le capitalisme, refaire la démocratie. Les enjeux du délibéralisme*, Érès, 2020, pp. 318-320. V. également sur le sujet, F. LORDON, *Vivre sans ? Institutions, police, travail, argent...* La fabrique éditions, 2019.

intéressant, mais c'est risquer d'oublier qu'en tout état de cause, et quel que soit l'intérêt que représente cette technique, la loi ne représente jamais actuellement qu'un perfectionnement du droit bourgeois. »¹⁶⁰⁶

433. Le droit révolutionnaire, pour se protéger du double processus de neutralisation de la superstructure, doit demeurer dans la tension constante d'une désobéissance à son principe. Il doit revendiquer son altérité – *sa différence* – et avec elle celle des individus luttant pour leur émancipation. Le droit abolitionniste est un *contre-droit* : Un droit de « *légitime défense contre les gouvernements* », « incompréhensible pour le système juridique classique »¹⁶⁰⁷, un droit « à vivre, à être libre, à partir, à n'être pas persécuté »¹⁶⁰⁸, mais aussi un droit de *réparation*, de *restauration*, de *transformation*, qui, s'interdisant de qualifier autrement qu'en contextualisant, « ferait enfin justice à la complexité des activités humaines et des phénomènes sociaux »¹⁶⁰⁹ et s'autorisant à rechercher, derrière le geste individuel, le mouvement des structures, pourrait espérer les atteindre.

434. Ce droit-là est en germes. Il se déploie déjà lorsqu'il fait du procès un enjeu de luttes politiques, sociales ou économiques. Lorsqu'il devient possible de « maîtriser le choix et le sens de la règle qui régit les situations dans lesquelles on est impliqué »¹⁶¹⁰ et ainsi d'exercer, *contre elle*, le pouvoir institué par la normativité. Le système judiciaire offre une *arène*, une *publicité* pour exprimer des causes et parfois même un bras armé pour les réaliser¹⁶¹¹. Son

¹⁶⁰⁶ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, p. 255.

¹⁶⁰⁷ M. FOUCAULT cité par B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, pp. 127-189. ; « Lorsque l'égalité est mesurée en termes d'accès à des institutions répressives qui restent inchangées ou même se renforcent par l'admission de ceux qui en étaient auparavant exclus, il me semble que nous devons insister sur des critères différents pour la démocratie : des droits substantiels aussi bien que formels, le droit d'être libre de la violence, le droit à l'emploi, au logement, aux soins de santé et à une éducation de qualité. En bref, des conceptions socialistes, plutôt que capitalistes, de la démocratie. » A. Y. DAVIS, *Abolition democracy*, Mendieta, 2005, p. 103.

¹⁶⁰⁸ G. DELEUZE cité par B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, pp. 127-189.

¹⁶⁰⁹ W. DE HAAN, *The politics of redress. Crime, punishment and penal abolition*, London, Unwin Hyman, 1990, p. 160

¹⁶¹⁰ P. LASCOUMES, « Changer le droit, changer la société : le moment d'un retournement », *Genèses*, vol. 77, no. 4, 2009, pp. 110-123.

¹⁶¹¹ E. AGRIKOLIANSKY, « 11. Les usages protestataires du droit », *Penser les mouvements sociaux. Conflits sociaux et contestations dans les sociétés contemporaines*. La Découverte, 2010, pp. 225-243 : « Si les protestataires se mobilisent le plus souvent contre le droit, ils peuvent également le faire avec et par le droit. Les normes juridiques constituent des contraintes, mais elles peuvent aussi être des instruments de lutte et d'émancipation pour les groupes dominés. » ; « Le droit étant une arme pour ceux qui savent s'en servir, quand elle est saisie par ce prisme culturel, l'histoire de la pensée juridique est une histoire politique ». A.-S. CHAMBOST, « Essai d'analyse culturelle d'un épisode de l'histoire de la pensée juridique », in A.-S. CHAMBOST, *Approches culturelles des savoirs juridiques*, Paris, LGDJ, 2020, pp. 239-257, p. 257 ; L. Israël, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering », *Droit et société*, vol. 49, no. 3, 2001, pp. 793-824.

développement demeure toutefois largement limité par la résistance que lui opposent les formes classiques de juridicité :

« D’abord, parce que la transformation d’un conflit en " litige " juridique peut contribuer à dessaisir les acteurs de leur maîtrise du conflit. [...] Ensuite, en déplaçant le règlement du litige du terrain de l’affrontement politique à celui du tribunal, les protestataires prennent le risque de voir dénier la légitimité de leur protestation, mais aussi de la cause qu’ils défendent. [...] En dernier lieu, l’un des principaux risques du droit réside dans la difficulté à construire des catégories générales à partir de cas épars, processus pourtant essentiel pour la fonction de généralisation du droit. La désingularisation des litiges juridiques est moins le résultat mécanique de la juridicisation d’un conflit qu’un terrain de lutte toujours incertain. [...] Dans ce cadre, les seuls arguments que peuvent mobiliser les protestataires, pour avoir des chances de voir aboutir leurs revendications, relèvent du registre de l’exception et du singulier, ce qui désamorce les tentatives pour construire une argumentation politique générale et interdit aux victimes elles-mêmes de penser leur situation sur un autre mode que celui du malheur privé. »¹⁶¹².

434. L’abolition est donc un rapport de force qui s’exerce par le droit, mais nécessairement *contre lui*, en saisissant certaines *opportunités* qui existent là où les acteurs décident de les créer¹⁶¹³ : aux militants de s’en saisir, aux magistrats de les consacrer, aux enseignants de les y autoriser. À la *praxis* individuelle, aux luttes quotidiennes, s’ajoute donc un élément essentiel : celui de la force créatrice d’un juge¹⁶¹⁴, auquel on aura appris non plus la soumission à la norme, mais à s’en émanciper – à lui *désobéir*¹⁶¹⁵.

¹⁶¹² E. AGRİKOLIANSKY, « 11. Les usages protestataires du droit », *Penser les mouvements sociaux. Conflits sociaux et contestations dans les sociétés contemporaines*. La Découverte, 2010, pp. 225-243.

¹⁶¹³ « Peut-être faut-il alors poser la question différemment : qu’est ce qui permet, à certains moments, aux mouvements sociaux de se saisir du droit, même lorsque les opportunités sont faibles ? Ce qui compte, c’est en effet moins la dimension objective des opportunités que la capacité des acteurs à les percevoir et à les saisir. » E. AGRİKOLIANSKY, « 11. Les usages protestataires du droit », *Penser les mouvements sociaux. Conflits sociaux et contestations dans les sociétés contemporaines*. La Découverte, 2010, pp. 225-243.

¹⁶¹⁴ Créatrice d’un droit dont l’altérité fait la qualité, « La jurisprudence adapte le droit vivant à mesure des cas. Sa capacité d’adaptation au cas, son aptitude à l’évolution, sa précarité naturelle, souvent critiquées comme signes de son incapacité à être source du droit, sont au contraire ses principales qualités car elles sont la manifestation que le droit vivant est bien en mouvement permanent. En voulant poser du droit à l’instar du législateur, elle en adopte les travers, en termes de fixité, généralité, distance avec la variété des situations, et ce sans en avoir la légitimité et sans en procurer les garanties d’accessibilité et de sécurité. S’appuyant sur une autorité dont elle est dépourvue, elle perd en puissance, là où la persuasion, la conviction, la présentation du sens pourrait donner un surplus de légitimité à l’affirmation nouvelle de son action créatrice. » P. DEUMIER, « La création du droit par le juge », *Archives de philosophie du droit*, n°50, p. 76.

¹⁶¹⁵ Plusieurs jurisprudences sont récemment venues illustrer un tel phénomène – que l’on aimerait pouvoir qualifier de tendance – en construisant ou déconstruisant des causes justificatives susceptible de légitimer divers

Conclusion de Chapitre

435. Le système pénal n'existe qu'autant que nous décidons de lui abandonner nos propres registres de normativité pour épouser la grille de lecture réductrice qu'il impose. Son abolition nécessite donc d'identifier sa rationalité, pour pouvoir la repérer et la refuser. Affranchie de la norme pénale, et donc de son système – de positivité, mais par encore de pénalité –, il devient possible de révolutionner ses structures par l'usage d'un contre-droit qui n'aurait d'autre principe et d'autre finalité que celui de s'opposer à l'abstraction, la rationalité et l'universalisme pour promouvoir un *autre système de positivité*, celui de la libération, *une autre éthique*, celle de l'alterité, et *une autre justice*, celle de la différence.

Conclusion de Titre

436. Abolir un système pénal que l'on a désormais renoncé à justifier nécessite de faire un autre sacrifice : après celui de ses propres croyances, celui de sa confiance en la progression naturelle des systèmes sociaux, en leur capacité spontanée à s'orienter en fonction des besoins, valeurs et intérêts des membres de la collectivité. « La postmodernité juridique » n'est qu'un effet du mode de production, elle n'est pas une étape de sa révolution – comme d'ailleurs tout phénomène juridique qui refuserait de s'y opposer frontalement. Identifier le système de positivité libérale et la rationalité pénale moderne qu'il nourrit offre alors de nouvelles possibilités d'action, qui impliquent néanmoins, là encore, de sacrifier son confort pour lutter contre la force d'attraction des institutions, l'inertie des systèmes et la tentation de leur reproduction.

mouvements sociaux, écologiques ou politiques, et, *in fine*, consacrer un véritable *droit de désobéir* : « Enfin, si le droit de désobéir est reconnu, il restera en chacun de nous cette question de conscience du devoir de désobéir. Ne faut-il pas désobéir à un État ou à un système qui ne répond plus aux aspirations de la grande majorité de ces citoyens ? Ne faut-il pas désobéir à un État qui ne fait plus Nation ? Ne faut-il pas désobéir à des gouvernants qui divisent plus qu'ils n'unissent ? Ne faut-il pas désobéir à des gouvernants qui ont perdu précisément le sens du collectif ou de la communauté ? Rappelons en effet, comme l'ont parfaitement démontré Pablo Servigne et Gauthier Chapelle, qu'il faut trois ingrédients pour faire vivre « l'esprit de groupe » : le sentiment de sécurité, le sentiment d'égalité et le sentiment de confiance. Or, où est la sécurité, lorsque l'État ne garantit pas aux citoyens un droit élémentaire et constitutionnel à la sûreté, en ne sanctionnant pas suffisamment les dérives et les violences policières ? Où est l'égalité lorsque l'État accentue chaque jour la fracture sociale entre une aristocratie et les *humiliores*, y compris sur le terrain judiciaire ? Enfin, où est la confiance lorsque l'État ne respecte pas ses engagements, notamment en matière climatique, et réprime ceux qui dénoncent ses manquements ? À l'évidence, on ne fait pas Nation dans l'insécurité, la fracture et la répression. Mais on peut faire Nation dans la désobéissance. » X. PIN, « Ouverture », *DésOBÉIR. Quoi qu'il en coûte, L'IRASCible* n°8, Éditions Campus ouvert, 2021, pp. 11-36, p. 36.

Conclusion de Partie

437. Pour proposer quelque chose de nouveau, de différent, pour transformer les systèmes profondément, il suffit de renoncer à considérer la vie en société à travers les représentations qu'ils en donnent. Revenir aux sujets, aux subjectivités, à ce qui nous lie, ce qui nous constitue en tant qu'humains. Car le droit qui institue est aussi celui qui aliène, et c'est de sa domination qu'il s'agit précisément de s'affranchir par l'abolition des systèmes de pénalité et de positivité qui ont voulu faire croire aux membres des sociétés modernes qu'ils avaient besoin de souffrir pour apprendre à vivre ensemble. Qui leur ont appris à se méfier des autres comme d'eux-mêmes. C'est à ce niveau, à celui de la personne humaine et de son écosystème, que commence l'abolition du système pénal, en « refusant d'avoir part au meurtre fondateur de la vie en cité, à sa comédie de l'innocence et par là au mensonge de la vie sociale, tenir que la vraie vie est ailleurs »¹⁶¹⁶. Que la vraie vie se révèle dans la diversité, dans la solidarité, dans la liberté ; qu'elle se conquiert par la contradiction et la compétition, par l'opposition perpétuelle, la désobéissance radicale et nécessaire à tout ce qui essaye d'en réduire la richesse à de simples abstractions.

¹⁶¹⁶ J. COUPAT, « Préface. Dialogue avec les morts » in G. CARCHIA, *Orphisme et tragédie ; dialogue avec les morts*, Éditions la tempête, 2020.

CONCLUSION GENERALE

438. Nous sommes payés de nos peines si nous avons pu convaincre le lecteur de se moquer de lui-même. Si nous lui avons permis de mettre de côté ses croyances, ses convictions et ses intuitions pour s'autoriser à *penser* et peut-être même à *faire* différemment. Car notre lecteur n'est pas n'importe qui : il est probablement un juriste, un chercheur, un enseignant, un détenteur du *savoir* qu'il a pour fonction de reproduire, et qu'il a donc le *pouvoir* d'abolir.

439. Le système pénal est un registre de normativité, une grille de lecture, une rationalité, qui s'impose avec la force d'une évidence que des générations de théoriciens se sont appliquées à naturaliser. Mais la peine n'est ni utile, ni juste. Elle n'est pas née d'une idée, mais de rapports de pouvoir. Elle ne garantit pas la cohésion sociale, mais la domination des puissants. Elle ne réaffirme pas des valeurs partagées, elle en masque la diversité. Elle n'est pas sacrée, mais sacralisée, au détriment de ce qui fonde réellement l'humanité. La peine est un mensonge, qui tient grâce à d'autres mensonges plus graves encore, ceux du libéralisme et de l'Homme rationnel, du contrat social et de *la guerre de tous contre tous*. Des mensonges que l'on continue de raconter pour justifier l'ambivalence du juriste, du citoyen, de la personne humaine : celle d'une liberté sous contrainte, d'une société contrôlée, d'une existence normalisée. Des mensonges que l'on choisit de croire pour ne pas risquer de se confronter à sa propre impuissance, à son absurdité.

440. Pourtant, la réalité que masque le mensonge est la seule par laquelle on peut espérer s'en libérer. Parce que la personne humaine est par nature socialisée, parce qu'elle comprend et reconnaît l'altérité, l'entraide et la responsabilité. Parce qu'il est possible et nécessaire de lui faire confiance. Parce qu'elle est libre et doit le rester pour survivre. Là où le libéralisme entend la subsumer, la confondre avec la totalité pour forcer son allégeance, l'abolitionnisme suggère au contraire de l'en émanciper, de lui rendre ses particularités, d'en respecter la différence. Par là même, lui donner une voix et l'autoriser à s'en servir pour délibérer, dénoncer et revendiquer. Lui permettre aussi d'écouter celle des autres, des femmes, des personnes minorisées et des individus qui, hier ou aujourd'hui, ont tracé la voie vers une autre société, une autre rationalité. Cesser de raconter ces mensonges, c'est refermer le *Traité des délits et des peines*, et ouvrir

l'un des livres de GODWIN, le contemporain de BECCARIA dont le seul tort aura été de ne pas pouvoir légitimer le mode de production de son époque, et de la nôtre.

441. Car ce mode de production, il est précisément temps d'en changer. La fin du système capitaliste est annoncée, et c'est avant d'atteindre son point de rupture qu'il faut penser l'après et le préparer. L'abolir pendant qu'il est encore temps, avant que celui-ci ne se réchauffe encore. Imposer un nouveau système de positivité qui détruirait du même coup celui sur lequel s'appuie la pénalité. C'est là le rôle de notre lecteur particulier : cesser de répéter les mêmes mensonges et refuser de reproduire le même système, former les esprits, ou plutôt les déformer et leur apprendre non plus à appliquer, mais à désobéir. Peut-être que l'enseignant-chercheur pourra trouver dans sa propre pratique le moyen de réaliser les luttes concrètes qu'exigent la révolution, en exerçant son pouvoir par la distribution d'un savoir militant. Lutter, s'opposer, exiger plus de justice et d'équité, ce ne sont pas les occasions qui manquent à l'Université.

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES

ARNAUD A.-J. (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2018, 804 p.

CORNU G. (Dir.), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, PUF, 2018, 970 p.

Dictionnaire de l'Académie française, 9e édition, 2019.

LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e ed., 2010, 1376 p.

MANUELS

-B-

BOULOC B., *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd., 2019, 816 p.

-C-

CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2007, 363 p.

-D-

DESPORTES F. et LE GUNEHÉC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, 1258 p.

DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, 6^e éd. LGDJ, 2021, 400 p.

DOUCHY-LOUDOT M. *et al*, *Droit processuel*, Dalloz, 9^e éd., 2017, 902 p.

DREYER E., *Droit pénal général*, LexisNexis, 5^e éd., 2019, 1518 p.

-G-

GAROFALO R., *La criminologie*, Paris, Ancienne Librairie Germer Baillière et Cie., 1890, 452 p.

GASSIN R., CIMAMONTI S., BONFILS P., *Criminologie*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2011, 926 p.

GUINCHARD S. et BUISSON J., *Procédure pénale*, Paris, LexisNexis, 12^e éd., 2019, 1490 p.

-K-

KELLENS G., *Punir. Pénologie & Droit des sanctions pénales*, Éditions juridiques de l'Université de Liège, 2000, 485 p.

-L-

LACASSAGNE A., *Précis d'hygiène privée et sociale*, Paris, Masson, 1875, 605 p.

LEROY J., *Droit pénal général*, LGDJ, Paris, 8^e édition, 2020, 576 p.

-M-

MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, t.I, Cujas, 7^e éd., 1997, 1068 p.

MORVAN P., *Criminologie*, Lexis-Nexis, 2^e éd., 2016, 398 p.

-P-

PONCELA P., *Droit de la peine*, Thémis, PUF, 1995, 480 p.

PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 22^e éd., 2019, 832 p.

-R-

ROBERT C.-N., *Droit pénal général*, 6e éd., PUF, 2005, 564 p.

ROSSI P., *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1835, 559 p.

-S-

P. SALVAGE, *Droit pénal général*, Presses universitaires de Grenoble, 2016, 200 p.

-T-

TULKENS F. *et al.*, *Introduction au droit pénal*, Waterloo, Kluwer, 9^e éd., 2010, 944 p.

OUVRAGES

-A-

ABDULLAH O., *Confédéralisme démocratique*, Cologne, International Initiative Edition, 2011, 48 p.

ABRIC J.-C., *Pratiques sociales et représentations*, Paris, PUF, 1994, 312 p.

ADAM C. *et al.*, *Crime, justice et lieux communs, Une introduction à la criminologie*, Larcier, 2014, 266 p.

AGRIKOLIANSKY E., *Penser les mouvements sociaux. Conflits sociaux et contestations dans les sociétés contemporaines*. La Découverte, 2010, 338 p.

ALEXANDER M., *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, The New Press, 2010, 290 p.

ALBERTSON K., CORCORAN M., and PHILLIPS J., (Dir.) *Marketisation and Privatisation in Criminal Justice*. Bristol: Bristol University Press, 2020, 358 p.

ALIX J., CAHN O. (Dir.), *Terrorisme et infraction politique*, Mare & Martin, 2021, 320 p.

ALTGELD J.P., *Our penal machinery and its victims*, Chicago: A.C McLurg & Company, 2nd éd., 1886, 151 p.

ANCEL M., *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1954, 183 p.

ARON R., *La sociologie allemande contemporaine*, Paris, PUF, 2007, 147 p.

ARRUZZA C., BHATTACHARYA T., FRASER N., *Féminisme pour les 99%. Un manifeste*, La découverte, 2019, 128 p.

-B-

BACHELARD G.,

- *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938, 304 p.
- *La psychanalyse du feu*, Gallimard, 1985, 180 p.

BAKER C., *Pourquoi faudrait-il punir ?* Tahin Party, 2004, 182 p.

BAKOUNINE M., *Dieu et l'État*, L'altiplano, 2008, 192 p.

BARNARD H., *Eagle Forgotten, the Life of John Peter Altgeld*. Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill, 1938, 496 p.

BAROT O., *Histoire des idées au XIXe siècle. Émile de Girardin, sa vie, ses idées, son œuvre, son influence*, M. Lévy frères, Paris, 1866, 346 p.

BASTARD B. et al. *Justice ou précipitation. L'accélération du temps dans les tribunaux*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2016, 216 p.

BAUMAN Z., *Liquid Fear*, Cambridge, Polity Press, 2006, 188 p.

BECCARIA C., *Des délits et des peines*, traduction par C.Y, Brière, 1822, 432 p.

DE BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Ed. Odile Jacob, 1997, 300 p.

BECK U., *Risk Society. Towards a New Modernity*, Londres, Sage Publications, 1992, 260 p.

BECKER H.-S., *Outsiders. Études de sociologie de la déviance*, Éditions Métailié, 1985, 250 p.

BENOIST J., et ESPAGNE M., *L'ITINÉRAIRE de Tran Duc Thao. Phénoménologie et transfert culturel / Phénoménologie et matérialisme dialectique*, Armand Colin, 2013, 504 p.

BENTHAM J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789, 162 p.

BERARD J., *La justice en procès. Les mouvements de contestation face au système pénal (1968-1983)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013, 296 p.

BERGER P. et LUCKMANN T., *La construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, 342 p.

BERNAT DE CELIS V.-J. et HULSMAN L.H.C., *Peines perdues, le système pénal en question*, Le centurion, Paris, 1982, 182 p.

BESNIER J.-M., *Les théories de la connaissance*, Paris, PUF, 2021, 128 p.

BIANCHI H., *Justice as sanctuary: towards a new system of crime control*, Bloomington: Indiana University Press, 1994, 199 p.

BLUMSTEIN, D. COHEN J. et NAGIN D. (Dir.), *Deterrence and Incapacitation : estimating the effects of criminal sanctions on the crime rates*, Washington, National Academy of Sciences, 1978, citée par C.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel*, Éditions d'en bas, 1986.

BONGER W.-A., *Criminalité et conditions économiques*, G.P. Tierie éditeur, Amsterdam, 1905, 751 p.

BONNET B. et DEUMIER P., *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, Dalloz, 2010, 298 p.

BOONIN D., *The problem of punishment*, Cambridge University Press, 2008, 299 p.

BOUDON R.,

- *Le relativisme*, PUF, Que sais-je ?, 2008, 128 p.
- *Le juste et le vrai. Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Paris, Fayard, 1995, 563 p.

BURKE E., *Réflexions sur la Révolution de France*, Adrien Egron, 1790, 448 p.

BRAITHWAITE J.,

- *Crime, shame and reintegration*, Cambridge university press, 1989, 234 p.
- *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 2002, 296 p.
- et P. PETTIT, *Not just desert. A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 229 p.

-C-

CAHN O., K. PARROT, *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, Cergy Pontoise Lextenso éditions, 2012, 170 p.

CAIN M., HUNT A., *Marx and Engels on law*, London; NY: Academic Press, 1979, 281 p.

CANGUILHEM G., *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie*, Paris, Vrin, 1988, 188 p.

CASADAMONT G., PONCELA P., *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004, 288 p.

CASTILLO M., « I - Problématique du perfectionnement », *Kant et l'avenir de la culture*, P.U.F., 1990, 302 p.

CHAPELLE G. et SERVIGNE P., *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Poche, 2019, 400 p.

CHOMSKY N.,

- *Chomsky on Anarchism*, Oakland: AK Press, 2005, 241 p.
- *Requiem pour le rêve américain. Les dix principes de concentration de la richesse et du pouvoir*, Climats – Essais, 2017, 135 p.

- et HERMAN E., *La fabrication du consentement, De la propagande médiatique en démocratie*, Agone, 2008, 672 p.

CHRISTIE N.,

- *Limits to pain: The role of punishment in penal policy*, Columbia University Press, 1981, 121 p.
- *L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident*. Autrement, « Frontières », 2003, 232 p.
- *A suitable amount of crime*, Routledge, 2004, 137 p.

COHEN S., *Against criminology*, Transaction Publishers, 2009, 322 p.

COLLIN D., *Morale et justice sociale*, coll. « La couleur des idées », Paris, Seuil, 2001, 390 p.

CONTARINI S, MARSIL L., *Précarité : pour une critique de la société de la précarité*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2014, 130 p.

CORNFORTH M., *Historical Materialism*, 2nd éd., New York, International Publishers, 1971, 152 p.

COWLING M., *Marxism and Criminological Theory*, Palgrave Macmillan, 2008, 292 p.

-D-

DACHEUX E., GOUJON D., *Défaire le capitalisme, refaire la démocratie. Les enjeux du délibéralisme*, Érès, 2020, 356 p.

DAVIS A.,

- Et MENDIETA E., *Abolition democracy: Beyond Empire, Prisons and Torture*, New York, Seven Stories Press, 2005, 128 p.
- *Are prisons Obsolete?*, An open Media Book, 2010, 160 p.

DELMAS-MARTY M.,

- *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, 263 p.
- *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, 462 p.

DERRIDA J., *Adieu à Emmanuel Levinas*, Galilée, 1997, 216 p.

DESPREZ E., *De l'abolition de l'emprisonnement*, Librairie de E. Dentu, 1868, 202 p.

DEUMIER P., *Le droit spontané*, Economica, 2002, 477 p.

DRAÏ R., *Le mythe de la Loi du Talion*, Paris, Hermann Éditeurs, 2017, 241 p.

DREYFUS B., *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, IRASC, Paris, L'Harmattan, 2010, 224 p.

DUBE R., GARCIA M., and MACHADO M.R., (Dir.), *La Rationalité Pénale Moderne : Réflexions Théoriques Et Explorations Empiriques*, University of Ottawa Press, 2013, 366 p.

DUFF R.A.,

- *Trials and Punishments*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, 336 p.
- *Punishment, Communication and Community*., Oxford: Oxford University Press, 2001, 266 p.

DUPRE DE BOULOIS X. et KALUSZINSKI M. (Dir.), *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, LGDJ, Paris, 2011, 217 p.

DURKHEIM E.,

- *De la division du travail social*, 9e éd., Paris, PUF, 1973, 420 p.
- *Le suicide*, Felix Alcan Editeur, 1997, 462 p.
- *Les règles de la méthode sociologique*, Quadrige, PUF, 2013, 154 p.
- *L'éducation morale*, PUF, 2012, 257 p.

-E-

EDELMAN B., *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique*. Hermann éditeurs, 2007, 288 p.

EHRENBERG A.,

- *L'individu incertain*, Pluriel, 1995, 351 p.
- *La Fatigue d'être soi. Dépression et société*, Odile Jacob, Paris, 1998, 320 p.

ELLUL J., *Les nouveaux possédés*, Les Mille et une nuit, 2003, p. 259.

ELSTER J., *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, Seuil, 2009, 384 p.

-F-

FAGET J., *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Erès, 2013, 248 p.

FAST H., *The American: A Middle Western Legend*. New York: Duell, Sloan And Pearce, 1946, 113 p.

FEDERICI S., *Le capitalisme patriarcal*, La fabrique, 2019, 192 p.

FERMONT J. et PANIER C., *Justice : affaire de classes, entretiens menés par Michael Verbauwhede*, Bruxelles, Aden, 2014, 160 p.

FLACH N., *Hommage au Rojava. Les combattants internationalistes témoignent*, Libertalia, 2020, 348 p.

FAUGERON C., ROBERT P., « Le système pénal au sein des instances politiques et idéologiques », *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion, 1980, 204 p.

FERRI E., *La sociologie criminelle*, Paris, Alcan, 1905, 640 p.

FLEURY L., « Les religions et l'organisation sociale », *Max Weber*, PUF, « Que sais-je ? », 2009, 128 p.

FOUCAULT M.,

- *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966, 404 p.
- *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, 294 p.
- *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972, 700 p.
- *Dits et écrits*, t.I, 1954-1975, Paris, Gallimard, 1994, 864 p.
- *Dits et écrits*, t. II, 1976-1988, Paris, Gallimard, 2001, 4744 p.
- *Dits et écrits*, t. IV, 1980-1988, Paris, Gallimard, 1994, 895 p.
- *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, 400 p.
- *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France 1975-1976*, Paris, Gallimard-Seuil, 1997, 304 p.
- *La société punitive, Cours au collège de France, 1972-1973*, Paris, Gallimard, 2013, 368 p.

FRASER N. (Dir.), *A feminist contentions. A philosophical exchange*, Routledge, 1995, 374 p.

-G-

GARAPON A. et SALAS D., *Les nouvelles sorcières de Salem, leçons d'Outreau*, Paris, Éd. Le Seuil, coll. Débats, 2006, 167 p.

GARLAND D., *The culture of crime control and social order in contemporary society*, Chicago: the University of Chicago Press, 2001, 328 p.

GARROFALO R., *La criminologie*, Paris, Alcan, 1905, 341 p.

GILLIGAN G.,

- *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Champs essais, 2019, 336 p.
- *Pourquoi le patriarcat ?*, Climats, 2019, 248 p.

GILMORE R., *Golden Gulag: Prisons, Surplus, Crisis and Opposition in Globalizing California*, Berkeley, University of California Press, 2007.

GIRARD R., *La violence et le sacré*, Grasset, 1972, 496 p.

DE GIRARDIN E., *Du droit de punir*, Paris, Plon, 1871, 440 p.

GIUDICELLI-DELAGE G., SYKIOTOU A. P., « Table ronde autour de l'ouvrage d'Athanassia P. SYKIOTOU, *La politique criminelle sur le fil*. Préface de Mireille Delmas-Marty, IRJS éditions, coll. Les voies du droit, 2018, 458 p.

GOFFMAN E., *Asiles. Études sur la condition sociale des malades mentaux*, Minuit, « Le sens commun », Paris, 1968, 450 p.

GRASSI V., « Sociologie compréhensive et phénoménologie sociale », *Introduction à la sociologie de l'imaginaire. Une compréhension de la vie quotidienne.*, Érès, 2005, 138 p.

GREENBERG D. F. (Dir.), *Crime And Capitalism: Readings in Marxist Crimonology*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, 776 p.

GRAMSCI A., *Cahiers de prison. Cahiers 1,2,3,4 et 5*, Paris, Gallimard, 1996, 720 p.

GODECHOT J., « Chapitre IV - Burke », *La contre-révolution. 1789-1804*, PUF, 1984, 456 p.

GODWIN W., *Enquiry Concerning Political Justice and its influence on Morals and Happiness*, London: G.G and J. Robinson, 1798, 439 p.

GUERIN D., *Ni dieu ni maître. Anthologie de l'anarchisme*, Paris, Éditions La Découverte, 2011, 768 p.

-H-

DE HAAN W., *The politics of redress. Crime, punishment and penal abolition*, London, Unwin Hyman, 1990, 221 p.

HABERMAS J., *De l'éthique de la discussion*, éd. Du cerf, Paris, 1992, 202 p.

HAHN RAFTER N., *Creating born criminals*, Urbana and Chicago, University of Illinois Press, 1997, 248 p.

HARRIS M., *Why nothing works. The anthropologie of Daily life*, Simon & Schuster, 1981, 224 p.

HEGEL F., *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, Paris, 1989, 268 p.

HELIE F., *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Paris, Plon, 1867, 732 p.

HOARE G., SPERBER N., *Introduction à Antonio Gramsci*, Paris, La Découverte, « Repères », 2019, 128 p.

HORKHEIMER M., *Théorie critique*, Paris, Payot, 2009, 368 p.

HUDSON B., *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Sage publications, 2003, 278 p.

HULATT O., *Aesthetic and artistic autonomy*, Bloomsbury Academic, Bloomsbury Publishing, 2013, 256 p.

HULSMAN L. et BERNAT DE CELIS J., *Peines perdues. Le système pénal en question*, Le Centurion, 1982, 182 p.

-I-

IRIGARAY L., *Sexe et parentés*, Les éditions de minuit, 1987, 221 p.

-J-

JACCOUD M. (Dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, 2003, 270 p.

JEVONS, T., *Remarks on Criminal Law; with a plan for an improved system, and observations on the prevention of crime*, London: Hamilton, Adams, And Co, 1834, 111 p.

JODELET D., *Les représentations sociales*, PUF, 2003, 454 p.

-K-

KAMINSKI D.,

- *Pénalité, management, innovation*, Presses universitaires de Namur, 2010, 209 p.
- *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, ères, Toulouse, 2015, 374 p.

KANT E.,

- *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Vrin, 1992, 206 p.
- *Réponse à la question : Qu'est-ce que les Lumières ?* Paris, Pléiade, O. C. II, 209 p.

KELLERHALS J. et al, *Le sentiment de justice dans les relations sociales?*», Paris, PUF, « Que sais-je », 1997, 128 p.

KENNEDY D., *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, Lux Luxembourg, 2010, 148 p.

KERVEGAN J.-F., *Hegel et l'Hégélianisme*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2017, 128 p.

KOHLBERG L., KRAMER R., "Continuities and discontinuities in child and adult moral development", *Human Development*, 12, 1969, 120 p.

KROPOTKINE P.,

- *L'entraide, un facteur d'évolution*, Aden Éditions, 2014, 368 p.
- *In Russian and French Prisons*, New York, Schocken Books, 1971, 387 p.
- *La science moderne et l'anarchie*, Paris, Éd. Stock, 1913, 286 p.

KUHN T.S., *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983, 352 p.

-L-

LANGUIN N., KELLERHALS J. et ROBERT C.-N. *L'art de punir. Les représentations sociales d'une « juste » peine*, Zurich, Schulthess, 2006, 146 p.

LASCOUMES P.

- et ZANDER H., *Marx : du "vol de bois" à la critique du droit*, PUF, 1984, 281 p.
- et NAGELS C., *Sociologie des élites délinquantes. De la criminalité en col blanc à la corruption politique.*, Armand Colin, 2nd éd, 2018, 303 p.

LAUGIER S., PAPERMAN P., « Présentation », in GILLIGAN C., *Une voix différente. La morale a-t-elle un sexe ?*, Champs essais, 2019, pp. 5-28.

LE BRETON D., « Introduction », *L'interactionnisme symbolique*, Paris, PUF, 2012, 256 p.

LEFEBVRE H.,

- *Le marxisme*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2012, 128 p.
- *Le matérialisme dialectique*, Paris, PUF, 1990, 170 p.

LEMERT E.-M., *Social pathology*, McGraw-Hill, 1951, 459 p.

LE MOIGNE J.-L., *Les épistémologies constructivistes*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2012, 128 p.

LEVINAS E.,

- *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, Paris, J. Vrin, coll. « Bibliothèque d'histoire de la philosophie », 1988, 336 p.
- *Ethique et infini*, Fayard, Biblio essais, 128 p.

LEVINE J. et MEINERS E., *The feminist and the sex offender, confronting harm, ending state violence*, Verso, 2020, 224 p.

LORDON F., *Vivre sans ? Institutions, police, travail, argent...* La fabrique éditions, 2019, 304 p.

LUXEMBOURG R., *Réforme sociale ou révolution*, Paris, L'Herne, 2016, 96 p.

LYOTARD J.-F., *La phénoménologie*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2004, 128 p.

-M-

MBANZOULOU P. et al (Dir.), *La justice restaurative. Des frontières plurielles et mouvantes*, Les presses de l'Enap, 2021, 268 p.

MANNHEIM K., *Idéologie et Utopie*, Paris, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2006, 272 p.

MATHIESEN T.,

- *Law, Society and Political Action*, London: Academic Press, 1980, 323 p.
- *The politics of abolition*, London, Martin Robertson, 1974.

MARX K.,

- *Le capital. Critique de l'économie politique*, Paris, Quadrige/PUF, t. I, « Le procès de production du capital », 1993, 318 p.
- *Contribution à la critique de l'économie politique*, 1859, Paris, Girard, 1928, 288 p.
- *Contribution à la Critique de la Philosophie du Droit de Hegel, Œuvres philosophiques*, ed. A- Costes, t. I, 46 p.
- *Théorie sur la plus-value*, t. I, Paris, éd. sociales, 1974, 255 p.
- *Critique du programme de Gotha*, Paris, éd. sociales, coll. Geme, 2008, 144 p.
- *La Guerre civile en France*, Paris, éd. sociales, 1871, 92 p.
- et ENGLÉS F., *L'Idéologie allemande*, Paris, éd. sociales, 504 p.
- et ENGLÉS F. *La Sainte famille ou Critique de la Critique critique contre Bruno Bauer et consorts*, 1845, 258 p.

MASSE M., JEAN J.-P. et GUIDICELLI A. (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, 400 p.

MELOSSI D. et PAVARINI M., *The prison and the factory, Origins of the penitentiary system.*, The Macmillan Press, 1981, 256 p.

MERLEAU-PONTY M., *Sens et Non-Sens*, Editions Nagel, 1966, 5^{ème} ed., 333 p.

MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, 388 p.

MICHAUD Y., *Violence et politique*, Nrf Essais, Gallimard, 1978, 240 p.

MIES M., *Patriarchy and Accumulation on a World scale : women in the International Division of Labour*, London and Atlantic Heights, 1986, 251 p.

MILL J.-S., *Utilitarianism*, Oxford University Press, 2001, 63 p.

MOGUL J., RICHTIE A. et WHITLOCK K., *Queer (In)justice: The Criminalization of LGBT People in the United States*, Boston, Beacon Press, 2011, 216 p.

MORRIS R., *Penal abolition. The practical choice*, Canadian Scholars Press, 1998, 127 p.

MUCCHIELLI L.,

- *Violences et insécurité. Fantômes et réalités dans le débat français*, La découverte, 2007, 142 p.
- *La France telle qu'elle est. Pour en finir avec le complot nationaliste*, Fayard, 2020, 224 p.
- et ROBERT P., *Crime et sécurité, l'état des savoirs, L'état des savoirs*, 2002, 439 p.

-N-

NIETZSCHE F.,

- *La généalogie de la morale*, Gallimard, Paris, 1971, 224 p.
- *L'Aurore, Rationalité ex post facto*, 1881, 401 p.

NONET P., SELZNICK P., *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York: Harper and row, 1978, 150 p.

-O-

ORTOLAN J., *Éléments de droit pénal. Pénalité, juridictions, procédure*, Paris, Plon, 1885, 907 p.

-P-

PARAIRE M., *Proudhon, Bakounine, Kropotkine. La révolution libertaire*, Les éditions de l'Épervier, 2010, 236 p.

PAŠUKANIS E.B., *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-P. Brohm, Paris, E.D.I., 1970, 300 p.

PIKETTY T., *Le capital au XXIe siècle*, Les éditions du Seuil, 2013, 976 p.

POGDORECKI A. *et al*, *Knowledge ad opinion about law*, London, Martin Robertson, 1973

PRADES J.-A., *Durkheim*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1990, 126 p.

PRINS A., *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, institut Solvay de Sociologie, 1910, 170 p.

-R-

RECLUS M., *Émile de Girardin, le créateur de la presse moderne*, Hachette, 1934, 238 p.

RICORDEAU G.,

- *Pour elles toutes. Femmes contre la prison*, Lux Luxembourg, 2019, 240 p.
- *Crimes et peines : penser l'abolitionnisme pénal*, Grevis, 2021, 200 p.

RIGOUSTE M.,

- *Les marchands de peur. La bande à Bauer et l'idéologie sécuritaire*, Paris, Libertalia, 2011, 176 p.
- *La domination policière*, La fabrique éditions, 2012, 257 p.

RINGELHEIM F. (Dir.), *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale*, Bruxelles, Éd. De L'université de Bruxelles, 1984, 446 p.

ROBERT C.-N., *L'impératif sacrificiel*, Les éditions d'en bas, 1986, 157 p.

ROBERT P., FAUGERON C.,

- *La justice et son public. Les représentations sociales de la justice pénale*, Paris-Genève, Hygiène-Masson, 1978, 293 p.
- *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion, 1980, 204 p.

ROSANVALLON P., *La crise de l'État providence*, Seuil, 1981, 183 p.

ROSCOE W., *Observations on penal jurisprudence, and the reformation of criminals. With an appendix; containing the latest reports of the state-prisons or penitentiaries of Philadelphia, New-York, and Massachusetts; and other documents*, London, Printed for T. Cadell and W. Davies, 1819, 144 p.

ROTH M.P., *Prisons and Prison Systems: A global Encyclopedia*, London: Greenwood Press, 2006, 392 p.

ROUSSEAU F., *Du contrat social*, éd. Beaulavon, 1903, 352 p.

LE ROUX C., *L'infraction politique*, Paris, L'Harmattan, 2018, 168 p.

RUGGIERO V., *Penal abolitionism*, Oxford University Press, 2010, 246 p.

RUSH G. et KIRCHEIMER O., *Peine et structure sociale*, Les éditions de Cerfs, Paris, 1994, 400 p.

-S-

SALAS D., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, 2005, 286 p.

SALEILLES R., *L'individualisation de la peine*, Étude de criminalité sociale, Paris, 1898, 288 p.

DE SAUSSURE F., *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, 1971, 409 p.

SCHEFF T., *Being mentally ill*, Chicago, Aldine, 1966, 210 p.

SCHÜTZ A., *Le chercheur et le quotidien, phénoménologie des sciences sociales*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1987, 286 p.

SERVIGNE P. et CHAPELLE G., *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Les liens qui libèrent, 2017, 384 p.

SIMMEL G., *Sociologie et épistémologie*, Paris, PUF, 1981, 239 p.

SUPIOT A., *Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, 336 p.

SUPIOT A., *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, 184 p.

STANDING G., *Le Précarariat. Les dangers d'une nouvelle classe*, Paris, Les Éditions de l'Opportun, 2017, 461 p.

STRAUSS A., *Miroirs et masques*, Paris, Métailié, 1992, 204 p.

SUTHERLAND E.H, CRESSEY D.R., LUCKENBILL D.F., *Principles of Criminology*, General Hall, 11^{éd}, 1992, 646 p.

-T-

TAYLOR V.B., *Mary Wollstonecraft and the Feminist Imagination*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 331 p.

TAYLOR I., WALTON P. and YOUNG.J., *The New Criminology. For a social theory of deviance*, Routledge & Kegan Paul, 1973, 400 p.

TEUBNER G., *Fragments constitutionnels*, Classiques Garnier, 2016, 326 p.

TOURNIER V., *La prison. Une nécessité pour la République*, Éditions Buchet & Chastel, 2013, 261 p.

TIMSIT G., *Les noms de la loi*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1991, 152 p.

TROPPEL M., *La philosophie du droit*, Paris, PUF, Que sais-je?, 2015, 128 p.

TURK A., *Criminality and Legal Order*, Chicago, Rand MacNally, 1972, 1969, 184 p.

-V-

VAN CAMPENHOUDT L. *et al*, *Réponses à l'insécurité, des discours aux pratiques*, Labor, 2000, 535 p.

VAN DE KERCHOVE M., *Quand dire, c'est punir : essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 330 p.

VEGH WEIS V., *Marxism and Criminology. A history of Criminal selectivity.*, Leiden, Nederland: Brill, 2017, 348 p.

VERGÈS F.,

- *Un féminisme décolonial*, La fabrique, 2019, 208 p.
- *Une théorie féministe de la violence. Pour une politique antiraciste de la protection*, La Fabrique, 2020, 192 p.

VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e éd, PUF, 640 p.

VOLD G., *Theoretical Criminology*, New York, Oxford Univ. Press, 1958, 334 p.

VON HIRSCH A.,

- *Doing Justice: The Choice of Punishments (Report of the Committee for the Study of Incarceration)*. New York : Hill and Wang, 1976, 179 p.
- *Censure and Sanctions*, Clarendon Press, 1993, 133 p.
- *et al (Dir.), Restorative Justice and criminal justice. Competing of reconciliable paradigms?*, Hart Publishing, 2003, 348 p.

WACQUANT W.-L.,

- *Les prisons de la misère*, Raisons d'agir, Paris, 1999, 224 p.
- *Parias urbains. Ghetto, banlieues*, État, Paris, La Découverte, 2006, 331 p.
- *Punishing the Poor : The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Durham et Londres, Duke University Press, 2009, 408 p.

WANG J., *Capitalisme carcéral*, Paris, Éditions Divergences, séries: « Cybernétique », 2019, 343 p.

WEBER M.,

- *Économie et société*, Paris, Plon, 1971, 651 p.
- *Le savant et le politique*, Paris : Union Générale d'Éditions, 1963, 186 p.
- *Sociologie du droit*, Quadrige, Paris, PUF, 2013, 324 p.

WOLLSTONECRAFT M., *A Vindication of the Rights of Woman: with Strictures on Political and Moral Subjects*, London: J. Johnson, 1792, 159 p.

-Z-

ZEHR H., *La justice restaurative. Pour sortir des impasses de la logique punitive*, Paris, Éditions Labor et Fides, 2012, 98 p.

-C-

CEOLA N., *Les représentations des fonctions contemporaines de la peine de prison. Enquête auprès d'étudiants de l'UCL*. Mémoire de criminologie, UCL, 2018, 100 p.

CHAMBERLAND J., *Nietzsche et les sciences sociales*, Thèse de philosophie, Montréal, 1989, 111p.

CHAMBOST, A.-S.

- *La pensée juridique de Pierre-Joseph Proudhon. Un anarchiste et le droit.*, Thèse d'histoire du droit et des institutions, T. 2, Lyon, 2000, 638 p.
- *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste.*, L'univers des normes, 2004, 295 p.

COQUET M., *De l'abolition du système pénal. La perspective de Louk Hulsman*, Paris, L'Harmattan, Ed. Campus Ouvert, 2016, 206 p.

-G-

GRAMATICA F., *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1963, 312 p.

-H-

HINCH R.O., *The analysis of class, state, and crime: a contribution to critical criminology*, Thèse de philosophie, Université de Mcmaster, 1984, 248 p.

-N-

NAYFELD N., *La philosophie pénale pluraliste de H.L.A Hart*, thèse de philosophie, Paris, 2020, 761 p.

-P-

PENESCU A.R., *Social Movements and Environmentalism, a Luhmannian view*, Thèse de sociologie, Montréal, 2014, 247 p.

PIN X., *Le consentement en matière pénale*, Thèse de droit, Grenoble, 1999, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2002, 724 p.

-T-

THEVENET A.,

- *W. Godwin et l'euthanasie du gouvernement*, Atelier de création libertaire, 1993, 162 p.
- *William Godwin : Des Lumières à l'Anarchisme*, Lyon : Atelier de Création libertaire, 2002, 226 p.

-S-

SALEH-HANNA V., *Penal abolition: an ideological and practical venture against criminal (in)justice and victimization*, Thèse de criminologie, Ottawa, 2000, 367p.

-Y-

YOUNG J., *the vertigo of late modernity*, London: SAGE publications ltd, 2007, 240 p.

-A-

ACOSTA F., PIRES A., « Constructivisme versus réalisme. Quelques réflexions sur les notions de crime, déviance et situations problématiques » in CARTYUVELS Y. et al, *Politique, police et justice au bord du futur, Mélanges pour et avec Lode Van Ostrive*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 21-44.

ANCEL P., « L'enseignement du droit, instrument de la summa divisio : quelques réflexions en guise d'introduction à la table ronde », in BONNET B. et DEUMIER P. (Dir.), *De l'intérêt de la summa division public-droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 207- 214.

ALTHUSSER L., « Idéologie et appareils idéologiques d'État. (Notes pour une recherche) », in ALTHUSSER L. (Dir) *Sur la reproduction*, PUF, 2011.

-B-

BAKOUNINE M., « Fédéralisme, socialisme et antithéologisme », in *Œuvres*, P.-V Stock, t. I, 1895.

BARRAU A., « La cosmologie comme "manière de faire un monde". Physique, relativisme et irréalisme », in BARRAU A. et PARROCHIA D. (dir.), *Formes et origine de l'Univers*, Dunod, Paris, 2010, pp. 1-29.

BAUMAN Z., "Identity in the globalizing world", in ELLIOT A. et DU GAY P., *Identity in Question*, Broché, 2009.

BERGER P. et LUCKMANN T.

- « II. La société comme réalité objective », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 101-211.
- « Conclusion. La sociologie de la connaissance et la théorie sociologique », *La Construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2018, pp. 287-292.

BERGHUIS A.C., « La prévention Générale : limites et possibilités », in *Les objectifs de la sanction pénale. En hommage à Lucien Slachmuylder*, Bruxelles, Bruylant, 1989.

BERNAT DE CELIS J. et HULSMAN L.H.C., « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal », in F. RINGELHEIM (Dir.) *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale*, Bruxelles, Éd. De L'université de Bruxelles, 1984.

BIANCHI H.,

- "Pitfalls and strategies of abolition", in BIANCHI H. et VAN SWAANINGEN H. (Dir.), *Abolitionism, towards a non-repressive approach to crime*, Free University Press, 1985, pp. 151-153.
- « Abolitionism in the Past, Present and Future », in Z. LASOČIK, M. PLATEK et I. RZEPLINSKA (Dir.) *Abolitionism in History : On Another Way of Thinking*, Warsaw : Instytut Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego, 1991.

BLAD J. "Hulsman' abolitionist perspectives: The criminal justice system as a social problem" in BLAD, J., VAN MASTRIGHT J., UILDRIKS N.A., (Dir.) *The criminal justice system as a social problem : an abolitionist perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987, pp. 5-52

BOUDON R.,

- « Chapitre 2. Individualisme et holisme dans les sciences sociales », BIRNBAUM P. (Dir.), *Sur l'individualisme. Théories et méthodes*. Presses de Sciences Po, 1991, pp. 45-59.
- « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *L'avenir du droit*, Paris, PUF/Dalloz, 1999, pp. 11-24.
- « L'explication cognitiviste des croyances collectives », in BOUDON R., BOUVIER A. et CHAZEL F. (éd.), *Cognition et sciences sociales*, Paris, PUF, coll. « Sociologies », pp. 15-57.

BOULLANT F., « Michel Foucault, penseur des "disciplines" », in P. ANCEL et J. MORET-BAILLY (Dir.) *Vers un droit commun disciplinaire ?*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2007, pp. 41- 49.

BOURDIEU P.,

- « L'opinion publique n'existe pas », in *Questions de sociologie*, Paris, Les éditions de minuit, 1984, pp. 222-235.
- « Espace social et pouvoir symbolique », in BOURDIEU P., *Choses dites*, Minuit, 1987, p. 147.

BRIGAUDIOT C., « La pulsion de mort : une invention nécessaire », *Les Lettres de la SPF*, vol. 25, no. 1, 2011, pp. 77-86.

-C-

CAHN O., « Le principe de nécessité en droit pénal », in CAHN O., PARROT K., *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, Cergy Pontoise, Lextenso éditions, 2012, pp. 17-65.

CARTYUVEL Y.,

- Et DIGNEFFE F., KAMINSKI D., « Droit pénal et déformalisation », in *Les mutations du rapport à la norme, un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université, 1997, pp. 219-242.
- Et MARY P., REA A., « L'État social-sécuritaire », in VAN CAMPENHOUDT L. *et al*, *Réponses à l'insécurité, des discours aux pratiques*, Labor, 2000, pp. 407-408.
- « Comment articuler médiation et justice réparatrice », in JACCOUD M. (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 51-74.
- Et VAN CAMPENHOUDT L. « Comment étudier les attentes des citoyens à l'égard de la justice », in PARMENTIER S. *et al* (Dir.) *Public Opinion and the Administration of Justice. Popular Perceptions and their Implications for Policy-Making in Western Countries*, Bruxelles, Politeia, 2005, pp. 33-49.

CHAMBOST A.-S.,

- « Essai d'analyse culturelle d'un épisode de l'histoire de la pensée juridique », in CHAMBOST A.-S., *Approches culturelles des savoirs juridiques*, Paris, LGDJ, 2020, pp. 239-257.

- « Premiers jalons pour une histoire des manuels de droits » in CHAMBOST A.-S. (Dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme de discours universitaire*, LGDJ, Paris, 2014, pp. 23-30.

CHEVALLIER J., « La Soft Law, le point de vue d'un interniste publiciste », in DEUMIER P. et SOREL J.-M., *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, Paris, 2018, pp. 77-89.

CHRISTIE N., « Suitable enemies », in BIANCHI H. et Van SWAANINGEN R., *Abolitionism, towards a non-repressive approach to crime*, Amsterdam: Free University Press, 1986, pp. 41-55.

COUPAT J., « Préface. Dialogue avec les morts » in CARCHIA G., *Orphisme et tragédie ; dialogue avec les morts*, Éditions la tempête, 2020.

COWLING M., "The Lumpenproletariat as the Criminal Class?", in *Marxism and Criminological Theory*, Palgrave Macmillan, London, 2008, pp. 149-161.

-D-

DAVID-JOUGNEAU M., « Semmelweis, Bandajevsky : des savants victimes de la répression scientifique », in ACKERMAN G. (Dir.) *Les silences de Tchernobyl*. Autrement, 2006, pp. 79-91.

DELAGE P.-J., « L'apport de la philosophie dans la théorisation du droit pénal », in LEROY J. (Dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal?*, LexisNexis, Paris, 2016, pp. 12-25.

DELAS J.-P. et MILLY B., « Chapitre 6 - Les fonctionnalismes », in DELAS V.J.-P. et MILLY B. (Dir.) *Histoire des pensées sociologiques*, Armand Colin, 2015, pp. 293-322.

DELEUZE G., « Qu'est-ce qu'un dispositif ? », in *Michel Foucault philosophe*, éd. Seuil, Paris, 1989, pp. 185-195.

DEMOLI Y., L. WILLEMEZ (Dir.), *L'âme du corps, La magistrature française dans les années 2010 : morphologie, mobilité et conditions de travail*, Note de synthèse du projet GIP éponyme, Octobre 2019.

DEROUSSIN D., « Soft Law, éléments historiques », in DEUMIER P. et SOREL J.-M., *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, Paris, 2018, pp.55-77.

DEUMIER P.,

- « L'intérêt de l'utilisation de la discipline internationaliste par la doctrine interniste et réciproquement : *Raisons et sentiments* », in DEUMIER P. et SOREL J.-M., *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, Paris, 2018, pp. 41-54.
- « Désystématiser l'enseignement de l'introduction au droit ? » In *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Larcier, 2021, pp. 241-261.

- « Quel contenu pour une introduction au droit ? », in R. CABRILLAC (dir.), *Qu'est-ce qu'une introduction au droit?*, Dalloz, 2017.

DIGNEFFE F.

- « Problèmes sociaux et représentations du crime et du criminel », in DEBUYST C. et al (Dir.) *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, t.1, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, pp. 147- 228.
- « L'école positive italienne de la défense sociale », in DEBUYST C. et al. (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, pp. 269-338.

DEBUYST C.,

- “The negotiation of conflicts and the resistances which are revealed”, in BLAD J., VAN MASTRIGHT H., UILDRIKS N.A., (Dir.) *The criminal justice system as a social problem: an abolitionist perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987, pp. 187-199.
- « Les savoirs diffus et préscientifique sur les situations problèmes au XVIIIe siècle », in DEBUYST C. et al. (Dir.). *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, vol. 1, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, pp. 71-145.
- « Autour de la notion de comportement problématique » in CARTUYVELS Y. (Dir.), *Politique, police et justice au bord du futur Mélange pour et avec Lode Van Ostrive*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp 69-81.

DRAÏ R., « La prétendue loi hébraïque du Talion », in BOURCIER D. et al, *Le droit en procès*, PUF., Paris, 2019, pp. 80-106.

DUFF A., “Restorative Punishment and Punitive Restoration”, in DUFF A. et WALGRAVE L. (Dir.), *Restorative Justice and the Law*, Cullompton-Portland, Willan Publishing, 2002, pp. 82-100.

-F-

FABRE-MAGNAN M., « Radiographie de l'agrégation (les résultats du concours d'agrégation externe de droit privé et de sciences criminelles depuis 1968) », in *Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, pp. 215-235.

FAGET J.,

- « Médiation pénale et travail d'intérêt général en France », in MARY P. (Dir.), *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, Bruxelles : Bruylant, 1997, pp. 966-1004.
- « Conclusion », in MBANZOULOU P. et al (Dir.), *La justice restaurative. Des frontières plurielles et mouvantes*, Les presses de l'Enap, 2021, pp. 259-268.

FAUGERON C.,

- « Postface II », in BERNAT DE CELIS J. et HULSMAN L.H.C., *Peines perdues, le système pénal en question*, Le centurion, Paris, 1982, pp. 173-182.

- « Les situations-problèmes, théorie sociologique ou pratique criminologique ? », in CARTUYVELS, Y. *et al.* (Dir.), *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Ostrive*, 1998, Paris, L'Harmattan, pp. 81-95.

FERON A., « 18. Marxisme et phénoménologie en France », DUCANGE J.-N., éd., *Marx, une passion française*. La Découverte, Paris, 2018, pp. 229-240.

FOUCAULT M.,

- « La poussière et le nuage », in PERROT M. (Dir.) *L'Impossible Prison, Recherches sur le système Pénitentiaire au XIXe siècle*, Paris, éd. du Seuil, coll. « L'Univers historique », 1980, pp. 29-39.
- « Le pouvoir, comment s'exerce-t-il ? », in *Dits et écrits*, Gallimard, t. IV, 1994, texte n°306.

FOURNIER S., « La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (ou les dangers du mélange des genres) », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henry Robert*, LexisNexis, 2012, pp. 285-287.

FRANSSSEN A.,

- « L'état social actif et la nouvelle fabrique du sujet », in ASTIER A. et DUVOUX N., *La société biographique : une injonction à vivre dignement*, Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 75-104.
- « État social actif : une nouvelle grammaire des risques sociaux » in *Les ambivalences du risque : Regards croisés en sciences sociales* [en ligne], Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2008, pp. 113-148.

-G-

GAUTHIER R., « L'anarchiste, un délinquant 'hors norme' », in BERTRAND C. *et al.* (Dir.), *Droit et Anarchie*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 121-136.

GAUTRON V.,

- « Les mesures de sûreté et la question de la dangerosité : la place des soins pénalement ordonnés ». *Journées d'études internationales "La prévention des récidives : évaluation, suivis, partenariats"*, Direction de l'Administration Pénitentiaire, Oct 2014, Paris, France, pp.145- 161.
- et VIGOUR C., « Les représentations sociales des peines en France : une approche par entretiens collectifs » in BERNARD D. et LADD K. (Dir.), *Les sens de la peine*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019 pp. 61-101.

GENARD J.-L., « Médiation pénale et transformation des régulations sociales » in JACCOUD M. (Dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 79-97.

GESLIN A., « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in SERGUES B., (Dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, LGDJ, Lextenso éditions; Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2016, pp. 79-130.

GILIGAN C., “Moral orientation and development” in HELD V. (Dir.), *Justice and care*, Westview Press, 1987, pp. 19-33.

GOLDMAN E., “Prisons, a social crime and failure”, in *Anarchism and Other Essays*. Second Revised Edition. New York & London: Mother Earth Publishing Association, 1911, pp. 115-132.

-H-

DE HAAN W., « Abolitionism and Crime control : a Contradiction in terms », in K. STENSON et D. COWELL (Dir.), *The politics of Crime Control*, Sage, Londres, pp. 203 et 208.

HABERMAS J., « Notes pour fonder une éthique de la discussion », in *Morale et communication* (1983), trad. C. Bouchindhomme, Paris, Cerf, 1986, pp. 83- 116.

HES C., « The patchwork of reality. Exploring non-criminal means of intervention » in H. BIANCHI et R. Van SWAANINGEN (Dir.), *Abolitionism, towards a non-repressive approach to crime*, Free University Press, 1985, pp. 224-225.

HIRST P., “Marx and Engels on Law, Crime and Morality”, in TAYLOR I., WALTON P., YOUNG J., (dir.), *Critical criminology*, Routledge, 1975, pp. 203-232.

HULSMAN L.H.S.,

- « Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, Pedone, 1984, pp. 43-63.
- « Une perspective abolitionniste du système de la justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », in DEBUYST C. (Dir.), *Dangerosité et Justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Paris, Masson, Médecine et Hygiène, 1998, pp. 7-16.
- “Struggles about terminology: “problematic situation” vs “crime” ” in CARTUYVELS Y. et al, *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Otrive*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 45-57.

-I-

IGNATIEFF M., “State, civil society and total institutions: A critique of recent social histories of punishment”, in COHEN S. et SCULL A. (Dir.) *Social control and the State*, Basil Blackwell, 1986, pp. 75-101.

-J-

JESTAZ P., « La sanction ou l'inconnue du droit », in RIGAUX F. et HAARSCHER G. par VASSART, P. (Dir.), *Droit et Pouvoir*, t.1, « La validité », Bruxelles, 1987, pp. 197-204.

JOBARD F., De MAILLARD J., « Les relations police/population au prisme des contrôles d'identité », *Défenseur des Droits. Inégalités d'accès aux droits et discriminations en France. Contributions de chercheurs à l'enquête du Défenseur des droits*, La Documentation française, 2019, pp. 59-73.

JOLIBERT B., « Subjectivité et vérité », in FERRÉOL G.(dir.), *Place et statut de la subjectivité dans les sciences sociales*, Éditions EME, 2014, pp. 1-16.

JONCKHEERE A., « La diversification des sanctions du pénal à l'administratif : un même continuum ? » in SCALIA D.et GUILLAIN C. (Dir.), *Les couts du système pénal*, RDPC, 28, 2020, pp. 81-84.

-K-

KALUSZYNSKI M., « Identités professionnelles, identités politiques : médecins et juristes face au crime au tournant du XIXème et du XXème siècle », in. MUCHIELLI L (Dir.), *Histoire de la criminologie française*, L'Harmattan, 1994, pp. 215-235.

KELLERHALS J. et LANGUIN N., « Le respect d'autrui : formes élémentaires du sentiment de justice », in CASSANI U. (Dir.), *Montrer la justice, penser le droit pénal : Colloque en l'honneur du Professeur Christian-Nils Robert*, Genève : Schulthess, 2009, pp. 49-65.

-L-

LALONDE L., « La médiation pénale et justice réparatrice chez les adultes : « à toute fins que de droit ? Les limites inhérentes au cadre juridique régulant ces pratiques », in JACCOUD M. (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 97-118.

LAZERGES C., « Chapitre XI. L'indemnisation n'est pas la réparation », in Giudicelli-DELAGE G. (Dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*. PUF, 2008, pp. 228-246.

LEVY R. et ZANDER H., « Introduction » in *Peine et structure sociale. Histoire et « théorie critique » du régime pénal*, Trad. LAROCHE F., Les éditions du Cerf, Paris, 1994, pp. 34-72.

LINHARDT D. et MOREAU de BELLAING C., « La doctrine du droit pénal de l'ennemi et l'idée de l'antiterrorisme. Genèse et circulation d'une entreprise de dogmatique juridique », *Droit et société*, vol. 97, no. 3, 2017, pp. 615-640.

-M-

MANNONI P., « Chapitre premier. Définition différentielle des représentations sociales », in MANNONI P. (Dir.), *Les représentations sociales.*, PUF, 2016, pp. 7-36.

MAESSCHALK M., « Chapitre III. La providence a-t-elle un sens en philosophie politique ? », in BOGAERT P.-M. et al. (Dir.) *Volonté de Dieu, liberté de l'homme*, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1997, pp. 43-62 [en ligne].

MASSE M., DUPARC C., AUBERT B., « La pénalisation du politique », in MASSE M., JEAN J.-P. et GIUDICELLI A. (Dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, Paris, PUF, 2009.

MATIGNON E., « Les effets de la justice restaurative, le regard de l'IFJR », in MBANZOULOU P. et al. (Dir.), *La justice restaurative. Des frontières plurielles et mouvantes*, Les presses de l'Enap, 2021, pp. 121-137.

MATONTI F., « 19. Marx structuraliste », in DUCANGE J.-N. éd., *Marx, une passion française*, La Découverte, 2018, pp. 241-251.

MILL J.S., *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXI - Essays on Equality, Law, and Education (Subjection of Women)*, ed. John M. Robson, Toronto: University of Toronto Press, 1984, pp. 77-80.

MOORE M.S., “The Moral Worth of Retribution.” in MURPHY A. (Dir.) *Punishment and Rehabilitation*, third edition, 1987, pp. 94-130.

MOORE J.M. et SCOTT D., “Beyond Criminal Justice”, in MOORE J.M. et al. (Dir.), *Beyond Criminal Justice*, EG Press Limited, London, 2016, pp.1-14.

MUCHIELLI L., « Hérité et "Milieu social". Le faux antagonisme franco-italien. La place de l’Ecole de Lacassagne dans l’histoire de la criminologie », in MUCHIELLI L. (Dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L’Harmattan, 1994, pp. 189-214.

DE MUNCK J.,

- « Normes et procédure, les coordonnées d’un débat », in DE MUNCK J. et VERHOEVEN M. (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université: Bruxelles, 1997, pp. 25-63.
- et VERHOEVEN M., « Conclusion », in DE MUNCK J. et VERHOEVEN M. (Dir.), *Les mutations du rapport à la norme : Un changement dans la modernité ?*, pp. 270-275.

-N-

NOREAU P. et MARTIRE R., « L’institutionnalisation de la justice réparatrice », in JACCOUD M. (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergence ou divergence?*, Paris, L’Harmattan, 1993, pp. 209-225.

-O-

OCQUETEAU F. et DIAZ C. « Comment les Français réprouvent-ils le crime aujourd’hui ? », *Déviance et Société*, 1990, pp. 253-273.

-P-

PAUGAM S., « Introduction. Les fondements de la solidarité », PAUGAM S. (Dir.), *Repenser la solidarité. L’apport des sciences sociales*. PUF, 2007, pp. 5-28.

PFOHL S.-J., “Labelling criminals”, in ROSS H.L. (Dir.), *Law and Deviance*, Beverly Hills, Sage, 1981, pp. 65-87.

PIN X.,

- « Quelques réflexions sur l’hybridation des peines », in *Peine, dangerosité- Quelles certitudes ? Essais de philosophie pénale et de criminologie*, vol.9, Dalloz, Paris, 2010 pp. 81 et 103.

- « Ortolan, le droit pénal comparé et le droit pénal européen. Humanisme et justice », in *Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, pp. 809-827.
- « Ouverture », *DésOBÉIR. Quoi qu'il en coûte, L'IRASCible* n°8, Éditions Campus ouvert, 2021, pp. 11-36.

PIRES A.,

- « Kant face à la justice criminelle », in DEBUYST C. *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995, pp. 145-205.
- « La criminologie d'hier et d'aujourd'hui », in DEBUYST C. *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine, Des savoirs diffus à la notion de criminel-né* t.1, pp. 13-67.
- « Conclusion : un nœud gordien autour du droit de punir », in DEBUYST C. *et al.* (Dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, t.2, Bruxelles, De Boek-Wesmael, Coll. « Perspectives criminologiques », 1995,

POAMA A., « Restorative Justice: The Institutional Turn », *Raisons politiques*, vol. 59, no. 3, 2015, pp. 7-16.

PONCELA P.,

- « Éclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », in BLONDIEAU F. (Dir.) *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, pp. 11-18.
- « La philosophie pénale, une inscription en marge et dans le texte », in RINGELHEIM F. (Dir.), *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale*, Bruxelles, Éd. De L'université de Bruxelles, 1984, pp. 47-60.

-Q-

QUENSEL S., « Let's abolish theories of crime : an exhortation to further criminological debate », in J. R. BLAD, H. Van MASTRIGHT, N. A. UILDRIKS, (Dir.) *The criminal justice system as a social problem : an abolitionist perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987.

-R-

RENAUT R., « Chapitre deuxième. La guerre des dieux : remarques sur les fondements philosophiques du multiculturalisme », *Pluralisme et délibération : Enjeux en philosophie politique contemporaine*, Ottawa : Les Presses de l'Université d'Ottawa [en ligne].

RINGELHEIM F., « Le souci de ne pas punir », in RINGELHEIM F. (Dir.), *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale*, Bruxelles, Éd. De L'université de Bruxelles, 1984, pp.355-380.

ROBERT P.,

- « The extent of public information and the nature of public attitudes towards the social control of crime » in Conseil de l'Europe, European Committee on Crime Problem, *Public opinion on crime and criminal justice*, Strasbourg, 1979, pp. 45-117.
- « Peine, récidive et crise sécuritaire », in TULKENS F., CARTUYVELS Y., GUILLAIN C. (Dir.), *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Larcier, 2011, pp. 260-261.

- et SOUBIRAN-PAILLET F et VAN DE KERCHOVE M., « Normativités et internormativités », in ROBERT P., SOUBIRAN-PAILLET F. et VAN DE KERCHOVE M. (Dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t I, L'Harmattan, 1997, pp. 7-29

ROUSSEAU F. « Légalité et légitimité du juge en matière pénale », in PY B. et STASIAK F., *Légalité, légitimité, licéité, regards contemporains: mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François Seuvic*, Presses Universitaire de Nancy, Editions universitaires de Lorraine, 2018.

-S-

SALEH-HANNAH V., "Taking too much for granted: studying the movement and re assessing the terms", in WEST G. et MORRIS R., *The case for penal abolition*, Canadian Scholar's press Inc., 2000, pp. 43-69.

SCOTT D., "Regarding rights for the Other: abolitionism and human rights from below", in WEBER L., FISHWICK E., MARMO M. (Dir.) *The Routledge International Handbook of Criminology and Human Rights*. Abingdon: Routledge, 2016, pp. 50–62.

SNIDER V.-L., "Towards safer societies: punishment, masculinities and violence against women", in G. WEST et R. MORRIS, *The case for penal abolition*, Canadian Scholar's press Inc., 2000, pp. 111-167.

SPIRE A. et JOBARD F., « Légitimités policières, approches comparées » in GAUTHIER J. et JOBARD F. (Dir.) *Police. Questions sensibles*, Paris, PUF.

STEINERT H., « Marxian theory and abolitionism: Introduction to a discussion » in MOORE J.M. et al, (Dir.), *Beyond criminal justice*, EG press limited, London, 2016, pp. 25-49.

-T-

TEUBNER G., "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", in SERON C., (Dir.), *The law and society canon*, Ashgate, Aldershot, pp. 75-122.

TULKENS F. et Van de KERCHOVE M., « D'où viennent les flous du pénal ? Les déplacements de l'objet et du sujet », in CARTUYVELS Y. et al, *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Ostrive*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 131-141.

-V-

VAN DE KERCHOVE M.,

- « Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité », in DEBUYST C. (Dir.), *Dangerosité et justice pénale*, Masson – Médecine et hygiène, 1981, pp. 291-309.
- « Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste », in RINGELHEIM F. (Dir.), *Punir mon beau souci, Pour une raison pénale*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1984, pp.123-172.
- *Sens et non-sens de la peine : Entre mythe et mystification*, [en ligne], Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, 613 p.
- « Médiation et législation », in *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Publication de l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 1992, pp.331-349.

VAN OUIRIVE V.-L., « Hulsman's abolitionism, the great reduction » in BLAD J., VAN MASTRIGHT V., UILDRIKS N. A., (Dir.) *The criminal justice system as a social problem: an abolitionist perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987, pp. 53-67.

VAN SWAANINGEN R., "Community safety and problematic situations. A reflexion on Louk Hulsman with a "Van Outrivian" touch", in DEBUYST C. (Dir.), *Dangerosité et Justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Paris, Masson, Médecine et Hygiène, 1998. pp. 58-80.

-W-

WALGRAVE L.,

- "Imposing restoration instead of inflicting pain", in VON HIRSCH A. *et al* (Dir.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, ON: Hart Publishing, 2003, pp. 61-78.
- « La justice restaurative et la perspective des victimes concrètes », in JACCOUD M. (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences?* Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 161-183.

WARD T., "Symbols and noble lies. Abolitionism, "just deserts" and crimes of the powerful", in BIANCHI H. et VAN SWAANINGEN R. (Dir.), *Abolitionism, towards a non-repressive approach to crime*, Free University Press, 1985, pp. 73-82.

WEBER M., "Caractéristiques de la bureaucratie.", in BIRNBAUM P. et CHAZEL F. (Dir.), *Sociologie politique*. t. 1, Paris, Librairie Armand Colin, pp. 256-263.

-Z-

ZARADNY A., « De quel droit ? », la recherche du fondement du droit par Kropotkine », in BERTRAND C. *et al* (Dir.), *Droit et anarchie*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 49-63.

ARTICLES

-A-

ABEL R., "Conservative conflict and the reproduction of capitalism: the role of informal justice", *UCLA Law Review*, sept. 1981.

ANCEL M., « Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle », *Archives de politique criminelle*, n°1, 1975, p. 16.

ALEXANDER M., « Le nouveau Jim Crow. Comment l'incarcération de masse transforme les personnes de couleur en citoyens de seconde zone de façon permanente », *Mouvements*, vol. 88, no. 4, 2016, pp. 59-64.

ALIX J.,

- « Répression administrative et répression pénale : l'émergence d'un continuum répressif », *Savoir/Agir*, vol. 55, no. 1, 2021, pp. 41-48.
- « Aux confins de la répression pénale », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 273.

- « Radicalisation et droit pénal », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2020, pp. 769- 786
- et CAHN O., « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, vol. 4, no. 4, 2017, pp. 845-868.

ALLINE J.-P., « Les politiques criminelles en France de la Révolution à nos jours », in *Les prémices d'une science européenne du droit criminel*, L'IRASCible, Éditions Campus ouvert, n° 6, 2016.

ALMASEANU S., « L'indemnisation des parties civiles sur les biens confisqués après la loi du 3 juin 2016 », *Gazette du Palais*, 26 juillet 2016, n°28, p. 16.

ANDREONI J., HARBAUGH W. et VESTERLUND L., « The Carrot or the Stick: Rewards, Punishments, and Cooperation », *American Economic Review*, 93 (3), 2003, pp. 893-902.

ANGAUT J.-C., « Le conflit Marx-Bakounine dans l'internationale : une confrontation des pratiques politiques », *Actuel Marx*, vol. 41, n°1, 2007, pp. 112-129.

AUBERT I.,

- « Sujet et intersubjectivité », *Trajectoires*, 2, 2008 [En ligne]
- et MARY P., « L'abolition par la réforme », *Champ pénal/Penal field*, vol. XII, 2015 [En ligne]

AUMÈTRE J., « Habermas et Althusser : critique de l'idéologie scientiste et critique de l'humanisme idéologique », *Philosophiques*, 15 (1), 1988, pp.141–167.

-B-

BAKER B.-M., « Penance as a Model for Punishment. », *Social Theory and Practice*, vol. 18, no. 3, 1992, pp. 311-331.

BALIBAR E., « Le structuralisme : une destitution du sujet ? », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 45, no. 1, 2005, pp. 5-22.

BARATTA A.,

- « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviance et société*, vol. 15, n°1, 1991, pp. 1-25.
- « Remarques sur la fonction idéologique du pénitencier dans la reproduction de l'inégalité sociale », *Déviance et société*, vol. 5, n°2, 1981, pp. 113-131.
- « Conflit social et criminalité. Pour la critique de la théorie du conflit en criminologie », *Déviance et société*, vol. 6, n°1, pp. 1-22.

BARNETT R.E., « Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice », *Ethics*, n°87, 1977, p. 287.

BASTARD B. *et al.* « Vitesse ou précipitation ? La question du temps dans le traitement des affaires pénales en France et en Belgique », *Droit et société*, vol. 90, no. 2, 2015, pp. 271-286.

BEAL C., « Justice restaurative et justice pénale », *Rue Descartes*, vol. 93, no. 1, 2018, pp. 58-71.

BECK U., « De la société industrielle à la société à risques. Problématiques de la survie, structures sociales et éveil d'une conscience écologique », *Revue Suisse de Sociologie*, vol. 19, 1993, pp. 311-337.

BENNETT C., "Taking the Sincerity Out of Saying Sorry: Restorative Justice as Ritual." *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23, no. 2, 2006, pp. 127-143.

BERMAN J., « The cuban popular tribunals », *Columbia Law Review*, vol. 69, n°8, December 1969, pp. 1318-1354.

BERNARD T.-J., "The Distinction between Conflict and Radical Criminology." *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 72, no. 1, 1981, pp. 362-379.

BERNARD K. et SPIRE A., « Les déterminants sociaux du sentiment d'injustice fiscale », *Revue de l'OFCE*, 2019/1 (N° 161), pp. 19-48.

BERNARD T.J., "Distinction between Conflict and Radical Criminology", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 72, Issue 1, Spring 1981, pp. 362-379.

BERNAT DE CELIS J.,

- « La politique criminelle à la recherche d'elle-même », *Archives de politique criminelle*, n°2, 1977, pp. 3-60.
- « Les grandes options de politique criminelle. La perspective de Louk Hulsman », in *A.P.C.*, 1982, vol. 5, pp. 13-60.

BHATTACHARYA T., « La source de vie du capitalisme : la base domestique et sociale de l'exploitation », *Contretemps*, 2018, [en ligne]

BOLTANSKI L., « Les usages sociaux de l'automobile : concurrence pour l'espace et accidents », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, no 2/1.975, pp. 25-29.

BORCH C., "Systemic Power: Luhmann, Foucault, and Analytics of Power", *Acta Sociologica*, 48, 2, 2005, pp. 155-167

BOTTOMLEY A., « L'interprétation des statistiques officielles de la criminalité », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1991, pp.75-93.

BOUDON R., « Misère du relativisme », *Commentaire* 2006/4 (Numéro 116), pp. 876-892.

BOURDIEU P. et L. BOLTANSKI, « La production de l'idéologie dominante », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 2, n°2-3, juin 1976, pp. 3-73.

BOX S. et HALE C., "Economic crisis and the rising of prison population", *Crime and Social justice*, vol. 18, pp. 20-35.

BOYER J.-D., « La sociologie d'Émile Durkheim », *Revue des sciences sociales*, 56, 2016, pp.118-125, [En ligne].

BRIDIER S., « Affaire *Lafarge* en Syrie : la chambre de l'instruction a utilisé un "procédé déloyal" », *Dalloz actualité*, 12 décembre 2019.

BRODEUR J.-P.,

- « La criminologie marxiste : controverses récentes », *Déviance et société*, vol. 8, n°1, 1984, pp. 43-70.
- « Le noyau dur et la peau de chagrin : une étude critique à propos de la parution de la 3^e édition du Précis de criminologie de Raymond Gassin », *RICPT*, 1995, pp. 332-339.
- « Sanction pénale et contre-impunité. Un nouvel objectif de la peine », *Informations sociales*, vol. 127, no. 7, 2005, pp. 122-133.

BRUSTEN M., « Vers une criminologie sous tutelle étatique ? Problématiques en perspective et stratégies des solutions sous l'angle de la recherche universitaire », *Déviance et société*, vol. 5, n°2, 1981, pp. 177-186.

BUCKEL S., « La forme dans laquelle peuvent se mouvoir les contradictions » Pour une reconstruction de la théorie matérialiste du droit », *Actuel Marx*, vol. 47, no. 1, 2010, pp. 135-149.

BUSSARD R., « The 'dangerous class' of Marx and Engels: The rise of the idea of the Lumpenproletariat », *History of European Ideas*, 8:6, 1987, pp. 675-692.

-C-

CAHN O.,

- « Le sentencing anglo-américain, avenir de l'administration des peines en France ? », *Archives de politique criminelle*, vol. 36, no. 1, 2014, pp. 247- 263.
- « Construction d'un maintien de l'ordre (il)légaliste », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé* 2020, pp. 1069-1114.

CAILLOSSE J.,

- « Droit et politique: vieilles lunes, nouveaux champs » *Droit et société*, n°26, 1994. Justice et médias. pp. 127-154.
- « La sociologie politique du droit, le droit et les juristes », *Droit et société*, n° 77, 2011, pp. 187-206.
- « "Surdétermination économique" du droit et nouvelles figures du service public », *Politiques et management public*, Vol 29/3, 2012, pp.305-324.

CALAIS-AUBOY M.-TH., « La dépénalisation en droit des affaires », *Recueil Dalloz*, 1988, Chron. p. 317.

CANTOR G., "An end to Crime and Punishment", *Shingle*, n°39, 1976, pp. 99- 114.

CARR K., "Nietzsche on nihilism and the crisis of interpretation", *Soundings: An Interdisciplinary Journal*, 73(1), 1990.

CARRIER N. et PICHE J.,

- « Des points aveugles de la pensée abolitionniste dans le monde universitaire », *Champ pénal/Penal field* , vol. XII | 2015 [En ligne].

- « Actualité de l’abolitionnisme », *Champ pénal/Penal field*, vol. XII | 2015, [En ligne].

CARTUYVELS Y., « La criminologie et ses objets paradoxaux : retour sur un débat plus actuel que jamais ? », *Déviance et Société*, vol. 31, no. 4, 2007, pp. 445-464.

CAUCHIE J.-F. et CHANTRAINE G., « De l’usage du risque dans le gouvernement du crime », *Champ pénal/Penal field*, vol. II | 2005 [En ligne].

CHANTRAINE G., « Dynamique carcérale et critique sociopolitique », *Cosmopolitiques*, 8, 2004, pp. 103-111.

CHASSAING O., « Marx et les théories marxistes de la peine : Abstraction du droit ou de la critique ? », *Droit & Philosophie*, n° 10 : Marx et le droit, 2018, [En ligne].

CHEVALLIER J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, pp. 659-714.

COLLIOT-THELENE C., « Retour sur les rationalités chez Max Weber », *Les Champs de Mars*, vol. 22, no. 2, 2011, pp. 13-30.

COLSON F., « Le rôle des pouvoirs publics en matière de recherche sociale appliquée », *Déviance et société*, vol. 5, N°2, 1981, pp. 153-161.

COMMAILLE J., « Les vertus politiques du droit. Mythes et réalités », *Droit et société*, vol. 76, no. 3, 2010, pp. 695-713.

CORICELLI G. *et al*, « Tax evasion and emotions: An empirical test of re-integrative shaming theory », *Journal of Economic Psychology*, 2013, pp. 49-61.

COSSALTER P., « La dignité humaine en droit public français : l’ultime recours, Intervention à la 7ème conférence-débat du Centre de droit public comparé », *Revue générale du droit*, 2014, n° 18309, [En ligne].

COUILLEROT J. *et al*, (dir.), « Marx et le droit », *Droit & Philosophie*, n° 10, 2018 [En ligne].

COURSE D., « La façon de quoi nos lois essayent à régler les folles et vaines dépenses ». Rôles et limites des lois somptuaires au XVIIIe siècle », *Littératures classiques*, vol. 56, no. 1, 2005, pp. 107-117.

COWLING M., “Can Marxism Make Sense of Crime ?”, *Global Discourse*, 2:2, 2011, pp. 59-74.

CUSSON M.,

- « De l’évolution pénale », *Déviance et société*, vol. 14, n°3, 1990, pp. 315-323.
- « Réponse à la réponse de Louk Hulsman. », *Déviance et société*, vol. 14, n°3, 1990, pp. 335-337.

-D-

DAHRENDORF R., “Out of Utopia: toward a reconstruction of sociological analysis”, *The American Journal of Sociology*, 1958, LXIV, pp. 115-127.

- DALY K., “Restorative justice: The real story”, *Punishment & Society*., 2002, 4, 1, pp. 55-79.
- DELIA L., « Sens et non-sens de la prison », *Prisons et droits : visages de la peine*, L’IRASCible n°5, Éditions Campus ouvert, 2015.
- DEBUYST C., « Pour introduire une histoire de la criminologie : les problématiques de départ », *Déviance et société*, vol. 14 - n°4, 1990, pp. 347-376.
- DE FOLTER R.S., “On the methodological foundation of the abolitionist approach to the criminal justice system. A comparison of the ideas of Hulsman, Mathiesen and Foucault”, *Contemporary Crises*, 1986, pp. 39-62.
- De HAAN W., *The politics of redress. Crime, punishment and penal abolition*, Unwin Hyman, 1990, pp. 36-63.
- De MAILLARD J. et LE GOFF T., « La tolérance zéro en France. Succès d'un slogan, illusion d'un transfert », *Revue française de science politique*, vol. 59, 2009, pp. 655- 673.
- DE RIBAUCOURT P., « Les théories de Nietzsche sur l'origine et la valeur de la morale », *Revue philosophique de Louvain*, n°37, 1903. pp. 43-60.
- DE SCHUTTER O., « Les mots du droit : une grammatologie critique du droit international public », *Revue Québécoise de droit international*, vol.6-2, 1989, pp. 120-132.
- DEUMIER P., « La création du droit par le juge », *Archives de philosophie du droit*, n°50.
- DEVRESSE M.-S., « Innovation pénale et surveillance électronique : quelques réflexions sur une base empirique », *Champ pénal/Penal field*, Séminaire Innovations Pénales, 2007, [En ligne].
- DIGNEFFE F.,
- « La criminologie et son histoire », *RICPT*, 1991, pp. 299-318.
 - « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. De Greeff », *Déviance et société*, vol. 13, n°3, 1989, pp. 181-198.
- DRAPER H., “The concept of the lumpenproletariat in Marx and Engeld”, *Economies et Sociétés*, 6, n°12, déc. 1972, pp. 285-312.
- DREUILLE J.-F. (Dir.), « Droit pénal et politique de l’ennemi », *Jurisprudence, Revue critique*, 2015, pp. 149-165.
- DUBE R. and GARCIA M., « La construction politique des attentes victimaires dans les débats parlementaires entourant la création de la loi pénale », *Champ pénal/Penal field*, vol. XIV, 2017, [En ligne].
- DUBE R.,
- « La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des attentes normatives », *Droit et société*, vol. 82, no. 3, 2012, pp. 659-688.

- « Michel Foucault et les cachots conceptuels de l’incarcération : une évasion cognitive est-elle possible ? », *Champ pénal/Penal field*, vol. XI, 2014, [En ligne].

DUBET F., « Propositions pour une syntaxe des sentiments de justice dans l'expérience de travail », *Revue française de sociologie*, vol. 46, no. 3, 2005, pp. 495-528.

DUBOUCHET J., « Les représentations sociales de la justice pénale. Retour sur un chantier abandonné », *Déviance & Société*, 28/2, 2004, pp. 179-194.

DUC THAO T., « Marxisme et phénoménologie », *Revue internationale*, n°2, février 1946, pp. 168-174.

-E-

EGLASH A., “Creative restitution: A broader meaning for an old term” *Journal of Criminal law and Criminology*, 48, 1958, pp. 619-622.

EHRENBERG A., « De la névrose à la dépression. Remarques sur quelques changements de l'individualité contemporaine », *Figures de la psychanalyse*, vol. n°4, no. 1, 2001, pp. 25-41.

-F-

FAGET J.,

- « Reintegrative shaming. A propos de la théorie de John Braithwaite », *Les cahiers de la Justice, revue d'études de l'ENM*, Dalloz, 2005-1, pp. 59-70.
- « Les dynamiques de transfert des idées restauratives », *Raisons politiques*, Presses de Sciences Po, Aout 2015, pp. 109-119.

FAUGERON C., « Du simple au complexe : les représentations sociales de la justice pénale », *Déviance et société*, vol. 2, n°4, 1978, pp. 441-432.

FEINBERG J., “The expressive function of punishment”, *The Monist*, vol. 49, no. 3, 1965, pp. 397–423

FEHR E. et GÄTCHER S.,

- « Fairness and retaliation : the economics of reciprocity », *The Journal of Economic Perspectives*, n°14, (3), 2000, pp. 159-181
- « Altruistic punishment in humans », *Nature*, n°415, 2002, pp. 137-140

FERON A., « Qui est Tran Duc Thao ? Vie et œuvre d’un philosophe vietnamien », *Contretemps*, 2014 [En ligne].

FERRAN N., « Combattre la surpopulation carcérale et l'indignité des conditions de détention. Dans les coulisses d'une "guérilla contentieuse" », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 2021, [En ligne].

FERRAND J.,

- et PIN X., SCALIA D., « Circulez, y’a rien à voir », in FERRAND J., PIN X., SCALIA D., (Dir.) *Savoirs pénaux, savoirs diffus. La circulation d’une pensée pénale réformatrice de l’Europe des Lumières à la restauration monarchique. Revue de l’institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles* n°4, 2013, pp. 9-39.

- « Temps mort. Généalogie de la prison comme peine, de la naissance du purgatoire aux errements du temps présents », *Prisons et droits : visages de la peine*, L'IRASCible n°5, Éditions Campus ouvert, 2015, pp. 69-108.
- « La généalogie de l'utilitarisme européen », *Revue d'études benthamiennes* [En ligne], 8, 2011.

FERRAJOLI L. and ZOLO D., « Marxism and the criminal question », *Law and Philosophy*, 4, 1985, pp. 71- 99.

FERRIERE M., « Les principales critiques de la théorie du choix rationnel », *Idées économiques et sociales*, vol. 165, no. 3, 2011, pp. 37-45

FIALA A., "Anarchism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018 Edition), [En ligne].

FIEULAIN N. *et al.*, « Les représentations sociales de l'appareil judiciaire : principes organisateurs, expériences et postures idéologiques », *Revue internationale de psychologie sociale*, vol. 26, no. 1, 2013, pp. 35-59.

FISHER N. et SPIRE A., « L'État face aux illégalismes », *Politix*, vol. 87, no. 3, 2009, pp. 7-20.

FLACH A., « Le communalisme au Rojava : une révolution de femmes », *Mouvements*, vol. 101, no. 1, 2020, pp. 153-162

FAUGERON C., « Du simple au complexe : les représentations sociales de la justice pénale », *Déviance et société*, vol. 2, n°4, 1978, pp. 411-432.

FOUCAULT M., "Prison talk, an interview", *Radical philosophy*, n°16, 1997, pp. 10-15.

-G-

GARAPON A., "Un Nouveau Modèle De Justice : Efficacité, Acteur Stratégique, Sécurité.", *Esprit*, no. 349, 2008, pp. 98–122.

GARFINKEL H.,

- "Some sociological concepts and methods for psychiatrists", *Psychiatric Research Reports*, 6, 1956, pp. 181-195.
- "Conditions of successful degradation ceremonies", *American Journal of Sociology*, 61, 1956, pp. 420-424.

GARRAUD R., « Rapports du droit pénal et de la sociologie criminelle », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1886, pp. 9-23.

GAUTHIER L., « Le traitement pénal des femmes : reflet d'un ordre genré », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2021, pp. 547-572.

GAUTRON V., « Michel Massé, Jean-Paul Jean et André Guidicelli (dir.), Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines. », *Champ pénal/ Penal field*, vol. VII, 2010, [En ligne].

GEERTZ C., “Distinguished Lecture: Anti Anti-Relativism”, *American Anthropologist*, New Series, vol. 86, n°2, 1984, p. 263.

GIACOPELLI M., « Libres propos sur la sanction-réparation », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1551.

GIUDICELLI-DELAGE G., « Droit pénal de la dangerosité — Droit pénal de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 1, no. 1, 2010, pp. 69-80.

GOFFMAN E.,

- “Symbols of class status”, *The British Journal of Sociology*, vol. II, no 4, 1951, pp. 294-304.
- “The Moral Career of the Mental Patient”, *Psychiatry*, 22 :2, 1959, pp. 123-142.

GOLDMAN A.-H., “The Paradox of Punishment”, *Philosophy & Public Affairs* 9, no. 1, 1979, pp. 42-58.

GRAMATICA F. « La notion de responsabilité dans le système de défense sociale », traduit de l’italien par A. de Carvalhã, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1975, p. 109-122.

GRZEGORCZYK C., « Système juridique et réalité, Discussion de la théorie autopoïétique du droit », *Archives de philosophie du droit*, 33, 1989.

GUILLO D., « La place de la biologie dans les premiers textes de Durkheim : un paradigme oublié ? », *Revue française de sociologie*, vol. 47, no. 3, 2006, pp. 507-535.

GUPTA V.K, SAINI C., OBEROI M., KALRA G., NASIR M.L., “Simmelweis Reflex: An Age-Old Prejudice”, *World Neurosurg*, 2020 Apr, pp. 119-125.

-H-

HALPERIN J.-L.,

- « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, vol. 1, no. 1, 2010, pp. 9-16.
- « L’originalité de la doctrine pénaliste en France depuis la codification napoléonienne », *Archives de Philosophie du droit*, t.53, 2010, pp. 26-36.

HARCOURT B.,

- « Pénalité néolibérale. Exceptionnalisme, autonomie, et pluridisciplinarité dans le droit pénal », *Archives de Philosophie du droit*, n°53, 2010, pp. 38-57.
- « Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIXe et XXe siècles » *Actes du colloque « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIXe au XXIe siècle »*, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1-2010, pp. 31-48.
- “Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment”, *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 2002, pp. 145- 172.

HARTMANN H.,

- “The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism: Towards a more Progressive Union”, *Capital & Class*, 3(2), 1979, pp. 1-33.

- et CORYELL R., « Capitalisme, Patriarcat et ségrégation professionnelle des sexes », *Questions Féministes*, (4), 1978, pp. 13-38.

HEBBERECHT P., « Les processus de criminalisation primaire », *Déviance et société*, vol. 9, n°1, 1985, pp. 68-71.

HENNION-JACQUET P., « L'indemnisation du dommage causé par une infraction : une forme atypique de réparation ? », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2013, pp. 517-525.

HIRSCH M., « L'École de Francfort : une critique de la raison instrumentale », *L'Homme et la société*, n°35-36, 1975, pp. 115-147.

HOWELL C., "Anarchism. A critical analysis", *Radical Criminology*, n°4, summer/fall 2014, p. 159.

HUARD R., « Marx et Engels devant la marginalité : la découverte du lumpenproletariat », *Romantisme*, 1988, n°59. Marginalités, pp. 5-17.

HULSMAN L.H.C.,

- "Toward a Marxian theory of deviance", *Social problems*, 22, n°5, 1975, pp. 638-651.
- « L'évolution de la peine d'emprisonnement aux Pays-Bas », *RDPD*, 57/10, 1977, pp. 865-879.
- "Critical criminology and the concept of crime", *Contemporary Crises*, volume 10, 1986, pp. 63-80.
- « Réponse à Maurice Cusson », *Déviance et société*, vol. 1, n°3, 1990, pp. 325-334.

-I-

ISRAËL L., « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering », *Droit et société*, vol. 49, no. 3, 2001, pp. 793-824.

-J-

JACCOUD M., « Innovations pénales et justice réparatrice », *Champ pénal/Penal field*, Séminaire Innovations Pénales, mis en ligne le 29 septembre 2007, [En ligne].

JAFFRO L., « Habermas et le sujet de la discussion », *Cités*, vol. 5, no. 1, 2001, pp. 71-85.

JEVONS W.S., "Brief Account of a General Mathematical Theory of Political Economy", *Journal of the Royal Statistical Society*, London, XXIX (June 1866), pp. 282-87.

-K-

KAIL M. et SOBEL R., « Le marxisme est un humanisme », *Les temps modernes*, 4-5-6, 2005, pp. 505-521.

KAHN P., « Idéologie et Sociologie de la Connaissance dans l'Œuvre de Karl Mannheim », *Cahiers Internationaux de Sociologie*, 1950, vol. 8, pp. 147-168.

KALUSZYNSKI M., « Sous les pavés, le droit : le mouvement "Critique du droit" ou quand le droit retrouve la politique », *Droit et société*, vol. 76, no. 3, 2010, pp. 523-541.

KAMINSKI D.,

- « Violence et emprisonnement », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2013, pp. 461-474.
- « Criminologie plurielle et pourtant singulière », *Chroniques, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2020, pp. 475-495.
- et PIERET J., « Enfermés à l'écran. Une étude des représentations cinématographiques de l'expérience carcérale », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2017, pp. 405-420.
- *et al.*, « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales : construction et déconstruction d'un concept », *Sociologie et sociétés*, 33 (1), 2001, pp. 27-51.

KARSENTY R., « Mannheim et le « marxisme occidental », *Phantasia* [En ligne], Volume 6, 2017.

KELLERHALS J., « Relativisme et sociologie : le cas du sentiment de justice », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLI-126, 2003.

KENNEDY D., « L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies professionnelles », *Annales de Vaucresson*, n° 23, 1985 pp. 191-199.

KERSHNER S., "The Justification of Deserved Punishment Via General Moral Principles." *Southern Journal of Philosophy*, vol. 33, No. 4, 1995, pp. 461-84.

KOHLHAUER M. « La part de l'Histoire : Romantisme, relativisme », *Romantisme*, 2001, n°114 « L'expérience du relatif », pp. 5- 29.

KROPOTKINE P., « Communisme et anarchie », *Publications des « temps nouveaux »*, n°27, 1903, 18 p.

KRÜGER G., « La philosophie à l'époque du romantisme », *Archives de Philosophie du droit*, vol. 74, no. 1, 2011, pp. 83-99.

-L-

LANGUIN N. *et al.* « Les représentations sociales de la justice pénale : une trilogie », *Déviance et Société*, vol. 28, no. 2, 2004, pp. 159-178.

LASCOUMES P., « Changer le droit, changer la société : le moment d'un retournement », *Genèses*, vol. 77, no. 4, 2009, pp. 110-123.

LASCOUMES P., « La Gouvernamentalité : de la critique de l'État aux technologies du pouvoir », *Le Portique* [En ligne], 13-14, 2004.

LAUMOND B., « Punitivité comparée. Les cadrages ordinaires des violences de genre en Allemagne et en France », *Déviance et Société*, vol. 44, no. 3, 2020, pp. 347-382.

LAVAL C., « L'économie de la connaissance et la transformation de l'enseignement supérieur et de la recherche », *Bulletin de l'ASES*, vol. 42, Mars 2015, pp. 7- 20.

LAZERGES C. et HENRION-STOFFEL H., « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, vol. 3, no. 3, 2016, pp. 649-662.

LECLERC C., « Explorer et comprendre l'insatisfaction du public face à la « clémence » des tribunaux », *Champ pénal/ Penal field*, vol. IX, 2012, [En ligne].

LEFEBVRE H., « Les paradoxes d'Althusser », *L'Homme et la société*, n. 13, 1969, pp. 3-37.

LEFRANC S., « Le mouvement pour la justice restauratrice : "an idea whose time has come" », *Droit et société*, n° 63, 2006, pp. 393-409.

LEJEUNE A., et SPIRE A., « Inégalités sociales et judiciaires face au tribunal. Présentation du dossier », *Droit et société*, vol. 106, no. 3, 2020, pp. 517-526.

LENOIR A., GAUTRON V., « Les pratiques des parquets face à l'injonction politique de réduire le taux de classement sans suite », *Droit et société* 2014/3 (n° 88), pp. 591-606.

LETERRIER A.-S., « Prison et pénitence au XIXe siècle », *Romantisme*, vol. 142, no. 4, 2008, pp. 41-52.

LEVINAS E., « La philosophie et l'idée de l'infini », *Revue de Métaphysique et de Morale*, Colin, 1957, n° 62-3, pp. 241-253.

LOEZ, « Le Rojava : une alternative communaliste à l'État-nation », *Terrains/Théories* [En ligne], 13, 2021.

LÖWY M.,

- « Mannheim et le marxisme : idéologie et utopie », *Actuel Marx*, n°43, 2008, pp. 42-49.
- « Le marxisme rationaliste de l'École de Francfort », *L'Homme et la société*, n° 65-66, 1982, pp. 45-65.
- « Habermas et Weber », *Actuel Marx*, n°24, 1998, pp. 105-114.

-M-

MAGNI-BERTON R., « Holisme durkheimien et holisme bourdieusien. Étude sur la polysémie d'un mot », *L'Année sociologique*, vol. 58, no. 2, 2008, pp. 299-318.

MALATESTA E., "Further thoughts on the question of crime", *Umanita Nova*, n°134, 16 septembre 1921, pp. 193-212.

MANNHEIM K., « De la concurrence et de sa signification dans le domaine de l'esprit », *L'Homme & la Société*, 2001/2 (n° 140-141), pp. 55-102.

MARTON S., « Le problème du langage chez Nietzsche. La critique en tant que création », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 74, no. 2, 2012, pp. 225-245.

MARY R., « Pénalité et gestion des risques : vers une justice « actuarielle » en Europe ? », *Déviance et Société*, vol. 25, no. 1, 2001, pp. 33-51.

MASTERS G. et SMITH D., “Portia and Persephone revisited: Thinking about feeling in criminal justice”, *Theoretical Criminology*, 1998, pp. 5-27.

T. MATHIESEN, « The politics of abolition », *Contemporary Crises*, 10, 1986, pp. 81-94.

MAZABRAUD B., « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 42, no. 2, 2010, pp. 127-189.

MELOSSI D., « L’hégémonie et les vocabulaires de la motivation punitive : la gestion discursive des crises sociales », *Criminologie*, vol. XV, n°2, 1992, pp. 93-114.

MERCINIER-PANTALACCI E., « La peine de confiscation prononcée pour indemniser la partie civile : une hérésie à corriger », *AJ pénal*, 2021, p. 305.

METZGER J.-L., « Alain Supiot, *L’Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total* », *La nouvelle revue du travail*, [En ligne], 2, 2013.

MUCCHIELLI L.,

- « De la criminologie comme science appliquée et des discours mythiques sur la « multidisciplinarité » et « l’exception française », *Champ pénal/Penal field* [Online], vol. VII, 2010
- « Vers une criminologie d’État en France? Institutions, acteurs et doctrines d’une nouvelle science policière », *Politix*, vol. 89, no. 1, 2010, pp. 195-214.

MURPHY J.G., “Marxism and retribution”, *Philosophy and Public affairs*, vol. 2, 1973, pp. 217-243.

-N-

NERAUDAU B. et GUILLOT P., « Assurabilité des sanctions pécuniaires », *AJ pénal* 2021, pp. 294-296.

NIORT F., « Formes et limites du positivisme juridique », *Droit prospectif*, 1993/1, pp. 157-192.

NORRIE A.W., “Marxism and the critique of criminal justice”, *Contemporary Crises*, n°6, 1982, pp. 59-73.

-O-

OCQUETEAU F. et DIAZ C. « Le regard des français sur la justice pénale : évolution des représentations », *Sociologie et Justice*, 1989, pp. 41-47.

OLLIVAN F., « Le lieu d’assignation à résidence dans le bracelet électronique : un marqueur d’inégalités sociales », *Espaces et sociétés*, vol. 170, no. 3, 2017, pp. 139-156.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M.

- « Possibilité et limites d'une science du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 1, no. 1, 1978, pp. 1-39.
- « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 44, no. 1, 2000, pp. 1-82.

-P-

PAVLICH G., "The Power of Community Mediation: Government and Formation of Self-Identity.", *Law & Society Review*, vol. 30, no. 4, 1996, pp. 707-733.

PEPINSKY E., « The Contribution of Feminist Justice to Criminology », *Feminist Teacher*, vol. 4, no 1, 1989, pp. 18-23.

PETRUCCIANI S., « "Marx and Morality". Le débat anglo-saxon sur Marx, l'éthique et la justice », *Actuel Marx*, 1991/2 n°10, pp. 147-167.

PETRUNIK M., "The Rise and Fall of "Labelling Theory": The Construction and Destruction of a Sociological Strawman." *The Canadian Journal of Sociology / Cahiers Canadiens De Sociologie* 5, no. 3, 1980, pp. 213-33.

PHILONENKO A., « L'idée De Progrès Chez Kant. », *Revue De Métaphysique Et De Morale*, vol. 79, no. 4, 1974, pp. 433-456.

PIRES A.,

- « Le débat inachevé sur le crime : le cas du Congrès de 1950 », *Déviance et société*, vol. 3, n°1, 1979, pp. 23-46.
- « La criminologie et ses objets paradoxaux : réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme », *Déviance et société*, vol. 17, n°2, 1993, pp. 129-161.
- « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, 33(1), 2001, pp. 179-204.

PISCIOTTA A.W., "Scientific Reform: The 'New Penology' At Elmira, 1876-1900." *Crime & Delinquency*, vol. 29, no. 4, Oct. 1983, pp. 613-630.

PONCELA P.,

- « Droit de punir et pouvoir de punir, une problématique de l'État », *Archives de philosophie du droit*, « Philosophie pénale », t.28, 1983, pp.123-135.
- « L'archéologie du savoir juridique », *Archives de philosophie du droit*, « La philosophie du droit aujourd'hui », t.33, 1988, p. 173 s.
- « Quelques aspects du respect de la dignité en droit de l'exécution des peines », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2010/3 (N° 3), pp. 645-656.
- « Par la peine, dissuader ou rétribuer ? », *Archives de Philosophie du droit*, vol. 26, « L'utile et le juste », pp. 59-71.

POUPART J. et PIRE A., « La criminologie comme discipline scientifique. », *Criminologie*, volume 37, n° 1, printemps 2004, pp. 3-11.

-Q-

QUINIOU Y., « Morale, éthique et politique chez Habermas », *Actuel Marx*, 1998/2, n°24, pp. 69-83.

QUINNEY R., "Crime control in Capitalist Society: A Critical Philosophy of Legal Order", *Critical Criminology*, New-York: Routledge, 1975, pp. 241-242.

-R-

RABAULT H., « La nature et la fonction de la théorie du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann. Vers une rénovation de l'épistémologie du droit ? », *Droits*, n° 33, 2001, pp. 191-203

RAYBECK D., "Anthropology and Labeling Theory : A Constructive Critique." *Ethos*, vol. 16, no. 4, 1988, pp. 371-397.

REA A., « Les ambivalences de l'État social-sécuritaire ». *Lien social et Politiques*,(57), 2007, pp. 15-34.

RENAULT E., « Comment Marx se réfère-t-il au travail et à la domination ? », *Actuel Marx*, vol. 49, no. 1, 2011, pp. 15-31.

RENAULT E., « Politique de l'identité, politique dans l'identité », *Lignes*, vol. 6, no. 3, 2001, pp. 178-200.

RHEIN C., « Intégration sociale, intégration spatiale », *L'Espace géographique*, vol. 31, no. 3, 2002, pp. 193-207.

RICOEUR P., « Le droit de punir », *Cahiers de Villéméttrie*, n° 29, 1962, pp. 75-96.

ROBERT J.-H., « La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative », *La semaine juridique édition générale*, n°9, 2 mars 2015, doctr. 273, pp. 442-446.

ROBERT P.,

- « La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *L'Année sociologique*, Troisième série, vol. 24, 1973, pp. 441-504.
- « Consensus, Conflit et Attitudes envers le Crime et la Loi Pénale », *International Annals of Criminology*, vol. 17, no. 1-2, 1978, pp. 223-248.
- « Bérard Jean, La justice en procès. Les mouvements de contestation face au système pénal (1968-1983) », *Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies*, vol. 19, n°1, 2015, pp. 119-122.
- « Opinion publique et administration de la justice : recherches françaises », in PARMETIER (S.) *et al Opinion and the Administration of Justice ; Popular Perceptions and their Implications for Policy-Making in Western Countries*, Brussels, Politeia, pp. 77-90.
- et FAUGERON C. « L'image de la justice dans la société », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 57/7, 1973, pp. 665-719.

ROBERTSON A., « The Philosophical roots of the Marx-Bakunin conflict », *What's next*, Décembre 2003, [En ligne].

ROTH R., « Histoire pénale, histoire sociale : même débat ? », *Déviance et société*, vol. 5, n°2, 1981, pp. 187-203.

ROUSSEAU F., « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2015, pp. 257-271.

RUGGIERIO V., “Crime and Punishment in Classical and Libertarian Utopias”, *The Howard Journal*, vol. 52, n°4, September 2013, pp. 425-426.

-S-

SALEH-HANNA V., « Black Feminist Hauntology », *Champ pénal / Penal Field*, vol. 12, 2015 [En ligne].

SALLE G.,

- « État de droit, État gestionnaire », *Champ pénal/Penal field* [Online], vol. III, 2006
- « Bénéficiaires secondaires du crime, selon Karl Marx », *Savoir/Agir*, 2009/3 (n° 9), pp. 9-12.
- « Sélectionner et punir. Pour une criminologie marxiste. Entretien avec Valeria Vegh Weis », *Revue périodes* [En ligne], 2018.

SANCHEZ VASQUEZ A. et NAIR K., « La philosophie de la praxis comme nouvelle pratique de la philosophie », *L'Homme et la société*, n°43-44, 1977, pp. 141-149.

SAUVETRE P., « Michel Foucault : problématisation et transformation des institutions », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], 17, 2009

SCHAFF A., « L'humanisme marxiste », *L'Homme et la société*, n° 7, 1968, pp. 3-18.

SCHWARTZ R.D and MILLER J. C., "Legal Evolution and Societal Complexity," *American Journal of Sociology*, 70, 1964, pp. 159- 169.

SCHEHR R., “From Restoration to Transformation: Victim-offender Mediation as Transformative Justice”, *Mediation Quarterly*, vol. 18, no. 2, 2000, pp. 151-169.

SCOTT D., “Rehumanising the Other and the meaning of Justice: An essay on the contribution of Barbara Hudson”, *European Group Newsletter*, November, 2013 [En ligne].

SHELEFF L.S., "From Restitutive Law to Repressive Law : Durkheim's The Division of Labor in Society Re-visited." *European Journal of Sociology*, 16, no. 1, 1975, pp. 16-45.

SERIAUX A., « Jalons pour la récupération d’une conception métaphysique du droit », *Droits*, n°10, 1989, p. 85 et s.

SIMON A., « La dystopie d'un monde sans peine », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, vol. 2, no. 2, 2021, pp. 275-296.

SLINGENEYER T.,

- « La pensée abolitionniste hulsmanienne », *Archives de politique criminelle*, N°27, 2005, pp. 5-36.

- « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ pénal/ Penal field* [Online], vol. IV | 2007.

SMITH B.A., "Military Training at New York's Elmira Reformatory, 1888-1920" *Federal Probation* vol. 52, no. 1, March 1988, pp. 33-40.

SNACKEN S., « Les courtes peines de prison », *Déviance et société*, vol. 10 - n°4, 1986, pp. 363-387.

SPECTOR M. et CASADAMONT G., « Profils épistémologiques en criminologie comparée », *Déviance et société*, vol. 2, n°4, 1978, pp. 349-364.

SPIRE A. et K. WEIDENFELD, « Les usages sociaux de la justice administrative », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [Online], 2009.

SPITZER S.,

- "Punishment and Social Organization: A Study of Durkheim's Theory of Penal Evolution", *Law and Society Review*, 9, 1974, pp. 613-638.
- "Toward a Marxian theory of deviance", *Social problems*, 22, n°5, 1975, pp. 638-651.

STRIMELLE V., « La justice restaurative : une innovation du pénal ? » *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], 2007.

SUPIOT A.,

- « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n°43, mai 2001, pp. 51-58.
- « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », *Les cahiers du droit*, vol. 42, n°3, sept. 2001, pp. 595-614.

-T-

TARDE G., « Sociologie criminelle et droit pénal », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1893, pp. 513-525.

THIERRY G. et LAFFARGUE B., « Crise économique et criminalité. Criminologie de la misère ou misère de la criminologie ? », *Déviance et société*, vol. 8 - N°1, 1984, pp. 73-100.

THOMAS J. and BOEHLEFELD S. "Rethinking Abolitionism: 'What Do We Do with Henry?'" Review of De Haan, 'The Politics of Redress.' ", *Social Justice*, vol. 18, no. 3 (45), 1991, pp. 239-251.

TURK A., "Toward a Construction of a Theory of Delinquency", *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1964, pp. 215-229.

TVERDOTA G., « "Intellectuels librement attachés" : jalons pour une réévaluation de la sociologie de l'intelligentsia de Karl Mannheim », *Cahiers du GRM* [Online], 6 | 2014.

-V-

VAN DEN HAAG E., “Punishment: Desert and crime control”, *Michigan Law Review*, v. 85, issue 5, 1987, p. 1255.

VAN DE KERCHOVE M.,

- « Réflexions analytiques sur les concepts de dépenalisation et de décriminalisation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 12, no. 1, 1984, pp. 31-89.
- « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, vol. 127, no. 7, 2005, pp. 22-31.
- « Introduction », *Déviante et Société*, vol. 34, no. 4, 2010, pp. 479-482.
- « Médiation et législation », in *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Publication de l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 1992, pp. 347-348.

VANDEN DAELEN C., BRUNEAU C., « Capitalisme et patriarcat : Deux systèmes qui se nourrissent l'un de l'autre », *CADTM*, [En ligne], 1^{er} Juillet 2020.

VAN SWAANINGEN R.,

- “Feminism and Abolitionism as Critiques of Criminology”, *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 17, no 3, 1989, pp. 287-306.
- « Vingt ans de “Déviante et Société” sous l'angle de la criminologie critique », *Déviante et société*, 1997, vol. 21, n°1, pp. 57-76.
- “Reclaiming Critical Criminology: Social Justice and the European Tradition.” *Theoretical Criminology*, vol. 3, no. 1, Feb. 1999, pp. 5–28.

VAN OTRIVE L.,

- « Débat: Les commanditaires de la recherche dans le domaine de la déviance et du contrôle social », *Déviante et Société*, Genève, vol. 5, No 2, 1981, pp. 153-154.
- « Interactionnisme et néo-marxisme, une analyse critique » *Déviante et société*, 1977, vol. 1, n°3, 1977, pp. 253-289.

VAZQUEZ GARCIA F., « La tension infinie entre l'histoire et la raison: Foucault et Bourdieu », *Revue internationale de philosophie*, vol. 220, no. 2, 2002, pp. 343-365.

VERSELE S.C. *et al*, « Actes du colloque international de sociologie du droit et de la justice », *Rev. Inst. Socio. (U.L.B.)*, 1970, n° spécial.

VERVAELE J., « La naissance de l'Etat-Providence et le modèle des sciences pénales intégrées (gesamte Strafrechtswissenschaft) », *Déviante et société*, vol. 13, 1989, n°2. pp. 141-154.

VILLEVAL M.-C., « Quand le marché ne suffit plus : biens publics et coopération conditionnelle », *Idées économiques et sociales*, vol. 161, no. 3, 2010, pp. 6-14.

VILLEY M.,

- « Des délits et peines dans la philosophie du droit naturel classique », in *Archives de philosophie du droit*, t.28, 1983, pp. 181-203.
- et POULANTZAS N. (dir.), « Marx et le droit moderne », in *Archives de philosophie du droit*, 12, 1967.

VINOLO S., « Différer le mal : la logique du bouc émissaire », *Sens-Dessous*, vol. 9, no. 2, 2011, pp. 56-66.

VIRNO P., « Histoire naturelle. Le débat entre Chomsky et Foucault sur la "nature humaine", *Rue Descartes*, 2015/4 (N° 87), pp. 84-100.

VON LISZT F., « Les facteurs sociaux de la criminalité », traduit par CUCHE P., *Mitteilungen des I.K.V.*, Band 11, 1904.

VON HIRSCH A., «Recent trends in American criminal sentencing theory», *Maryland Law Review*, vol. 42, issue 1, 1983, pp. 6-36.

-W-

WACQUANT G.,

- «Marginalité, ethnicité et pénalité dans la ville néolibérale : une cartographie analytique», *Revue de l'Institut de Sociologie*, 83, 2013, pp. 17-39.
- « Les géolés du précaire », *Vie sociale et traitements*, vol. 124, no. 4, 2014, pp. 13-18.
- « Des "ennemis commodes" », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 129, septembre 1999, pp. 63-67.

WALGRAVE L., « À la recherche de la criminologie », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, n°1, 1993.

WALTZ-TERACOL B., « Les modalités d'intervention de l'assureur au procès pénal », *AJ pénal* 2021, pp. 291- 293.

WILSON Q., et KELLING G. L., «Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety», *The Atlantic Monthly*, mars 1982, pp. 28-39.

ZAFFARONI E., « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2009, pp. 43-57.

TEXTES

Circulaire du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative applicable immédiatement suite aux articles 10-1, 10-2 et 707 du code de procédure pénale, issus des articles 18 et 24 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014.

JURISPRUDENCES

Cons. Const., 19 et 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, *Loi sécurité-liberté*

Cass. Crim., 17 nov. 2010, n° 10-80.807

Cass. Crim., 7 sept. 2021, n°19-87.036 et n° n°19-87.037

RAPPORTS, ETUDES ET DOCUMENTS OFFICIELS

Etude Infostat justice septembre 2019, n°172, « Les durées de traitement des affaires pénales en 2018 ».

Conseil de l'Europe, *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, 1980, 294 p.

Comité européen pour les problèmes criminels, *L'opinion publique relative à la criminalité et à la justice pénale*, vol. XVII, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1979.

Human rights council, Unites Nations, General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights on his mission to the United States of America*, 2018, 20 p.

MARTIN V., SYKES B., SHANNON S., *et al.*, *Monetary sanctions: Legal financial obligations in US systems of justice.*, Houston: John and Laura Arnold Foundation, 2017, 213 p.

United States Department of Justice Civil Rights Division, *Investigation of the Ferguson police Department*, 2015, 105 p.

Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la justice 2020*.

ŒUVRES LITTÉRAIRES

BAKOUNINE M., Lettre au Journal La liberté de Bruxelles, 1872.

SHELLEY M., *Frankenstein or, The Modern Prometheus*, Lackington, Hughes, Harding, Marvor & Jones, 1818.

ENGELS F., Lettre à J. Bloch, le 21 septembre 1890.

Lettre de Bakounine à Marx du 22 décembre 1869.

MARX K., "Capital punishment", *New-York Daily Tribune*, February 17-18, 1853.

VIDEOS

FOUCAULT M. Débat entre Michel Foucault et Noam Chomsky sur la nature humaine, Eindhoven, 1971, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=OY93gHVynaY>, 27'31.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

-A-

Acteur rationnel : 358.

ALTHUSSER L. : 119.

Archéologie du savoir : 206.

Anarchisme : 79 et s. ; 129 ; 130 ; 360.

ANCEL M. : 51 ; 139 et s.

Assensus : 393.

-B-

BAKOUNINE M. : 79 et s.

BARNETT R. E. : 319.

BECCARIA C. : 50 ; 55 ; 136 ; 146 ; 147 ; 151 ; 295 ; 314 ; 315 ; 357 ; 360 ; 440.

BECKER H. : 262.

BENTHAM J. : 136 ; 294.

BERGER P. : 257.

BOOKCHIN M. : 360.

BOONIN D. : 303.

BOURDIEU P. : 358 ; 409.

-C-

Care (Ethique du) : 364 et s.

CHAMBOST A.S : 97.

CHAPELLE G. : 351 et s.

CHEVALLIER J. : 384.

CHRISTIE N. : 7 ; 50 ; 186 ; 192 ; 247 ; 321 et s. ; 338 et s.

Communalisme : 360

Consensus : 130 ; 225 ; 254 et s. ; 269 ; 273 ; 281 ; 284 ; 290 ; 372 ; 393.

Contrat Social : 38 ; 44 ; 59 ; 98 ; 99 ; 216 ; 224 ; 228 ; 236 ; 270 ; 295 ; 296 ; 297 ; 315 ; 316 ; 320 ; 324 ; 357 ; 364 ; 365 ; 371 ; 391 ; 411 ; 420 ; 439.

Criminologie : 74 ; 76 ; 150 ; 166 ; 170 ; 171 ; 200 ; 206 ; 207 ; 219 et s. ; 227 ; 228 ; 230 ; 245 ; 264 ; 267 ; 281.

-D-

DAVIS A. : 187.

DELMAS-MARTY M. : 87 ; 309 et s.

Discipline (discipliner) : 20 ; 29 ; 33 ; 41 ; 156 ; 157 ; 163 ; 166 ; 175 ; 183 ; 189 ; 306 ; 316.

Dissuasion (prévention) : 18 ; 55 ; 136 ; 156 ; 195 ; 420

DRAÏ R. : 300.

DUC THAO T. : 109.

DUFF R. A. : 306 et s.

DURKHEIM E. : 143 ; 243 et s ; 290.

-E-

Egalité (devant la loi) : 46 ; 136 ; 157 ; 176 ; 177.

Entraide : 82 ; 85 ; 350 et s. ; 359 ; 367 ; 440.

Équité : 24 ; 38 ; 46 ; 136 ; 303 ; 304 ; 310 ; 320 ; 324 ; 325 ; 359 ; 371 ; 391 ; 441.

Éthique de l'Altérité : 96 ; 98 ; 130 ; 343 et s. ; 392 ; 395 ; 433 ; 440.

-F-

Fait social : 91 ; 214 ; 224 ; 243 ; 252 ; 254 ; 263

FAUGERON C. : 243 ; 276 ; 281.

Féminisme : 37 ; 183 ; 188 ; 360 ; 362 et s. ; 431.

FEINBERG J. : 243 ; 247.

FOUCAULT M. : 147 ; 149 ; 150 et s. ; 163 et s. ; 167 et s. ; 173 ; 182 ; 188 ; 196 ; 198 ; 206 et s. ; 232 ; 309 ; 310 ; 316 ; 340 ; 390 ; 392 ; 423 ; 425 ; 429.

FREUD S. : 300 ; 341.

-G-

GAROFALO R. : 137 ; 225 et s.

GASSIN R. : 226.

GILLIGAN C. : 363 et s.

GIRARD R. : 330 et s.

Gouvernementalité : 235 ; 236 ; 292 ; 310 ; 316 ; 385 ; 425 ; 431.

GRAMATICA F. : 23 ; 139 ; 141 et s.

GRAMSCI A. : 76 ; 114.

GREEFF (de) E. : 348.

-H-

HABERMAS J. : 374 ; 377 et s. ; 393 ; 409.

Habitus : 358 ; 409 ; 411 ; 415 ; 425

HEGEL F. : 63 et s. ; 107 ; 136.

Honte (réintégrative) : 20 ; 46 ; 55 ; 306 ; 356.

HUDSON B. : 190 ; 364 ; 392 et s.

HULSMAN L. : 7 et s. ; 50 ; 88 ; 97 ; 285 et s. ; 350 ; 390.

HUSSERL E. : 109 ; 257.

-I-

Illégalismes : 164 et s. ; 169 ; 181 ; 182 ; 310.

Interactionnisme : 257 et s. 161 ; 269 ; 284.

IRIGARAY L. : 341.

-J-

Juridicité : 369 ; 406 ; 411 ; 413 ; 423 ; 433.

Jusnaturalisme : 96 ; 215 ; 223 ; 227

Justice restaurative : 46 ; 88 ; 187 ; 389 ; 396 et s.

-K-

KANT E. : 63 ; 136 ; 294 et s. ; 314 et s.

KELLERHALS J. : 346 et s.

KOHLEBERG L. : 364.

KROPOTKINE P. : 46 ; 82.

-L-

LACASSAGNE A. : 138

LEMERT E. : 262

LEVINAS E. : 347

LEVI-STRAUSS C. : 333 ; 340.

Libéralisme et néolibéralisme : 183 ; 201 ; 215 ; 351 ; 367 ; 371 ; 386 ; 391 ; 420 ; 428 ; 431 ; 439 ; 440.

LOCKE J. : 136.

LOMBROSO C. : 137.

LUCKMANN T. : 257 et s., 409.

LYOTARD J.-F. : 392.

-M-

MALATESTA E. : 89 ; 100.

MANNHEIM K. : 113 et s.

MARX K. : 62 et s. ; 106 et s. ; 120 ; 126 ; 258.

Matérialisme :

- anarchiste : 83 ; 99.
- dialectique et historique : 63 ; 64 ; 113 ; 173 ; 233 ; 259.

MATHIESEN M. : 7 ; 12 ; 77 ; 147 ; 390 ; 427.

MELOSSI D. : 173.

MERLE R. : 143.

MIAILLE M. : 67 ; 106 ; 196 ; 208 et s. ; 226 et s. ; 281.

MILL J. S. : 22 ; 294.

MORRIS R. : 7 ; 188.

-N-

NIETZSCHE F. : 116 et s., 125 ; 309.

NONET P. : 373 ; 378 ; 381.

Normalisation : 201 ; 215 ; 311 ; 316 ; 385.

Normation : 195 et s. ; 200 ; 202 ; 316 ; 365.

Normativité : 124 ; 125 et s. ; 129 ; 311 ; 369 ; 374 ; 377 et s. ; 408 ; 420 et s., 431 ; 434 ; 439.

-O-

Ontologie : 219 ; 298 ; 304 ; 398 ; 399 ; 414.

Ordonnement : 415 ; 422 ; 425.

-P-

PASUKANIS E. : 76 ; 173.

Patriarcat : 9 ; 188 ; 365 ; 378.

PAVARINI M. : 173.

PIAGET J. : 378.

PIRES A. : 418 et s.

Politique criminelle : 137 ; 141 ; 158 et s. 207 ; 220 ; 221 ; 227 ; 311.

PONCELA P. : 207 ; 226 ; 239 ; 316 ; 367 ; 419.

Positivism : 75 ; 105 ; 106 ; 109 ; 140 ; 141 ; 213 ; 215 ; 221 ; 223 et s. ; 227 ; 254 ; 264.

Postmodernité : 145 ; 179 ; 203 ; 311 ; 384 ; 385 ; 387 ; 406 ; 409 ; 436.

Pouvoir/savoir : 197 ; 198 ; 201 ; 206 ; 219 ; 230 ; 277 ; 340.

PROUDHON P.-J. : 48 ; 97 et s. ; 130.

-R-

Rationalité pénale moderne : 418 et s. ; 425 ; 436.

Réaction sociale : 142 ; 232 ; 259 ; 264 ; 284 ; 414.

Régulation : 44 ; 46 ; 160 ; 360 ; 369 ; 374 et s. ; 380 ; 384 et s. ; 387 ; 406 ; 415 ; 421 ; 422.

Rétributivisme : 136 ; 294 ; 314.

Rituel : 143 ; 145 ; 247 ; 291 ; 311 ; 313 ; 326 ; 328 ; 331 ; 335 ; 338 ; 342 ; 367 ; 390 ; 395 ; 402.

ROUSSEAU J.-J. : 98 ; 136.

RUSH G. et KIRCHHEIMER M. : 157 et s. 167 ; 173.

-S-

SALEILLES R. : 139 et s.

SAUSSURE (de) F. : 117.

SCHÜTZ A. : 257.

SELZNICK P. : 373 ; 378 ; 381.

SERVIGNE P. : 351 ; 359 ; 360.

SIMMEL G. : 257.

Soft Law : 384 et s.

-T-

TEUBNER G. : 374 ; 377 ; 380 et s.

-U-

Utilitarisme : 136 ; 294 ; 304 ; 314 ; 359.

-V-

VAN DE KERCHOVE M. : 247.

VEGH WEIS V. : 177 ; 182 et s.

VITU A. : 143.

VOLD G. : 266.

VON HIRSCH A. : 304 ET S. ; 313.

-W-

WEBER M. : 128 et s. ; 256 ; 259 ; 270 ; 371 et s.

WOLLSTONECRAFT M.: 37.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	III
SOMMAIRE.....	IV
INTRODUCTION.....	1
PARTIE I. L'EMANCIPATION PAR LA CRITIQUE	11
TITRE 1. LA LIBERTE, FINALITE DE LA CRITIQUE.....	13
CHAPITRE 1. LES INDIVIDUS PRECURSEURS.....	15
<i>Section 1. Les abolitionnistes modérés.....</i>	<i>15</i>
§1. Thomas JEVONS	15
A. L'inadéquation de la pénalité.....	16
B. L'exil communautaire.....	19
§2. John. P. Altgeld	21
A. L'iniquité du système pénal.....	22
B. L'apaisement de la justice.....	24
<i>Section 2. Les abolitionnistes radicaux</i>	<i>28</i>
§1. William Godwin.....	29
A. L'absurdité des délits et des peines.....	30
B. L'autorégulation des communautés	35
§2. Émile de GIRARDIN	38
A. L'illégitimité du droit de punir	39
B. La diffusion sociale du risque	42
CHAPITRE 2. L'HERITAGE REVOLUTIONNAIRE.....	48
<i>Section 1. Un programme politique fondé sur la liberté</i>	<i>48</i>
§1. L'influence méthodologique du marxisme.....	49
A. Le matérialisme historique	50
B. L'analyse marxienne du crime	57
§2. L'influence substantielle de l'anarchisme	61
A. La théorie sociale anarchiste.....	62
B. La politique criminelle anarchiste.....	66
<i>Section 2. Une conception du juste fondée sur la libération</i>	<i>72</i>
§1. Le modèle organique de justice anarchiste.....	72
§2. La dialectique du fait et de l'idée	76
A. Observation vs. Pratique et expérience du réel	77
B. Perspective individuelle vs. Organisation sociale	83
C. Pluralisme des valeurs vs. Rationalité communicationnelle.....	92
TITRE 2. LA LIBERTE, CONDITION DE LA CRITIQUE	101
CHAPITRE 1. NAISSANCE ET CONSOLIDATION DES SAVOIRS MODERNES	103

<i>Section 1. De l'idéalisme au matérialisme des savoirs pénaux</i>	103
§1. Une histoire idéale des savoirs sur la peine	103
§2. Une histoire matérielle des transformations de la peine	115
A. Le mythe de la légalité	115
B. Le mythe de la pénalité	121
<i>Section 2. L'intégration du mode de production à l'étude de la justice criminelle</i>	127
§1. Dissuasion et correction sociale	128
§2. Différenciation et maintien des illégalismes	134
§3. Circulation des richesses et soumission des travailleurs	140
CHAPITRE 2 : PROGRESSIONS ET RETOURS EN ARRIERE DES SAVOIRS CONTEMPORAINS	145
<i>Section 1. (Non) Évolution de la pénalité</i>	145
§1. De la discipline carcérale à la boulimie pénale	145
A. Adaptation du mode de production	145
B. Comportements sous-criminalisés	149
C. Comportements sur-criminalisés	152
§2. L'adaptation des instruments juridiques au type de gouvernementalité	161
A. Modernité, normation et effacement de la loi	163
B. Néolibéralisme, normalisation et retour du droit	168
<i>Section 2. (Non) évolution des savoirs pénaux</i>	175
§1. Méthode archéologique et obstacles épistémologiques	175
§2. Savoirs juridiques et légitimation du droit	180
§3. Savoirs pénaux et naturalisation du crime	187
A. Dissolution des catégories de savoir	187
B. Identification du système de positivité	192
§4. Structure universitaire et reproduction des savoirs dominants	200
PARTIE 2. L'INNOVATION PAR LA PRATIQUE	210
TITRE 1. LE RETOUR AUX SUJETS	212
CHAPITRE 1. DIFFUSION DES SYMBOLES	215
<i>Section 1. Dépénalisation de la réprobation sociale</i>	215
§1. Exposé de la fonction expressive de la pénalité	215
§2. Contextualisation de la fonction expressive de la pénalité	217
§3. Limites de la fonction expressive de la pénalité	222
<i>Section 2. Subjectivation des valeurs</i>	225
§1. Décentralisation méthodologique	225
A. Totalité et consensus	225
B. Individus et conflits	228
C. Interactions et institutions	229
§2. Interactionnisme et théorie du conflit	234
A. Criminalité et Statut	234
B. Incriminations et Conflits	238
§3. Représentations du réel et contrôle social	244
A. De l'opinion publique aux représentations	244
B. De la gravité du crime à l'adéquation du système pénal	246

C. Du contrôle pénal au contrôle social	249
<i>Section 3. Neutralisation du crime et multiplication des grilles de lecture</i>	253
CHAPITRE 2. PROFANATION DU SACRE	263
<i>Section 1. De l'impératif moral à la compensation</i>	263
§1. La fonction rétributive moderne.....	263
A. Exposé de la philosophie kantienne.....	264
B. Limites de la philosophie kantienne.....	268
§2. La fonction rétributive contemporaine	273
A. Rétribution et dissuasion.....	274
B. Rétribution et amendement	277
C. Rétribution et magie.....	279
§3. Intégration du contrôle social par la rétribution	283
§4. Diversification des pratiques par la compensation	286
<i>Section 2. De l'impératif sacrificiel à la solidarité</i>	293
§1. Le désir mimétique.....	294
A. La violence fondatrice	294
B. Le bouc émissaire	297
C. La consolidation de l'ordre social.....	300
§2. L'éthique de l'Altérité.....	304
A. La rencontre de l'Autre.....	305
B. L'entraide mutuelle.....	309
C. La morale féministe	318
TITRE 2. LE DEPASSEMENT DES SYSTEMES	325
CHAPITRE 1. LES IMPASSES REFORMISTES	325
<i>Section 1. Ruptures et continuité des types de juridicité</i>	325
§1. D'un droit formel à un droit réflexif	326
§2. La régulation procédurale	330
§3. La postmodernité juridique	336
<i>Section 2. Ruptures et continuité des dispositifs de pénalité</i>	340
§1. La justice de la différence	340
§2. L'instrumentalisation de la justice restaurative	345
§3. La marginalisation de la justice restaurative	349
CHAPITRE 2. LA STRATEGIE REVOLUTIONNAIRE	355
<i>Section 1. La norme comme contenu de savoir</i>	355
§1. La détermination de la normativité	355
§2. La définition du système pénal.....	359
§3. L'identification de la rationalité pénale moderne.....	362
<i>Section 2. La norme comme exercice du pouvoir</i>	368
§1. La dialectique perpétuelle	368
§2. L'usage du contre-droit.....	372
CONCLUSION GENERALE	381
BIBLIOGRAPHIE.....	383

INDEX ALPHABÉTIQUE.....	429
TABLE DES MATIÈRES	437