

I - JUGER LES HOMMES. LES DELITS ET LES PEINES.

4. 3. 17.

Aujourd'hui, en France, la justice est souvent prise à partie. Et la politique s'en mêle : majoritairement gauchistes, les juges relâcheraient trop facilement les délinquants et seraient ainsi responsables de l'insécurité croissante de la société¹.

Oublions la qualification de « gauchistes » cependant et nous avons là sans doute le reproche qui aura le plus constamment été formulé à l'encontre de la justice et des juges ! De ce point de vue, notre époque ne présente guère d'originalité. Et ce genre de reproches lancés à la justice n'est pas sans parti pris sans doute, de sorte qu'il paraît difficile de les prendre aux mots sans circonspection.

Pour autant, croire qu'il ne s'agit là que des symptômes d'une sorte de ressentiment alimenté par les angoisses de sociétés en crise ou subissant de forts bouleversements sociétaux serait tout aussi excessif, car la justice est l'ordre social lui-même. Que devient celui-ci quand les décisions de justices choquent ou, paraissant obéir à des partis-pris idéologiques, révoltent ? Qu'on le veuille ou non, si la démocratie a un sens, il est dans la cohérence des valeurs juridiques avec le jugement spontané, commun. Car sinon quoi ? Peut-on considérer comme démocratique une société où l'issue des procès paraît incompréhensible ou choquante à beaucoup ? Où l'appareil judiciaire représente un système imprévisible où nul n'est plus assuré d'y faire reconnaître son droit ; tandis que la société se judiciarise sous tous ses aspects mais où la plupart ne peuvent non seulement connaître mais même comprendre la loi ? Où le recours à la justice, difficile et onéreux, peut être ressenti aussi bien comme dangereux que représentant un pari tentant pour gagner de l'argent ? Où, devenue trop incertaine et lourde à rendre, la justice renonce à juger au fond et, à travers un arrangement comme le plaider coupable dans les procès pénaux aux USA, permet à l'accusé de s'entendre avec le procureur pour reconnaître une infraction moindre que celle pour laquelle il est poursuivi, en échange d'une peine inférieure ou l'abandon d'autres chefs d'accusation ?²

Nos sociétés n'ignorent certainement pas de tels travers mais quelles sociétés les évitent ? Le terme « travers » est en fait peu approprié car ces écueils ont leur logique, que

¹ Voir par exemple X. Bébin *Quand la justice crée l'insécurité*, Paris, Fayard, 2013.

² Jules Vernes anticipait déjà cette évolution. A Paris, en 1960, imaginait-il, on ne plaide plus, on transige. On préfère une mauvaise transaction à un bon procès. C'est plus rapide et plus commercial (*Paris au XX^e siècle*, 1863, Paris, Hachette, 1994, chap. XIII).

Le Vademecum philosophique.com Juger les hommes Les délits et les peines.

nous tenterons de saisir à travers l'examen A) des délits et des peines et B) de la responsabilité juridique, pour nous demander enfin qu'est-ce que C) punir ?

A) *Les délits et les peines*

4. 3. 18.

Un tribunal ne juge pas un individu mais un acte commis par un individu. Plus exactement, il établit, sur la base de faits objectifs, la culpabilité d'un accusé en regard d'un acte que la loi nomme et réprime et qui est un crime, un délit ou une contravention³. La sanction éventuelle dépend de la gravité de l'acte. Elle est également prévue par la loi. Ces principes furent non pas découverts mais clairement posés au XVIII^e siècle et, pour traiter notre sujet, il est commode de commencer par les exposer tels qu'ils apparaissent dans le *Traité des délits et des peines* (1765⁴) de Cesare Beccaria. A travers l'immédiate et forte influence qu'exercera ce dernier en Europe et aux Etats-Unis, en effet, ces principes sont ceux qu'adoptera le droit pénal moderne⁵.

Il n'est pas excessif de dire que, comme Rousseau l'avait fait pour l'éducation, Beccaria placera le droit pénal au cœur de l'esprit des Lumières et de la Révolution, suscitant toute une floraison d'ouvrages sur sa nécessaire réforme. En France, par exemple : Joseph-Michel-Antoine Servan *Discours sur la justice criminelle* (1767⁶) ; Nicolas Bergasse *Discours sur l'humanité des juges dans l'administration de la justice criminelle* (1776⁷) ; Guillaume-François Le Trosne *Vues sur la justice criminelle* (1777⁸) ; Jacques-Pierre Brissot de Warville *Théorie des lois criminelles* (1781⁹) ; Jean-Paul Marat *Plan de législation criminelle* (1782¹⁰), Pierre-Louis Lacretelle *Discours sur le préjugé des peines infamantes* (1784¹¹), etc.

Beccaria.

Beccaria promeut le principe de la légalité des peines : seule la loi peut décider de ce qui est un crime et de ce qui peut donc faire l'objet de poursuites – cela interdit de détenir quelqu'un sans motif ou au nom d'un crime arbitrairement inventé – et seule la loi peut déterminer les peines applicables aux différents délits. Les magistrats n'ont qu'à l'appliquer. Et cette application, selon Beccaria, doit être stricte, logique, prévisible, « syllogistique ». Les juges n'ont pas à rechercher « l'esprit de la loi » pour l'appliquer. Ce serait donner libre cours à leurs opinions. Or Beccaria ne veut pas d'une justice ainsi personnalisée. Il ne veut pas que

³ On a souvent tendance à confondre « crime » et meurtre. Rappelons donc qu'un crime est une infraction que la loi punit d'une peine afflictive (*i.e.* : qui contraint le corps du coupable, voire sa vie). Le meurtre n'en représente qu'un cas. La loi définit le crime essentiellement à travers la nature de la peine qu'elle prévoit de lui appliquer.

⁴ trad. fr. Paris, GF Flammarion, 1991.

⁵ Sur Beccaria, voir particulièrement M. Porret (dir) *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Droz, 1997 & *Beccaria. Le droit de punir*, Paris, Michalon, 2003. Sur l'ensemble de l'œuvre, voir P. Audegean *La philosophie de Beccaria*, Paris, Vrin, 2010.

⁶ Voir Beccaria *Des délits et des peines*, Paris, Dalibon, 1821.

⁷ La Haye, 1776.

⁸ Paris, Debure frères, 1777.

⁹ Berlin, 1781.

¹⁰ Paris, Aubier Montaigne, 1974.

la justice soit un rapport d'autorité d'homme à homme, le juge demeurant maître de la sanction en son intime conviction. La loi ne doit exciter aucune des passions humaines associées à l'exercice du pouvoir. Il s'agit donc de s'en tenir aux actes commis. Les lois ne doivent punir ni les intentions, ni la perversité dont le criminel a pu témoigner en les enfreignant. La loi ne punit que des actes et des dommages. Jusqu'à sa condamnation, l'accusé est présumé innocent. Il est impossible dès lors d'avoir recours à la torture pour lui soutirer des aveux. Et, au total, s'il s'agit de soustraire le peuple à l'arbitraire du pouvoir comme à la dépendance des juristes, Beccaria est conscient qu'il faudra réformer les lois de fond en comble ; celles-ci devant d'abord être écrites dans une langue familière.

Depuis longtemps, le jargon juridique, comme la rhétorique des juristes, étaient largement brocardés ; au point d'être devenu un élément assez commun de la littérature classique – il suffit de songer aux *Plaideurs* (1668) de Racine. Cette situation n'était cependant pas sans susciter des tentatives d'amélioration. On salua ainsi la clarté parfaite de l'ordonnance civile de 1667¹².

S'il eut une large influence, Beccaria n'est nullement un novateur. Il réunit et synthétise plutôt des idées qui, pour la plupart, ne sont pas les siennes et que l'on trouve notamment chez Rousseau (Beccaria disait avoir lu « avec attention et émotion » le *Contrat social*, 1762), chez Helvétius et surtout chez Montesquieu – lequel rappelait qu'à Rome, la peine se trouvait dans la loi (*L'Esprit des lois*, 1748, VI, chap. III¹³). Plus un gouvernement approche de la forme républicaine, affirme Montesquieu, plus la manière de juger devient fixe. Dans un Etat despotique le juge est à lui-même sa propre règle. Dans un état monarchique, il suit ou cherche l'esprit de la loi. En république, prévaut le principe de la légalité des peines. C'est le triomphe de la liberté lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout arbitraire cesse. La peine ne descend point du caprice du législateur mais de la nature de la chose et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme (XII, chap. IV). Par ailleurs, Montesquieu met particulièrement en valeur le système judiciaire anglais (XI), qu'il rapproche de la Rome républicaine et du système féodal (c'est-à-dire selon lui des Germains, à l'origine de la nation franque). On en retiendra particulièrement le principe de protection des personnes arrêtées par la police, définie en Angleterre par un *Habeas corpus Act* (1679) précisant une procédure remontant à la conquête

¹¹ Paris, Cuchet, 1784.

¹² Voir J-P. Royer & al. *Histoire de la justice en France du XVIII^e à nos jours*, Paris, PUF, 2010. Sur la justice pénale, voir également C. Debuyst, F. Digneffe, J-M. Labadie & A. Pires *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Bruxelles, De Boeck Université, 1998.

normande (notification du délit reproché à l'accusé dans les vingt-quatre heures, liberté sous caution, saisie d'une juridiction supérieure contre une détention abusive, limite de 20 jours fixée au temps de prévention). On retiendra surtout l'exemple d'une justice pénale rendue par des juges non professionnels : des jurys, que Montesquieu rapproche des *quaestiones* romaines et de la cour des pairs féodale.

En Angleterre, les « jurés » (apparus avec la Magna Carta de 1215) étaient à l'origine des personnes ayant juré de dire la vérité qui menaient des enquêtes et désignaient les coupables aux juges itinérants qu'Henri II envoyait dans les Comtés. En France, les jurys anglais seront notamment connus à travers les *Commentaires sur les lois d'Angleterre* (1765¹⁴) de William Blackstone¹⁵.

Le recours à des jurés est très ancien. On a pu ainsi établir que, dans l'Antiquité, tout Athénien, en moyenne deux fois dans sa vie, était appelé par tirage au sort à faire partie d'un jury. Pour Max Weber, les jurés athéniens remplaçaient l'Oracle, dont le rôle était traditionnellement important pour le règlement des litiges (*Sociologie du droit*, 1913, p. 126 et sq.¹⁶).

Beccaria emprunte beaucoup ainsi et, pour être véritablement novateur, il eut dû connaître bien davantage le droit ! Car, écrit par un jeune homme de 26 ans, le *Traité* n'est pas sans faiblesses, que certains ne manqueront pas de souligner. Ainsi, dans une *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines* (1767¹⁷), Pierre-François Muyart de Vouglans pourra relever que, sur la torture notamment, Beccaria répète de vieilles critiques auxquelles avait répondues l'Ordonnance de 1670. Surtout, annonçant bien d'autres critiques à venir, l'auteur s'étonne que Beccaria puisse recommander de ne pas punir les intentions et donc les tentatives criminelles mais les seuls actes délictueux : ce serait revenir aux antiques droits coutumiers, qui ne distinguaient pas entre actes volontaires et involontaires. Cela conduirait à punir fous et enfants et l'incendiaire involontaire mais non l'incendiaire volontaire dont l'acte a échoué !

En distinguant le délit de l'intention, Beccaria veut nettement séparer la faute pénale de l'idée de péché. Il se réfère au premier droit romain, qui ne connaissait effectivement que le délit, sans prendre en compte les éléments subjectifs. A Rome, l'intention de nuire ne sera distinguée en matière pénale que par la loi d'Aquilia (287). Le dol alors apparaîtra distinct de la faute, celle-ci incluant la simple imprudence et quoique la distinction des deux ne fut guère aisée dans bien des cas ; on distinguera ainsi une faute délictuelle, qu'on appellera longtemps « faute aquilienne ».

¹³ *Œuvres complètes II*, Paris, Pléiade Gallimard, 1951. La philosophie pénale de Beccaria n'est cependant pas celle de Montesquieu. Voir C. Larrère *Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria* in M. Porret (dir) *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, op. cit.

¹⁴ trad. fr. en 4 volumes, Bruxelles, 1774.

¹⁵ Sur la problématique des jurys, voir J. Abramson *We the Jury. The Jury System and the Ideal of Democracy*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1997.

¹⁶ trad. fr. Paris, PUF, 2007

De fait, Beccaria néglige les évolutions de la justice d'Ancien Régime, par rapport à laquelle on a sans doute trop longtemps cru que la Révolution avait introduit des ruptures totales. Ainsi de la torture, la « question », dont on écrit encore trop rapidement qu'elle relevait simplement de la procédure pour les juges de l'Ancien Régime. Se fondant sur son abolition en Angleterre (dès 1215 avec la Magna Carta), Montesquieu la jugeait inutile. Frédéric II l'avait abolie en 1740. En France, mise en cause dès la fin du XVII^e siècle, notamment lors de la préparation de l'Ordonnance de 1670 – voir notamment Augustin Nicolas *Si la torture est un moyen seur a vérifier les crimes secrets* (1681¹⁸) - elle fut de moins en moins utilisée tout au long du XVIII^e. Sous l'influence de son précepteur Jacob-Nicolas Moreau (*Les Devoirs du prince réduits à un seul principe, ou Discours sur la justice*, 1775¹⁹), ainsi que des idées de Beccaria, Louis XVI fera supprimer la question préparatoire en 1780²⁰.

Comme avec Condillac, Condorcet et bien d'autres auteurs des Lumières, tout est simple avec Beccaria ! Tout est clair, lumineux. Mais cela n'est pas acquis sans simplisme. Comme en témoigne le fait que ses principes, pour être pleinement appliqués, demanderaient une profonde réforme des esprits. Néanmoins, ces principes sont indispensables pour comprendre la mise en place et l'organisation même de la justice pénale moderne ; qu'ils aient donné à cette dernière une orientation durable ou qu'ils n'aient pu être vraiment appliqués, comme celui concernant le rôle du juge. Le plus intéressant avec Beccaria, en effet, est que ses principes, aussi essentiels et fondés puissent-ils nous paraître, ne pourront être pleinement appliqués. Ils ne parviendront pas à former un système. Le premier point de crispation concernera le rôle du juge.

*

4. 3. 19.

Débats sur le rôle du juge.

Selon les principes de Beccaria, le juge n'est plus qu'un exécutant. Remplissant simplement et seulement un service public – alors que les charges de magistrat s'achetaient sous l'Ancien Régime – la personnalité propre du juge ne doit plus compter. Ces formules

¹⁷ Paris, Desaint, 1767.

¹⁸ Paris, Hachette, 1975.

¹⁹ Paris, Imp. de Monsieur, 1782.

²⁰ Voir J-M. Carbasse *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000.

étaient assez courantes à l'époque. On parlait de « juge automate ». On voulait que le juge soit l'organe impassible de la loi.

Quant à l'avocat, reconnu pour la première fois en France pour les cours séculières par une ordonnance de Philippe le Hardi de 1274, son rôle paraît tout à fait incertain chez Beccaria. La Révolution envisagea un moment de le supprimer tout à fait. Cet état si respectable en lui-même se dégrade et s'avilit sitôt qu'il devient un métier, écrivait Rousseau, qui y voyait plutôt une fonction temporaire, préparant aux emplois civils (*Considérations sur le Gouvernement de Pologne*, 1770, X²¹). Les Révolutionnaires jugeront de même : en vertu du décret des 2-11 septembre 1790 (art. 10), les avocats professionnels seront supprimés (par une Constituante qui était largement composée d'avocats professionnels !). L'Ordre des avocats, créé au XVII^e siècle (le titre de Bâtonnier fut rendu légal en 1693) fut donc dissout et les avocats remplacés par des « défenseurs officieux », auxquels aucune qualification particulière n'était demandée, chacun pouvant, en justice, se faire assister de qui il voulait. L'Ordre sera rétabli par Bonaparte en 1810 et une licence de droit exigée pour être avocat²².

A la fin de l'Ancien Régime, le peuple comme les philosophes des Lumières détestaient les juges – cela n'avait d'ailleurs rien de très nouveau, Rabelais soulignait déjà leur vénalité. Les Cahiers de doléances dénoncent leur arbitraire et réclament le même droit pour tous. On décriait alors de manière générale une justice complexe, illisible et incertaine, soumise à la multiplication des appels. En 1771, Maupeou avait tenté d'abolir la vénalité des offices de magistrat, ce que fera la nuit du 4 août ; proclamant par ailleurs la gratuité de principe de la justice.

Rousseau, notamment, s'en prenait au rôle du juge, qu'il voulait voir strictement limité. Les magistrats ne doivent pas pouvoir aggraver la loi, écrit-il, ni même l'étendre aux délits sur lesquels la loi n'est pas formelle (*Lettres écrites de la montagne*, 1764, 5^e Lettre²³). Rousseau cite Vauvenargues : quiconque est plus sévère que la loi est un tyran. Mais, à côté de cela, écrit Rousseau, on voit des coupables qui échappent, au gré des juges, à toute condamnation à la faveur de la moindre distinction subtile dans les termes de la loi. Il n'y a pas de liberté sans loi ni là où quelqu'un est au-dessus des lois (8^e Lettre). Un peuple libre n'obéit pas aux hommes mais à la force des lois, conclut Rousseau. On ne doit donc pas voir l'homme dans le juge mais l'organe de la loi. Les magistrats sont les ministres des lois. Ils n'en sont pas les arbitres. En ce sens, ils doivent être surveillés par le peuple (la Révolution voudra d'abord faire élire les juges), auquel doit être réservée une possibilité d'appel pour porter sa plainte au souverain. Finalement, appliquant les principes rousseauistes et

²¹ *Œuvres complètes III*, Paris, Pléiade Gallimard, 1964.

²² Voir L. Karpik *Les avocats*, Paris, Gallimard, 1995 & H. Leuwers *L'invention du barreau français, 1660-1830*, Paris, Éd. de l'École des hautes études en sciences sociales, 2006.

²³ *op. cit.*

beccariens, le premier Code pénal (1791) fixera des peines que les juges devaient se contenter d'appliquer.

La Révolution supprimera les juridictions spécialisées (sauf les tribunaux de commerce) et les cours supérieures, sauf un tribunal de cassation, créé en 1790 pour surveiller la bonne application de la loi par les tribunaux (lesquels, s'ils doutaient du sens d'une loi devaient saisir le Corps législatif) – pour sanctionner le non-respect par les juges des ordonnances royales, des recours en cassation auprès du Conseil du Roi avaient été rendus possibles au XVI^e siècle. On voudra des magistrats élus et temporaires et non plus des magistrats de métier²⁴. On aura confiance dans l'arbitrage, comme moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre citoyens. On le rendra obligatoire pour les affaires de famille. On créera des juges de paix – c'était une revendication forte des Cahiers de doléances – élus et assistés de quatre prud'hommes. S'occupant des petits procès civils, comme les litiges sur salaire, ces juges de paix incarneront une justice de proximité immédiate, contre les longs délais et la mainmise coûteuse des hommes de loi sur les justices de village et municipales²⁵.

Mais ce système ne fut guère durable. Avec Bonaparte, la justice sera soumise au pouvoir, reposant sur des officiers nommés et dévoués. Une magistrature d'Etat, fonctionnarisée, recrutée sur diplôme, sera créée et l'on verra reparaître les vêtements traditionnels : la robe, la toque, le mortier. Cette magistrature sera également hiérarchisée et l'on verra réapparaître les tribunaux d'appel. Cette organisation napoléonienne marquera profondément celle de la justice en France jusqu'à nos jours.

On a dit que les principes révolutionnaires témoignaient d'une difficulté constante de la philosophie du droit à admettre que le rôle réel du juge soit plus que celui d'un simple exécutant et donc d'une tendance à négliger que les magistrats disposent d'un pouvoir normatif réel, sous certaines conditions de forme²⁶. Ainsi, si l'on considère l'évolution des pratiques juridiques tout au long du XIX^e siècle en France, il semble bien que la modération des sanctions vis-à-vis d'un grand nombre de prévenus et de délits, l'habitude de fixer des amendes d'un montant systématiquement inférieur à celui demandé par les plaignants, l'interprétation de notions comme celles d'ordre public, de bonne foi ou d'abus de droit, toutes ces évolutions semblent avoir positivement tenues bien davantage aux magistrats eux-mêmes qu'à l'immixtion directe du pouvoir politique dans les tribunaux. Dans ces conditions,

²⁴ Voir P. Boucher (dir) *La révolution de la justice : des lois du roi au droit moderne*, Paris, J-P. de Monza, 1989.

²⁵ Voir G. Métairie *La justice de proximité : une approche historique*, Paris, PUF, 2004.

certaines n'hésitent pas à dire que le juge est le principal artisan du droit²⁷. Tandis qu'en France, de nos jours, s'en prendre au laxisme et à la politisation des juges est (re)devenu courant.

C'est que si la magistrature représente effectivement, dans l'ordre juridique, un pouvoir en soi, cela relève-t-il d'une situation de fait, même inévitable, ou de droit ? Si l'on reconnaît, en d'autres termes, que la justice définit un troisième pouvoir, distinct des pouvoirs législatifs et exécutifs et capables de les équilibrer, en contrôlant notamment l'exécutif quant au respect et à l'application des lois, il faut s'inquiéter tant de l'influence que l'exécutif est à même d'exercer sur les magistrats, jusqu'à la mise au pas de ces derniers dans le cadre d'une justice politique, que de la situation réciproque d'une magistrature s'opposant au pouvoir législatif, comme au pouvoir exécutif, en appliquant les lois comme elle l'entend et selon des orientations qu'elle définit seule. Le juge n'a pas d'autre autorité que celle que le souverain lui confère estimait Hobbes. Et, si les juges relâchent les peines que les lois ordonnent, donnant par ce moyen espérance aux méchants de demeurer impunis, chacun reprendra l'ancien droit de se protéger comme bon lui semble. Le souverain devra donc envoyer des commissaires qui prennent connaissance des déportements des juges ordinaires (*Le Citoyen*, 1642, II, chap. XIII²⁸)

Or, contre le pouvoir des juges – dont il faut souligner qu'il paraissait à un Rousseau ou à un Beccaria au moins aussi redoutable que la mainmise de l'exécutif sur les magistrats et cela explique en partie que les lois révolutionnaires des 16 et 24 août 1790 retireront aux juges le droit administratif - contre des corporations de magistrats soucieuses d'asseoir leur pouvoir et de défendre leur indépendance, une solution paraissait s'imposer au XVIII^e siècle : l'instauration de jurys, recommandée par exemple dans l'article « Pairs » écrit par le chevalier de Jaucourt dans l'*Encyclopédie*²⁹. « Des jurés n'auraient jamais fait rouer Calas », s'était écrié Voltaire. Aristophane, pourtant, n'avait-il pas déjà souligné dans *Les guêpes* (422 av. JC) combien les jurys populaires pouvaient être manipulés par des démagogues ?

En 1790, seront mis en place un jury d'accusation puis un jury de jugement en matière criminelle dans le cadre d'une procédure publique. En 1791, le principe sera fixé que, se prononçant en leur intime conviction, les jurés ne sont pas tenus de motiver leurs décisions.

²⁶ Voir S. Belaid *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974.

²⁷ Voir A. Bertin & J. Lenoble *Dire la norme*, Paris, LGDJ, 1990 & P. Raynaud *Le juge et le philosophe*, Paris, A. Colin, 2010. Ce point est plus largement traité en 4. 3. 34.

²⁸ trad. fr. Paris, GF Flammarion, 1982.

²⁹ reprint en 35 volumes Stuttgart-Bad Cannstatt, F. Frommann Verlag, 1988.

Les autres pays européens suivront, comme la Prusse (sous l'influence notable de Hegel, a-t-on dit) en 1848.

En Russie, toutefois, le système des jurys n'a été progressivement mis en place qu'à partir de 2001. Jusque-là, le rôle du juge y était assez formel, le procureur devant avoir des preuves irréfragables ou des aveux pour mettre en accusation un suspect.

Dix ans plus tard, l'expérience paraissait décevante. En Europe, seuls les Pays-Bas néanmoins supprimeront effectivement les jurys en 1813. Bonaparte aurait voulu faire de même mais il ne parvint qu'à faire disparaître le premier jury d'accusation, remplacé en 1808 par un juge d'instruction dans le cadre d'une procédure secrète et écrite, comme sous l'Ancien Régime.

L'Ordonnance de 1539 avait aboli définitivement toutes les procédures criminelles publiques. Principales raisons invoquées : éviter les voies de fait entre parties et la corruption des témoins³². La procédure d'instruction définie sous l'Empire sera reprise de l'Ordonnance criminelle de 1670 : face à face du juge et du prévenu – l'avocat ne sera autorisé qu'en 1897 – interdiction des cautions si le crime jugé est à même d'entraîner une peine afflictive, ...

Bonaparte ne put faire de même avec le jury de jugement – qui existe toujours – mais il fixa des règles pour en régler la composition (le tirage au sort choisira des jurés sur des listes constituées par les préfets). A partir de là et jusqu'en 1980, en fait de jurés, les mêmes notables seront presque toujours choisis et l'on dénoncera une justice de classe – ce qui dans les faits ne signifiera pourtant pas une justice particulièrement sévère, au contraire. Car le principal reproche que l'on formula à l'adresse des jurys, dès la Révolution, fut leur laxisme !

Aux USA, les premiers jurys mixtes n'apparurent qu'en 1870, dans le Wyoming. En 1880, la Cour suprême fut saisie quant à l'absence de Noirs dans les jurys de l'un des comtés de Virginie et elle débouta les plaignants. Il fallut attendre 1940 pour que la Cour évoque pour la première fois l'exigence de jurys réellement représentatifs – elle cassa par la suite plusieurs procès contestés pour composition racialement biaisée. En 1968, la loi imposa le tirage au sort des jurés sur des listes larges, comme les listes électorales (1980 en France).

Très peu de personnages célèbres et d'intellectuels ont été membres d'un jury et en ont laissé un témoignage. André Gide – qui dut insister pour être sur les listes de tirage au sort – fait exception avec ses *Souvenirs de la cour d'assises* (1914³³).

Pratiquement depuis leur apparition, il aura été constant de souligner que, loin de céder à une pression émotionnelle, à une soif de vengeance et de juger de manière expéditive,

³² Voir D. Jousse *Traité de la justice criminelle en France*, 4 volumes, Paris, Debure, 1771, I.

les jurés se montrent en général plutôt prudents et circonspects. De fait, dès lors que les peines étaient fixes et automatiques – selon les principes beccariens – les jurés préféraient souvent ne pas reconnaître les chefs d’inculpation plutôt que d’appliquer des peines leur paraissant trop fortes compte tenu des situations individuelles. Et ce sera contre ces acquittements « indus » que l’on réintroduira en 1811 des maximums et minimums de peines, puis la notion de circonstances atténuantes en 1824 et 1832 et donc la personnalisation des peines³⁴. A rebours des principes beccariens.

La question des jurys est toujours d’actualité : en France, en 2010, on parlait tout à la fois de les supprimer (ou de limiter le nombre de jurés) aux Assises et de les introduire en Correctionnelle. On expérimente depuis des cours criminelles départementales sans jury. Aux Etats-Unis, le « plaider coupable » neutralise en partie la fonction du jury (voir 4. 3. 37.).

*

De la norme à son application, le travail de jugement est, qu’on le veuille ou non, incontournable. Mieux vaut donc se convaincre qu’il n’est pas de justice sans juge et qu’ainsi l’administration de la justice repose finalement sur une notion d’intégrité des magistrats que peu de choses fondent pourtant en droit³⁵. En d’autres termes, si on admet que le rôle du juge est indispensable, il est difficile de répondre précisément à la question de savoir ce qui garantit et jusqu’à quelle mesure qu’une même affaire ne connaîtrait pas une issue sensiblement différente avec un autre juge. A cet égard, Beccaria n’a rien manqué. Il ne pense pas, de manière illusoire, que la loi peut tout prévoir. Il souligne plutôt que ne pas se limiter à ce que prévoit la loi ouvre la porte à un arbitraire lié à la personne des juges. Mais, de ce point de vue, les principes beccariens ne seront guère suivis. Et le point d’accroche concernera la finalité des peines.

*

4. 3. 20.

La finalité des peines : expiation, punition, correction et protection de la société.

On distingue classiquement quatre finalités de la peine de justice : l’expiation, la punition, la correction et la protection de la société.

³³ Paris, Gallimard, 2009. Voir également C. Besnier *La vérité côté cour. Une ethnologue aux assises*, Paris, La Découverte, 2017.

³⁴ Voir J. Pradel *Histoire des doctrines pénales*, Paris, QSJ PUF, 1989.

³⁵ Voir I. Pariente-Butterlin *Le droit, la norme et le réel*, Paris, PUF, 2005.

En ce qu'elle est une *expiation*, la peine efface une faute qui est d'abord, dans les sociétés traditionnelles, une souillure susceptible de compromettre la société entière. La peine est alors une purification qui peut passer par la destruction réelle et symbolique du coupable - qu'il soit vivant ou mort. L'essence de la peine est d'abord quasi-religieuse³⁶.

Ainsi les suicidés ont-ils pu être poursuivis en justice (en France, surtout à partir du VI^e siècle) et faire l'objet de procès à partir du XIII^e siècle. Le fait qu'ils fussent morts n'éteignait pas leur faute. Leur sanction consistait en marques d'infamie et surtout en la privation d'une sépulture chrétienne. Ce refus d'une sépulture normale apparaissant déjà chez Platon (*Lois*, vers 357-347 av. JC, 873³⁷), cette attitude vis-à-vis du suicide ne tenait pas uniquement à ce que ce dernier enfreignait un commandement chrétien mais à ce qu'il dérangeait l'ordre social. On jugeait pour cette même dernière raison les animaux (voir 3. 2. II.). Cependant, il ne faut pas s'empresser de prêter à nos ancêtres un manque criant de discernement dès lors qu'ils pouvaient juger des suicidés, des animaux, voire des objets. Il s'agissait ainsi surtout de marquer, à travers une peine d'expiation, qu'il n'y avait pas d'autres coupables et de ne pas laisser s'enclencher les vengeances.

En tant qu'elle est une *punition*, la peine est une réparation qui prépare une réconciliation. On dit qu'elle est rétributive si elle veut être à la hauteur du délit, rétablir un équilibre, jusqu'à être exactement proportionnée au crime dans la loi du talion : « œil pour œil, dent pour dent », dit la Bible (*Lévitique* 24 19-20). On parle également de peine rétributive pour souligner qu'elle est la sanction d'une attitude moralement condamnable : par son comportement, le coupable a mérité sa peine. Dès lors que l'Etat devient le seul détenteur de la violence légitime et donc le seul juge de la peine, la réparation est due à la société entière. La peine peut alors avoir une dimension compensatoire d'utilité générale (travaux forcés, travaux d'intérêt général).

En tant qu'elle est une *correction*, la peine acquiert une dimension quasi médicale et peut d'ailleurs consister, au moins en partie, en un traitement thérapeutique. Cette dimension est soulignée par Platon : la peine est un bien pour le criminel, dont elle débarrasse l'âme du mal. Le juge est assimilable au médecin (*Gorgias*, 476 et sq.)³⁸. Mais il y a des incurables, qu'il vaut mieux éliminer (*République*, III, 408d-410a). Correctrice, la peine peut correspondre à un véritable dressage, afin que les criminels redoutent de nouvelles peines s'ils récidivent³⁹. Ou bien elle peut vouloir favoriser une réhabilitation, une rédemption. Elle peut ainsi emprunter aux procédés de pénitence religieuse, nous y reviendrons.

³⁶ Voir les idées de P. Fauconnet en 1. 8. 3.

³⁷ *Œuvres complètes*, trad. fr. en 2 volumes, Paris, Pléiade Gallimard, 1950.

³⁸ L. Gernet souligne ce que cette conception empruntait à la mentalité religieuse et surtout domestique (la correction des enfants pour leur bien). Voir ses *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce* (1917, Paris, A. Michel, 2001, p. 131 et sq.).

³⁹ Voir par exemple D. Jousse *op. cit.*, I, Préface.

Enfin, en tant qu'elle vise à la *protection de la société*, la peine remplit plusieurs fonctions : garantir à titre préventif que personne n'échappe aux lois, prévenir la récidive chez les criminels ou éliminer les plus dangereux, jugés irrécupérables mais qui contribueront au bien commun en servant d'exemple et en dissuadant d'autres de faire comme eux. La peine se veut alors intimidation. Dans les faits, les peines de protection consistent en une relégation des criminels, les mettant hors d'état de nuire pendant un certain temps. Mais, si elle se limite à cela, on peut se demander si une telle sanction est bien une peine de justice ou une simple mesure de police pour endiguer les délits. Dès lors, peut être réputée profondément en crise de sens une justice dont les peines n'ont plus guère que cette fonction aux yeux de la plupart des gens. Ce qui est assez largement le cas dans nos sociétés.

Normalement, une peine ne peut être prononcée que vis-à-vis d'individus capables de comprendre tout à la fois leur faute et sa sanction. Ainsi, chez les Romains, une peine ne pouvait être prononcée vis-à-vis des fous ou des enfants de moins de sept ans (c'était alors l'âge de raison) dont la culpabilité pouvait être avérée mais non l'imputabilité de la faute. Notons toutefois que cette dimension n'est pas obligatoirement respectée sous la première (expiation) et sous la dernière (protection de la société) des quatre principales finalités pénales que nous venons de distinguer.

*

Pour Beccaria, la peine doit d'abord avoir une utilité, sinon elle est tyrannique ou sans objet. Une peine seulement négative (ne consistant qu'à châtier) est absurde et inefficace - les supplices les plus terribles n'ont jamais fait baisser le nombre des crimes, note Beccaria. Et quant au bon usage des peines, l'époque citait volontiers une formule de Sénèque : *non quia peccatum est, sed ne peccetur* (punir non parce qu'il y a eu faute mais pour qu'il n'y ait plus faute ; dans son *De la colère*, 1. 19⁴⁰, Sénèque attribue cette formule à Platon).

Dans les pays où les peines sont douces, l'esprit du citoyen en est frappé, affirmait Montesquieu (*De l'esprit des lois*, VI, chap. XII) ; lequel soulignait à cet égard l'atrocité en même temps que l'impuissance des lois japonaises (chap. XIII). En Chine, écrit-il, les voleurs cruels sont coupés en morceaux, les autres non. On y vole mais on n'y assassine pas. En Moscovie, la même peine frappe voleurs et assassins. On y assassine (chap. XVI). Chez les Indiens des plaines d'Amérique, rapporte Claude Lévi-Strauss, qui offrent l'un des rares exemples de société traditionnelle dotée d'une police organisée, toute punition ouvrait droit à une gratification, sans quoi elle aurait paru inefficace (*Tristes tropiques*, 1955, p. 419⁴¹).

⁴⁰ trad. fr. Paris, Les Belles Lettres, 1971.

⁴¹ Paris, Plon, 1955.

Pour Beccaria, il ne s'agit pas que la peine soit cruelle mais qu'elle soit infaillible, au double sens où le criminel soit sûr de ne pouvoir échapper ni à la police, ni à la sanction de son crime que la loi prévoit. Ce que rendrait possible le modèle d'une justice régulière et expéditive que Beccaria défend, nous l'avons vu, où toute peine serait par avance déterminée par la loi.

Surtout, la peine doit être utile, c'est-à-dire contribuer à prévenir d'autres délits. Et, à cet égard, la peine désigne la justice comme le lien nécessaire pour maintenir l'union des intérêts particuliers au sein d'une même société. Si la peine doit être utile, c'est à la société dans son ensemble. La justice n'est donc pas une affaire de droits individuels. Elle est la société elle-même, dans la mesure où tout délit met celle-ci à l'épreuve, au point que c'est au tort qu'il fait à la société plus qu'à la victime elle-même qu'il doit être apprécié. La justice est la société même et la seule vraie mesure des délits est donc le tort fait à la nation, non l'intention coupable. Qu'importe que le droit répressif corrige et intimide peu les criminels, dira ainsi plus tard Emile Durkheim. Il exprime avant tout une solidarité. Sa vraie fonction est de maintenir la cohésion sociale. Le châtement est surtout destiné à agir sur les honnêtes gens ! Il guérit les blessures du sentiment collectif (*De la division du travail social*, 1893⁴²). Ainsi le meurtre est-il éminemment punissable car aucune société ne peut le tolérer sans fouler aux pieds ses propres conditions de possibilité. C'est à ce titre qu'il doit être poursuivi et non parce qu'il répond à une intention haïssable, estime Beccaria.

Il convient de souligner qu'affirmer que toute peine doit réparer un tort fait à la société revenait à exclure du champ des peines civiles, sans le dire, le blasphème religieux, dont le châtement pénal était vu comme particulièrement odieux à l'époque des Lumières.

Si l'on ne se soucie pas de l'intention qui a conduit à le commettre, un délit ne sera puni qu'à la hauteur du tort effectivement causé et c'est un autre grand principe beccarien – que Montesquieu déjà défendait - que celui de la proportionnalité des peines aux délits. Un principe qui souleva néanmoins beaucoup de remarques.

*

La proportionnalité des délits et des peines. Bentham.

L'Ancien Régime connaissait une hiérarchie des peines en fonction de la gravité des délits. Qu'apporte de plus dès lors ce principe de proportionnalité ? demandait Pierre-François

Muyart de Vouglans, tant à Montesquieu (*Lettre sur le système de l'auteur de « L'Esprit des Lois », touchant la modération des peines*, 1785⁴³) qu'à Beccaria (*Réfutation, op. cit.*).

Le principe pouvait également évoquer la vieille tradition religieuse de la pénitence tarifée (à chaque péché sa pénitence particulière) qui avait déjà pu paraître archaïque vers l'an mil⁴⁴.

Par ailleurs, continue Muyart de Vouglans, faut-il vraiment proportionner la peine au seul délit lui-même, sans tenir compte des circonstances qui l'ont accompagné et à la personnalité de celui qui l'a commis ? Ces réflexions furent également celles de Jeremy Bentham.

On dispose de plusieurs ouvrages rédigés en français par Etienne Dumont à partir de manuscrits que Bentham lui avait communiqués : un *Traité de législation civile et pénale* (1802⁴⁵) et une *Théorie des peines et des récompenses* (1811, sur des manuscrits de 1775⁴⁶). Par ailleurs, des extraits de divers ouvrages de Bentham (1791 et au-delà) ont été commodément réunis par E. Dumont dans *De l'organisation judiciaire et de la codification* (1828⁴⁷). Enfin, une *Théorie de lois pénales* de Bentham fut traduite en français en appendice de l'édition du *Traité des délits et des peines* de Beccaria en 1797⁴⁸.

Etant admis que le but de la peine n'est pas de tourmenter, d'affliger mais d'empêcher qu'un nouveau dommage survienne, à la fois par l'amendement du condamné, ainsi que par la dissuasion vis-à-vis de ceux qui pourraient imiter son acte criminel, il faut seulement que le mal de la peine soit supérieur au profit du délit, affirme Jeremy Bentham. Plus précisément, sachant que le mal produit par la peine est une dépense que fait l'Etat en vue d'un profit qui est la prévention générale des crimes, tout est calcul de gains et de pertes : l'Etat doit viser une peine « économique », plutôt que douce ou vigoureuse. La peine, en d'autres termes, est un mal effectif et donc une perte pour le condamné comme pour l'Etat. Mais elle produit un effet général d'intimidation qui est un profit pour l'Etat. Il convient donc que ce dernier cherche toujours la peine représentant le plus petit mal possible, pour le condamné et pour l'Etat, en même temps que l'effet le plus grand possible vis-à-vis de la société. Quant au criminel, il faut que le mal de la peine soit pour lui supérieur au profit du délit pour que le crime lui paraisse un mauvais calcul. La proportionnalité des peines et des délits, selon

⁴² Paris, PUF, 1978.

⁴³ Bruxelles, Durand et Belin, 1785.

⁴⁴ Voir J-C. Payen *Le motif du repentir dans la littérature française médiévale*, Genève, Droz, 1967.

⁴⁵ 3 volumes, Paris, Bossange, Masson & Besson, 1802.

⁴⁶ 2 volumes, Londres, Imprimerie de Vogel & Schulze, 1811.

⁴⁷ Paris, Bossange, 1828.

⁴⁸ trad. Morellet, Paris, Imprimerie du journal d'économie publique, de morale et de politique, 1797. Sur Bentham, voir M. El Shakankiri *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, LGDJ, 1970.

Bentham, doit se fonder sur ces deux calculs⁴⁹. Mais il est alors indispensable que la nature de chaque peine soit adaptée au cas de chaque individu, pour que tous souffrent également pour un même délit quelle que soit leur capacité de résistance à la souffrance.

Ainsi les principes beccariens furent le plus souvent corrigés par une personnalisation des peines qu'ils écartaient. Cela, qui conduisit notamment à introduire des circonstances atténuantes, ne fut pas immédiat néanmoins. Les nouveaux principes de justice promus par la Révolution étaient d'inspiration largement beccarienne. Le 23 mai 1791, Louis-Michel Le Pelletier de Saint Fargeau présenta devant la Constituante un Rapport exhortant à l'adoption de nouvelles règles pénales : des peines humaines, efficaces, proportionnées au crime, fixes et déterminées, durables, publiques et rapprochées du lieu du crime pour être dissuasives. Des peines qui, devant permettre l'amendement et la réinsertion du condamné, incluent un travail utile et « consolateur » et dont la rigueur serait atténuée vers la fin de la détention. Pour la majorité des Constituants, ce Rapport passa pour défendre « une fastueuse utopie » ; laquelle allait néanmoins durablement orienter la justice pénale. Ce qui se traduisit d'abord par la création d'une institution nouvelle : la prison.

*

4. 3. 21.

La prison.

Sous l'Ancien Régime, les peines fixées notamment par l'Ordonnance de 1670 étaient, par ordre d'importance : la peine de mort, les galères (peine permanente ou temporaire), le bannissement (qui pouvait n'être que temporaire), la question (torture) préparatoire ordinaire et extraordinaire - il s'agissait pourtant là moins d'une peine que d'un moyen d'instruction, ce qu'on ne pouvait cependant guère reconnaître puisque le prévenu était présumé innocent. L'usage de la torture, modéré sous l'influence chrétienne et presque abandonné au X^e siècle, était revenu avec la Renaissance et l'intérêt pour le droit romain (où elle était courante), ainsi qu'avec l'Inquisition. Toutefois, son principe paraissant gênant, on rangea la question parmi les peines, avec le fouet, l'amende honorable, le blâme, la marque, le carcan, le pilori, la claie et la confiscation.

Au Moyen-Age, comme dans les procès de l'Inquisition (voir 1. 13. 3.), la torture relevait d'un rituel. Et son usage, devant témoins, était contrôlé. Elle ne devait notamment pas entraîner de mutilations (on n'arrachait pas les ongles ainsi, on ne brûlait pas les pieds). Extrêmement brutale, elle tolérait néanmoins d'importants

⁴⁹ Ces idées ont été reprises notamment par G. S. Becker « Crime and punishment: an economic approach » *Journal of Political Economy* 76/2, march-avril 1968, pp. 169-207.

aménagements de faveur pour les suppliciés – de là l'étrangeté que peut avoir pour nous la lecture des procès-verbaux du procès de Campanella (1597-1601) par exemple⁵⁰. Il y eut des procès pour traitements inhumains et il semble que la justice royale ait fréquemment puni les excès d'officiers de justice d'amendes ou d'annulations d'office. Les aveux ne valaient que s'ils étaient répétés après l'épreuve et non pendant. Personne n'échappait à la Question de principe, y compris les clercs. Mais la réputation et la personnalité des suspects étaient déterminantes pour qu'il y soit ou non fait recours. Il existait une procédure d'appel⁵¹.

A partir de la Révolution, toutes ces peines allaient progressivement être abandonnées et remplacées par la détention en prison, laquelle représentait rarement une peine sous l'Ancien Régime (sauf en droit canonique) mais un lieu où l'on s'assurait des prévenus. Mais l'emprisonnement apparaît comme un châtiment dans les compilations de Justinien (*Novelles*, 534. Voir ci-après) et c'est sans doute de là qu'on en tira l'idée.

Si le marquis de Sade, comme on sait, passa une grande partie de sa vie en prison, c'est qu'il ne fut jamais jugé. Tel était également le cas de ceux qu'on détenait, souvent en attente du paiement d'une rançon, dans des « oubliettes ».

Pour mesurer toute la distance entre la prison moderne et le système carcéral de l'Ancien Régime, on peut notamment se référer à l'ouvrage d'André Zysberg (*Les galériens. Vies et destins de 60 000 forçats sur les galères de France. 1680-1748*, 1987⁵²). Au Moyen Age, les équipages des galères étaient essentiellement composés d'hommes libres. Les forçats vinrent ensuite, au XV^e siècle, avec les difficultés croissantes de recrutement. Mais il y avait encore des hommes libres dans les chiourmes et, leur peine accomplie, certains forçats se réengageaient. Visitant les galères à Venise et Livourne, Montesquieu n'y trouve « pas un seul homme triste ». A Marseille, tous vivaient dans des baraquements autour du port et, lorsqu'ils n'étaient pas en mer, travaillaient en ville, allaient au cabaret et se livraient à toutes sortes de combines sur lesquelles les surveillants fermaient les yeux – en 1702, le Ministre de la Marine publia une ordonnance portant défense aux condamnés de frapper les officiers qui les conduisaient ! En mer, les conditions étaient rudes, éliminant le tiers des hommes en trois ans (mais ce n'était pas la fatigue qui tuait ; les galères marchaient autant à la voile qu'à la rame et, après 1713, il n'y eut plus guère de combats), or hommes libres et forçats étaient indistinctement fauchés, les condamnés à vie comme les courtes peines.

Certes, toutes ces peines ne disparurent pas facilement – la peine de mort, dont Le Pelletier de Saint Fargeau demandait l'abolition, ne sera supprimée en France qu'en 1981 – et celles abolies furent parfois réintroduites (la marque et le carcan ainsi en 1810, comme peines accessoires aux peines perpétuelles et aux travaux forcés)⁵³. Mais finalement *la prison s'imposa comme l'unique moyen d'un système pénal fondé sur l'amendement du coupable et*

⁵⁰ M. Yourcenar en a traduit des extraits dans *Le temps, ce grand sculpteur* (Paris, Gallimard, 1983, p. 52 et sq.)

⁵¹ Voir F. Harang *La torture au Moyen-Age*, Paris, PUF, 2017.

⁵² Paris, Seuil, 1987.

sa souhaitable réhabilitation, notamment par le travail rémunéré (lequel n'est plus obligatoire en France depuis 1987).

Au XVIII^e siècle, une véritable fascination apparaît pour les prisons, la réclusion⁵⁴, notamment avec les dessins de Daniel Marot (*La prison d'Amadis*, 1708), de Louis-Jean Desprez ou de Piranèse, les tableaux de galériens de Magnasco. Ce que prolongera le romantisme, par exemple avec *Le captif de Chillon* de Byron (*Le chevalier Harold*, 1816, Chant 3⁵⁵).



La prison a été instituée pour que les criminels aient une chance de réintégrer la société, bien plus que pour les en soustraire purement et simplement (quoique les peines de prison aient pu être prononcées à perpétuité). Dès lors, l'organisation et l'utilité des prisons feront l'objet de débats passionnés tout au long du XIX^e siècle, le plus souvent pour mettre en doute le fait que la prison puisse véritablement provoquer l'amendement des criminels et favoriser leur réhabilitation. Le système n'a ainsi jamais été jugé très satisfaisant mais il s'est imposé. C'est donc qu'il répondait à des visées profondes, excédant largement le cadre du droit pénal, explique Michel Foucault (*Surveiller et punir*, 1975⁵⁶).

*

⁵³ Sur l'histoire de la mise en place du nouveau Code pénal après la Révolution, voir P. Lascoumes, P. Poncela & P. Lenoël *Au nom de l'ordre*, Paris, Hachette, 1989.

⁵⁴ Voir M. Yourcenar *Sous bénéfice d'inventaire*, Paris, Gallimard, 1978, *Le cerveau noir de Piranèse*.

⁵⁵ trad. fr. Paris, Aubier, 1971.

Foucault. Le pouvoir disciplinaire.

Selon Foucault, à partir de la Révolution, la punition cessera d'être un supplice et sa mise en scène une expiation⁵⁷. S'imposeront alors, selon Foucault, le caractère essentiellement correctif de la peine et le principe de la personnalisation des peines, amenant tous deux à juger et à punir moins l'agression que l'agressivité du coupable – principe qui fut pourtant d'abord totalement nié, nous l'avons vu particulièrement avec Beccaria et qu'on ne peut donc guère imputer à l'esprit des Lumières et à la justice pénale issue de la Révolution ! Mais, quoi qu'il en soit, on peut reconnaître avec Foucault, car c'est une évidence, que l'appréciation du criminel, complétée d'ailleurs plus tard d'une expertise psychiatrique, s'imposera à terme comme le principe essentiel du nouveau système pénal. En ce sens, la punition voudra d'abord être une correction, n'ayant pas tant une fonction de sanction que de contrôle des individus, estime Foucault. En fixant une peine, les juges devront se prononcer sur la qualité d'une âme. Eclairé par toutes sortes d'expertises, le pouvoir moderne est inséparable d'un savoir. Une évolution d'abord annoncée comme un devoir d'humanité à l'époque des Lumières n'a fait ainsi qu'installer une nouvelle technique de pouvoir. La peine d'emprisonnement ne doit pas effacer le crime mais éviter qu'il ne se reproduise. Cela suppose d'avoir prise sur l'individu – jusqu'au fantasme du Panoptique, qui permet de tout voir sans être vu (voir ci-après).

Au XVIII^e siècle, un pouvoir sur les corps a été réclamé. La prison n'en est pas la seule illustration, souligne Foucault : la discipline militaire, celle des institutions d'enseignement ou la clinique hospitalière en témoignent également – médecine et justice, d'ailleurs, iront de pair pour contrôler la normativité des corps, soulignera Foucault (*La société punitive*⁵⁸). Le pouvoir s'est alors traduit par une discipline, une volonté de dressage des conduites et des corps. Il n'a plus tant été ce qui se montre et manifeste sa puissance que ce qui regarde, investigue, oblige à la visibilité et fait entrer les individus dans un champ documentaire d'exhibition. A partir de là, la prison eut beau être largement dénoncée comme inefficace, ne diminuant pas la criminalité et provoquant la récidive, elle ne sera pourtant pas modifiée. C'est que les buts d'amendement et de réhabilitation individuels qu'on lui prêtait, avance Foucault, n'étaient qu'autant d'alibis. La prison correspondait en fait à un mode de pouvoir qu'elle satisfait très bien en *produisant* une délinquance observable, contrôlable. En

⁵⁶ Paris, Gallimard, 1975.

⁵⁷ L'interprétation à laquelle se livre Foucault des exécutions d'Ancien Régime peut néanmoins être fortement contestée. Voir P. Robert & R. Lévy « Histoire et Question pénale » *Revue d'histoire moderne et contemporaine* T. XXXII, 1985, pp. 481-526.

⁵⁸ in *Résumés des cours 1970-1982*, Paris, Julliard, 1989.

l'objectivant. A la différence de l'Ancien Régime, le crime aura désormais son lieu propre de rassemblement, sa population, marquée par des passages, parfois fréquents, en prison – une population à part, stigmatisée ainsi et coupée du reste de la population, ce qui n'était pas tant le cas auparavant, à l'époque des bandes de bandits, contrebandiers et autres pilliers d'épaves. La prison fut l'instrument de formation d'une délinquance politiquement sans péril, conclut Foucault.

On a reproché au texte de prendre bien des libertés avec l'histoire pénale et pénitentiaire⁵⁹. Plus largement, *Surveiller et punir* – qui, comme le reconnaîtra Foucault, ne traite finalement guère du droit de punir et de la justification des peines⁶⁰ - appelle les mêmes remarques que les autres ouvrages de Foucault, qui tiennent à ce que ne sont retenues que les sources historiques allant dans le sens de la démonstration (voir 2. 7. 7.). Et puis il y a ce « pouvoir » foucauldien, impénétrable et mystérieux, incarné par des « on » et dont on ne sait jamais à quoi il correspond vraiment mais que Foucault nous invite à croire résolu, inflexible et investissant la société de part en part. De sorte que la résistance au pouvoir même ne lui est pas extérieure.

Dans son *Foucault* (1986⁶¹), Gilles Deleuze présente les caractères du pouvoir foucauldien d'une manière bien plus claire que ne le fit Foucault lui-même (voir par exemple *Il faut défendre la société. Cours 1975-1976*⁶²). Le pouvoir, selon Foucault, n'est pas essentiellement répressif, précise Deleuze. Il incite, suscite, produit. Il s'exerce, avant de se posséder sous une forme déterminable comme celle de l'Etat. Il n'est l'attribut ou la propriété de personne. Ce n'est pas une institution. Il n'est pas enclos dans la figure du Prince et la domination n'est pas l'essence du pouvoir. Il passe par les dominés autant que par les dominants. Le pouvoir, finalement, exprime la teneur des rapports de force.

Cependant, pour être plus claire, la notion de pouvoir devient-elle ainsi éclairante ? Le « pouvoir » qu'incrimine Foucault n'est-il pas finalement assez classique ? La machine pénale ne vise pas l'extinction des illégalismes mais leur contrôle. De ce point de vue, la prison permet d'encadrer le milieu délinquant. Elle le professionnalise en quelque sorte mais ne le supprime pas, tout au contraire. Elle crée une population criminelle contre laquelle la

⁵⁹ Voir M. Perrot (ed) *L'impossible prison. Débat avec M. Foucault*, Paris, Seuil, 1980. Voir également M. Cicchini & M. Porret (dir) *Les sphères du pénal avec Michel Foucault. Histoire et sociologie du droit de punir*, Lausanne, Ed. Antipodes, 2007.

⁶⁰ Voir *Dits & Ecrits II 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001, *Qu'appelle-t-on punir ?*

⁶¹ Paris, Minuit, 1986.

⁶² Paris, Gallimard, 1997. Quant à éclaircir le concept de pouvoir chez Foucault, nous serons plus réservés sur la clarté qu'apportent les longues discussions qu'y consacrent H. Dreyfus & P. Rabinow (*Michel Foucault. Un parcours philosophique*, 1982, trad. fr. Paris, Gallimard, 1984, notamment chap. IX).

population veut être protégée, ce qui justifie une surveillance policière de l'ensemble de la société – c'est là, affirme Foucault, un objectif constamment poursuivi par le pouvoir depuis le XIX^e siècle ; lequel n'hésitera pas au besoin à se servir des délinquants, ainsi dans les luttes anti-ouvrières et antisyndicales⁶³. Or le « pouvoir » qui agit de la sorte ne peut être que le pouvoir institué bien entendu. Et, dans un contexte où, nous le verrons, il était fréquent de dire que la criminalité était d'abord la faute de « la société », beaucoup de lecteurs retiendront de Foucault que, sans la prison, il n'y aurait pas de crime ! Parce qu'il est estimé que le crime n'est que le produit de la politique pénale, on peut demander l'abolition du droit pénal !⁶⁴

Ce n'est pourtant nullement ce que soutient Foucault. Dès lors que le crime existe, l'enjeu du pouvoir n'est pas tant de l'éradiquer, ce qui dépasserait largement ses moyens, que de l'utiliser à son profit, pour étendre son contrôle sur l'ensemble de la société, selon une démarche qui n'est pas unilatérale puisque cette surveillance est en fait appelée par ceux – les gens « normaux » – qui en font l'objet. En fait d'explication, Foucault mobilise ainsi finalement une stratégie de pouvoir très classique, tout en montrant qu'elle est largement acceptée par la société, de sorte qu'elle ne s'exerce pas unilatéralement par le seul bras du pouvoir. Le droit, ainsi, ne fait qu'habiller le pouvoir, il ne l'encadre ni ne le définit. Au sens marxiste, il n'est qu'une « superstructure ». De fait, le droit – pénal en l'occurrence – est largement absent de *Surveiller et punir*. Le droit déjà ne fondait rien pour Marx et l'on a pu dire que ce que celui-ci reproche d'abord aux droits de l'homme c'est d'être des droits : des titres illusoires ou usurpés qui ne servent que d'alibi au pouvoir de classe (voir 4. 1. 26.).

Avant Marx, Auguste Comte avait annoncé la fin du droit, un concept théologico-métaphysique périmé, selon lui⁶⁵.

Pourtant, force est de constater que *le droit pénal n'a pas suivi le nouveau style de pouvoir que Foucault prétend mettre au jour*. Certes, l'apparition d'un idéal disciplinaire au XVIII^e siècle paraît peu contestable. Mais Foucault veut qu'il ait été déterminant, envahissant. Or l'observation des pratiques pénales jusqu'à nos jours conduit à considérer que cet idéal disciplinaire fut plutôt énoncé en réaction face à des évolutions qu'il fut assez largement impuissant à endiguer – ceci semblant valoir aussi bien dans les domaines militaires et éducatifs. *On rêva bien souvent de dresser les hommes mais vainement, face à*

⁶³ Compte rendu d'une conférence tenue à l'Université de Montréal en 1976. Voir J-P. Brodeur « Alternatives à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social ? Une entrevue avec M. Foucault » *Criminologie* (Montréal), vol. 26 n°1, 1993, pp. 13-34.

⁶⁴ Voir par exemple G. Ricordeau *Crimes et peines. Penser l'abolitionisme pénal*, Paris, Grevis, 2021.

⁶⁵ Voir B. Binoche *Critiques des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989.

des évolutions que Foucault manque complètement et qui devaient conduire plutôt à la disparition de l'idée même de faute pénale. Ce que les principes beccariens, eux, annonçaient déjà clairement.

Parce qu'il veut des peines strictement proportionnées aux dommages créés par les délits, nous l'avons vu, parce qu'il veut une justice expéditive – syllogistique – ne voulant rien savoir des intentions criminelles pour ne considérer que les actes, Beccaria remplace la notion de faute, liée à celle de culpabilité et d'immoralité, par celle de simple illicéité. De deux personnes qui sont accusées du même crime, écrivait avant lui Montesquieu, celle qui nie est condamnée à mort et celle qui avoue évite le supplice. Ceci est tiré des idées monastiques, juge Montesquieu, où celui qui nie paraît damné et celui qui avoue dans le repentir est sauvé. Mais une pareille distinction ne peut concerner les tribunaux humains. La justice humaine qui ne voit que les actions n'a qu'un pacte avec les hommes qui est celui de l'innocence (*Esprit des lois*, XXVI, chap. XII).

Une telle vision était trop brutale, trop schématique sans doute pour pouvoir s'imposer comme telle. Pourtant, de tels principes ouvraient une évolution qui n'est pas achevée de nos jours et au cours de laquelle *tout se passa comme si, pour le dire abruptement, la doctrine pénale avait été inspirée, à compter du XVIII^e siècle, par un idéal de pardon.*

*

4. 3. 22.

Avec Beccaria, le crime frappe la société tout entière. C'est le corps social dans son ensemble qu'il blesse plus encore que le corps de ses victimes. Mais, à rebours des principes beccariens, cela conduira rapidement à admettre, selon le principe de la personnalisation des peines, que le corps social doit être restauré par la réhabilitation du criminel. Celle-ci étant acquise non pas tant par une rédemption au sens religieux – puisqu'il ne s'agissait plus tant de se soucier du salut du criminel que de la cohésion de la société – que par une transformation personnelle. En ce sens, on envisagera des prisons éducatrices, on rêvera de réformations et de dressage – des perspectives que Foucault prend pour argent comptant mais qui se révéleront rapidement inaccessibles. On considérera alors – lentement - que s'il blesse d'abord la société, le crime n'est pas si grave qu'il réclame l'anéantissement du criminel et la négation de son humanité. Cet attendu conditionnera, peu à peu, toute l'évolution du droit

pénal moderne. Cela conduira à admettre que la société elle-même conditionne les crimes et l'on ira de plus en plus vers leur pardon.

La justice pénale moderne inspirée par un idéal de pardon ?

Bien entendu, un tel mot ne peut soulever que des objections immédiates : ce n'est pas un terme juridique et ce n'est nullement une pratique des tribunaux. Et certes, sans doute ne s'agit-il que d'un idéal. Une sorte de limite infranchissable, d'aboutissement irréalisable vers lequel tend néanmoins la conception moderne de la justice pénale. Pour décrire l'évolution de cette dernière, en effet, les observateurs parlent d'une tendance de long terme, sensible dans la législation, la doctrine et la jurisprudence, allant vers la dépenalisation de nombreux comportements et l'adoucissement des peines, comme en témoigne notamment le recul régulier des peines de mort prononcées de 1815 à 1914. On souligne encore la baisse constante à long terme des délais de prescription (sauf pour les crimes contre l'humanité).

En France, cette tendance fut particulièrement nette à partir des lois de 1824 et de 1832, introduisant les circonstances atténuantes (qui pourront néanmoins favoriser une plus grande sévérité à l'occasion ; leur introduction visant d'ailleurs à l'époque, nous l'avons vu, à en finir avec les acquittements « indus » prononcés par les jurys) et révisant l'arsenal des peines, faisant disparaître le carcan, la marque, la mutilation du poing et limitant les cas où la peine de mort pouvait être prononcée (on débattit alors de son abolition). Cette humanisation de la justice pénale était sciemment souhaitée par Louis-Philippe, qui voulait la France à la tête de la civilisation. Mais ce n'est qu'en 1891 que, venant d'Angleterre, le sursis sera introduit dans le droit français.

Néanmoins, il convient de souligner que l'atténuation des peines est allée de pair avec l'augmentation de leur fréquence ; ceci tenant d'abord au renforcement des moyens de police. Au début du XIX^e siècle, beaucoup de peines étaient prononcées par contumace et, en l'absence de casier judiciaire notamment, beaucoup de criminels échappaient aux services de police. Il y a douze fois plus de prisonniers en France aujourd'hui que de galériens en 1790, pour une population à peine plus de deux fois plus nombreuse.

L'histoire de la peine est une constante abolition, a-t-on dit – même si cette évolution fut ponctuée de nombreux retours vers plus de sévérité, nous le verrons. Pour caractériser cette évolution globale, nous n'hésitons pas à parler d'un idéal de pardon, même si le terme peut susciter des réserves – nous en formulerons nous-mêmes plusieurs ci-après. Pourquoi parler alors d'un idéal de pardon ? C'est d'abord que dans des pays de tradition chrétienne, la justice pénale n'a jamais pu totalement s'envisager sans la perspective évangélique du

pardon. Au Moyen Age, l'Église encourageait au pardon entre particuliers, lequel a longtemps été pratiqué (on en trouve encore trace au XVIII^e siècle), le plus souvent sous une forme tarifée et négociée – jusqu'au XVI^e siècle, le roi subordonnait d'ailleurs fréquemment sa grâce à l'indemnisation préalable des victimes. Le modèle du roi « faiseur de paix » apparaît en France avec Clovis, après la conversion au christianisme de ce dernier. Vers 507-511, afin d'arrêter la vengeance, la loi salique posera le principe d'une compensation pécuniaire aux crimes suffisant au pardon. Contrairement à l'image convenue d'un Moyen-Age obscur et cruel, il semble que les peines de mort y aient été relativement rares (pas plus d'une par an dans la plupart des juridictions), visant surtout à éliminer les asociaux sans honneur, c'est-à-dire sans garants honorables capables de plaider en leur faveur. Sous la pression de l'Église, les grâces y étaient beaucoup plus nombreuses. Tandis qu'une Ordonnance de 1397 obligera les condamnés à se confesser à un prêtre au pied de l'échafaud, ultime occasion de gagner le pardon divin, suivant l'exemple du Bon Larron. Au total, il semble que ce soit plus par ses capacités de rémission, voire par sa réputation de sainteté (avec Saint Louis), qu'à travers la répression, que le pouvoir royal s'est imposé⁶⁶.

D'autant que le pouvoir royal s'immisçait peu dans l'exercice de la justice pénale, se souciant surtout de protéger l'ordre public, selon différentes dispositions comme celles venant d'être mentionnées. Ce n'est qu'à partir de l'ordonnance de 1670 fixant la procédure pénale, que la justice commença à devenir une prérogative étatique.

Cette grâce royale, que la Révolution supprimera mais que Bonaparte rétablira dès 1802 et qui s'est maintenue depuis, cette grâce dont l'usage fut important sous l'Ancien Régime, au point d'avoir fait l'objet de procédures précises à travers les lettres de rémission, cette grâce est bien un pardon. On ne peut ainsi oublier qu'en France, au sommet de la justice, entre les mains de son dépositaire direct (le roi) puis de son gardien suprême (le Président de la République), le seul acte juridique positif est un acte de pardon ; comme si ce dernier était l'issue ultime de toute justice.

C'est ensuite qu'une perspective de pardon apparut également dans le nouveau système pénal mis en place par la Révolution, à travers l'idée que la peine doit permettre la réhabilitation du condamné. Cela n'avait pourtant rien d'évident, tant des esprits se voulant affranchis des dogmes religieux pouvaient estimer que l'élimination des criminels était une mesure beaucoup plus simple et assurée que leur amendement. Le coupable n'est pas libre de ne pas être coupable et puisque ce n'est pas sa faute s'il est criminel, ainsi, que peut-on

⁶⁶ Voir C. Gauvard *Condamner à mort au Moyen-Age*, Paris, PUF, 2018.

espérer ? Ce n'est certes pas juste mais c'est certainement utile pour la société de le supprimer, écrit La Mettrie (*Discours sur le bonheur*, vers 1750⁶⁷). Le malfaisant est un homme qu'il faut détruire et non punir, écrit aussi bien Diderot dans une *Lettre à Landois*⁶⁸. Il n'y a pas de méchant qu'on ne puisse rendre bon à quelque chose, dira *a contrario* Rousseau. Venant du droit canonique, l'idée d'une régénération des coupables et de leur resocialisation apparut d'abord chez des auteurs catholiques, comme Jean Mabillon (*Réflexions sur les prisons des ordres religieux*, 1690, publiées en 1724⁶⁹). Les historiens du droit que nous avons pu consulter n'indiquent pas très clairement comment ces idées passeront dans les projets révolutionnaires mais l'emprisonnement cellulaire, venant après la peine de mort et les travaux forcés dans la hiérarchie des peines avec le nouveau Code pénal, empruntera beaucoup aux conditions de pénitence. Or la réhabilitation des condamnés et l'idée que ceux-ci ne doivent pas être durablement marqués par leurs fautes n'a d'autre sens que celui d'un pardon social. A cet égard, la perspective d'une réhabilitation finale ne pouvant que limiter la durée des châtiments, une peine d'emprisonnement *maximale* de 24 ans sera fixée par le Code pénal de 1791.

*

Nous reviendrons sur cette notion de pardon, qui ne peut aller sans dire. En attendant, notons encore une fois que cette perspective essentielle de la justice pénale moderne s'enracine dans cette perspective que *la faute*, chez Beccaria notamment, *n'est vue que comme illicéité et n'est plus saisie dans un rapport de personne à personne (le criminel et sa victime) mais par rapport à la société tout entière*. A cet égard, la justice pénale moderne ne fit qu'entériner une longue évolution ayant vu l'Etat s'imposer comme le seul détenteur de la violence légitime et le seul arbitre du droit, supprimant ainsi les arrangements directs entre parties, les transactions entre particuliers que la loi salique encourageait, nous l'avons vu, et auxquelles Saint-Louis déjà s'opposait, particulièrement dans le cas de meurtres, actes trop graves pour que l'argent puisse les racheter (Beccaria critiquera encore de telles dispositions). L'origine de la distinction entre justice civile (règlements entre particuliers) et pénale (c'est l'Etat qui poursuit, au nom de la société, les crimes commis par des particuliers) apparut à Rome en 260 av. JC avec la *Lex calpucina*, à partir de laquelle la République se donna la possibilité de poursuivre les infractions les plus graves même en l'absence de plaignants. A

⁶⁷ Paris, L'Arche, 2000.

⁶⁸ Cité par J-M. Carbasse *La peine de mort*, Paris, QSJ PUF, 2002, p. 63.

⁶⁹ Caen, C. Woinez, 1845.

défaut d'un tel dispositif, il y avait de nombreux crimes impunis dans la Grèce antique, faute de plaignants.

Selon les pays, l'emprise de la justice pénale est variable : tout accident mortel, ainsi, relève du pénal en France mais ce n'est pas forcément le cas ailleurs.

Deux conceptions du droit s'affrontent ici et, d'un point de vue libéral, on pourra incriminer la mainmise de l'Etat sur les affaires des particuliers, comme s'il n'avait aucune confiance quant à leur capacité à régler eux-mêmes leurs différends. A quoi le point de vue étatiste répondra que seul l'Etat peut assurer que la justice joue pleinement son rôle dès lors que la situation des particuliers est marquée par de fortes différences de pouvoir, d'influence ou d'argent.

Quoi qu'il en soit, à l'échelle de la société entière, bien entendu, les infractions privées paraissent moins graves. A ce point de vue, la faute s'efface derrière le dommage réel, l'intention derrière l'ampleur des conséquences. On a parlé ainsi d'une disparition de la faute de nos jours⁷⁰. Et si nous nous limitons ici pratiquement au seul droit français, une comparaison avec les autres droits excédant largement nos compétences, ce recul de la notion de faute dans le domaine pénal semble pouvoir être constaté de manière assez générale au plan mondial, tenant à deux éléments principaux : 1) l'extension du domaine de la responsabilité civile et 2) le délaissement de la notion de culpabilité⁷¹.

*

⁷⁰ Voir particulièrement le numéro spécial consacré à la fin de la faute de la revue *Droits* n°5, 1987.

⁷¹ Voir par exemple Y-M. Laithier *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009.

B) La responsabilité juridique

4. 3. 23.

La fin de la faute.

Le comportement fautif ne rend pas seul compte de l'ensemble des hypothèses sous lesquelles on peut être amené à répondre civilement de ses actes dommageables. En d'autres termes, avoir commis une faute n'est pas le seul motif au nom duquel notre responsabilité juridique peut être engagée. La responsabilité, face à un dommage, inclut notamment l'imprudence et la négligence (aux noms desquels il y a effectivement faute) et jusqu'au simple fait des choses, ce qui signifie que l'on peut être poursuivi pour un dommage vis-à-vis duquel notre comportement n'est en lui-même nullement fautif – on a parlé de « négligence sans faute »⁷² ; la nouvelle de Dino Buzzati *L'écroulement de la Baliverna* (1958⁷³) en fournit une illustration littéraire fameuse. Or l'élargissement du domaine de la faute à des comportements, comme l'imprudence, qui ne sont pas en eux-mêmes forcément fautifs (sauf à ne rien faire comment être sûr d'être tout à fait prudent ?) ou l'élargissement de la responsabilité juridique au-delà des fautes caractérisées est une tendance de fonds de l'évolution moderne du droit.

Ainsi, d'un côté la responsabilité civile est étendue et pénalisée⁷⁴. D'un autre côté, selon une logique assurantielle, toute prise de risque ouvre droit à réparations pour les victimes d'éventuels dommages et nous devons dès lors toujours plus nous couvrir contre les conséquences possibles de nos actes, étant de plus en plus responsables de leurs conséquences et donc de moins en moins à même de cerner nettement celles-ci a priori. Dans une logique indemnitaire, la responsabilité du fait personnel est absorbée par la responsabilité du fait des choses⁷⁵. Les romanciers contemporains soulignent ainsi volontiers des situations, notamment d'accident, marquée chez les protagonistes par la crainte de faire quoi que ce soit qui puisse engager leur responsabilité. Laquelle devient difficile à cerner compte tenu de l'incertitude et de la complexité d'un droit qui ne la limite plus à la notion de faute⁷⁶.

On a pu également souligner que l'introduction de certains accidents sous le registre pénal pouvait aller à l'encontre de la sécurité et de la transparence qui paraissent nécessaires pour qu'ils ne se reproduisent pas. Les catastrophes aériennes et les erreurs médicales sont particulièrement citées, face auxquelles les retours

⁷² Voir A. A. Ehrenzweig *Negligence without fault*, London, Cambridge University Press, 1951.

⁷³ trad. fr. Paris, R. Laffont, 1960.

⁷⁴ Voir J. de Maillard « Les maux et les causes. A propos de la crise du droit pénal » *Commentaires*, n° 67, 1994.

⁷⁵ Voir, à propos de la responsabilité médicale, A. Dorsner-Dolivet *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, Paris, LGDJ, 1986.

⁷⁶ Voir par exemple D. Lodge *Nouvelles du Paradis*, 1991, trad. fr. Paris, Payot & Rivages, 1994.

d'expérience des professionnels impliqués sont déterminants pour éviter leur réapparition. Mais dès lors que les actes en cause peuvent être pénalement sanctionnés, leur reconnaissance et leur énonciation deviennent difficiles car chacun tient d'abord à se protéger⁷⁷.

A l'origine de cette évolution, il y eut la nécessité d'assurer le dédommagement des victimes, la péréquation des charges ne pouvant plus reposer seulement sur les comportements fautifs mais devant trouver à s'appuyer sur un vaste système d'assurance des personnes physiques et morales. A l'origine de cette évolution, il y eut ainsi le souci relativement récent de protéger et surtout de dédommager les victimes.

Victimes

Le droit pénal classique ignore pratiquement le point de vue des victimes.

Originellement, on désignait comme « victime » l'animal sacrifié pour le bien de la cité. Le mot ne prit son sens actuel qu'à partir du XVII^e siècle. Et quant à la place des victimes dans le droit pénal, elle n'a, jusqu'à nos jours, jamais été centrale. Ainsi a-t-on pu écrire que le droit criminel s'est bâti en ignorant délibérément le point de vue des victimes ; celles-ci n'ayant pas vraiment de statut légal. Qui est victime en effet ? Toute personne subissant un préjudice ? Toute personne ayant le sentiment de l'être ou seulement celles reconnues comme telles par la justice ? En justice, les victimes furent longtemps réduites à un rôle de témoin à charge et traitées à peu près comme les autres témoins⁷⁸.

A la limite de la criminologie et de la psychiatrie et non sans renouer avec le préjugé traditionnel estimant qu'il n'est pas de victime innocente, la « victimologie » s'est même demandé si la victime ne devait pas être considérée comme un élément causal du crime⁷⁹. Si le profil de la victime, en d'autres termes, ne doit pas être pris en compte dans le passage à l'acte du criminel. En notant, qu'il existe des victimes « récidivistes », on s'est alors demandé s'il n'existait pas comme des profils types de victimes ou, chez certaines parmi elles, une disposition permanente et inconsciente à jouer un rôle de victime – on a ainsi parlé de « victimes latentes »⁸⁰.

Toutefois, ces interrogations, qui reviennent à se demander en quoi la victime est coupable !, vont totalement à rebours de la constitution de l'être-victime qui s'est imposé de nos jours et que les DSM III (1980) et IV (1992), le manuel diagnostique et statistique américain des troubles mentaux, ont pu notamment définir par le simple fait d'avoir vécu un événement traumatique.

Est victime à ce compte de nos jours celui qui présente les symptômes physiques ou psychologiques d'un état de stress. En 2006, les passagers d'un avion ayant dû faire demi-tour

⁷⁷ Voir L. Degos *Eloge de l'erreur*, Paris, Le Pommier, 2013.

⁷⁸ Voir M. Cusson *Pourquoi punir ?* Paris, Dalloz, 1987.

⁷⁹ Voir H. von Henting *The criminal and his victim*, New Haven, Yale University Press, 1948. Le terme de « victimologie » fut semble-t-il employé pour la première fois par l'avocat autrichien Benjamin Mendelssohn lors d'un congrès de psychiatrie en 1947.

⁸⁰ Voir J. Leyrie *Manuel de psychiatrie légale et de criminologie classique*, Paris, Vrin, 1977.

après l'apparition d'un problème justifiant la chute des masques à oxygène, demandèrent ainsi une réparation pécuniaire au titre du « préjudice d'angoisse » subi. Des associations de vétérans, aux USA, ont voulu faire reconnaître sept classes de traumatismes de guerre parmi lesquelles la « victime » peut très bien avoir été l'auteur de violences sur autrui. A travers un jeu psychologique dit « Triangle dramatique » ou « Triangle de Karpman », le psychologue américain Stephen Karpman (1968) avait déjà souligné que les rôles de victime, de sauveur et de persécuteur peuvent non seulement varier mais surtout s'échanger et que tout persécuteur, notamment, peut se sentir victime.

Pour désigner qui est victime, les DSM parlent de « symptômes » constatables mais, finalement, le statut de victime a souvent été étendu aux ayant-droits. Après les attentats du 11 septembre 2001, un fonds de compensation a été créé pour indemniser des victimes qui étaient en l'occurrence les blessés ainsi que les proches des personnes tuées lors des attentats. Et dans ce dernier cas de figure, l'estimation des dommages réels, susceptibles d'être indemnisés, a suscité de délicates questions (comme de savoir s'il convenait d'indemniser les proches à proportion des revenus que gagnaient les personnes tuées) et a fini par compenser financièrement les tâches ménagères ou les réparations domestiques que ne pourrait plus accomplir une défunte ou un défunt⁸¹.

*

Longtemps, se constituer partie civile ne fut guère facilité. Sous l'Ancien Régime, il fallait avancer les frais de procès et, si l'on ne parvenait pas à faire reconnaître ses droits, on risquait d'être condamné aux dépens⁸². En même temps, le refus d'une victime de coopérer avec la justice par peur de représailles était vu comme une attitude négative et ce n'est qu'assez récemment qu'est apparue l'idée qu'un dédommagement incitatif puisse à cet égard être versé aux victimes⁸³. L'idée que les victimes puissent participer au jugement, se prononcer sur la nature de la peine ou sur son application, sur la dangerosité du criminel, paraît encore largement impensable de nos jours. Cela correspondrait à une privatisation de la justice. Et pourtant...

Le droit pénal ménage assez peu de place aux victimes. Pourtant, le point de vue de ces dernières lui est une évidente obligation et ce qui empêche une justice défendue du point de vue de la société dans son ensemble d'être purement utilitaire en ne tenant compte que de la réparation matérielle des conséquences du crime, sans poursuivre le coupable au-delà⁸⁴. Même si son utilité réelle paraît douteuse, la peine ne peut manquer d'être peu ou prou à la mesure du mal fait aux victimes réelles et potentielles. Un tribunal peut (normalement) difficilement relaxer un meurtrier en arguant que la prison ne le changera pas, que l'envoyer en prison ne servira guère d'exemple aux meurtriers en puissance et qu'il sera plus utile à la société en ayant un emploi plutôt que derrière les barreaux !

⁸¹ Voir K. Feinberg *What is Life worth? The Unprecedented Effort to Compensate the Victims of 9/11*, New York, Public Affairs, 2005.

⁸² Voir B. Garnot op. cit., p. 172 et sq.

⁸³ Voir H. Edelhertz & G. Geis *Public compensation to victims of crime*, Praeger Publishers Inc., 1974 & A. Poznanska-Parizeau "Le dédommagement des victimes" *Criminologie. Regards sur la victime*, Presses Universitaires de Montréal vol. 13 n°1, 1980, pp. 37-59.

Cette fonction rétributive de la peine est fort importante et nous y reviendrons. Et le point de vue des victimes, dès lors qu'il s'exprime fortement – ce qui n'était guère le cas traditionnellement – met en avant cette fonction. Or ce point de vue s'affirme désormais et c'est sans doute l'une des évolutions récentes les plus importantes du droit. C'est le principe même, à la racine du droit moderne, voulant que le crime blesse d'abord la société – principe clairement posé par Beccaria, nous l'avons vu – qui est mis en question.

Une évolution majeure.

Classiquement, la victime pouvait faire reconnaître ses dommages mais se voir opposer l'absence de faute caractérisée de l'accusé ou tout simplement son insolvabilité. En France, cette situation sera modifiée par la loi du 9 avril 1898 posant que, dans le cas d'accidents de travail, le droit à réparation de la victime ne peut être subordonné à la preuve d'une faute du responsable. En 2013, EDF a ainsi été reconnue responsable du cancer mortel d'un de ses employés ayant travaillé dans une centrale nucléaire, dans la mesure où l'entreprise n'a pas été en mesure d'apporter la preuve que le cancer n'avait pas été provoqué par des radiations reçues dans le cadre professionnel. Le principe a ensuite été étendu à bien d'autres domaines : dès lors qu'un accident de la route a lieu entre une voiture et un piéton, un cycliste ou un motard, le conducteur de la voiture est présumé responsable et sa compagnie d'assurance a l'obligation de faire une proposition d'indemnisation. De même, une Directive européenne du 15 décembre 1997 fixe que l'employeur doit prouver l'absence de discrimination, notamment à l'embauche, face à un plaignant. Certains demandent aujourd'hui que le même principe vaille pour les laboratoires pharmaceutiques, afin que ces derniers aient à prouver que leurs médicaments ne sont pas responsables des dégâts qu'on peut leur imputer, plutôt que la preuve ne soit à la charge des plaignants. Dans tous ces cas de figure, en voulant protéger la défense des droits du faible contre le fort, on aboutit à un règlement social des conflits qui peut ignorer tout à fait la notion de justice dans la mesure où il établit une présomption de culpabilité de certains justiciables... dès lors qu'ils sont présumés avoir les moyens de dédommager les torts présumés.

Fut ainsi ouverte la voie d'une réparation comme de principe des victimes qui allait, de nos jours, changer la notion de responsabilité et finalement pousser aux recherches en responsabilité dans tous les domaines – notamment médicaux – souvent par pure cupidité et jusqu'aux cas les plus aberrants, comme celui bien connu de cette Américaine poursuivant le fabricant du four à micro-ondes où elle avait mis son chat à sécher après une averse, pour ne pas avoir indiqué dans la notice que ceci était à éviter. On a contesté l'authenticité de ce cas mais aux USA des Stella Awards ont pu récompenser les poursuites judiciaires les plus aberrantes. Du nom de Stella Liebeck qui obtint 2,9 millions de dollars de McDonald's pour s'être ébouillantée avec son propre café. D'autres victimes ont également obtenu des sommes impressionnantes, un homme pour avoir trébuché sur son fils dans un magasin de meubles, un cambrioleur pour être resté enfermé dans un garage pendant huit jours, un autre plaignant pour s'être cassé des dents en passant par la fenêtre pour ne pas payer l'entrée d'une boîte de nuit, un autre enfin après avoir subi un accident parce

⁸⁴ Voir H. L. Hart *Punishment and responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968.

qu'il avait calé la pédale de vitesse de son *mobil home* pour aller à l'arrière du véhicule (le manuel ne disait rien). On s'est demandé si cette exacerbation de la responsabilité civile aux USA n'était pas un substitut de l'Etat providence, plus puissant en Europe⁸⁵. Prenant facilement le parti des plaignants face à des entreprises dont on juge « qu'elles peuvent bien payer », les jurys (intervenant dans les procès civils à partir d'un enjeu supérieur à 30 \$) ont en tous cas joué un grand rôle dans la promotion dans cette victimisation exacerbée.

*

Mis au premier plan, le point de vue des victimes chamboule la justice pénale et cette consécration des victimes a été dénoncée comme ruinant toute idée de consentement contractuel, en promouvant dans un but de protection tout à la fois notre irresponsabilité totale en tant que victime d'un dommage et une responsabilité, en tant que nous sommes à même de provoquer un dommage, tellement élargie que plus personne ne peut réellement l'assumer. Au total, le droit s'enrichit chaque jour de nouveaux dispositifs de protection et fait de nous des responsables assurés ; en même temps que de potentielles victimes refusant de manière infantile, dit-on, toute responsabilité et ayant la certitude de disposer d'une créance infinie sur la société dès lors que quelque chose nous blesse⁸⁶. Des irresponsables tendant à ressentir comme injuste toute application d'une loi qui contredit nos attentes en matière de reconnaissance des dommages que nous estimons subir. Dans un ancien manuel de psychiatrie, Robert Musil relevait que la formule : « Qu'est-ce que la justice ? C'est que l'autre soit puni » pouvait être citée comme un exemple d'imbécillité notoire. Aujourd'hui, ajoutait-il déjà en son temps, cette formule fonde une conception du droit (*De la bêtise*, 1937, p. 39⁸⁷).

A l'origine de cet état de fait, il faut certainement parler de la large couverture des procès d'assises par la presse au XIX^e siècle, puis par les médias au XX^e siècle, ceux-ci ayant tendance à faire une large place aux plaintes des victimes et n'hésitant pas à instruire le procès dans leurs colonnes parallèlement à la police et jusqu'à se substituer à elle, prenant le parti des victimes ou invitant plutôt leurs auditeurs à s'identifier à elles (émissions d'appels à témoins). Et ceci, qui viole largement à la fois la présomption d'innocence des prévenus et la possibilité pour le criminel de retrouver une vie normale une fois sa peine purgée – ce dont personne d'ailleurs ne se plaint hautement – est à la fois cause et conséquence de la promotion du point de vue des victimes. D'un côté, les médias mettent les victimes au premier plan. Ils offrent ainsi une possibilité d'influencer le cours de la justice dont, d'un autre côté, magistrats et avocats n'ont pas longtemps hésité à s'emparer pour peser sur l'issue d'un procès ; jusqu'à bafouer allègrement le secret de l'instruction. Dans l'affaire d'un sordide assassinat à Bruay-en-Artois en 1972, convaincu de la culpabilité d'un notable (un notaire), le juge d'instruction Henri Pascal en saisira ouvertement la presse (recevant l'appui de nombreux intellectuels de gauche) et sera poursuivi pour violation du

⁸⁵ Voir L. Engel « Les nouvelles frontières de la responsabilité civile » *Esprit*, juin 1993.

⁸⁶ Voir P. W. Huber *Liability. The legal revolution and its consequences*, New York, Basic Books, 1990.

⁸⁷ trad. fr. Paris, Allia, 2006.

secret de l'instruction. De nos jours, cependant, les procureurs sont légalement autorisés à parler de dossiers faisant l'objet d'une pression médiatique forte. De toute manière, le secret de l'instruction n'a jamais été très bien protégé. L'article 11 du Code de procédure pénale en exonère les parties qui ne concourent pas à la procédure d'instruction et notamment les victimes et leurs avocats, dès lors que ceux-ci sont déliés par leurs clients du secret professionnel. Par extension, les journalistes en sont également exemptés et les poursuites pour recel du secret de l'instruction engagées contre eux ont généralement tourné court. *Notre droit est fondé sur des principes essentiels – la présomption d'innocence, le secret de l'instruction – qui n'ont jamais été bien respectés !*

Soutenue le cas échéant par des associations de défense s'estimant investies d'une mission d'intérêt général, auxquelles la démagogie politique, poussée par les médias, n'hésitera pas à accorder toujours plus de reconnaissance, la victime veut faire reconnaître ses droits bafoués avant même l'ouverture du procès. Ce qui est susceptible bien entendu de peser lourdement sur son issue. Laisser avant tout procès à une victime autoproclamée le droit d'accuser à travers les médias est une régression considérable, estiment des auteurs⁸⁸. Mais peu le reconnaîtront dès lors que la cause de la justice paraîtra juste. *Notre droit est fondé sur des principes essentiels qui n'ont jamais été bien acceptés !*

*

Dès lors que le point de vue des victimes est mis en avant, c'est le monopole même que l'Etat exerce sur la justice – que le secret de l'instruction symbolise particulièrement – qui est pris à parti. Le déroulement de la justice est frappé de soupçon. Il lui est demandé de rendre des comptes. A quel titre ? L'identification immédiate du public aux victimes est sans doute la forme la plus frustrante de reconnaissance d'autrui. L'autre en vient à ne plus m'intéresser que dès lors qu'il souffre, injustement. Se généralise ainsi à notre époque une conscience malheureuse – un syndrome du « grand méchant monde », a-t-on dit – qui permet de se trouver bien quand les autres sont ignobles ; sauf les victimes d'injustices brandies à charge contre le monde entier. A ce compte, tout le monde bientôt se présente comme victime de quelque chose. Comme s'il n'y avait qu'ainsi qu'on puisse plaire et avoir une identité forte.

Certes, cela qu'on dénonce généralement, non sans raisons sans doute, comme une dérive populiste, paraît assez logique. Nous y reviendrons. Néanmoins, c'est le principe d'une justice rendue au nom de la société, non des particuliers et privilégiant l'utilité générale, qui est mis en question. *A rebours des principes beccariens, la justice est de plus en plus appréhendée sous l'angle moral ; prisme sous lequel l'opinion la considère et sous lequel elle s'identifie à la victime (voir 4. 3. 30.).*

Au total, la protection des victimes produit ainsi des règles de prévention de plus en plus contraignantes, qui nourrissent une judiciarisation des rapports sociaux, permettant à son tour qu'on puisse saisir la justice en s'estimant victime de quelque chose. A la racine de cette tendance

⁸⁸ Voir C. Eliacheff & D. Soulez Larivière *Le temps des victimes*, Paris, A. Michel, 2007.

générale, il faut sans doute reconnaître l'impossibilité de plus en plus générale d'assumer la responsabilité d'une faute. Une nouvelle de Kiyoko Murata le donne très bien à saisir.

Une petite fille se noie. C'est un malheureux accident, dont ses parents ne sont pas particulièrement responsables. La perspective d'avoir commis une faute les hante néanmoins et la mère devient bientôt la militante acharnée d'une association qui milite pour prévenir des dangers qui guettent les enfants et qui veut interdire jusqu'à la plupart de leurs jeux. La mère tente ainsi de faire naître chez les autres mères une culpabilité qu'elle redoute d'éprouver elle-même (*La voix de l'eau*, 1975⁸⁹). *Il y a moins une disparition du sens de la faute qu'un rejet général de cette dernière sur les autres, guidé par une sorte de peur panique de la culpabilité.*

Toutefois, dans la place grandissante des victimes, faut-il voir une dérive ou une évolution assez logique ? Car, enfin, à qui est due la justice ? Aux victimes ? Un procès a-t-il pour principale fonction de leur faire plaisir, de les consoler, de réparer le mal qu'elles ont subi ? Certainement pas !, répond un célèbre avocat et ministre de la justice⁹⁰. Mais quoi alors ? La justice est-elle due à la société ? Tient-elle uniquement au respect des lois votées par le peuple et ses représentants ? La place des victimes, désormais, ne permet plus de croire que c'est là l'unique objet du droit. Car les victimes, de leur point de vue, somment la justice de se faire et cela met à mal un idéal de la justice, vue comme le couronnement de la démocratie en ce qu'elle apaise les tensions, désamorce la violence et fait éclater la vérité. Un idéal tellement présent dans les films hollywoodiens (dans lesquels les scènes de procès sont très fréquentes) et qui borne encore bien des réflexions sur le droit⁹¹. En regard, la victime ne pense qu'à elle et rappelle que la démocratie est d'abord un affrontement d'intérêts. Quelle vérité dès lors pourrait éclater au cours du procès que puissent partager victimes et coupables ? Il faudrait que les uns et les autres soient complètement détachés d'eux-mêmes, de leurs intérêts. *Aucune parole ne peut être tout à fait vraie en justice*, tandis que, par rapport aux torts causés, le souci d'apaiser les tensions et de privilégier l'ordre social ainsi - souci qui aura notamment pour premier effet de reporter le procès plusieurs années après les faits - peut être un véritable déni de justice face à la souffrance réelle des victimes.

Bien peu avaient prévu une telle évolution. *La justice qui emprisonne produit les criminels, estimait Foucault. Mais, depuis quelques décennies, la justice produit plus exactement des victimes.* Ceci en procédant tout à la fois, nous l'avons vu, à une extension considérable du champ de la responsabilité civile et pénale, ainsi qu'à un accroissement des raisons de saisir la justice en situation de victime. En 2013, à Lille, la gagnante d'une loterie a saisi la justice et a été indemnisée au titre d'un préjudice de déception : elle n'avait pas obtenu le voyage exactement promis. En 2016, une candidate à une émission de télévision a saisi la justice au nom du même préjudice pour ne pas avoir été sélectionnée. Le préjudice fait aux victimes est ainsi devenu l'une des clés de l'évolution pénale. Il faut toujours plus de droits et il faut que le droit protège de toutes les souffrances. Il faut donc qu'il en vienne à régenter les comportements dans le détail – les rapports familiaux par exemple.

⁸⁹ trad. fr. Paris, Actes sud, 2005.

⁹⁰ Voir E. Dupond-Moriotti (avec S. Durand-Souffland) *Bête noire. Condamné à plaider*, Paris, M. Lafon, 2012.

⁹¹ Voir par exemple A. Garapon *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, O. Jacob, 1997.

Il faut parler en ceci, sans doute, d'un long, très long, changement des mentalités. Car, traditionnellement, les victimes passent facilement pour coupables ! On dira, par exemple, que la victime d'un viol l'a, quelque part, « bien cherché ». Que la victime d'un accident a été imprudente, etc. S'exprime là un point de vue plus général : *Vae Victis !*, malheur aux vaincus. Le bon droit est celui du plus fort, qui fait régner sa loi. Dans les récits traditionnels de guerre, on peut souligner la mansuétude ou la compassion des vainqueurs vis-à-vis des victimes civiles mais ce n'est que très récemment, depuis la guerre du Vietnam, que les épargner au maximum est devenu un but de guerre. C'est qu'elles occupent désormais le premier plan dans les médias et leurs souffrances, rapportées en direct, entachent les victoires, au point de pouvoir provoquer la détestation des vainqueurs jusque dans leur propre camp.

Arrêté pour un motif assez futile dans le cadre de la terreur stalinienne et libéré après 17 ans de camp, dans des conditions à peine imaginables, l'un des plus célèbres témoins du goulag soviétique, Varlam Chalamov, vit sa femme et sa fille refuser de vivre sous le même toit que lui, qui était à leurs yeux un ennemi du peuple (*Récits de la Kolyma*, 1980-1982⁹²). A l'époque, en URSS, une telle attitude était fréquente. Elle nous paraît aujourd'hui assez monstrueuse car Chalamov, comme tous ceux qui ont eu à subir l'enfermement dans des conditions difficiles, sont d'abord à nos yeux des victimes. Or toute victime nous paraît désormais plus sainte que son bourreau et plus aucun motif ne justifie plus à nos yeux une souffrance importante. S'est imposé ainsi un dolorisme, à travers lequel la souffrance sanctifie ses victimes, en lequel il serait difficile de ne pas voir un legs du christianisme – autre illustration du poids d'idéaux qui furent d'abord religieux dans l'évolution d'une justice sécularisée. On comprend en tous cas que le statut de victime puisse désormais être réclamé par les délinquants eux-mêmes.

Le crime est d'abord commis face à la société. Cela, nous l'avons vu, amène à mettre en perspective la culpabilité des criminels et introduit la possibilité ou plutôt l'idéal d'un pardon. Mais cela n'est possible, cela n'évite le déni de justice, face aux victimes, que si la souffrance de ces dernières est prise en compte et compensée. Force est ainsi, logiquement, de considérer que la société doit réparation. Victime ou criminel, l'individu est tributaire des circonstances et c'est la société qui est à la fois la vraie victime et le vrai coupable.

*

C'est la faute de la société !

Nous venons de le voir, la notion de faute tend de plus en plus à se confondre avec celle d'une responsabilité civile et pénale sans cesse élargie. En regard d'une justice pénale obéissant à des objectifs d'utilité générale, c'est-à-dire placés au niveau de la société dans son

ensemble, une telle évolution paraît logique. Dès lors que le tort effectivement fait à la société est considéré en premier, en effet, l'acte particulier du délinquant devient moins important et n'est plus tant appréhendé en tant que faute ou acte en soi condamnable qu'à travers le dommage effectivement créé. A la limite, selon cette logique, le vol d'un objet d'une valeur limitée, effectué sans violence et dont les dommages seront remboursés par une assurance n'a plus tellement besoin d'être poursuivi – d'ailleurs n'est-ce pas effectivement le cas désormais pour les cambriolages ?

Seulement un cambriolage sur 20 serait réprimé en France aujourd'hui, ce qui est proche d'une impunité de fait. C'est encore plus vrai pour la délinquance d'ostentation (vols d'objets de marque, de mobiles, etc.), voire d'amusement (40 000 voitures brûlées par an, ce qui semble une spécificité française). Sans surprise, dans ces conditions, près d'un quart des Français ont déjà subi un cambriolage de leur résidence principale, dont plus de la moitié depuis moins de dix ans et 69% sont inquiets lorsqu'ils partent en weekend ou en congés. Dès lors qu'elle peut être l'issue d'une telle situation, qui ne peut que rendre à terme les coûts d'assurance prohibitifs ? Va-t-on vers une privatisation de la protection des personnes et des biens face aux délits mineurs ? Y compris pour les particuliers ? Car avec le recours à des sociétés privées, c'est déjà largement le cas pour les entreprises.

La notion de faute devient accessoire par rapport au dédommagement des victimes et à la préservation de l'ordre public et donc à l'endiguement de toute violence, qui importent au premier chef et qui, *du point de vue de la société, enjoignent moins de punir que d'éviter que le délinquant ne s'enfonçe dans la délinquance*. C'est qu'à l'échelle de la société, l'intention coupable ne suffit pas à rendre pleinement compte du crime. Il convient de considérer ce qui l'a rendu possible, ce qui l'a déterminé. Et, de ce point de vue, parce que personne n'agit totalement seul, coupé des influences de son milieu, la société a certainement des comptes à rendre. Gabriel Tarde le notait à la fin du XIX^e siècle : il est devenu quasiment impossible de trouver des crimes qui soient vraiment individuels, c'est-à-dire réalisés indépendamment de l'influence du milieu social (*Foules et sectes au point de vue criminel*⁹³).

Si le crime est considéré pour le tort qu'il crée à la société, alors on ne peut oublier tout ce que cette dernière produit en fait de misère matérielle et morale, qui explique en large partie le crime. *Dans ces conditions, toute peine frappant durement un homme, semble non seulement ne rien apporter mais paraît de surcroît injuste ! A son tour, le coupable paraît une victime.*

⁹² trad. fr. Paris, La Découverte/Fayard, 1986.

⁹³ in *Essais et mélanges sociologiques*, Paris, Masson, 1895.

Parce qu'elle tend ainsi à empêcher de vraiment sanctionner, la responsabilité subjective, qui prend en compte les intentions et le ressenti du criminel, loin d'être la forme pure de la responsabilité, comme on est immédiatement tenté de le croire, en représente plutôt l'impasse, pour Paul Fauconnet, qui parlait en regard d'une responsabilité objective. Être responsable selon lui revenait simplement à être capable de supporter une sanction car l'important est qu'il y ait sanction (*La responsabilité*, 1920⁹⁴).

A contrario, pour un courant dit « de la réaction sociale » - qui correspond à un état d'esprit beaucoup trop général pour être ramené à un seul courant de pensée - s'il y a faute derrière les crimes, c'est d'abord la faute de la société, à laquelle doit être imputée la délinquance. Tandis que la clémence sera réclamée pour les criminels, voir – encore une fois – le pardon, en considérant qu'au gré des circonstances sociales chacun est en puissance un criminel, comme dans le film d'André Cayatte *Nous sommes tous des assassins* (1952).

A l'extrême, le droit n'étant plus vu que comme l'alibi d'un pouvoir injuste ou établi, les criminels qui le défient et en subissent les sanctions pourront parfois être vus comme des révoltés, des héros *politiques* – des traits que certains prêtèrent par exemple en France à Jacques Mesrine. Des traits qui ne paraissent pas avoir participé de la popularité que purent recueillir certains bandits défiant l'autorité comme Cartouche au XVIII^e siècle mais qui caractériseront plus tard le Karl Moore de Schiller et d'autres criminels redresseurs de torts et justiciers, invitant à regarder la société comme à l'envers, à l'origine de bien des rêveries révolutionnaires (voir notamment 1. 7. 7. dans le cas de Netchaïev).

Pourtant, hors de la littérature, subissant une sorte de dégradation égotiste, cette attitude de révolte contre la société produira surtout des criminels sans passion ni idéal et même sans véritable intention coupable. Des assassins sans vrai mobile et ne paraissant soucieux que de réclamer, à travers leurs crimes, le moyen d'exister pleinement en prenant violemment la société à témoin et en accédant à une sorte de victimisation supérieure. Ainsi certains groupuscules terroristes (voir 1. 7.). Ainsi le meurtrier de John Lennon ou encore Andrew Cunanan ayant assassiné presque par hasard le couturier Gianni Versace en 1997⁹⁵. Ainsi Lacenaire.

Pierre-François Lacenaire (1803-1836) eut une courte vie de criminel médiocre, commettant des assassinats sordides. Mais il fit de son procès une tribune et, rencontrant une vive sympathie dans l'opinion publique, il transforma sa prison en salon. Il réclama lui-même la mort, voulant une exécution éclatante - à Paris et non en province. En prison, il écrivit ses mémoires, se campant comme un rebelle face à la société, sensible au

⁹⁴ Paris, Alcan, 1920.

⁹⁵ Voir G. Montana *Trois mois de fièvre*, 1999, trad. fr. Paris, Phébus, 2005.

sort des pauvres et voulant saper l'édifice social (*Mémoires et autres écrits*, 1836⁹⁶). Lacenaire bâtit son propre mythe ainsi et cette démarche reste singulière, comme s'il n'avait pu trouver que dans sa condamnation à mort la vraie dimension de son existence, celle-ci consistant en l'exhibition d'une singularité morbide. Lacenaire, ainsi, eut soin de se donner un destin littéraire, seul capable de sauver une vie abjecte. A ce titre, il inspirera Stendhal (Valbayre) et Dostoïevski (Raskolnikov). Il apparaîtra dans *Les enfants du paradis* (1945) de Marcel Carné. A la fin du XIX^e siècle, il influencera des anarchistes comme Emile Henry. Se réclamant de lui, Lucien Morisset, clerc de notaire, fit feu sur plusieurs passants à Tours en juin 1881.

Pour Michel Foucault, Lacenaire incarne le type même du délinquant que la justice pénale voulait produire au début du XIX^e siècle. Une génération plus tôt, Lacenaire aurait sans doute été un révolutionnaire. Il finira comme un criminel assujéti aux lois pénales, offrant ainsi au pouvoir la figure d'un personnage rassurant, écrit Foucault. Peut-être Lacenaire a-t-il surtout découvert quelle tribune narcissique offre une justice rendue au nom de la société tout entière. Est-ce propre à l'époque moderne cependant ? On peut, notait déjà Aristote, tenter de tuer le monarque pour la seule gloire et se satisfaire d'une mort immédiate - ainsi Dion contre Denys – même si cela n'entre pas facilement dans l'esprit (*Politique*, 1312a⁹⁷).

*

Stigmatisation et délinquance.

Dès lors que la justice pénale n'est plus vue comme regardant le règlement de litiges entre particuliers mais a trait à la délinquance, qui est un phénomène de société, elle ne peut plus seulement punir mais doit prendre en considération les causes de la criminalité, en veillant à ne pas en renforcer les effets. Sous cette perspective, la délinquance sera particulièrement vue comme la réaction d'individus exclus de la société, ou se situant dans ses classes les plus exploitées, aux valeurs des groupes dominants, ressenties comme arbitraires et répressives. Le premier pas dans la délinquance, soulignera-t-on ainsi, correspond aux traits défavorables dont souffrent certains groupes d'individus et qui jettent sur eux a priori un discrédit profond – ces « stigmates », comme les nomme Erwin Goffman (*Stigmates*, 1963⁹⁸). Une « stigmatisation » qui est depuis passée dans le langage courant.

Dans la mesure où certaines populations passent a priori pour malhonnêtes, délictueuses ou dangereuses, ceux qui appartiennent à ces populations peuvent être identifiés comme délinquants sans avoir transgressé aucune norme. Et si les individus, ainsi stigmatisés, s'approprient cette identité négative, la délinquance s'ouvre à eux comme une véritable carrière⁹⁹. L'incivilité des exclus est conforme à l'image négative dont ils font l'objet et qui

⁹⁶ Paris, Corti, 1991. Sur Lacenaire, voir F. Foucart *Lacenaire, l'assassin démythifié*, Paris, Perrin, 1993.

⁹⁷ trad. fr. Paris, Vrin, 1962.

⁹⁸ trad. fr. Paris, Minuit, 1975.

⁹⁹ Voir H. Becker *Outsiders*, 1963, trad. Fr. Paris, Métailié, 1985.

confortent les préjugés en retour, souligne-t-on¹⁰⁰. Le problème est qu'on ne peut alors défendre les uns qu'en accusant les autres – ce qui, dans le cas où c'est l'ordre social qui est mis ainsi en accusation, peut également permettre de se sentir différent et meilleur que ceux avec lesquels on vit en prenant la défense des exclus ; comme si, encore une fois, il s'agissait avant tout d'échapper à toute culpabilité, la vanité n'étant pas absente d'une telle motivation.

Quoi qu'il en soit, on quitte alors le champ d'une justice civile limitée à la punition d'actes susceptibles de saper la vie en commun pour entrer dans celui d'une justice politique attachée à compenser ou à redresser les inégalités sociales. Ainsi entendit-on, face aux jeunes sortants de l'École nationale de la magistrature en 1974, le magistrat Oswald Baudot, membre du Syndicat de la magistrature, prononcer une harangue à ses collègues se terminant par ces mots : « Soyez partiaux. Pour maintenir la balance entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, qui ne pèsent pas d'un même poids, il faut que vous la fassiez un peu pencher d'un côté. C'est la tradition capétienne. Examinez toujours où sont le fort et le faible, qui ne se confondent pas nécessairement avec le délinquant et sa victime. Ayez un préjugé favorable pour la femme contre le mari, pour l'enfant contre le père, pour le débiteur contre le créancier, pour l'ouvrier contre le patron, pour l'écrasé contre la compagnie d'assurance de l'écraseur, pour le malade contre la sécurité sociale, pour le voleur contre la police, pour le plaideur contre la justice. ». Le ministre de la Justice de l'époque voulut faire sanctionner l'auteur de ces lignes mais renonça devant le soutien que lui apportèrent ses collègues.

Une telle revendication de partialité et de mépris de la loi ne pouvait évidemment manquer de susciter de nombreuses réactions – des juges affirment tranquillement qu'ils seront partiaux et rendront une justice « politique » ne dépendant que de leurs propres convictions - mais ce discours suit simplement la logique d'une justice rendue au nom de la société et seule sa candeur est réellement surprenante ; ainsi que sa référence - très étonnante dans le cadre d'une prise de parole politiquement de gauche mais tout à fait appropriée d'un point de vue historique - à la justice royale. Car se présenter comme les défenseurs des faibles fut effectivement une posture qu'affectèrent les capétiens à partir de Louis VI et que saint Louis incarna plus que quiconque. A sa mort, Philippe Auguste recommanda à son fils de protéger les pauvres et les peuples contre l'insolence des orgueilleux – les deux doigts que lèvent souvent les rois de France dans leurs représentations symbolisent la raison et la charité. Il n'est pas surprenant dès lors de retrouver dans le discours ci-dessus les clichés les plus petit-bourgeois et traditionnels (la femme est forcément victime, le débiteur aussi, etc.), pas

¹⁰⁰ Voir N. Elias & J. L. Scotson *Logiques de l'exclusion*, 1965, trad. fr. Paris, Fayard, 1998.

très loin des images d'Epinal (le voleur au grand cœur, le patron avec gibus et cigare, ...) et qui expriment une sensibilité sans doute peu éloignée de celle de nombreux jurys de notables aux siècles précédents¹⁰¹.

On a également situé la racine de la délinquance dans un phénomène d'acculturation, correspondant au choc de deux cultures pour un individu : celle de sa classe d'origine et celle des classes supérieures auxquelles il ne parvient pas à accéder mais dont il s'approprie les valeurs¹⁰². L'école, dès lors, parce qu'elle est par excellence le lieu d'une telle confrontation, serait l'un des principaux foyers de délinquance ! Par ailleurs, ce phénomène d'acculturation n'est pas propre aux classes sociales les plus faibles seulement mais les concerne toutes et peut se développer au sein de chacune. Ainsi a-t-on suggéré que le développement de divers types d'escroquerie financière était le reflet de l'inadaptation sociale de larges fragments de la classe moyenne, incapables de satisfaire par leurs seuls moyens aux valeurs de leur groupe¹⁰³. Pour Robert Merton, les comportements s'écartant des normes résultent d'un décalage existant entre aspirations et moyens légitimes pour les réaliser. Prolongeant cette explication, Richard Cloward et Lloyd Ohlin rendent ainsi compte de la formation des gangs, dans des sociétés où tout le monde a de plus en plus les mêmes aspirations, tandis que les possibilités de les réaliser sont inégalement distribuées (*Delinquency and opportunity. A theory of delinquent gangs*, 1961¹⁰⁴).

Au total, s'imposera durablement l'idée que la lutte contre la délinquance doit reposer bien davantage sur la prévention, pour couper le mal à sa racine, que sur la punition. Parce que tout tient aux liens que les délinquants ont établis avec le groupe social, leur faute est l'issue d'une situation inextricable qu'ils subissent. Il n'y a donc rien de leur part à expier. Il ne s'agit que de prévenir la réalisation du délit en insérant mieux les délinquants en puissance et en réinsérant les délinquants effectifs. Dès après la Seconde guerre mondiale, en France, le mouvement de la « Défense sociale nouvelle », dont le principal représentant était le juriste Marc Ancel, parlait ainsi du devoir de prévenir le crime par des mesures sociales et plaidait pour une déjuridicisation de la justice.

Déjà l'Ordonnance du 2 février 1945, définissant un droit pénal spécial pour les mineurs, donnait clairement la priorité à l'éducation sur la répression. Parce que l'enfant ne devait pas être vu comme un délinquant, sa détention provisoire était interdite avant 13 ans et réservée aux seuls auteurs de crimes de 13 à 16

¹⁰¹ Notables que sont souvent devenus d'ailleurs, à travers leurs promotions, nombre de membres « enrégés » du Syndicat de la magistrature ! Voir H. Lehman *Soyez partiaux !*, Paris, Cerf, 2022.

¹⁰² Voir A. K. Cohen *Deviance and control*, New Jersey, Prentice-Hall Inc., 1966.

¹⁰³ Voir A. Davidovitch « L'escroquerie et l'émission de chèques sans provision à Paris et dans le Département de la Seine. Enquête de sociologie criminelle » *L'année sociologique*, 1957, pp. 3-130.

¹⁰⁴ London, Routledge & Kegan, 1961.

ans. Des juges pour enfants étaient créés. Au vu de la multiplication impressionnante des classements sans suite d'affaires impliquant des mineurs qui en suivit, on a dit que cette Ordonnance avait entériné l'idée que les jeunes sont forcément des victimes. L'Ordonnance n'exclue pas la répression cependant et, à partir des années 90, le nombre de mineurs condamnés a nettement augmenté.

On a beaucoup dit que ce mouvement de « réaction sociale » aura correspondu à un optimisme daté et désormais déplacé, celui des années de croissance d'après-guerre, des Trente Glorieuses. On en rencontre pourtant bien des éléments tout au long du XIX^e siècle, chez Victor Hugo par exemple (la figure de Jean Valjean) et c'est un sentiment que de nombreux jurys de notables devaient sans doute partager. On lui a également beaucoup reproché de s'être traduit par un laxisme pénal généralisé, inspiré par des partis pris idéalistes ou gauchistes voyant dans chaque délinquant une victime. Il convient pourtant de souligner que la mise en cause de la société dans la responsabilité de la délinquance était tout à fait logique, nous l'avons vu, dans le cadre d'une justice rendue au nom de la société. De sorte que cette mise en cause aura été déterminante et durable : de nos jours, il semblerait assez inimaginable de proposer un programme pénal fondé sur la pure répression, sans efforts de prévention et d'assistance aux délinquants et à ceux qui pourraient le devenir – ce n'est pas que de tels efforts se soient montrés particulièrement concluants ; c'est que l'idée de justice désormais les réclame ! Ainsi, une assistance thérapeutique a été développée, qu'en France le Code pénal de 1994 notamment a entérinée. Ainsi tentera-t-on aussi bien de définir des programmes de réparation visant à provoquer une prise de conscience chez les délinquants¹⁰⁵. Car ceux-ci, admet-on, n'appréhendant pas leur propre violence, semblent incapables de faire face aux conséquences de leurs actes¹⁰⁶.

Ce recours à des thérapies individuelles n'avait pourtant rien d'évident ; il ne participait pas des principes posant qu'essentiellement jugé pour son impact social le crime doit être sanctionné sans prise en compte de la personnalité du coupable. De fait, la médicalisation des sanctions pénales fut d'abord vertement dénoncée – ainsi Anthony Burgess dans *L'Orange mécanique* (1962¹⁰⁷). Elle s'est néanmoins imposée et au total *une même perspective relativisant le sens de la faute et invitant à prendre en considération la situation criminogène subie par les délinquants aura conduit à dénoncer la stigmatisation dont ces derniers font l'objet, en même temps qu'à mettre au premier plan leur personnalité et la nécessité de la réformer, c'est-à-dire de la soigner !*

¹⁰⁵ Voir E. A. Ziegenhagen *Victims, crime and social control*, New York, Praeger Publisher, 1977.

¹⁰⁶ Voir S. Schwartz & D. Boodell *Dreams from the Monster Factory*, Scribner, 2009.

Foucault et ses émules devineront là une intention dissimulée de normalisation et de contrôle, qu'il n'est même pas besoin de soupçonner néanmoins si l'on comprend que la justice pénale est rendue du point de vue ni des victimes ni des délinquants mais de la société dans son ensemble. Dès lors, les délinquants ne seront pas sévèrement ou pas forcément punis dans la mesure où l'on reconnaîtra que leurs fautes ne dépendent pas vraiment d'eux. Ils n'en seront pas quittes pour autant. Pour endiguer la délinquance, on voudra changer la société mais le plus simple sera de changer, de soigner les délinquants. La normalisation s'imposera ainsi d'abord par commodité et avec les meilleures intentions du monde : il s'agit de soigner, d'aider. L'étape suivante, inévitable, qui consiste à contrôler tout le monde d'une manière de plus en plus constante et envahissante, qui se met en place sous nos yeux avec le développement des outils digitaux (voir 4. 3. 16.), répond aux mêmes « généreuses » intentions.

Du point de vue de la société, les singularités individuelles ne comptent pas. Chacun doit s'adapter, comme tout le monde. C'est à ce constat qu'aboutira le principe de personnalisation des peines. Qui commença à être revendiqué avec la critique des premiers centres pénitentiaires.

*

4. 3. 23.

L'insuffisante prise en compte de la personnalité des criminels fut d'abord exprimée à travers la critique des nouveaux centres d'emprisonnement.

Au début du XIX^e siècle, nous l'avons vu, un nouveau système pénitentiaire vit le jour dans plusieurs pays, fondé sur le principe de l'emprisonnement cellulaire individuel (qui ne fut néanmoins véritablement posé en France qu'en 1875 et qui semble n'y avoir jamais été pleinement respecté – ce qui est toujours loin d'être le cas aujourd'hui, quoique le principe ait été à nouveau affirmé en 2009).

Chaque prisonnier était à l'isolement strict dans un double but d'expiation – en France, le Code pénal de 1810 insista sur le caractère de châtement de l'emprisonnement – et de moralisation par le recueillement. La prison devint ainsi un lieu définitivement clos, alors qu'elle se visitait comme tout lieu public auparavant (c'est encore le cas dans certains pays, comme la prison San Pedro de La Paz, en Bolivie) et tandis qu'enfants, femmes et hommes étaient enfermés dans les mêmes espaces, en famille. L'emprisonnement devait éduquer les prisonniers pour les réformer. Il devait amener les condamnés à mieux calculer la relation de

¹⁰⁷ trad. fr. Paris, Pocket, 1994.

leurs actes à leur sanction. Or il n'est pas de possibilité de repentir dans le bruit et le tumulte, affirmait Jeremy Bentham, qui s'attacha à tracer les plans d'une prison modèle, qu'en la commentant longuement Michel Foucault a rendue célèbre : le Panoptique (*Panoptique. Mémoire présenté à l'Assemblée nationale, 1791*¹⁰⁸).

Bentham n'invente pas le Panoptique, qui aurait été déjà conçu par un obscur architecte français, Pierre-Gabriel Bugniet (ou Bugnet), dont les projets passèrent inaperçus en France mais seront remarqués par Jefferson. Les premières prisons panoptiques seront créées aux Etats-Unis (la première en France sera créée à la Petite-Roquette en 1836 pour les enfants délinquants).



Le Panoptique est une prison circulaire, composée de cellules individuelles dont les grilles, d'un côté, donnent sur une cour intérieure au milieu de laquelle est installé un poste de garde à partir duquel on peut voir tout ce qui se passe dans chaque cellule sans être vu. Les gardiens, ainsi, sont « maîtres de tout ce qui peut arriver ». Tandis que les condamnés, à être sans cesse observés, doivent « perdre la puissance de faire le mal et presque la pensée de le vouloir ». Plusieurs prisons seront construites selon un principe approchant.

Pourtant, Bentham reconnaît que l'encellulement individuel pose au moins deux importants problèmes : il est cher et peut pousser les détenus au désespoir. De fait, en Grande-Bretagne notamment, le *solitary confinement*, excluant même le travail, verra vite se multiplier les cas de suicide et d'aliénation.

Dans la prison modèle de Pentonville (1842), dans la banlieue londonienne, les prisonniers portaient des masques pour ne pas se reconnaître lorsqu'ils étaient ensemble. Dans la chapelle, des stalles interdisaient tout contact. Dans les cellules, les fenêtres étaient assez hautes pour ne pas permettre de voir l'extérieur.

En France, le Code pénal de 1810 supprimera l'isolement total. Aux USA seront mises en place des formules associant encellulement et travail (Philadelphie) ou l'isolement de nuit

¹⁰⁸ Paris, De l'Imprimerie nationale, 1791. Voir H. Dreyfus & P. Rabinow *op. cit.*, p. 270 et sq.

seulement (Auburn). Formules tout aussi inutiles dans la plupart des cas, estimera Guillaume-Marie-André Ferrus ; contestant qu'une même peine puisse valoir pour tous les condamnés et s'attachant à dresser à cet égard une classification des criminels en vue de leur traitement différencié en prison (*Des prisonniers, de l'emprisonnement et des prisons*, 1850¹⁰⁹).

Les exemples américains furent connus en France à travers le rapport que produiront Alexis de Tocqueville et Gustave de Beaumont après leurs missions d'études de 1831 et de 1836 aux Etats-Unis et qui aura un fort impact¹¹⁰. Les remarques de Ferrus avaient déjà été formulées par bien d'autres auteurs ainsi, comme Alphonse Bérenger (*Des moyens propres à généraliser en France le système pénitentiaire*, 1836¹¹¹).

Au XX^e siècle, le principe de l'isolement pénitentiaire reviendra, avec les mêmes effets que ceux signalés ci-dessus ; dans les années 1970 en France notamment avec les quartiers de haute sécurité pour les prisonniers réputés dangereux ou présentant de forts risques d'évasion, instaurés dans le contexte d'une réforme visant l'assouplissement des conditions carcérales (ils seront supprimés en 1981).

Ferrus reproche essentiellement au nouveau système pénal d'apprécier peu et mal la perversité réelle des condamnés et donc, tout à la fois, leur propension à récidiver, ainsi que l'impact réel que le régime pénitentiaire aura sur eux : certains ne supporteront pas l'isolement, d'autres s'y fortifieront. Ce reproche traversera tout le siècle. On le retrouvera notamment chez les criminologues de la fin du XIX^e. Pour Raffaele Garofalo, ainsi, ce qui importe et ce que l'on ne fait pas, c'est de cerner la cohérence de l'acte criminel avec certains caractères de l'agent. D'où il suit qu'il faut considérer que l'acte n'est pas un phénomène isolé mais plutôt le symptôme d'une anomalie morale, qu'il faut particulièrement considérer pour définir une peine adéquate (*La criminologie*, 1888, p. 70¹¹²). Ce faisant, la personnalité des délinquants sera mise au premier plan dans les problématiques pénales et elle sera jugée d'autant plus déterminante qu'on croira découvrir que certains délinquants sont des criminels-nés.

On découvrira ainsi le « tueur en série » : Joseph Vacher, arrêté en 1897, fut en France l'un des premiers à être décrit comme tel. A travers des caractères n'ayant pas beaucoup changé de nos jours et faisant de lui le symbole même de la perversité criminelle nécessaire, irrésistible, sinon innée. Vacher invoqua la folie pour échapper à la guillotine mais fut « démasqué » par Alexandre Lacassagne, dont nous parlerons ci-après¹¹³.

Contrairement à ce qu'indique Michel Foucault, ce ne sont ni le dressage des conduites, ni la discipline des corps qui s'imposeront dans le traitement du crime mais la

¹⁰⁹ Paris, Germer-Baillière, 1830.

¹¹⁰ Voir A. de Tocqueville *Œuvres complètes IV*, Paris, Pléiade Gallimard, 1984.

¹¹¹ Paris, Imprimerie royale, 1836.

¹¹² trad. fr. Paris, Alcan, 1890.

psychologisation des criminels. Cela, Foucault l'a d'ailleurs mis en avant, en pointant très justement que le pouvoir ici va prendre la forme d'un savoir. On voudra mieux connaître les criminels qu'ils n'en sont capables eux-mêmes et, pour cela, on voudra mettre en place un système de surveillance de plus en plus vaste. Foucault néglige néanmoins de souligner que cette orientation se développera au nom des meilleures intentions, pour la société comme pour les criminels. Et ceci jusqu'à nos jours ! Car cette orientation est loin d'avoir disparu. En fait, appuyée sur les technologies digitales, elle est sans doute plus forte que jamais. De sorte qu'il faut être attentif aux théories qu'elle suscita, comme celle du criminel-né.

*

*Lombroso. Le criminel-né*¹¹⁴.

On prête traditionnellement un nez tordu aux voleurs, un regard louche aux criminels. Le XIX^e aura tendance à croire que ce sont là des caractères que l'observation scientifique valide et qui témoignent que la criminalité est comme naturelle à certains individus, dépendante de leur constitution. Un disciple de Gall (voir 4. 3. I B), le docteur Hubert Lauvergne, logeait par exemple le penchant à la criminalité dans un développement exagéré du cervelet, qu'il disait avoir pu également constater chez les "sauvages" (*Les forçats*, 1841¹¹⁵).

Ainsi, lorsque parut *L'homme criminel* de Cesare Lombroso (1876¹¹⁶), on s'était déjà assez largement convaincu que nul n'échappe à la tyrannie de son organisation. Or Lombroso montrait justement que le crime n'est pas un phénomène uniquement social mais qu'il appartient à la nature - Lombroso l'étudie chez les plantes (carnivores !), chez les animaux - et qu'il est inscrit à ce titre dans la constitution physique, ce que certains indices trahissent : voleurs et homicides, affirme-t-il, sont plus grands que la moyenne. Les pédérastes, eux, ont les cheveux longs et bouclés. Les assassins et voleurs par effraction ont les cheveux noirs et crépus, le nez aquilin et crochu, de puissantes mâchoires - bien des traits qu'on retrouvera exactement chez Jacques Lantier, le héros de *La bête humaine* (1890¹¹⁷) de Zola, qui éprouve le besoin de tuer sans nécessité ni justification et voit resurgir en lui l'homme primitif. Les

¹¹³ Voir D. Starr *The Killer of little Shepherds. A true crime story and the birth of forensic Science*, A. Knopf, 2010.

¹¹⁴ Voir particulièrement P. Darmon *Médecins et assassins à la Belle Epoque*, Paris, Seuil, 1989.

¹¹⁵ Paris, Baillière, 1841.

¹¹⁶ trad. fr. Paris, Alcan, 1897.

¹¹⁷ Paris, GF Flammarion, 1992. Zola aurait également été marqué par le *Traité philosophique et physiologique de l'hérédité naturelle* de Prosper Lucas (2 volumes, Paris, J-B. Baillière, 1847-1850).

criminels sont majoritairement imberbes et gauchers. Ils résistent mieux que les gens normaux à la douleur - Lombroso le vérifie à l'aide d'un algomètre. Une seule goutte de nitrite d'anhydre provoque une rougeur sur la peau d'un honnête homme ; plusieurs ne font rien chez de nombreux criminels, lesquels sont donc comme protégés de la honte (sic !).

Lombroso n'explique pas le crime par des déterminants physiques. Il constate simplement que certains traits physiques ont une fréquence plus forte chez certains groupes de criminels que dans l'ensemble de la population. Ce ne sont donc qu'autant d'indices, même si certains parmi eux indiquent déjà une explication : voleurs et homicides ont une envergure (longueur des bras étendus à l'horizontale rapportée à la taille) plus importante que la moyenne. Ce trait les rapproche des grands primates et suggère un phénomène dégénératif.

A partir d'une étude publiée dans la revue *Nature* en 1965, on croira avoir reconnu un chromosome surnuméraire Y chez les déficients mentaux et les délinquants, le « chromosome du crime ». Cela ne sera réfuté qu'en 1976.

Lombroso fait ainsi des criminels une race ou une espèce à part, ou plutôt une sorte d'option humaine, une variété, liée à un processus de dégénérescence marqué par un arrêt du développement moral au stade infantile et en deçà par une régression aux origines de l'humanité : le comportement de la prostituée nous renvoie à la promiscuité de la horde humaine originelle (*La femme criminelle et la prostituée*, 1895¹¹⁸). Un processus de dégénérescence dont le génie, selon Lombroso, n'est d'ailleurs qu'un cas particulier - et de produire la physionomie crétineuse de Socrate et de Darwin, le prognathisme de Machiavel, etc. (*L'homme de génie*, 1888¹¹⁹).

Lombroso élabore finalement une typologie des criminels par ordre d'enracinement du crime dans leur nature : le criminel né, aliéné, passionnel, d'habitude, d'occasion. Chaque type appelle selon Lombroso un traitement pénal différent, sachant que l'élimination s'impose pour les criminels nés et d'habitude irrécupérables. Il semble que ces idées influenceront la loi de mai 1885, demandant la relégation (le bagne) pour les « malfaiteurs de profession ». Car rejoignant ou influençant les idées de bien d'autres auteurs, comme Enrico Ferri, Prosper Despine ou Henry Maudsley, les idées de Lombroso rencontreront un vif succès¹²⁰ – sauf peut-être en Grande-Bretagne, constatera (pour le déplorer) Havelock Ellis (*The criminal*, 1890¹²¹).

¹¹⁸ trad. fr. Grenoble, J. Millon, 1991.

¹¹⁹ trad. fr. Paris, Alcan, 1889.

¹²⁰ Voir L. Mucchielli *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994.

¹²¹ New York, AMS Press, 1972.

Certes, comme cela avait été le cas pour la phrénologie (voir 4. 3. I B), le succès des idées de Lombroso ne correspondit guère à des constatations empiriques incontestables. Lesquelles se révélèrent en l'occurrence plus que douteuses. Mais l'on voulait croire. Gabriel Tarde relève bien ainsi que 60% des criminels ne présentent aucun des traits caractéristiques que Lombroso leur prête. Mais il affirme que chaque type caractérisé de criminel n'en représente pas moins « une vérité abstraite certes mais une réalité profonde », invitant à chercher au-delà de l'individu le vrai principe et la vraie portée de ses actes (*La criminalité comparée*, 1886¹²²). L'homme criminel, affirme Tarde, est caractérisé par l'imprudence, l'imprévoyance et le retard du développement moral. Il est resté à un stade primitif de l'évolution humaine, comme en témoignent ses longs bras de quadrumane (un caractère qui est « hors de doute » pour Tarde) ou le fait que la femme criminelle présente nombre de traits masculins (sachant que le progrès en civilisation, assure Tarde, s'accompagne d'une différence croissante des deux sexes). Le criminel par nature est proche du sauvage en ceci. Mais il est de bons sauvages ! Le criminel est donc un monstre. Cependant il ne ressemble pas à l'aliéné – Tarde reproche à Lombroso de l'avoir cru.

Bien avant ce dernier, le rapprochement des criminels et des aliénés avait été fait par les fondateurs de la psychiatrie moderne au début du XIX^e siècle, dont notamment Jean-Etienne Esquirol, qui plaidaient en ce sens pour un traitement hospitalier des criminels en remplacement de la répression pénale.

Mais si la criminalité est ainsi de nature chez certains individus, cela condamne-t-il au fatalisme ? Les criminels paraissant incurables, puisque le crime est pour eux un acte nécessaire, commandé par leur nature et non volontaire, doivent-ils être purement et simplement éliminés ? On oppose souvent à Lombroso ou à Garofalo, des criminologues comme Tarde, Henri Joly (*Le crime*, 1888¹²³) ou Alexandre Lacassagne (*Précis de médecine judiciaire*, 1878¹²⁴) qui auraient plutôt souligné l'influence du milieu sur le crime – les sociétés ont les criminels qu'elles méritent, disait Lacassagne. Il n'est pas de crime sans l'influence d'un certain milieu, exactement comme un microbe ne se développe pas sans un bouillon de culture. Ces constats s'appuyaient sur des études statistiques menées dès le début du siècle. André-Michel Guerry s'était ainsi attaché à mettre en tables de nombreux facteurs sociaux susceptibles d'agir sur la criminalité : sexe, âge, saisons, instructions, naissances

¹²² Paris, Alcan, 1886.

¹²³ Paris, Cerf, 1888.

¹²⁴ 2^e ed., Paris, Masson, 1878.

illégitimes, ... (*Statistique comparée de l'état de l'instruction et du nombre des crimes, 1832*¹²⁵ & *Essai sur la statistique morale de la France, 1833*¹²⁶).

Cependant, il n'y avait alors pas d'opposition entre hérédité et milieu : chaque homme est déterminé par des causes endogènes et exogènes (son milieu), souligne Enrico Ferri (*La sociologie criminelle, 1892*¹²⁷). Garofalo, aussi bien, reconnaissait tout à fait l'influence du milieu. Le criminel n'agit que sous certaines conditions intellectuelles et morales, de sorte que nous ne sommes pas condamnés au fatalisme : la prison peut le modifier si elle est adaptée à son tempérament, soutient Garofalo, comme déjà Ferrus.

En fait on croyait d'autant plus à l'influence du milieu qu'on tenait celui-ci pour directement responsable de la production de criminels par nature, en un temps qui était convaincu que la société était atteinte par un large phénomène de dégénérescence que, l'un des premiers, Bénédic Morel avait diagnostiqué (*Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine, 1857*¹²⁸). L'espèce humaine, affirme Morel, se perpétue selon un type humain normal qui, sous l'influence de nocivités diverses et dépendantes du milieu (climat, sol, maladie, alimentation, intoxications), est sans cesse menacé de dégénérer. Ces nocivités sont aussi bien pathologiques (tuberculose, syphilis), écologiques (crétinisme goitreux par manque d'iode) que sociales (paupérisme, débauche, alcoolisme). Et *leurs effets sont héréditaires*, selon le principe communément admis à l'époque de l'hérédité des caractères acquis (voir 3. 2. 7.). Les sociétés modernes se caractérisent ainsi par la production d'un grand nombre de tarés, dont le portrait par Morel - qui annonce beaucoup celui du criminel-né de Lombroso - accumule les malformations du crâne, des oreilles, les asymétries faciales, etc.

Grand admirateur et continuateur de Gall (comme le sera également Lacassagne), Morel s'intéresse beaucoup aux crânes.

Ces idées, reprises par Valentin Magnan - qui définit le dégénéré comme celui qui est de moins en moins capable de s'adapter (*De l'alcoolisme, 1874*¹²⁹ ; *Hérédité et alcoolisme, 1889*¹³⁰) - rencontreront un vif succès populaire¹³¹. Malgré plusieurs essais de réfutation, comme celui de Paul Broca, qui démontrait le caractère infondé de l'opinion, largement

¹²⁵ Paris, Everat, 1832.

¹²⁶ Paris, Hachette, 1971.

¹²⁷ trad. fr. Paris, A. Rousseau, 1893.

¹²⁸ Paris, Hachette, 1975.

¹²⁹ Paris, A. Delahaye, 1874.

¹³⁰ Paris, Hachette, 1975.

¹³¹ Voir D. Pick *Faces of degeneration*, Cambridge University Press, 1989.

partagée alors, selon laquelle l'armée française avait été obligée d'abaisser la taille réglementaire des conscrits tant ces derniers étaient de plus en plus infirmes et rabougris (*Sur la prétendue dégénérescence de la population française*, 1867¹³²). Mais l'âge de l'essor industriel voulait se croire décadent et dégénéré. Beaucoup d'intellectuels et d'artistes rejetèrent de la sorte l'avènement d'une bourgeoisie de plus en plus large et aisée.

Ainsi l'influence du milieu pouvait-elle être soulignée en même temps que l'hérédité de la nature criminelle, dont il importait au premier chef de tenir compte en matière pénale. Garofalo critique donc sévèrement le principe beccarien de la proportionnalité des peines à la gravité des délits et non à la personnalité des criminels. La protection des individus qu'on met en avant pour le justifier ne correspond qu'à la faiblesse de la loi, écrit-il. Les condamnations devraient au moins être d'autant plus fortes que tel type de crime est plus répandu. Or il se passe exactement l'inverse avec les jurys d'assise, qui ont tendance à regarder un genre de crime comme d'autant moins important qu'il est plus fréquent. La peine doit répondre à la nature, c'est-à-dire à la perversité réelle, des criminels – car la misère n'y peut rien, estime Garofalo. Le crime est dans toutes les classes. Pour Tarde, le criminel en puissance peut être repéré dès l'enfance à partir de certains traits physiques (oreilles à anses, crâne aplati, front fuyant).

*

Il ne faudrait surtout pas croire qu'il s'agit là de vieilleries, ni d'approches complètement dépassées. L'idée de détecter les enfants particulièrement violents dès 36 mois est revenue en France en 2005. Pour certains, le crime est un dysfonctionnement neurologique sur lequel l'individu criminel n'a guère de prise¹³³. D'autres prétendent de nos jours être capables de détecter les criminels par leur toucher de clavier d'ordinateur, comme si leur tendance au crime était inscrite à leur insu dans leurs actes. On établit dans les prisons américaines des tables de prédiction du comportement des délinquants, classés selon leur dangerosité. On s'attache désormais à détecter les terroristes potentiels. En France, les récentes lois antiterroristes ont introduit la notion de délit d'intention criminelle. En observant les comportements, notamment la fréquentation de certains sites internet, il s'agit de déceler les intentions criminelles et de prévenir les passages à l'acte. Dans les villes, de même, on installe des caméras de surveillance « intelligentes ». Dans une foule, elles repèrent les

¹³² Paris, Imprimerie Martinet, 1867.

¹³³ Voir par exemple D. Eagleman *Incognito : les vies secrètes du cerveau* (2011, trad. fr. Paris, Laffont, 2013).

individus anormalement immobiles ou au contraire agités. Il ne s'agit donc plus de sanctionner une culpabilité mais de détecter une dangerosité – avec la perspective, à travers un système de surveillance permanente, de supprimer la criminalité à la racine, comme dans le film de Steven Spielberg *Minority Report* (2002), inspiré d'une nouvelle de Philip K. Dick, on peut prédire les crimes qui vont être commis.

Au bout de leur logique, de telles approches changeront complètement les principes de justice qui existent aujourd'hui. Mais leur développement est tout à fait logique. Dès lors que la notion de faute devient relative et dès lors que les actes délictueux sont prioritairement référés, plutôt qu'à la responsabilité de ceux qui les commettent, à leur personnalité ou à l'influence de leur milieu, il serait ridicule et injustifiable d'attendre que des crimes soient commis. L'erreur, en revanche, serait de croire que cette approche s'accompagnera nécessairement d'une répression accrue. En fait, l'approche est tout à fait contraire. La prise en compte de la personnalité des délinquants ne peut qu'amener à rejeter toute sanction automatique et strictement punitive. Elle relativise nécessairement la faute, qu'elle tente de comprendre dans son contexte. Or tout jugement devient difficile dès lors que la faute paraît relative et ne semble plus vraiment justifier la dureté d'une sanction. De sorte que *l'idéal d'une telle approche est qu'il n'y ait plus véritablement de sanctions à prononcer. C'est sans doute à ce compte qu'il s'imposera, pour remplacer en large partie le système judiciaire par une surveillance généralisée, ainsi que par la prise en charge thérapeutique des « déviants »*. Cela peut paraître chimérique aujourd'hui mais cela le paraîtra moins dès lors qu'on nous promettra qu'avec le Big Data (voir 4. 3. 1. & 4. 3. 16.) et l'intelligence artificielle, la technologie sera à même de prévoir les comportements individuels. Qui n'estimera pas humain alors d'apporter un soutien thérapeutique aux criminels en puissance ? Nous l'avons vu plus haut, d'abord fortement dénoncée – notamment parce qu'elle était appliquée aux dissidents en URSS - la médicalisation des sanctions pénales s'est facilement imposée.

*

En 2008, une « rétention de sûreté » a été introduite dans la loi française – avec une étonnante facilité, au sein de l'opinion - qui prévoit l'enfermement indéfini, au-delà de leur peine légale, des criminels jugés « particulièrement dangereux ». Une telle disposition réintroduit dans le droit pénal un principe d'élimination sociale, de relégation, sous la perspective d'un traitement personnalisé extrême des sanctions, car ici la nature du criminel,

sa propension à récidiver importent seules. Le prisonnier ne sera pas retenu en prison pour ce qu'il a fait mais pour ce que l'on estime qu'il pourrait faire. Une telle disposition a donc quelque chose de tout à fait choquant. En fait, elle nie les principes mêmes d'un Etat de droit et sa généralisation en tant que principe représenterait une menace très grave sur les libertés. Pour autant, son adoption suscita peu de contestation. Le gouvernement présenta cette mesure comme limitée aux condamnés pédophiles, de sorte que les partis d'opposition craignirent s'ils la critiquaient – compte tenu de la manière dont l'information est désormais traitée par les médias – de paraître faire peu de cas de la pédophilie ! Cette rétention de sûreté fut ensuite rapidement étendue à tous les criminels condamnés à plus de quinze ans de prison, de sorte que sa généralisation en-deçà de cette limite n'est pas du tout unimaginable. D'autant qu'une telle mesure, nous venons de le voir, ne serait pas sans logique. On peut en effet considérer le crime dans sa dimension sociale avant tout et, nous l'avons vu, c'est ainsi que la justice pénale moderne le considère. Il paraîtra alors essentiellement un dysfonctionnement, un écueil de l'organisation sociale plutôt qu'une simple affaire entre personnes et il semblera qu'agir pour l'éradiquer demande à ce que la société agisse d'abord sur elle-même.

Il est cependant un constat qui s'oppose à cette conclusion : la répression pénale ne semble pas en voie de diminution, au contraire.

Le retour actuel de la répression ?

Dans les années 80, surtout et d'abord aux Etats-Unis, on est allé vers un alourdissement des peines, ainsi que vers un fort développement de l'emprisonnement – aujourd'hui, un prisonnier sur quatre dans le monde est américain¹³⁴. Dans les années 90, on a pu estimer que les incarcérations étaient devenues si importantes aux Etats-Unis qu'elles contribuaient significativement à baisser le taux de chômage¹³⁵.

En France, aussi bien, l'irresponsabilité pénale, qui concernait 5% des condamnations pour crime dans les années 70, tomba à 0,5% au milieu des années 80. Plus récemment, le taux de réponse pénale (taux d'affaires effectivement poursuivies) est passé, notamment sous l'effet de procédures simplifiées, de 67,3% en 2001 à 80,4% en 2006. Et ceci alors que toutes les formes de contentieux, en première instance, en appel, en cassation, en matière judiciaire ou administrative, ont doublé ou triplé ces quinze dernières années¹³⁶. En 2001, 336 000 gardes à vue furent prononcées et 577 000 en 2008. En 2017, on comptait en France 78 700 personnes écrouées, dont 68 400 détenus. Depuis

¹³⁴ Voir A.-M. Cusac *Cruel and unusual. The culture of punishment in America*, Yale University Press, 2009.

¹³⁵ Voir B. Western & K. Beckett "How unregulated is the US labor market? The penal system as a labor market institution" *American Journal of Sociology* 104 (4), 1999, pp. 1030-1060.

¹³⁶ Le nombre de magistrats a augmenté d'un tiers entre 1993 et 2007 mais la France en compte encore 2,5 fois moins par habitants que l'Allemagne.

1980, ces chiffres ont quasiment doublé. On passe en moyenne 9 mois en prison, instruction comprise, aujourd'hui contre 4,5 mois en 1980. Les Etats-Unis et la France (mais non tous les pays occidentaux) sont aujourd'hui marqués par une surpopulation carcérale, exposée à des conditions de détentions déplorables¹³⁷ et connaissant des taux de récidive élevés (2/3 des détenus dans les trois ans suivant leur libération aux Etats-Unis¹³⁸).

A l'origine de ces évolutions : une montée de la petite délinquance (les longues peines ne représentent qu'1,7% de la population carcérale), avec la part croissante des mineurs à l'origine des délits (30% du total mais 42% des violences physiques crapuleuses), dont 12% de mineurs interpellés ayant moins de 13 ans. Avec des statistiques souvent discutées – selon les partis-pris politiques – on serait passé de 2 millions de crimes et délits en 1977 à 4 millions dès 2001 ; de 99 000 atteintes aux personnes à 280 000. A quoi il faut ajouter des particularismes nationaux assez surprenants, comme l'emprisonnement ou non des femmes (10% de la population carcérale aux Etats-Unis, 6% en Allemagne et 3,5% en France).

Toutefois, dans un pays comme la France, l'histoire de la justice a été constamment traversée par des phases de durcissement - ainsi la peine de mort commença-t-elle à être plus souvent prononcée au XVI^e siècle, pour ne refluer que vers le milieu du XVII^e. A la fin du Moyen Age, en effet, les Etats généraux demandèrent une justice plus sévère et des peines que des dédommagements pécuniaires ne puissent plus facilement racheter. Par ailleurs, au cours des deux derniers siècles, on verra le pouvoir exécutif, non sans démagogie souvent, s'en prendre assez régulièrement au « laxisme » des tribunaux : à la fin du XIX^e siècle, le Parquet avait tendance à correctionnaliser les crimes pour éviter les jurys et l'on reproche aujourd'hui aux tribunaux les mêmes acquittements « indus » qu'au XIX^e siècle.

Au-delà, il reste difficile de corréliser les phases de durcissement de l'emprisonnement à des vagues de recrudescence de la délinquance – tant la perception que l'on peut avoir de celle-ci peut être différente de sa réalité chiffrée – aussi bien que de lier la délinquance à des cycles économiques¹³⁹. A partir des années 1940, dans les pays occidentaux – et alors même que deviendra comme un véritable dogme l'idée selon laquelle la délinquance n'a pas d'autres causes qu'économiques - l'évolution de la criminalité cesse d'évoluer avec celle du chômage. Au cours des années 50, l'augmentation de la criminalité suit celle du Produit intérieur brut et elle s'affirme pendant quinze ans, avec une forte accélération entre 1968 et 1972, en dehors de toute crise économique. Elle ralentit à partir de 1975, deux ans après le premier choc pétrolier et repart dans les années 80. On assiste alors à la montée d'une délinquance d'appropriation et d'ostentation (blousons, autoradios, etc.), ainsi que d'opportunité (vols à l'étalage de cosmétiques, articles de

¹³⁷ Voir L. Wacquant *Les prisons de la misère*, Paris, Liber, 1999 & A. Chauvenet, F. Orlic & C. Rostaing *La violence carcérale en question*, Paris, PUF, 2008. Le taux d'occupation des maisons d'arrêt en France atteint 139% (200% en Ile-de-France) contre une moyenne de 93,7% en Europe. Il n'a pas été prévu de mutualiser les capacités carcérales au sein de l'Union européenne. Toutefois, les Pays-Bas, dont les prisons étaient encombrées dans les années 90 et qui disposent d'un tiers de places libres aujourd'hui, en louent à la Belgique et à la Norvège.

¹³⁸ Sur les chances réelles de réinsertion aux Etats-Unis, voir B. Western *Homeward. Life in the year after prison*, Russell Sage Foundation, 2018.

sport, etc. dans les grandes surfaces). Ces délits n'étant généralement pas poursuivis par les services de police, les particuliers et les commerces s'équipent pour se protéger – en 1985, les Français dépensent pour leur protection personnelle le double qu'en 1980 ; dès les années 90 les emplois de gardiennage privé représentaient 2,6% de la population active, bien plus que les forces de police – et la progression de cette délinquance stagne vers le milieu des années 80. Mais on a dit que la protection des domiciles et véhicules, imposée par les assureurs, était à l'origine de la hausse des agressions directes sur les personnes (vols de téléphones mobiles notamment) constatée au début des années 2000. Au cours de ces dernières apparurent également des crimes « gratuits » d'une ampleur jusqu'ici inconnue, dont on ne comprend même pas les motifs et qui semblent relever d'une malveillance pure. Destruction informatique (virus), cyber-harcèlement sur internet (momo-challenges, etc.) et menaces massives (attaques de courrier à l'anthrax, épingles glissées dans des fraises en Australie, ...).

Au total, même si ces chiffres ne traduisent pour certains observateurs qu'une hausse des plaintes déposées et non des crimes, on aura assisté dans tous les pays développés (sauf la Suisse et le Japon), à une baisse des atteintes aux biens (ce qui pourrait être lié à une absence de déclarations) et à une hausse des violences sur les personnes. Par ailleurs, la baisse des crimes de sang est une tendance de long terme : on estime que la France du XVI^e connaissait un taux de 100 à 150 homicides pour cent mille habitants, contre 4 homicides pour cent mille habitants en 2003. Certains y voient l'indice que l'humanité est de moins en moins violente¹⁴⁰.

Dès lors, le « climat » pénal actuel amène-t-il à reconsidérer le constat d'une évolution allant vers un constant amoindrissement des peines ? En fait, si l'on s'en tient aux intentions affichées, l'histoire de la justice pénale n'est qu'un constant durcissement, tant il est rare d'entendre un législateur annoncer que désormais les crimes seront moins punis ! Au-delà, il semble qu'on assiste surtout de nos jours à une pénalisation plus forte de simples délits, à rebours de l'évolution constatée au cours des décennies d'après-guerre. On a souvent cité, à cet égard, le « théorème de la vitre brisée » : dans un lieu public, une vitre est brisée. Si elle n'est pas remplacée, bientôt toutes les autres vitres le seront également¹⁴¹. Ainsi une infraction, même minime, si elle n'est pas sanctionnée, risque d'en susciter d'autres, plus conséquentes. En s'inspirant notamment de ce principe, il semble qu'une ville comme New York soit effectivement parvenue à faire baisser sa criminalité¹⁴². Toutefois, bien d'autres phénomènes doivent également être pris en compte (coûts immobiliers susceptibles de modifier considérablement le profil des populations urbaines, mesures de sécurité plus fortes prises par les particuliers, ...). Par ailleurs, si davantage de peines sont prononcées, sont-elles également appliquées ? Qu'il s'agisse de leur durée réelle (aménagement des peines, liberté conditionnelle, introduite en France en 1885, libération sur parole aux Etats-Unis, ...) ou tout simplement de leur réalité. En France, 25% des amendes ne seraient jamais

¹³⁹ Voir notamment M. Cusson *Croissance et décroissance du crime*, Paris, PUF, 1990 & A. Bauer *Géographie de la France criminelle*, Paris, O. Jacob, 2006.

¹⁴⁰ Voir S. Pinker *La part d'ange en nous : histoire de la violence et son déclin*, 2011, trad. fr. Paris, Les Arènes, 2017

¹⁴¹ L'idée fut énoncée par James Q. Wilson et George L. Kelling dans un article de 1982. Voir B. Harcourt *L'illusion de l'ordre*, Paris, Descartes et Cie, 2006.

recouvrées et 20% des peines de prison non exécutées. Ce point fait l'objet de débats selon les orientations idéologiques. Il reste qu'un syndicat de police a pu récemment *menacer* de rendre publiques les peines qui sont réellement appliquées en France !

Au total, il est assez difficile de se prononcer sur la réalité de criminalité et de sa répression dans un pays comme la France aujourd'hui, ce qui est assez inquiétant. Les partis-pris idéologiques que la question soulève sont devenus si forts qu'il paraît tout à fait illusoire d'attendre qu'un constat simple puisse être largement partagé – ce qui amène à se demander ce que recouvre désormais l'idée de justice, nous y reviendrons. En attendant, entre une idéalisation du passé qui pousse à croire que nous vivons dans un état de violence sans précédent (en 1920, Chicago comptait déjà 1 300 gangs) et un refus de reconnaître une anarchisation sociale rampante, il est devenu assez envisageable que les normes se multiplient, avec une pénalisation toujours plus forte des comportements comme nous l'avons vu¹⁴³, en même temps que s'installe une situation où, comme dans de nombreux pays pauvres, échapper aux menaces d'une violence de plus en plus susceptible de se produire dans la vie quotidienne, relève d'un privilège. *Sans qu'il s'agisse là d'une dérive mais plutôt d'une conséquence des principes qui prévalent en matière de droit pénal.*

4. 3. 24.

Deux principes déterminants du droit pénal.

Deux principes semblent avoir joué un rôle déterminant dans l'évolution de la justice pénale : l'appréhension sociale des crimes et le principe de la personnalisation des peines, s'exerçant tant pour leur détermination (prise en compte de circonstances atténuantes, etc.) que pour leur application (aménagement du temps de détention en fonction des progrès en réhabilitation).

De nos jours, le principe de la personnalisation de la peine est plus que jamais la pierre angulaire du droit pénal français, souligne-t-on¹⁴⁴. Elle correspond à une latitude de jugement plus large reconnue aux juges, qui avec le principe d'aménagement des peines, décident de ces dernières et non plus la loi. Alors que les minimums de peine ont été supprimés en 1994 et qu'il n'est donc plus besoin de circonstances atténuantes légalement parlant ; alors qu'il n'est plus requis que le juge motive sa décision en correctionnelle (sauf lorsqu'il décide d'une peine de prison ferme), l'appréciation de la personnalité du délinquant telle qu'estimée notamment par le recours à des experts psychiatriques, passe au premier plan – alors même que la fragilité du concept de personnalité peut en l'occurrence être soulignée¹⁴⁵ ; en même temps que la capacité à développer en ce domaine des analyses différant beaucoup du sens

¹⁴² Voir F. E. Zimring *The city that became safe*, Oxford University Press, 2011.

¹⁴³ Un auteur s'est amusé à imaginer quel traitement judiciaire seraient aujourd'hui susceptibles d'encourir les protagonistes de *La guerre des boutons* ! Voir B. Rothé *Lebrac, trois mois de prison*, Paris, Seuil, 2009.

¹⁴⁴ Voir B. Garnot *Histoire de la justice en France XVI^e-XXI^e siècles*, Paris, Gallimard, 2009.

¹⁴⁵ Voir les Actes du Colloque Unité et interdisciplinarité en psychologie *Revue de psychologie appliquée*, 1981, pp. 77-161.

commun sous un verni scientifique¹⁴⁶. Car le risque bien entendu est celui d'une justice rendue « à la tête du client » - ce que le pouvoir politique aura voulu plusieurs fois corriger, estimant que les petits délinquants bénéficiaient de la part des juges d'une bienveillance indue, quand patrons et élites étaient au contraire traités impitoyablement à ses yeux.

De là une réintroduction de peines plancher, pour les récidives par exemple (2007, supprimées depuis), ainsi que la remise en cause de la fonction de juge d'instruction, dont les « impressions » et la conviction personnelle peuvent peser beaucoup. Sachant que la fonction du juge d'instruction, mi-policier et mi-magistrat, a, pour cette raison, toujours suscité des réserves – dans *Splendeur et misère des courtisanes* (1838-1847¹⁴⁷), Balzac souligne déjà la morgue par rapport aux justiciables ainsi que la complaisance face à sa hiérarchie de ce personnage qui ne trouve pas d'équivalent dans plusieurs grands pays voisins. A travers ses mémoires, l'avocat pénaliste Henri Leclerc décrit encore des juges d'instruction convaincus d'emblée et comme de principe de la culpabilité des prévenus et pour qui la relaxe ou l'acquittement seraient vécus comme des échecs personnels (*La parole et l'action*, 2017, p. 84¹⁴⁸).

Quoi qu'il en soit, si l'on retient les deux principes distingués ci-dessus : appréhension des crimes sous leur dimension sociale et personnalisation des peines, l'origine du droit pénal français n'est pas la Révolution mais remonte en fait à la formation de l'Etat monarchique et au passage à un système pénal inquisitoire.

*

Le système inquisitoire et l'arbitraire des peines.

On distingue deux principales voies de rendre la justice : le système accusatoire et le système inquisitoire. Dans le système accusatoire, le rôle majeur est joué par un particulier qui saisit la justice par voie de plainte. Le procès est alors un duel contradictoire et public entre deux parties et le juge ou le jury finit par trancher. Dans la Rome républicaine, l'accusation pouvait ainsi être le fait de n'importe quel particulier, même s'il n'était pas directement lésé. L'accusation était un ministère public que n'importe quel citoyen pouvait remplir – non sans risques néanmoins : si l'accusateur était incapable de prouver ce qu'il avançait, il pouvait subir la même peine que l'accusé aurait encouru s'il avait été reconnu coupable. On a pu souligner qu'aller en justice, ainsi, apparaissait comme un ultime recours, favorisant l'arrangement des parties entre elles pour éviter le tribunal.

¹⁴⁶ Voir M. de Bonis *Personnalité et expertise psychiatrique*, Paris, PUF, 1984.

¹⁴⁷ Paris, GF Flammarion, 2006.

¹⁴⁸ Paris, Fayard, 2017. Voir aussi, p. 160, le jeune avocat général qui (lorsque la peine de mort existait encore) demandait la tête d'un prévenu « pour voir ce que ça fait ».

Rome n'avait pas de police. C'était aux citoyens de trouver les coupables des actes qui les offensaient et de les trainer en justice. Le juge confiait le procès à un jury et décidait sur quoi ce dernier devait délibérer et le type de sentence qu'il devait rendre. C'était alors aux particuliers d'exécuter la sentence, quitte à retenir le criminel chez soi ou quitte à prendre la foule à partie pour se venger, se faire rembourser – le libertarien Robert Nozick, aspirant à un monde sans Etat, a reposé la question d'un droit de chacun à punir (*Anarchie, Etat et utopie*, 1974, p. 172 et sq.¹⁴⁹). S'ils voulaient faire valoir leurs droits, en d'autres termes, les citoyens romains devaient être les clients d'un patron suffisamment riche pour appliquer les décisions de justice ou décider même de l'issue du procès, la corruption des tribunaux romains étant, à l'époque, légendaire.

Dans le système inquisitoire, en revanche, le procès est ouvert sur l'initiative d'un magistrat représentant la communauté et donc nommé par l'Etat, même si aucune plainte n'a été déposée. La partie lésée peut prétendre à une réparation du dommage subi mais elle passe au second plan. Le crime est jugé d'abord au point de vue de la société tout entière. Tout acte de violence porte atteinte à la société et lèse même ceux qui ne sont pas intéressés dans l'affaire, écrivait déjà Démosthène. Voilà pourquoi, dans l'action publique en outrage, la loi autorise n'importe qui à déposer une plainte publique et laisse à l'Etat le bénéfice de la condamnation. Le châtiment du coupable donne à sa victime une pleine satisfaction et elle n'a pas à réclamer une indemnité (*Contre Midias*, 347 av. JC¹⁵⁰).

Alors que la procédure accusatoire poursuit des investigations sur la base d'une accusation, en laissant juges ou jurés trancher ensuite en confrontant les enquêtes de la défense et de l'accusation lors du procès, la procédure inquisitoire cherche à établir la vérité avant le procès en enquêtant « à charge et à décharge », ce qui en France fait du juge d'instruction, chargé de l'enquête, à la fois celui qui tout à la fois doit confondre le présumé coupable et veiller à la garantie de ses droits, ce qui est source de confusions possibles (emprisonnement préventif pour faire « craquer » l'accusé par exemple, qui n'est cependant pas décidé par le juge d'instruction lui-même mais par un juge des libertés et de la détention) et régulièrement dénoncées – le problème tenant surtout au fait que, quoique présumé innocent, quiconque est mis en examen est médiatiquement et socialement présumé coupable ! Le fossé entre les principes et la réalité vécue de la justice est incroyablement profond.

Le droit anglo-saxon est demeuré plus proche du système accusatoire – de fait, le recours en justice fut par principe (et en principe) gratuit dès l'Ancien Régime en France, quand les frais de poursuites furent longtemps à la charge des plaignants en Angleterre. En

¹⁴⁹ trad. fr. Paris, PUF, 1988.

¹⁵⁰ in *Plaidoyers politiques II*, trad. fr. Paris, Les Belles Lettres, 1959.

France, très influencé par le droit canonique et venant d'Italie – mais on croira surtout le puiser dans le droit romain, sur la base de textes datés pour l'essentiel du Bas-Empire¹⁵¹ - le système inquisitoire se mettra en place à partir du XIII^e siècle, notamment à travers une ordonnance (1258) de Saint-Louis, avec qui la justice devient la fonction royale par excellence, inséparable de l'émergence de l'Etat. Pour toute sentence rendue, il devint possible d'en appeler à la justice du roi, tandis que tous les crimes graves, nommés « cas royaux », durent être déferés à des juges royaux. Le ministère public apparut alors avec les procureurs, garants des intérêts du roi et de la paix publique dans chaque procès.

Une véritable hiérarchisation des crimes n'intervint néanmoins pas avant le XVI^e siècle. Dans son Procès civil et criminel (1618¹⁵²), Claude Le Brun de la Rochette divise les crimes en quatre catégories différentes mais ne les distingue pas encore des délits.

A travers la définition d'une procédure pénale inquisitoire, la justice sera identifiée à la défense de l'ordre public, lequel imposera ainsi ses fins propres, distinctes de celles des intérêts privés et même parfois opposées. Les particuliers ont intérêt à ce que justice soit faite dans les meilleurs délais. L'ordre public préfère attendre lui que les passions s'apaisent. Il n'est pas gêné qu'un jugement soit rendu dix ans après les faits. Les particuliers veulent voir réparer l'injustice qu'ils estiment avoir subie. L'ordre public, lui, veut la paix sociale et l'arrêt de la vengeance, à laquelle il ne voudra finalement plus que la peine soit assimilée – c'est surtout sur ce point que les principes beccariens marqueront un tournant.

En Castille au XIII^e siècle, note Marc Bloch, pour qu'une vengeance exercée sur le meurtrier d'un proche ne puisse être imputée à crime, il suffisait d'avoir un lien de parenté même vague (un trisaïeul commun) avec la victime (*La société féodale*, 1939, p. 203¹⁵³). Dans les faits, les actes de vengeance se maintiendront longtemps, d'autant plus qu'ils s'appuyaient sur les anciens droits coutumiers¹⁵⁴. Loin que la vengeance soit impulsive et déréglée, en effet, sa visibilité sociale est essentielle et elle adopte souvent des règles très contraignantes et précises¹⁵⁵ – on peut songer à cet égard au *kanun* albanais décrit par Ismail Kadaré (*Avril brisé*, 1936¹⁵⁶). Dans ces conditions, la crainte de susciter la vengeance commande un impératif : il ne faut pas que les victimes aient un jour des vengeurs. Cela précipite des massacres collectifs. Il faut éteindre les lignées, les noms.

¹⁵¹ Les compilations de Théodose II (408-450) - le Code théodosien sera un modèle pour le droit public – et de Justinien (527-565) : les *Institutes*, le *Code*, le *Digeste* et les *Novelles*. Le *Digeste* n'est pas un code mais un recueil de décisions de droit privé dont on tentera de déduire les règles de droit.

¹⁵² Rouen, C. Malassis, 1661.

¹⁵³ Paris, A. Michel, 1968.

¹⁵⁴ Voir par exemple sur la « faide », la vendetta au Moyen Age, D. Barthélmy *Chevaliers et miracles. La violence et le sacré dans la société féodale*, Paris, Colin, 2004.

¹⁵⁵ Voir particulièrement les quatre volumes sur *La vengeance* de R. Verdier (Paris, Cujas, 1981-1986 pour les 3 premiers et Autrement, 2004, pour le quatrième).

¹⁵⁶ trad. fr. Paris, Livre de poche, 1983.

Quant à la personnalisation des peines, le principe prévalait sous l'Ancien Régime que « toutes peines sont arbitraires », c'est-à-dire laissées à la discrétion du juge quant à leur nature et leur degré. En pratique, peu de juges s'écartaient des coutumes établies selon les types de délits et le terme « arbitraire » n'avait pas son sens péjoratif actuel. Il indiquait seulement que le juge arbitre les peines - gagnant ainsi une latitude considérable par rapport aux peines coutumières. Ce principe, copié d'abord d'Italie, fut inséparable de l'affirmation de la justice royale dans tout le royaume, du XIII^e au XVIII^e siècle, qui promut des idées nouvelles, influencées du droit canonique à partir du IV^e Concile de Latran et posant notamment qu'il n'est pas de faute punissable qui n'ait été volontaire.

L'arbitraire des juges était « réglé ». D'abord, le principe ne s'appliquait pas s'il y avait mort d'homme. Ensuite, la conviction du juge ne pouvait se substituer à l'absence de preuves objectives et complètes. A défaut de celles-ci, il restait l'aveu du coupable et ainsi un système strict de preuves légales, conçu pour protéger les prévenus, fit que l'on eut recours à la torture de manière de plus en plus fréquente et non sans contradiction puisque tout accusé était présumé innocent (toute preuve incombait à l'accusation, comme dans le droit romain). Toute proportion gardée, la pratique de la garde à vue en France se heurte à la même contradiction (d'où la demande que l'avocat puisse y être présent). Lorsque l'usage de la « question » fut plus rare, l'intime conviction du juge d'instruction fut reconnue comme suffisamment forte pour remplacer le système de preuves et put dès lors prévaloir pratiquement seule¹⁵⁷.

En France, *l'arbitraire des peines, correspondant bien entendu à la personnalisation des sanctions, fut donc inséparable de la constitution d'une justice d'Etat, elle-même marquée par l'adoption d'une procédure inquisitoire.* L'orientation de la justice pénale jusqu'à nos jours s'est décidée là. Et une insistance particulière a notamment été portée à obtenir l'aveu des coupables. Ce qui s'est traduit par différents dispositifs et notamment le recours à la torture, nous venons de le voir. Dès lors que le crime lèse la société et que le juge représente l'Etat, ce dernier ne peut mieux souhaiter que la confession de tout prévenu. Alors que dans le cadre d'une procédure accusatoire le juge organise une confrontation contradictoire des parties, seule une reconnaissance de culpabilité peut achever une procédure inquisitoire – c'est sans doute le but véritable de l'instruction, qui ne peut s'achever que dès lors que le juge estime avoir sondé suffisamment le prévenu. En ce sens, les expertises médicales et psychiatriques participent également de la procédure d'aveu et peuvent même se substituer à ce dernier.

Les aveux sont-ils cependant aussi simples à considérer qu'il peut paraître ? En 1932, lorsque le nouveau-né de Charles Lindbergh fut enlevé aux Etats-Unis, plus de 200 personnes

se rendirent spontanément à la police en s'accusant du crime ! En 2008, en Suède, reprenant l'enquête ayant abouti à la condamnation du pire *serial killer* que le pays ait connu, reconnu coupable de 8 meurtres et en ayant confessé 33, un journaliste put se rendre compte que rien ne tenait ! Le détenu sera finalement acquitté en 2014¹⁵⁸.

Mythomane, impressionné par les tueurs en série intelligents du cinéma, le détenu s'était composé un rôle qui satisfait tout le monde et notamment les psychologues qui accueillirent ses pseudo-aveux à bras ouverts dès lors qu'ils confortaient leur conviction que tout criminel a d'abord été une victime et qu'il reproduit à une autre échelle des abus subis enfant. Soucieux d'avoir quelque chose à raconter aux psychologues, ravi qu'on s'intéresse à lui et qu'on lui donne de nombreux médicaments qui le droguaient littéralement, le détenu sut ainsi fort bien répondre à une psychologie fondée sur la relation d'objet pour laquelle tout se joue au cours des premières années d'enfance. Invention de souvenirs, qu'on considéra refoulés, troubles dissociatifs de la personnalité qui permettent d'expliquer tout et son contraire, le détenu avouera au total bien plus de crimes qu'on ne lui demandait et la justice se persuadera qu'elle détenait des preuves très tangibles, malgré d'évidentes absurdités, que ne contestera pas l'avocat qui, avec tout ce qu'avouait son client, tenait l'affaire de sa carrière. Au total, les aveux ont empêché la justice de faire son travail, conclut le journaliste qui reprit l'affaire¹⁵⁹.

L'aveu suit également le principe de la personnalisation des peines et il est alors comme la condition d'un pardon. Sous la perspective ouverte sous l'Ancien Régime par l'appel à la justice royale ainsi qu'à la grâce du roi au sommet du droit, que la Révolution allait nettement renforcer à travers les notions de réhabilitation et de réformation des criminels. Car tel fut l'apport le plus important de la Révolution au droit pénal que de lui confier une mission de civilisation, qu'Albert Camus énonce très bien : si le meurtre est dans la nature de l'homme, écrit-il, la loi n'est pas faite pour imiter ou reproduire cette nature. Elle est faite pour la corriger. Il fallait cette perspective pour que l'abolition de la peine de mort soit largement réclamée ; ce qui n'intervint guère avant le XVIII^e siècle.

L'abolition de la peine de mort.

Aujourd'hui, 138 Etats sur les 198 que rassemblent les Nations Unies ont supprimé la peine de mort. Les Etats-Unis font exception mais en leur sein 15 Etats sur 50 l'ont néanmoins abolie, les sondages indiquant qu'une majorité d'Américains sont attachés à son maintien. Historiquement, la peine de mort n'a été supprimée que tardivement ; en France, ainsi, en 1981 (la dernière exécution eut lieu en 1977 et la dernière condamnation fut prononcée en 1980), plus tardivement que dans la plupart des autres pays d'Europe et dans un contexte où une large majorité de l'opinion lui restait

¹⁵⁷ Voir A. Laingui *La responsabilité pénale dans l'ancien droit, XVI^e-XVIII^e siècles*, Paris, LGDJ, 1970.

¹⁵⁸ Voir H. Rastam *L'affaire Thomas Quick*, 2012, trad. fr. Paris, Denoël, 2014.

¹⁵⁹ Voir sur ce point S. Kassin & al. « Police-induced confessions: risk factors and recommendations » *Law & Human Behavior*, 34, 2010, pp. 3-38 & S. Kassin « Why confessions trump innocence » *American psychologist* 67, 2012, pp. 431-445.

favorable – ce n'est qu'à partir de 1999 que son rétablissement n'a plus rallié une majorité de l'opinion dans les sondages.

La peine de mort fut peut-être abolie en Chine en 747 et pendant 12 ans par l'Empereur Xuanzong¹⁶⁰ mais cela n'est pas sûr, de sorte que le premier exemple historique certain d'abolition fut initié par le Grand Duc Pierre-Léopold de Toscane en 1786 (cette mesure sera néanmoins suspendue dès 1790). Son frère, l'empereur d'Autriche Joseph II, accordait déjà systématiquement sa grâce depuis 1781. Les premières législations entièrement abolitionnistes apparaitront ensuite aux USA (Michigan, 1846). En France, des débats passionnés en 1791, comptant notamment Robespierre parmi les abolitionnistes, n'aboutirent qu'à réduire à 37 les 144 types de crimes passibles de mort de l'Ancien Régime¹⁶¹.

Pour tous les abolitionnistes, la première référence était alors Beccaria – Victor Hugo se réclamera encore de lui. Pourtant, Beccaria ne plaide pas pour la totale suppression de la peine de mort. Il veut surtout montrer que celle-ci n'est pas un droit mais l'acte de guerre d'une nation contre un citoyen, de sorte qu'elle peut être légitime si cet individu représente une réelle menace ou si son exécution est le meilleur moyen de dissuasion face à un crime. Rousseau déjà avait considéré que soumis à la peine de mort, un individu n'est pas exécuté comme citoyen mais comme ennemi (*Contrat social*, 1762, II chap. 7¹⁶²). Beccaria met la peine de mort hors la loi, montrant qu'elle ne peut relever du droit pénal dans la mesure où ce dernier repose sur un contrat social, car au nom de quelle délégation de souveraineté quiconque aurait-il pu concéder à d'autres le droit de le tuer ? L'argument se comprend pleinement si l'on se souvient que l'on condamnait alors le suicide : personne n'a pu déléguer à quiconque un droit de le tuer dont il ne dispose pas vis-à-vis de lui-même ! (voir sur ce thème : 4. 3. 43.).

L'argument cependant est fragile, Kant le relèvera. Car à ce compte qui a bien pu concéder le droit à quiconque de lui faire du mal en le punissant ? Personne ne subit une peine parce qu'il l'a voulue ou bien chacun est le propre juge de sa peine et peut faire valoir qu'il accepte la prison mais pas le bannissement ou le contraire, etc. (*Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, 1796, § 49 E¹⁶³). L'argument est fragile mais c'est pourtant le plus *juridiquement* consistant de tous ceux qu'on opposera longtemps à la peine de mort !

*

Parmi ces arguments, souvent très éclectiques¹⁶⁴, l'un des plus constants sera de souligner l'inefficacité de la peine de mort, qui n'a jamais fait baisser le crime et dont l'exemplarité est douteuse – d'autant plus que les exécutions ne sont plus publiques (en France depuis 1939), note

¹⁶⁰ Voir C. Benn *China's Golden Age*, Oxford University Press, 2004.

¹⁶¹ Voir S. Costa *La peine de mort, de Voltaire à Badinter*, Paris, Flammarion, 2001.

¹⁶² *Œuvres complètes*, 4 volumes, Paris, Pléiade Gallimard, 1959-1969.

¹⁶³ *Œuvres philosophiques III*, trad. fr. Paris, Pléiade Gallimard, 1986.

¹⁶⁴ Voir particulièrement C. Lucas *Du système pénal et du système répressif en général et de la peine de mort en particulier* (Paris, Chartes-Béchet, 1827), qui présente 27 arguments contre la peine de mort.

Albert Camus (*Réflexions sur la guillotine*, 1957¹⁶⁵). Ce constat semble incontestable : en termes de prévention du crime la peine de mort paraît bien inutile¹⁶⁶. Pourtant que vaut l'argument ? Si l'utilité de la peine de mort était attestée, celle-ci serait-elle légitime ? Est-ce ainsi que l'on peut fonder la justice ? Raisonner ainsi, souligne Kant, c'est faire de l'homme un simple moyen pour l'ordre social. C'est lui dénier tout droit propre.

On peut également soutenir que la peine de mort ne permet (bien entendu) aucune réinsertion du condamné. Mais si elle est remplacée par la prison à perpétuité ? Il faudrait également revenir sur cette dernière modalité pénale, ce que les abolitionnistes ont pourtant rarement demandé clairement. Beccaria parle d'un « esclavage perpétuel » et précise que cela recouvre toute la vie du criminel – une mesure qu'il juge plus terrible et de plus grand effet donc sur les esprits que la mort ! Camus demande également que la peine capitale soit remplacée par les travaux forcés, « à perpétuité pour les criminels jugés irréductibles, à terme pour les autres ». On a même imaginé, qu'au lieu d'être exécutés, les condamnés à mort soient regroupés dans une ville où, à travers une organisation sociale à l'antique, on les civiliserait¹⁶⁷.

Finalement, en fait d'arguments, les abolitionnistes mettront plutôt en exergue l'horreur de la mise à mort. Ainsi Hugo (*Le dernier jour d'un condamné*, 1827¹⁶⁸). Ainsi Camus, rapportant l'écœurement que la vue d'une exécution provoqua chez son père et entrant dans le détail des modalités de la mise à mort. Assistant à une exécution, George Orwell voit le condamné conduit à l'échafaud éviter de marcher dans une flaque d'eau : je vis alors le mystère, l'injustice indicible qu'il y a à faucher une vie en pleine sève, écrit-il (*Une pendaison*, 1931¹⁶⁹).

Kant rejetait de même toute torture faisant de l'humanité un objet d'horreur. Mais le degré d'horreur doit-il en l'occurrence décider de la chose ? De manière surprenante, Camus n'est pas loin de l'admettre : un anesthésique pourrait assurer l'élimination, si l'on y tient, en apportant un peu de décence là où il n'y a aujourd'hui qu'une sordide et obscène exhibition, écrit-il. J'indique ce compromis, ajoute Camus, « dans la mesure où il faut parfois désespérer de voir la sagesse et la vraie civilisation s'imposer aux responsables de notre avenir » ...

Certes, l'exécution est une dégoûtante boucherie, un outrage infligé à la personne et au corps de l'homme. Mais un drame ne prouve rien, rappellera-t-on contre Hugo. Tandis que toute dramatisation autorise en l'occurrence bien des formules aussi grandiloquentes que fragiles. Dire comme Hugo qu'avec la peine de mort la société se permet de faire de sang-froid ce qu'elle reproche à l'accusé d'avoir fait est aussi subtil que de reprocher à un pays de répondre par les armes à un autre qui l'attaque, lui faisant ainsi délibérément ce qu'il refuse qu'on lui fasse ! Bien que la formule soit fréquemment reprise, parler comme Camus de « meurtre légal » n'a pas grand sens. Quand la justice condamne à payer des dommages, est-ce un « vol légal » ? Si la justice est

¹⁶⁵ A. Camus et A. Koestler *Réflexions sur la peine capitale*, 1957, Paris, Gallimard, 2002.

¹⁶⁶ Certains ont néanmoins voulu statistiquement démontrer l'effet dissuasif de la peine de mort. Voir notamment I. Ehrlich « The deterrent effect of capital punishment: a question of life and death » *American Economic Review* 65, juin 1975, pp. 397-417. L'article fut contesté.

¹⁶⁷ Voir P-S. Ballanche *La ville des expiations*, posthume 1907, Presses universitaires de Lyon, 1981.

¹⁶⁸ Paris, Gallimard, 2000.

¹⁶⁹ *Essais, articles, lettres I*, trad. fr. Paris, Ivrea, 1995. Sur les exécutions elles-mêmes, voir A. Carol *Au pied de l'échafaud. Une histoire sensible de l'exécution*, Paris, Belin, 2017.

hors-la-loi, quelle est la loi qui permet de juger la justice ? Mais cette formule n'a pas beaucoup moins de sens que celle posant qu'il n'y aura pas de paix durable tant que la mort ne sera pas mise hors-la-loi.

Finalement, le pardon sera invoqué. Hugo demande que l'on traite par la charité le mal que l'on traite par la colère et que la croix soit substituée au gibet. Jaurès demandera de même qu'on revienne ainsi au vrai christianisme. Maurice Barrès lui objectera que l'Évangile et l'Église laissent la société se défendre elle-même ! Hugo rejette la loi du talion comme vieille et inintelligente, un reste des pénalités sauvages. Pour Kant, même la grâce des condamnés bafoue la justice (Beccaria lui aussi la rejetait). Pour Kant, seule la loi du talion peut fixer la qualité et la quantité des peines – si tu tues, tu te tues toi-même. Deux arguments opposés ? Peut-être pas. Kant raisonne d'un point de vue juridique et veut répondre à la question de savoir ce que rachète une peine et ce qui la justifie donc. Tandis que le point de vue de Victor Hugo est moral, au-delà de ce que veut et pose le droit.

Dans une société, tous ses membres peuvent ne pas avoir les mêmes droits. Dès lors, le meurtre de l'un par un autre peut n'exposer le coupable qu'à une peine faible comparée à la perte de la vie qu'il a causée – dans l'Antiquité, un homme libre qui tuait un esclave pouvait ainsi ne s'exposer qu'à verser une compensation financière. Mais si tous les membres d'une société ont les mêmes droits fondamentaux, un crime demande à ce que sa victime, même si elle est morte, soit comme restaurée dans ses droits. Sans quoi, la sanction créera comme une inégalité de droits, comme si tous les justiciables n'en bénéficiaient pas et l'on se souciera de protéger la vie d'un individu qui en a lui-même détruit une ou plusieurs. En ce sens, la loi du talion, loin de relever de quelque barbarie est un principe juridique très logique. Et parce que la peine doit être proportionnée au dommage causé, beaucoup d'abolitionnistes ont proposé de remplacer la peine de mort par un emprisonnement à perpétuité. De même, sans contradiction, beaucoup de personnes peuvent être tout à la fois opposées à la peine de mort, sans pouvoir envisager qu'un meurtrier particulièrement odieux – le cas se pose par exemple pour l'assassin pédophile belge Marc Dutroux – soit un jour remis en liberté.

Toutefois, si l'on envisage ainsi une détention définitive, pourquoi au juste éviter la mise à mort ? Cela ne peut relever que d'un impératif religieux (« Tu ne tueras point ! »), moral ou civilisationnel. On peut également considérer qu'il n'y a pas d'égalité juridique entre les vivants et les morts et qu'il ne convient donc pas d'ajouter une mort à une autre, qui de toute manière ne pourra être ressuscitée. Toutefois, de tels points de vue ne permettent pas de dire quelles peines doivent alors être substituées à la mort. Ces points de vue sont essentiellement humanitaires et moraux et ce que l'on manque de voir alors est qu'ils sont, de ce point de vue, *tout à fait légitimes*. De sorte qu'il n'est pas nécessaire de les habiller de sophismes grossiers (Camus : affirmer qu'un homme doit être absolument retranché de la société parce qu'il est absolument mauvais revient à dire que celle-ci est absolument bonne). Peut-être manque-t-on surtout de voir, en l'occurrence, que des arguments moraux n'ont rien d'incongru dans le domaine juridique. En fait – et l'abolition de la peine de mort en fournit un très bon exemple – ils représentent sans doute le principal facteur d'évolution du droit, nous y reviendrons.

*

On peut être parfaitement fondé à marquer *moralement* que l'horreur et la mort sont des limites que le droit ne peut atteindre et qu'il doit respecter comme telles. En avril 1857, Tolstoï assiste à une exécution à Paris. Quand je vis la tête se détacher du corps et tomber dans le panier, rapportera-t-il, je compris de toutes les forces de mon être qu'aucune théorie sur la raison de l'ordre existant ne pouvait justifier un tel acte. Si tous les hommes trouvaient cela nécessaire, je saurais moi que c'est mal : car ce n'est pas ce que disent et font les hommes qui décident de ce qui est bien ou mal mais mon cœur !¹⁷⁰

Mais si l'on dit avec Camus que nul juge ne saurait prononcer une condamnation à mort parce que sans innocence absolue, il n'est pas de juge suprême, on dit que la justice n'est pas de ce monde et qu'il n'est pas de droit.

Pour autant, l'abolition de la peine de mort est-elle injustifiable du strict point de vue juridique ? Kant l'estime parce que, souligne-t-il, il n'y a aucune mesure entre la vie, aussi dure soit-elle rendue par une peine d'emprisonnement et la mort qui a été provoquée. Seule la mort peut donc balancer la mort. Or cela est discutable car si la peine doit être, pour le coupable, à la mesure du sens et de la portée de sa faute, comme le veut Kant, la peine peut-elle vouloir l'anéantissement du coupable ? On ne peut condamner d'une peine irrémédiable pour une faute unique, posait déjà en ce sens Hérodote (*L'Enquête*, V^e siècle av. JC¹⁷¹).

Bien que ce point ait été complètement oublié, la pratique de l'exécution répondait traditionnellement à cette question car, comme l'a noté Foucault, le supplice n'était pas une simple mise à mort mais un moment de vérité. Une épreuve ultime pour sommer le condamné, en ces derniers instants, de confesser ses crimes et d'en demander surtout la repentance. L'exécution voulait ainsi permettre aux criminels de rentrer dans le droit chemin et c'est fondamentalement cela qui en faisait un spectacle. Le condamné demanderait-il ultimement la repentance ou se rebellerait-il, comme le fit l'anarchiste Ravachol, jusqu'à ses derniers instants ? On a complètement oublié que la peine de mort avait une dimension religieuse. Ainsi, à partir de 1397, pour aggraver le châtement, la présence d'un prêtre put être refusée. Alors, la peine n'était plus qu'une liquidation, obligeant à demander si la disparition du condamné n'est pas une négation de sa peine ? Une négation de justice par la suppression pure et simple de celui qu'elle juge ? Il nous faudra revenir ci-après sur ces questions, qui reposent sur la notion d'un droit du criminel à la punition qui est aussi fondamentale que peu aperçue.

Dans le discours à l'Assemblée nationale qu'il prononça le 17 septembre 1981 à l'occasion de l'abolition de la peine de mort en France, le ministre de la Justice et avocat pénaliste Robert Badinter mit surtout en avant des arguments quasi psychologiques : il n'est pas d'homme dont la culpabilité soit totale et dont il faille désespérer totalement. Par ailleurs, la justice n'est pas

¹⁷⁰ Cité in R. Rolland *Vie de Tolstoï*, Paris, Hachette, 1919, p. 46.

¹⁷¹ trad. fr. Paris, Pléiade Gallimard, 1964.

infaillible¹⁷². Mieux vaut ainsi renoncer à une décision trop grave... au bénéfice du doute ! De tels arguments sont de nos jours favorablement reçus. Ils sont pourtant assez problématiques, dès lors qu'ils substituent la psychologie au droit. Si personne n'est totalement coupable, personne n'est non plus pleinement responsable de ses actes ni donc non plus pleinement sujet de droit. C'est pourtant sous cette dernière perspective que la peine de mort peut être la plus légitimement refusée. Nous le verrons, en effet, pour un *sujet de droit* la mort ne peut être une peine.

L'abolition de la peine de mort illustre particulièrement une tendance vers l'humanisation des peines, manifeste dans l'évolution de la justice pénale ces deux derniers siècles et dont nous avons voulu situer l'origine dans la formation d'un système inquisitoire, par lequel le crime ne put plus être considéré comme une affaire privée entre deux parties mais dut être regardé comme offensant la société tout entière. Mais il faut aller beaucoup plus loin et reconnaître qu'une justice pensée de ce dernier point de vue amène inévitablement à douter de l'utilité des peines.

Les peines ne sont légitimes que si elles sont utiles, pose Beccaria, pour le coupable comme pour la société, ce qui, toute notion de péché et donc d'expiation étant écartée, revient au même puisque l'amendement du coupable vise surtout à éviter qu'il ne récidive et ne trouble ainsi l'ordre public. Mais les peines sont-elles vraiment dissuasives ? Ont-elles vraiment valeur d'exemple ? Permettent-elles la réhabilitation des condamnés ? Qui peut encore croire que la prison remplit ce rôle ?

D'après une étude du ministère de la Justice de mai 2011, 60% des détenus récidivent dans les cinq ans suivant leur sortie de prison : dans 74% des cas pour les vols simples, 67% pour les vols aggravés, 76% pour les coups et blessures, 39% pour les homicides et les viols.

Toutefois, de quelle prison parle-t-on ? Car la réalité de l'univers carcéral paraît assez éloignée d'un lieu où une réinsertion peut facilement être préparée. Suicides, agressions, viols, coûts pour les familles : l'Etat y semble souvent incapable d'y faire régner dignité et droits élémentaires¹⁷³. Dans les prisons privées américaines, certains dénoncent des pratiques quasi esclavagistes (qui n'ont cependant rien de récent et qui existaient dans des prisons publiques), l'impératif de profit conduisant à rançonner littéralement les détenus pour accéder à une nourriture passable, au téléphone ou sur les transferts d'argent (tandis que des cellules de différentes catégories – et donc de prix – peuvent être mises en place car, est-il expliqué, des coups durs peuvent aussi arriver aux gens biens).

A côté de ces réalités, des efforts considérables ont pu être réalisés. Ainsi avec les *Centro tipo penitenciaro* espagnols dans les années 80, entièrement conçus pour favoriser rééducation et réinsertion. L'idée est de cantonner l'essentiel de la peine à la privation d'aller et venir comme on le souhaite et de permettre pour le reste aux prisonniers de mener une vie quasi normale, tout en profitant des centres pour changer d'orientations

¹⁷² Voir M. Aron *Les grandes plaidoiries des ténors du Barreau*, Paris, Jacob-Duvernet, 2011.

¹⁷³ Voir E. Noël & M. Sanson *Aux côtés des détenus : un avocat contre l'Etat*, Paris, F. Bourin, 2013.

et de vie. Tirant les conséquences de l'inefficacité des prisons traditionnelles, l'approche est ici qualifiée de « post-disciplinaire »¹⁷⁴. La dimension punitive de la peine est réduite au maximum, ce qui paraît une issue assez logique. Toutefois, on manque d'études pour savoir si ces *centres types* parviennent bien à atteindre leurs objectifs : comment la sécurité personnelle des prisonniers est-elle assurée ainsi ? Par ailleurs, un autre problème apparaît qui tient aux conditions dont bénéficient les prisonniers, qui peuvent paraître plus favorables que celles que connaissent certains citoyens libres démunis ! Comme si commettre un crime était finalement une chance et méritait une récompense ! En 2012 ainsi et pour cette raison, les piscines des centres ont été fermées.

Les peines ont-elles une valeur curative ? Victor Hugo tenait que le crime est une maladie et que les médecins devaient remplacer les juges. Mais si les criminels doivent être soignés, leur thérapie, quoique imposée, est-elle encore assimilable à une peine ? Poser ces questions, c'est tôt ou tard en venir à en poser une autre : pourquoi des peines finalement ? Poser que toute peine n'est légitime que si elle est utile, c'est souligner que les peines sont inutiles en elles-mêmes, montrait excellemment Jean-Marie Guyau (*Contre l'idée de sanction*, 1883¹⁷⁵). Elles ne sont qu'une violence opposée à une autre. Or toute violence peut paraître injuste, désignant celui qui la subit comme une victime, même s'il est un criminel. Et du point de vue de l'ordre social, toute violence n'est-elle pas à éviter ?

Duns Scott discutait déjà les peines de l'enfer : quelle réparation apporte un châtement sans fin ?¹⁷⁶ Il n'apporte rien en l'occurrence mais c'est qu'un châtement sans fin est une contradiction dans les termes. En revanche, si l'on admet que le renforcement dans le péché ruine l'âme, on peut concevoir que la peine soit éternelle, c'est-à-dire définitive, puisque cette âme ne peut plus être sauvée.

Finalement, ne vaudrait-il pas mieux se passer de peines ? Cette question anime ce que nous avons nommé *un idéal de pardon, lequel ne peut ainsi manquer d'apparaître dès lors que la justice est rendue du point de vue de la société.*

Un pardon qui n'est qu'un idéal sans doute – de sorte qu'il ne s'agit certainement pas de dire que les tribunaux ne font que pardonner aux coupables ! – mais un idéal agissant et marqué par le principe que si la justice doit d'abord lutter contre la violence sociale, les peines ne devront pas être seulement proportionnées aux délits comme voulait Beccaria mais délibérément moins violentes que la violence qu'elles punissent, jusqu'à ce qu'on soit conduit à envisager leur disparition. *Cependant, affirmer que la justice a pour premier objectif la paix civile et non la punition du coupable c'est rabattre la justice sur une fonction de police.* Une issue dont l'aboutissement logique est que la police fasse concrètement la justice, les

¹⁷⁴ Voir G. Chantraine "La prison post-disciplinaire" *Déviance et société* vol 30 n°3 2006, pp. 273-288.

¹⁷⁵ Paris, L'Herne, 2008.

¹⁷⁶ Voir A. Michel *Les fins dernières*, Paris, Bloud & Gay, 1929.

magistrats perdant leur indépendance ou, ce qui revient au même mais se voit moins, les moyens de cette indépendance – quand la police, de son propre fait ou obéissant aux directives de l'exécutif, décide sur quoi elle enquête ou non.

Ainsi des cambriolages, peu réprimés en France nous l'avons vu, la priorité étant davantage donnée à certaines problématiques médiatisées (route, terrorisme, drogue) ou par souci de « faire du chiffre ». En France, on a vu la police refuser d'assister des juges d'instruction dans des affaires mettant en cause des politiques. Réciproquement, néanmoins, la police a régulièrement accusé les juges de saboter son travail (en relâchant indûment, estime-t-elle, les coupables) et la justice de favoriser ouvertement les délinquants – comme lorsque la Cour de cassation a cassé en mars 2015 un arrêt de la cour d'appel de Paris ayant jugé légale l'utilisation de micros à l'insu de suspects de cambriolage lors de leur garde à vue. La Cour a estimé qu'il s'agit d'un procédé déloyal de recherche de preuves. On a, à cet égard, placé beaucoup d'espoirs dans le développement de la police scientifique. Mais, si celle-ci est beaucoup mise en avant dans les films et romans policiers, 7% seulement des enquêtes criminelles sont résolues grâce aux preuves matérielles trouvées sur la scène de crimes.

Le risque sera alors de voir se développer la défiance – qu'indiquent clairement en France les enquêtes d'opinion – vis-à-vis d'une institution judiciaire derrière les tubulures procédurales inextricables de laquelle on manquera de reconnaître l'idée de... justice ! Car *le manque de justice est en effet ce qu'on est logiquement conduit à reprocher à une justice inspirée par un idéal de pardon.*

*

C) Punir ?

4. 3. 24.

Justice et pardon.

Pour Arthur Schopenhauer, la pitié est à l'origine de toute vertu de justice. Et elle est le principe même de la morale, qui est de ne faire de mal à personne et d'aider chacun selon son pouvoir. La pitié, qui réprime l'égoïsme et la méchanceté, est un sentiment inné et ineffaçable en nous et le seul fondement de toute action pure. Le seul motif moral véritable, à la source de la charité, proclamée en Inde mille ans avant le Christ et que le christianisme introduisit en partie (en oubliant de l'étendre aux animaux) en Europe (*Le fondement de la morale*, 1840¹⁷⁷).

Envoyé en réponse à une question sur la source et le fondement de la morale posée par la Société royale des Sciences du Danemark et bien qu'il soit la seule réponse reçue, le texte

¹⁷⁷ trad. fr. Paris, Alcan, 1925.

de Schopenhauer ne fut pas jugé digne de recevoir le prix. Le jury pointa ses insuffisances, qui sont effectivement criantes. Toutefois, de nos jours, on préfère dire que la Société danoise fut surtout gênée par les injures que Schopenhauer adresse à d'autres philosophes et particulièrement à Hegel. C'est que la vision tout à fait sommaire de Schopenhauer est devenue très commune de nos jours (jusque dans la volonté de retirer l'originalité de la charité au christianisme). Schopenhauer annonçait le sentimentalisme – certains disent « l'émotivisme », nous le verrons dans la section suivante (voir 4. 3. 40.) – avec lequel nous envisageons désormais la justice d'une manière toute morale et la morale de manière toute sentimentale. Ainsi les jugements en justice doivent-ils à nos yeux tenir compte des destins et non pas tant punir que redresser ou reprendre des mérites et des chances individuels.

Dans la Bible, Yahvé veut punir Sodome et Gomorrhe, dont les péchés sont graves. Mais Abraham lui demande : vas-tu vraiment supprimer le juste avec le pécheur ? Ne pardonneras-tu pas à la cité pour les cinquante justes qui sont en son sein ? Trouve-moi ces justes, répond Yahvé. Et je ne la détruirais pas même s'ils ne sont que dix. La justice divine, ainsi, ne consiste pas à punir les hommes mais à les sauver au nom de ce qu'il y a de juste en eux. Même si peu lui reconnaissent cette racine religieuse, cette vision de la justice est devenue largement la nôtre et ceci de manière toute sentimentale, au nom du besoin spontanément ressenti de changer le cours du monde face à des situations pitoyables. Ainsi, l'orientation vers le pardon que nous avons remarquée dès que la justice est devenue l'affaire de la société tout entière a trouvé un support passionnel. A terme, on finira par dire de ce point de vue que, selon une formule que l'on prête à Jaurès, *rien ne fait de mal !* Il n'est toutefois rien de plus faux et dangereux qu'une telle conviction, qui n'exprime que l'égoïsme et la lâcheté, estimait Péguy. Autant dire que plus rien ne sert à rien ! (*Par ce demi-clair matin*, 1905¹⁷⁸).

Au bout de cette logique, le pardon peut être le plus bel acte de justice. Toutefois, si cela peut se concevoir moralement, le pardon est-il forcément juste ? Ne peut-il correspondre à un déni de justice ?

S'il est une grâce qui annule le droit, le pardon peut, du point de vue de la justice, avoir quelque chose de révoltant. S'il est le fait du fort par rapport au faible, de celui qui pourrait punir mais ne le fait pas, il frôle le mépris. Car il faut se sentir bien étranger à ses semblables pour être vis-à-vis d'eux comme Dieu seul pourrait être, écrit Francis Jeanson. Aimer son prochain quoi qu'il fasse, quel qu'il soit, c'est le mépriser deux fois : dans sa

¹⁷⁸ *Œuvres en prose complètes II*, Paris, Pléiade Gallimard, 1988, p. 96.

contingence et dans sa liberté. Ce n'est qu'une façon commode de s'arranger d'autrui. Il y a plus de véritable intérêt pour l'autre dans l'affrontement que dans l'acceptation (*La foi d'un incroyant*, 1963¹⁷⁹).

Réciproquement, s'il est le fait du faible par rapport au fort, de celui qui ne peut punir, le pardon peut-il être sans dépit ? Il ne va alors pas sans impuissance, souligne Vladimir Jankélévitch. On pardonne parce que l'autre est inattaquable ou parce qu'il ne mérite pas plus et l'on va en fait du pardon à la rancune en une perpétuelle oscillation (*Quelque part dans l'inachevé*, 1978¹⁸⁰).

Le pardon représente un oubli impossible et injuste, estime finalement Jean Améry. Car la seule manière d'éteindre une injustice est de retourner la violence, pour que le crime devienne une réalité morale aux yeux du criminel lui-même, pour qu'il soit impliqué dans la vérité de son forfait (*Par-delà le crime et le châtement*, 1977, pp. 151-152¹⁸¹). Cela se nomme vengeance, dira-t-on. C'est discutable et nous y reviendrons. Mais, même si c'était le cas, la vengeance est-elle l'opposée de la justice ? Le droit peut-il ignorer la part de justice que réclame le souhait de vengeance ? Le ressentiment ne veut pas tant faire mal que faire sentir, faire réaliser à l'agresseur le peu de cas qu'il a fait de nous, l'absurde amour de soi au nom duquel il semble imaginer que les autres peuvent être sacrifiés à son avantage, notait Adam Smith. Le sens de notre vengeance est alors de le ramener à un sens plus juste de ce qui est dû aux autres (*Théorie des sentiments moraux*, 1759, II^o partie, Section III, chap. I¹⁸²).

Certes, reconnaît Hegel, à mesure que la société devient plus sûre d'elle-même, le crime paraît plus singulier et isolé (*Principes de la philosophie du droit*, 1821, § 218 Add.¹⁸³). Parce qu'il la met moins en cause dans son ensemble et ne menace plus ses fondements, il semble davantage dépendre d'une simple impulsion que d'une volonté. Le crime ne représente plus que lui-même et le châtement également, de sorte que *l'un et l'autre* paraissent gratuits et inutiles. Au sein des sociétés, à suivre Hegel, plus la justice est instituée et mieux la police est organisée, moins le crime y est à craindre et plus celui-ci paraît donc anormal et incompréhensible. Il faut alors lui trouver des raisons particulières, tenant à la nature du criminel ou à sa situation sociale, la misère subie devant être, puisqu'elle l'explique, à la mesure de la faute commise ; laquelle sera donc finalement imputable à la société – c'est l'inégalité des richesses qui est responsable de la criminalité, s'écrie Adrien Duport, député de

¹⁷⁹ Paris, Seuil, 1963.

¹⁸⁰ Entretiens avec B. Berlowitz, Paris, Gallimard, 1978.

¹⁸¹ Paris, Actes Sud, 1995.

¹⁸² trad. fr. Paris, PUF, 2003.

¹⁸³ trad. fr. Paris, Vrin, 1982.

Paris, devant la Constituante lors d'un réquisitoire passionné contre la peine de mort (*Opinion sur la peine de mort*, 31 mai 1791¹⁸⁴). Le crime, admettra-t-on ainsi, naît d'abord de la misère. Il en est l'exact pendant.

En regard d'une criminalité nouvelle, comme la criminalité informatique, on note cependant que cadres et dirigeants d'entreprises représentent 25% des fraudeurs et sont à l'origine de la moitié des pertes¹⁸⁵. Beaucoup de chiffres infirment l'idée que le crime suit forcément la misère. Mais, pour les raisons que nous venons d'énoncer, tout pousse à le croire.

On ne peut comprendre l'évolution de la justice pénale moderne si l'on néglige que, dans le contexte d'une société mieux encadrée et pacifiée, le crime n'a plus représenté une menace immédiate – ce qu'il était encore au XVII^e siècle quand on circulait souvent armé. Ainsi mis à distance, surtout pour les classes instruites et nanties, le crime est devenu un objet d'interrogation. Il a été regardé avec un recul capable d'en relativiser le mal. Chaque crime étant vu comme un cas particulier, toute peine dut être personnelle et les peines n'eurent plus d'autre justification que d'être socialement utiles, parce que le crime serait multiplié s'il restait impuni. Or si le seul but de la peine est ainsi d'empêcher le crime, elle devient une affaire d'opinion quant à son efficacité et donc son utilité réelle, ou verse dans une psychologie de la peur, de la terreur, note Hegel (§ 99). Le choix de la peine, dans les deux cas, relève de l'arbitraire (§ 101). N'étant plus conçue comme la réponse à la violation d'un droit, la peine ne répond plus à un souci de justice, que seule l'égalité de la valeur du crime et de sa punition peut satisfaire, pour que le crime soit retourné contre lui-même ; pour que le coupable, à travers sa peine, reconnaisse la hauteur de sa faute (§ 103). Car, quittant l'enfermement dans sa propre subjectivité, le criminel n'est libre que s'il reconnaît que la peine n'est que la manifestation de son agir propre (*Encyclopédie des sciences philosophiques*, 1830, Science de la logique, § 158 add.¹⁸⁶). Au fond, *la vraie légitimité de la peine est de restaurer les droits du criminel*.

4. 3. 25.

Hegel : le droit du criminel à la punition. La peine comme restauration d'une liberté.

La peine n'a de sens qu'à restaurer une liberté, écrivait Hegel dans un texte de jeunesse (*Des manières de traiter scientifiquement du droit naturel*, 1802¹⁸⁷). La liberté de la victime, qui a été bafouée, comme celle du criminel, auquel sa punition est due – sauf à

¹⁸⁴ Paris, Imprimerie nationale, sd.

¹⁸⁵ Voir P. Rose *La criminalité informatique*, Paris, QSJ PUF, 1988.

¹⁸⁶ trad. fr. Paris, Vrin, 1986.

¹⁸⁷ trad. fr. Paris, Vrin, 1972.

reconnaître qu'il ne peut en comprendre le sens et ne peut donc reconnaître sa faute. Sa répression est son droit en effet et Hegel parle d'un droit du criminel à la punition (*Principes de la philosophie du droit*, §§ 100 & 132).

On voit certes rarement un criminel exiger d'être puni avec toute la rigueur qu'il mérite et cette formule à l'air un peu idiote, ou bien inhumaine, manquant de toute compassion. Mais peut-être la compassion doit-elle être considérée avec circonspection en l'occurrence. Tandis que l'argumentation hégélienne est assez imparable : ne pourrait en effet être considérée comme *juste* un système judiciaire qui, ne poursuivant qu'un objectif de pacification sociale, ne remplirait finalement qu'une fonction de police. On amènerait alors en justice des individus reconnus coupables de crimes et de délits dont on serait persuadé qu'ils ne peuvent véritablement comprendre pourquoi ils sont là. Ces criminels ne seraient pas punis mais seulement corrigés, comme des animaux, ou bien pardonnés, comme des enfants ou encore éliminés d'une manière ou d'autre (leur réformation à travers une thérapie en faisant partie). Il ne pourrait y avoir justice, *dans de telles conditions, car il n'y aurait pas de continuité humaine entre juges et justiciables* – lesquels seraient protégés par certains droits leur étant reconnus mais, comme des animaux ou de jeunes enfants, sans qu'ils en comprennent véritablement la portée et la nécessité. Pas de justice donc sans que le criminel ait le droit de réclamer sa punition – pas de justice sans punition ! Parce que la fonction éminente de celle-ci est de ramener le criminel dans le droit. L'important alors étant que la sanction soit prévisible, fixée par avance – comme un droit !

Bien sûr, on peut regretter qu'il s'agisse de punir. Et l'on peut vouloir que cette punition soit modulée en fonction de la personnalité ou de la situation du coupable. Cependant, est-on sûr que la justice ne devient pas alors une affaire et les droits de simples options laissées au choix des appréciations subjectives des juges ?

En Norvège, on rapporte qu'un homme politique a été violé par un immigrant somalien, qui aurait sans doute été expulsé en cas de poursuites judiciaires. La victime a donc décidé de ne pas porter plainte, considérant que son agresseur était victime d'un monde injuste et, issu d'un pays éloigné, porteur d'une autre vision culturelle qui ne lui permettait pas de comprendre ou de partager les valeurs norvégiennes. Le roman d'Edouard Louis *Histoire de la violence* (2015¹⁸⁸) décrit une situation comparable. Un homme, victime d'un vol et d'un viol, décide de ne pas porter plainte contre son agresseur. Cela, explique-t-il, ne peut faire du bien et, de toute façon, il déteste la répression.

¹⁸⁸ Paris, Seuil, 2015.

Mais l'histoire ne s'arrête pas là car, par un étrange retournement, c'est finalement le violeur qui - dans la vie réelle - a nié les faits de viol et a fini par déposer plainte contre sa « victime » ! Etant en effet poursuivi dans une affaire de stupéfiants, il a estimé que le roman, qui venait de paraître, dans lequel il est désigné par son prénom et dont l'auteur a largement indiqué qu'il n'était pas une fiction, a constitué une circonstance aggravante. Il a donc poursuivi l'auteur pour atteinte à la présomption d'innocence et à la vie privée.

On peut parfaitement comprendre le point de vue – d'ailleurs très bien énoncé dans le roman – des deux victimes les poussant à ne pas engager de poursuites. On peut même les partager au sens où l'on peut estimer que, dans le même cas, on aurait fait de même. Cela n'ôte cependant rien au caractère problématique et singulièrement archaïque de tels comportements, qu'il est difficile de saluer comme autant d'avancées dans le sens d'une justice plus humaine et plus vraie, comme beaucoup de critiques littéraires du roman d'Edouard Louis l'ont fait. Les deux victimes se font juges de la punition ou de l'absolution de leurs agresseurs. Dans son égotisme (moi seul décide de ce qui doit arriver) une telle attitude paraît régressive. Que dit l'homme politique norvégien ? Il estime que l'expulsion de son agresseur serait une punition trop forte, alors que celui-ci est surtout victime d'un monde injuste et ne partage pas ou n'est pas à même de comprendre ou de reconnaître les valeurs de la société qui le jugerait (passons sur le caractère problématique d'un tel jugement qui de manière incroyablement condescendante prononce une irresponsabilité de culture, comme animaux et enfants sont irresponsables de nature ou d'âge). Ces arguments peuvent-ils être généralisés cependant ? Il faudrait demander aux deux victimes ce qu'elles auraient fait si elles avaient été les témoins d'un viol commis, sur une autre personne, par leur agresseur. Auraient-elles passé leur chemin sans rien faire estimant qu'il n'y avait pas lieu de faire quoi que ce soit ? Auraient-elles invité la victime à ne pas porter plainte ? Les deux victimes répondraient-elles que leur décision n'engage qu'elles et qu'elles n'ont pas à se prononcer pour autrui ? Est juste, selon elles, ce que leur conscience leur dit être juste. Mais qu'objecter alors à celui qui estimerait qu'en l'occurrence sa conscience lui commande de se venger par tout moyen de l'agresseur ? Ce serait bien le problème : que chacun fasse seul justice. Je considérais la société dans laquelle je vivais à peu près comme un milieu naturel aux lois duquel j'aurais dû m'adapter. L'idée que j'étais solidaire de ce milieu ne m'aurait jamais effleuré, déclare le narrateur du roman de Michel Houellebecq *Plateforme* (2001¹⁸⁹). On en est à peu près là. Est-ce une grande avancée humaniste ?

¹⁸⁹ Paris, Flammarion, 2001.

Dans une société de droit, rendre la justice suppose que ni l'offenseur ni sa victime ne soient juges et que tous deux soient soumis à la même loi. C'est la seule manière d'éviter que chacun se fasse justice lui-même et que ne s'impose finalement la loi du plus fort. C'est pour échapper à cette situation que le criminel a droit à sa punition et qu'il la *mérite* en tous les sens du terme.

*

Si on inventait un sérum miracle qui empêche toute récidive, s'en contenterait-on sans autre jugement ? Un crime est commis. Prenons par exemple le cas d'un viol – à dessein car c'est là un crime qui mit beaucoup de temps à être reconnu pour tel. Tocqueville s'étonnait que le viol soit facilement puni de mort aux USA, marquant l'honneur et l'indépendance des femmes dans ce pays, quand en France il était souvent difficile de trouver un jury qui condamne un tel acte (*De la démocratie en Amérique II*, 1840, III^o partie, chap. XII¹⁹⁰).

De nos jours encore, en France, seuls 10% des viols feraient l'objet d'une plainte. Un certain nombre de victimes préfèrent par ailleurs que le crime soit requalifié en « agression sexuelle », relevant des tribunaux correctionnels, pour éviter la confrontation avec un jury d'assises. Malgré cela, les violeurs et délinquants sexuels représentaient 21% de la population carcérale en 2000 en France. Toutefois, il ne convient pas de dire que le viol était juridiquement ignoré. Au Moyen-Age, il était sévèrement puni – surtout si la victime était d'un rang supérieur au coupable. Mais à condition d'être reconnu comme tel car la qualification de viol, posant la délicate question du consentement de la victime, était souvent contournée.

Un crime est commis donc. Dès lors, *qu'est-ce que la justice ? Que demande-t-elle dans ce cas ? Il semble difficile de ne pas répondre : qu'on reconnaisse au moins le tort qui a été fait à la victime*. En elle-même, la peine n'apporte rien. Elle n'est qu'un mal supplémentaire. La peine n'a véritablement de sens qu'à restaurer par l'intermédiaire d'un tiers, le juge, une relation de droit entre le criminel et sa victime que le crime a niée¹⁹¹. Comme le dit Hegel, elle restaure la liberté de la victime qui a été niée. La peine, note Leibniz, est une *satisfaction* procurée par un mal de passion qui puisse faire sentir sa faute à l'esprit après le mal d'action volontaire auquel il a donné son agrément (*Essais de théodicée*, 1710, §17 & § 73¹⁹²). La peine est inséparable d'un fait de conscience. Plus que compensation, elle est d'abord la reconnaissance de la faute d'autrui – on parle (rarement) en

¹⁹⁰ Paris, Bouquins R. Laffont, 1986.

¹⁹¹ Voir F. Feroé *De l'inconvénient d'avoir été violée*, Paris, A. Michel, 2002.

¹⁹² Paris, GF Flammarion, 1969.

ce sens de fonction « thymatologique » de la peine. Et en ce sens, aussi importante que la peine fixée est la définition que reçoit le crime¹⁹³.

Or si toute peine s'adresse à une conscience et restaure une liberté, celle de la victime comme celle du criminel, elle ne peut par définition détruire ce dernier et l'on doit, par justice, refuser la peine de mort. Condamner à mort, c'est affirmer que l'on ne peut ou que l'on ne veut pas punir et donc finalement juger. Ou, plus exactement, la condamnation à mort, marquant la gravité du crime, peut paraître justifiée. Mais non l'exécution ! *Il y a là une sorte d'aporie du système pénal, autour de laquelle tournent la plupart des débats sur la peine de mort, les uns défendant la condamnation et les autres rejetant l'exécution. Mais cette aporie n'est pas propre à la peine de mort uniquement. Elle concerne l'ensemble des peines, puisque celles-ci consistent toujours en une contrainte matérielle extérieure à la conscience du coupable, qu'elle risque de ne pas concerner, paraissant finalement inutile tant vis-à-vis du coupable qui a pris conscience du mal qu'il a causé que du criminel qui ne regrette rien et qui attend que « ça passe ».* La prison ne développe chez le criminel que la haine, la soif de plaisirs défendus et une insouciance effroyable, écrivait Dostoïevski, au terme des cinq ans de bagne qu'il passa à Omsk. La grande majorité des prisonniers n'éprouve aucun remords. Il leur est comme impossible de se reconnaître coupables. En se soumettant à la punition, ils ne respectent que la loi du plus fort (*Souvenirs de la maison des morts*, 1862¹⁹⁴).

Dans ces *Souvenirs*, Dostoïevski reconnaît avec une compassion assez exemplaire l'humanité des bagnards qu'il a côtoyés, dit-on le plus souvent. Le texte, cependant, est assez ambigu. Ces *Souvenirs*, qui présentent un véritable bestiaire de déments, forcenés, sadiques, etc., n'excuse en rien les prisonniers. J'ai fini par découvrir des hommes ; de l'or sous la rude écorce, écrit Dostoïevski à son frère Michel (*Lettre du 22 février 1854*). Il est fier d'avoir découvert le peuple et d'y avoir décelé des natures « profondes, fortes, merveilleuses ». Mais il ne s'identifie jamais à lui – il rappelle d'ailleurs constamment la distance irréductible que les gens du peuple marquent par rapport aux nobles et aux bourgeois. Chez eux, Dostoïevski reconnaît le plus souvent une humanité en germe ou tronquée, non développée et frustrée, qui n'est donc pas exactement la sienne.

L'aporie pénale.

Si toute peine s'adresse à une conscience, elle s'y arrête aussi bien et, ne pouvant sonder la conscience que le coupable a de son acte, elle prendra la forme d'une contrainte corporelle, matérielle. Il y a là une aporie : solliciter une conscience par une contrainte, demander qu'une violence soit comprise comme sens et, pour faire comprendre, frapper le

¹⁹³ Avec un fort retentissement, Susan Brownmiller a pu souligner en quoi la définition du viol pouvait dépendre d'un seul point de vue masculin (*Le viol*, 1975, trad. fr. Paris, Stock, 1976).

¹⁹⁴ trad. fr. Paris, Gallimard, 1977.

coupable dans sa personne ou dans ses biens. C'est pourquoi la notion de réhabilitation attachée à celle de peine est des plus incertaines. On peut souhaiter que la peine change la conscience du coupable. Il paraît tout à fait illusoire de le vouloir et d'en faire un objectif pénal. Le droit ne connaît que des actes : il peut condamner une tentative de délit, à condition que celle-ci soit attestée. Il ne peut emprisonner un individu paraissant susceptible de commettre un délit (mais, nous l'avons souligné, ce principe est désormais de plus en plus remis en cause).

Le droit ne peut guère aller au-delà de cette aporie. Une fois la culpabilité d'un prévenu établie, un juge ne peut trouver que deux issues : la sanction ou le pardon. La première risquera toujours de paraître inutile et la seconde injuste. Cela souligne finalement que le droit n'échappe pas à la violence et que *dans la mesure même où ils nous protègent, nos droits sont violence.*

Nos droits sont le prix à payer pour la société des autres hommes, dès lors que celle-ci n'est pas réglée par un idéal moral partagé par tous. Ils représentent une charge car il n'est jamais si facile de faire valoir ses droits, tandis que ceux-ci, en revanche, sont la contrepartie d'une responsabilité que d'autres peuvent réclamer contre nous. Notre droit propre, en cela même qu'il est opposable aux autres vaut le leur, qui nous désigne comme responsable et éventuellement coupable – seul un statut d'irresponsabilité de droit permet d'échapper aux droits des autres. *La peine n'est que la matérialisation de cette violence que chacun, en droit, peut légitimement réclamer contre autrui. La peine est inséparable de notre droit. Elle est notre droit et elle est une violence – ne pas opposer strictement ces deux termes permettrait d'éviter bien des illusions en matière juridique !*

Des illusions tragiques car notre époque, qui s'honore de vouloir limiter les peines au maximum d'abord parce qu'elles sont des punitions, des violences, n'a sans doute pas assez conscience qu'elle perd le droit avec la peine. S'il n'y a plus de peine pour restaurer des droits, les coupables le seront éternellement. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis, ayant purgé leur peine, les délinquants sexuels sont répertoriés sur des sites que tout le monde peut consulter, ce qui limite drastiquement les possibilités pour eux de retrouver un emploi ou un logement, tandis que pendant dix ans, bracelet électronique à la cheville, ils doivent vivre à plus de 800 mètres de tout endroit susceptible d'accueillir des mineurs¹⁹⁵. Ou comment des sociétés horrifiées par la peine de mort et tolérant de moins en moins l'idée même de punition en viennent à créer de véritables pestiférés ! Une société qui ne croit plus aux peines de justice,

ni aux droits individuels ne peut qu'en venir à éliminer ceux qu'elle ne peut accepter. Qui pourraient bien être de plus en plus nombreux !

*

Le droit désigne des conditions formelles sous lesquelles doit être envisagée l'irruption des autres dans mon monde. Et cette irruption est immédiatement violence parce qu'elle ne sert pas a priori mes intérêts. Mes droits me permettent de m'en protéger mais les autres disposent des mêmes droits et peuvent les tourner contre moi – malgré ma bonne foi, malgré mes intentions. En quoi il y a violence. De sorte que si je suis condamné, ma première réaction sera sans doute d'estimer cette condamnation injuste, compte tenu de moi, compte tenu des autres.

Réguler cette violence à travers l'exercice d'une réciprocité formelle des droits individuels, voilà tout ce que peut le droit néanmoins. Car cette violence qui pèse sur nous dès lors que nous entrons vis-à-vis des autres dans un rapport de droits, cette violence peut en effet être retournée pour notre défense. L'aporie pénale s'enracine là. Mes droits fondent ma liberté en tant qu'ils sont opposables aux autres et me permettent ainsi de ne pas être soumis à la loi de leurs intérêts. La peine garantit l'exercice de ces droits : ils ne seront pas enfreints sans que je ne puisse me défendre. La peine d'autrui est donc aussi mon droit. Cela ne dit pas en quoi elle doit consister exactement mais cela désigne déjà ce qu'elle ne demande pas à être nécessairement : ni un traitement du criminel, ni un pardon de son acte, qui excèdent tous deux la sphère juridique et ne peuvent être prononcés que d'un point de vue, moral ou de police, extérieur. Dans la mesure où toutes les consciences ne s'accordent pas, la peine ne peut plus consister en un simple appel à la conscience du coupable. Elle est nécessairement une violence et, en ce sens, ne peut être ni une compensation, ni une vengeance.

La peine n'est pas une compensation.

Une peine ne peut pas consister en une simple compensation et doit avoir le sens d'une punition. Ainsi, si pour une infraction mineure, la peine s'acquitte par le paiement d'une contravention, ce paiement est une simple sanction – il ne compense rien. Certes, nous l'avons vu ci-dessus, dès lors que la notion de faute tend à disparaître, il semble que toute peine puisse consister en un versement de dommages, contre la possibilité desquels il est

¹⁹⁵ Voir particulièrement le roman de Russell Banks *Lointain souvenir de la peau*, 2011, trad. fr. Paris, Actes

d'ailleurs possible de s'assurer. Toutefois, on ne peut imaginer qu'un crime puisse être seulement compensé financièrement car ce serait lui donner un prix. Pourrait-on imaginer que la victime d'un viol soit simplement indemnisée par la compagnie d'assurance auprès de laquelle son agresseur aurait souscrit une police de responsabilité civile et qu'on s'en tienne là ? Cela reviendrait à faire du viol quelque chose qui peut s'acheter.

Par ailleurs, si la peine ne consiste qu'en une compensation, elle crée pour la victime un effet d'aubaine. Dès lors, la victime d'un crime peut-elle se satisfaire d'une réparation pécuniaire ? Contre ce genre d'arrangement, nous l'avons vu, un ministère public fut créé qui seul peut exercer les recours pénaux et requérir l'application d'une peine, la victime pouvant seulement réclamer la reconnaissance de la culpabilité du prévenu et l'octroi d'une indemnité, notamment au titre du dommage moral qu'elle a subi ; ce qui, suivant la reconnaissance grandissante des victimes (voir ci-dessus) est reconnu de nos jours mais ce qui fut longtemps rejeté par la jurisprudence, étant donné les difficultés d'appréciation (quel est le prix de la douleur ?) mais aussi parce que cela paraissait immoral, faisant de son malheur comme une aubaine pour la victime.

Le propre d'une sanction juridique est de ne pas être en rapport direct avec le mal causé : l'argent versé ne rembourse pas une somme équivalente perdue mais contribue à la réhabilitation du coupable. En ce sens, contrairement à ce qu'il semble, la loi du talion est une sanction bien plus qu'une simple demande de compensation. Elle comporte une réclamation de justice visant à la reconnaissance du mal causé à la victime par la soumission du coupable à la réplique de ce mal. Dans *L'île des esclaves* (1725¹⁹⁶), de Marivaux, des esclaves révoltés capturent des maîtres et commencent par les tuer avant de décider plutôt de les réduire à l'esclavage, non pour se venger mais pour les corriger. Arlequin à son maître : quand tu auras souffert, tu seras plus raisonnable ! Au bout de trois ans, les maîtres sont relâchés.

Mais cette loi du talion peut rapidement paraître confuse. En elle, l'aporie pénale éclate : la condamnation veut saisir directement la conscience du criminel mais la peine, en l'occurrence, peut non seulement paraître disproportionnée par rapport aux circonstances atténuantes qu'il faut peut-être reconnaître au coupable (cas de légitime défense par exemple) mais elle est égale au crime subit ce qui le relativise et, en quelque sorte, le banalise. C'est pourquoi elle évolue naturellement vers une sanction, conservant néanmoins un caractère compensatoire. Or, même si certaines sociétés traditionnelles sont allées très loin en ce

sud, 2012.

domaine : meurtrier obligé d'épouser la fille de sa victime en Corse¹⁹⁷, ou étant donné en adoption à la famille de sa victime chez certaines tribus d'Amérique du Nord¹⁹⁸, etc., cette sanction-compensation paraît inenvisageable dans de nombreux cas (que faire dans le cas d'un viol par exemple ?).

Voulant que la peine soit identique au délit, Bentham a produit toutes sortes de suggestions assez grotesques. On voit facilement comment supprimer un incendiaire ou un empoisonneur selon le principe du talion. Mais les crimes de faux ? Les parjures ? Bentham suggère de couper la main ou la langue du criminel. On marquera les faux monnayeurs d'un signe représentant une pièce. Un criminel s'étant déguisé sera tatoué du même déguisement, etc. (*Théorie des peines et des récompenses*, I, chap. VII).

4. 3. 26.

La peine n'est pas assimilable à une vengeance.

Si la peine n'est pas une compensation, on ne peut confondre justice et vengeance, comme cela est pourtant souvent le cas – la passion vindicative est au droit criminel ce que le désir sexuel est au mariage, a-t-on dit²⁰⁰. Mais pas davantage peut-on strictement opposer la justice à la vengeance, comme cela apparaît pourtant assez fréquemment de nos jours, particulièrement en France où l'image s'est développée d'une justice qui, parce que soucieuse de protéger les faibles et étant souvent critiquée, serait comme menacée par les aspirations d'une populace assoiffée de vengeance et toute prête à tourner sa haine vers un ennemi collectif, un bouc émissaire. On ne peut opposer strictement justice et vengeance car, comme le souligne un auteur, qui développe pourtant de tels a priori antipopulistes, la force retenue dans la violence reçue et qui m'oblige à rêver de me venger, c'est le sentiment de l'injustice²⁰¹.

La vengeance s'exprime pleinement dans un monde où l'individu est dénué de droits, au sens où, faute de pouvoir véritablement saisir la justice, il doit défendre lui-même son existence sociale, son honneur – un honnête homme peut ainsi devenir hors-la-loi et criminel, faute de pouvoir faire reconnaître ses droits dans un monde où la justice est accaparée à leur profit par les puissants et cette reconnaissance est alors obligatoirement vengeance, comme dans la nouvelle d'Heinrich von Kleist *Michel Kohlhaas* (1808²⁰²). Il ne reste que de s'en prendre à ceux qui nous ont offensés.

¹⁹⁶ Paris, GF Flammarion, 1989.

¹⁹⁷ Voir J. Busquet *Le droit de la vendetta et les paci corses*, Paris, Pedone, 1920.

¹⁹⁸ J-F. Lafiteau *Mœurs des sauvages américains comparées aux mœurs des premiers temps*, 1724, Paris, La Découverte/ Maspero, 1983, p. 98.

²⁰⁰ Voir J. F. Stephen *View of the criminal law of England*, New York, Franklin, 1863, pp. 98-99.

²⁰¹ Voir V. Nahoum-Grappe *Du rêve de vengeance à la haine politique*, Paris, Buchet-Chastel, 2003, p. 53.

²⁰² trad. fr. Paris, Phébus, 1983.

Dans des sociétés de droit, l'institution judiciaire peut également être contournée par rejet de l'autorité de l'Etat pour régler les affaires d'une communauté. Une foule, alors, voudra faire justice elle-même (lynchage) ou une société maintiendra un système de vengeance personnelle malgré tout (la vendetta). Dans une société de droit, la vengeance n'est pas tolérable. Tolérer que quiconque puisse décider de faire justice lui-même, même si cela correspond à une réaction de défense bien réelle, reviendrait à admettre le droit du plus fort. Ainsi, une riposte disproportionnée par rapport à une menace ouvre, même en situation de légitime défense, à des poursuites pénales.

Un agriculteur tire sur un cambrioleur de carburant et le tue. Il est mis en examen pour tentative d'homicide involontaire, ce qui semble légitime. Toutefois ce cambriolage était le quarantième que l'agriculteur subissait, avec de lourdes pertes financières et après avoir déposé une trentaine de plaintes, jamais suivies d'effet. Notre agriculteur se retrouve ainsi en justice pour n'avoir pu faire reconnaître et exercer ses droits. Il subit la machine judiciaire et ne dispose que de très peu de recours – sinon complexes, incertains, très longs et onéreux - contre les instances policières qui n'ont pas su le protéger. Une telle situation se traduit inévitablement par un sentiment d'injustice qui peut précisément faire naître l'envie de faire justice soi-même. Ainsi Gabriel Tarde soulignait, pour expliquer les survivances du duel à la fin du XIX^e siècle, l'insuffisante protection légale de l'honneur, notamment contre la diffamation (*Le duel*²⁰³). En quoi, la volonté de faire justice soi-même, comme la vengeance, ne s'oppose pas forcément au droit en lui-même mais à ses insuffisances. Quand son exercice ignore ou nie les droits et intérêts individuels. On pourrait s'ailleurs se demander si les révoltes et révolutions ne s'enracinent pas dans ce genre de situation.

Dans l'ordre juridique moderne, l'Etat a le monopole de la violence. Lui seul peut l'exercer sur quiconque et selon la loi. La seule exception concerne la légitime défense que quiconque peut exercer contre autrui si sa vie est menacée. Encore cet exercice est-il strictement encadré : la légitime violence ne peut être préventive (fondée sur une simple présomption ou ne donnant pas la possibilité à l'agresseur de renoncer à son forfait en sachant à quelle menace il s'expose en le commettant) et elle doit être proportionnée (par principe, on ne peut tuer par exemple pour le simple vol d'un bien, sinon l'exercice de la légitime défense par crainte d'une violence plus forte devra être établie). Enfin, la légitime défense ne peut être exercée a posteriori, hors des circonstances qui l'ont créée, sans quoi elle s'assimilerait à une vengeance.

Que l'Etat ait le monopole de la violence met la vengeance hors la loi. Pour autant, la vengeance ne peut être strictement opposée à la justice, que les actes de vengeance poursuivent à leur façon, soumis à l'arbitraire individuel et sans pouvoir accéder sans violence à une reconnaissance d'un droit individuel. La vengeance ne se croit pas injuste. Elle cherche au contraire une confirmation générale de la justesse de son acte – le regard du groupe lui est essentiel ; fondée sur une initiative individuelle, la vengeance est en son principe collective²⁰⁴ – mais elle ne peut s'en remettre à une institution judiciaire.

Dans beaucoup de sociétés, la vengeance fut un devoir. Pour ne pas s'y dérober, le vengeur faisait un vœu et/ou se condamnait à une privation ne pouvant finir qu'avec l'accomplissement de la vengeance. C'était ce qu'on nommait « l'emprise » au Moyen-Age. Pour autant, quoique fréquente, une telle description des sociétés traditionnelles est peut-être forcée. Les actes de vengeance ne sont pas aussi fréquents que nous pousse à le croire l'idée trop répandue d'une soumission instinctive des membres des sociétés traditionnelles aux lois de leur tribu, soulignait Bronislaw Malinowski (*Le crime et la coutume dans les sociétés primitives*, 1933²⁰⁵).

On peut ainsi distinguer des sociétés de droits, dont la défense mobilise la société entière puisqu'elle peut requérir la force publique et des sociétés d'honneur où, parce que les droits dépendent de l'affirmation de la personnalité, notamment à travers le rang social, la réputation forge le statut au sein du groupe, dont la défense repose sur une initiative individuelle²⁰⁶. Dans une société de droits, une agression est socialement neutre : elle n'annule pas les droits de la victime. Et parce qu'elle ne peut même pas être prise pour personnelle dans certains cas (le cambrioleur ne sait pas vraiment qui il cambriole, le voleur à la tire s'attaque simplement aux passants), elle s'assimile à une véritable déclaration d'inexistence. Dans une société d'honneur, en revanche, une agression est perçue comme la contestation et la mise en péril d'une position sociale. Même fortuite, involontaire, elle est ressentie comme une attaque personnelle – l'acte compte beaucoup plus que l'intention – ou collective, de sorte que sa vengeance mobilisera tout un clan²⁰⁷. La défense de son honneur autorise à en venir aux dernières extrémités, estimait Samuel Pufendorf, comme si l'on était attaqué dans sa propre vie (*Des devoirs du citoyen*, 1673, I, chap. V, § XXII²⁰⁸). Le théologien Johann

²⁰³ in *Etudes pénales et sociales*, Paris, Masson, 1892. Tarde estimait également qu'un jury était incapable de juger une affaire d'honneur.

²⁰⁴ Voir L. Gernet *op. cit.*, p. 150 .

²⁰⁵ in *Mœurs et coutumes des Mélanésiens*, trad. fr. Paris, Payot, 1933.

²⁰⁶ Voir J. Pitt-Rivers *Anthropologie de l'honneur*, 1977, trad. fr. Paris, Hachette, 1997.

²⁰⁷ Sur la logique de clan, voir W. Ouchi "Markets, bureaucracies and clans" *Administrative Science Quarterly* n°25, 1980, pp. 129-141

²⁰⁸ Reprint en 2 volumes, Université de Caen, 1984.

Buddeus le niait dans son grand classique *Elementa philosophiae practicae* (1697, II, chap. IV, Section III, § 14²⁰⁹).

Taha Hussain a écrit des pages très fortes sur un assassinat d'honneur (celui de sa sœur par son oncle) en Egypte au début du XX^e siècle (*Au-delà du Nil*²¹⁰).

De telles distinctions ne peuvent néanmoins être considérées comme rigides car, entre les deux types de sociétés, les formes de transition peuvent être multiples : ainsi l'Ancien Régime associa-t-il légalement longtemps la réponse à une provocation à un acte de légitime défense²¹¹. Il s'agissait alors de défendre son honneur mis en cause. Et ainsi les peines « dérisoires et infâmantes », les peines d'honneur, furent maintenues jusqu'au XIX^e siècle en France. L'évolution juridique des sociétés modernes a transformé ces dernières en sociétés de droit mais lentement et sans doute pas complètement – dans les notions de « respect » ou de « dignité », souvent invoquées de nos jours, ne voit-on pas s'exprimer à nouveau un sentiment d'honneur posé comme immédiat et irrépensible ? Pour deux sociologues, nous sommes passés d'une culture de l'honneur à une culture de la dignité, marquée par l'exercice de droits individuels pour parvenir finalement à une culture actuellement en développement de victimisation, qui conjugue défense de l'honneur face à ce qui est ressenti comme une offense et recours à la justice pour se défendre. Une culture de victimisation qui n'est pas sans paradoxes ainsi puisque saisissant la justice pour faire état de discriminations institutionnelles, elle suppose pourtant une égalité totale des droits (alors que dans une culture de la dignité, les revendications portaient sur *l'acquisition* de droits). De sorte qu'elle semble bien marquer un certain retour à une culture de l'honneur, dans un contexte émotiviste (voir 4. 3. 41.)²¹².

Par ailleurs, dans les marges de la société, le trafic de drogue, les gangs, la prison sont marqués par une culture de l'honneur. Ils sont autant de sociétés alternatives au sein desquelles le courage, la dureté et l'initiative sont valorisés, note un auteur²¹³.

L'honneur peut fonder des droits mais dans des conditions fort différentes de ceux reconnus dans une société de droits. L'honneur se conquiert et, s'il se transmet, il doit encore être défendu et affirmé. Dans la mesure où sa force justifie son pouvoir, un chef reste toujours

²⁰⁹ Hildesheim, G. Olms, 2004.

²¹⁰ Choix de textes, Paris, Gallimard, 1977, p. 65 et sq.

²¹¹ Sur les transformations des codes de l'honneur dans les sociétés démocratiques, voir K. A. Appiah *Le Code de l'honneur*, 2010 (trad. fr. Paris, Gallimard, 2012).

²¹² Voir B. Campbell & J. Manning *The rise of victimhood culture*, Palgrave Macmillan, 2018.

²¹³ Voir J. Gilligan *Preventing violence*, New York, Thames & Hudson, 2001.

menacé²¹⁴. Pour autant, une société d'honneur n'est pas anarchique puisqu'elle vise au contraire une claire stabilité des rôles et des places au sein d'une société. Ainsi les sociétés d'honneur suivent-elles souvent des règles coutumières, que l'honneur commande de respecter strictement. Par ailleurs, ces sociétés sont foncièrement inégalitaires et hiérarchiques, la réclamation d'honneur permettant et justifiant l'affirmation différenciée de chacun selon sa force – ce que Pierre Bourdieu a voulu montrer en étudiant les relations d'honneur et de défi en Kabylie (*La domination masculine*, 1998²¹⁵). L'honneur valide un rapport de force et une société régie par l'honneur peut fort bien être criminelle – c'est le cas des mafias - autorisant une prédation fondée sur le mépris éprouvé vis-à-vis de ceux qu'on ne craint pas. Un mépris qui est sans doute la condition principale du crime, au triple sens où il le permet, le justifie et où il correspond au fond à ce que le criminel recherche : une sensation de triomphe personnel, qui elle-même peut parfois compenser un sentiment d'humiliation. Inséparable du mépris, la défense de son honneur libère de la honte.

Au gré de nombreuses consultations de détenus en prison, un psychiatre américain note que beaucoup de tueurs expliquent que lire la peur dans les yeux de leurs victimes leur donne un sentiment de puissance et l'impression d'être respectés et ceci en compensation d'expériences humiliantes subies dans l'enfance, à l'école ou dans la recherche d'emploi²¹⁶.

Même si elle autorise, parfois valorise, des comportements hautement criminels, une société d'honneur vit sous des règles contraignantes, traditionnelles – par rapport auxquelles elle réprimera les déviances : c'est ainsi qu'à Naples ou au Japon, la mafia a pu être employée au maintien de l'ordre. Les grands criminels ont souvent des valeurs très bourgeoises !

Mais le terme, en l'occurrence est inapproprié. Dans un système mafieux, la naissance ne décide pas forcément des destins. La compétition peut être assez libre, sans modèle institué. La ruse est admise. La force justifie tout. Néanmoins, c'est une société d'honneur, laquelle repose sur un code de conduite (la réserve pour les femmes, certains comportements virils pour les hommes) qui fonde le prestige social. Toutes les vies ne se valent pas, à la différence d'une société bourgeoise où tous disposent des mêmes droits, où la richesse et certains privilèges attachés à des titres se substituent à l'honneur.

Il faut une pleine conscience d'être porteur de droits individuels pour mettre les règles sociales en perspective et souhaiter qu'elles évoluent. A défaut, règles et lois sont tout

²¹⁴ Voir P. Arlacchi *Mafia & Cies*, 1983, trad. fr. Presses Universitaires de Grenoble, 1986.

²¹⁵ Paris, Seuil, 1998. Voir également J. K. Campbell *Honour, Family & Patronage*, Oxford, Clarendon Press, 1964.

²¹⁶ Voir S. Schwartz & D. Boodell *op. cit.*

extérieures. Elles paraissent s'imposer de soi. Trouve alors à s'exprimer un égocentrisme se satisfaisant que tous soient soumis à la même règle que lui et jugeant intolérable que d'autres aient ce qu'il n'a pas, ou bien estimant au contraire ne pas être soumis aux mêmes règles que les autres. Or ce ne sont certainement pas là des attitudes anormales mais sans doute les plus communes parmi les membres d'une société d'honneur comme de droit !

Ces deux attitudes sont particulièrement flagrantes dans la dénonciation, a-t-on noté²¹⁷.

On ne peut opposer strictement sociétés d'honneur et sociétés de droits car bien des éléments les caractérisent également. Il reste qu'honneur et droit ne se confondent pas. Le premier, propre à un individu, est ce qui le distingue des autres – au besoin, la violence établira cette distinction. Elle sera intimidation, cruauté ou vengeance. Tandis que les droits d'un individu lui sont reconnus de l'extérieur et, pour les défendre, l'individu doit saisir une institution – ses droits n'existent réellement que pour autant que cette institution existe effectivement. Aussi ne peut-on venger une violation de ses droits. On peut se venger d'une agression ou d'une offense et cela peut se faire même dans une société de droit sans doute, comme une dose certaine de vengeance peut inspirer la défense de ses droits. Mais ces éléments restent extérieurs aux droits. Ils n'en relèvent pas. Une peine ne peut ainsi être prononcée que par un tiers par rapport aux parties ; lesquelles ne peuvent l'invoquer que comme leur droit réciproque. A défaut, la peine est une vengeance. Toutefois, dans une société de droit, la peine conforme à la loi est un droit et ne peut cesser de l'être sans que la justice elle-même soit oubliée.

*

4. 3. 27.

L'oubli de justice.

La peine, avons-nous posé, est la restauration d'une liberté. En ce sens, *elle est le droit du criminel*, comme l'indique Hegel. Et ce n'est pas seulement que la peine honore ce dernier comme un être rationnel – seul un être rationnel pouvant être véritablement puni (la punition d'un animal relevant davantage du dressage, pour qu'il ne recommence pas). C'est que la reconnaissance du criminel comme tel est strictement symétrique à la reconnaissance de la victime comme telle, note Paul Ricœur (*Sanction, réhabilitation, pardon*, 1994²¹⁸). Pas de

²¹⁷ Voir L.-J. Colaneri & G. Gérente *La dénonciation et les dénonciateurs*, Paris, PUF, 1948.

²¹⁸ *Le juste*, Paris, Ed. Esprit, 1995.

victime sans crime et donc sans criminel – victime et criminel sont désignés par un même acte de reconnaissance.

Nous avons ainsi tenté de montrer que la finalité d'une peine n'est pas de rembourser une perte ou de réparer une violence mais de restaurer un droit. Parce que coupable et victime sont tous deux sujets de droit, le crime a non seulement bafoué le droit de la victime mais il a nié aussi bien celui du coupable, qu'il a mis hors-la-loi. La peine doit ainsi restaurer la victime dans ses droits, en reconnaissant le tort qu'elle a subi, aussi bien que permettre au coupable de retrouver ses droits à l'issue, en coupant court à la vengeance. Néanmoins, de ceci, notre époque semble avoir beaucoup de mal à se convaincre. La peine restaure les droits de la victime et du coupable. La peine annule le crime, note simplement Hegel. Cette formule est-elle encore audible cependant ? Parmi bien d'autres, un ouvrage récent de Bertrand Guillaume permet d'en douter (*Penser la peine*, 2003²¹⁹).

Si la peine annule le crime, c'est au sens où elle invite le criminel à se repentir, réalisant ainsi son propre caractère moral, comprenait John M. E. McTaggart (*Hegel's Theory of Punishment*, 1895²²⁰). Cette dimension subjective est pourtant tout à fait extérieure à l'argumentation hégélienne et ne lui apporte rien. Dire que la peine annule le tort moral subi par la victime et lié à l'agression du criminel²²¹ appelle la même remarque. Quant à B. Guillaume, il soutient qu'il est douteux que la peine puisse annuler le crime car, si elle est bien un moyen pour éviter la violation du droit, elle ne se déduit pas du droit (p. 54 et sq.). Cette remarque est aussi effarante qu'importante. Car outre qu'elle semble formellement assez douteuse – sauf à invoquer des droits naturels, les peines comme les droits positifs découlent également de la loi – la formule ne se soutient que d'un gigantesque oubli. Car effectivement, *la peine ne se déduit du droit que si l'on fait intervenir la notion de justice* et ceci en son sens le plus prosaïque de défense et de reconnaissance d'un droit – au sens où l'on parle de saisir la justice. Une notion que l'auteur se dispense néanmoins d'employer pour penser la peine, comme il est devenu fréquent désormais. La notion de peine est de nos jours essentiellement considérée dans son utilité, c'est-à-dire dans ses effets, d'un point de vue « conséquentialiste ». Elle sera ainsi rapportée à la personnalité de la victime ou à celle du coupable, à une notion de « maîtrise » ou capacité à décider du cours de sa vie²²² – à tout, sauf

²¹⁹ Paris, PUF, 2003.

²²⁰ in *Studies in Hegelian Cosmology*, Cambridge University Press, 1901.

²²¹ Voir J. Hampton *The retributive idea* in J. Hampton & J. Murphy *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press, 1988.

²²² Voir J. Braithwaite & P. Pettit *Not just Deserts: towards a Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford University Press, 1990.

à la justice ! Et, bien entendu, l'effet d'un tel oubli est d'ôter à la peine toute nécessité. Il ne reste plus aux juges qu'à assurer la gestion sociale de conflits, comme nous l'avons vu ci-dessus pour le dédommagement des victimes et comme cela a pu être souligné de même pour les divorces²²³. La loi pénale évolue de nos jours vers une *soft law*, avancent ainsi certains commentateurs, vers un droit « mou » ou « souple » qui prescrit sans ne rendre rien obligatoire²²⁴. Mais application de la loi et poursuites peuvent alors paraître aléatoires, à la tête du client ou selon la sensibilité du juge et l'égalité de tous devant la justice être ainsi totalement bafouée. *Au bout de son orientation vers le pardon, la justice peut dès lors se diriger vers le simple oubli* des actes criminels et des droits qu'ils bafouent, pour passer outre au moindre coût social. Ou bien elle peut décider d'être impitoyable vis-à-vis de certaines personnes ou de certains délits, par idéologie ou pour plaire au pouvoir.

*

Sans l'idée d'une réclamation de justice, pourquoi punir ? S'agit-il de châtier un comportement moralement inacceptable ? Mais, nous l'avons vu, celui-ci ne permet pas forcément d'imputer à celui qui l'a commis une entière responsabilité au sens pénal. Et quant aux effets de la peine, nous avons assez souligné leur caractère incertain. La peine peut même paraître contre-productive si l'objectif principal du système pénal, comme l'indique B. Guillaume, est le bon fonctionnement du système de coopération dont procède la garantie de nos droits – dès lors qu'elle est située dans la perspective de la société dans son ensemble, avons-nous déjà souligné, la peine paraît moins nécessaire. Elle n'a aucune nécessité, estimera-t-on ainsi. Certes, puisque l'on a évacué toute notion de justice ! Mais la justice se récriera-t-on, ne consiste pas à punir. Elle ne tient pas à ces considérations abstraites mais au fait de tenir compte de la situation du coupable, comme de celle de la victime pour faire prévaloir humainement l'intérêt particulier de chacun. La justice, dira-t-on encore, n'est pas dans la loi – rigide, abstraite, uniforme – mais dans l'application qui peut en être faite. Formule très discutée cependant puisque la justice échoit alors à ceux qui la rendent – à quoi s'opposaient justement les principes beccariens - et ce qui peut être source de véritables dénis de justice, particulièrement dans trois cas de figure :

²²³ Voir I. Théry *Le démariage*, Paris, O. Jacob, 1993.

²²⁴ Voir A. Flückiger *(Re)faire la loi, traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne, Stämpfli Ed., 2019.

- le parcours judiciaire est imprévisible, il semble largement aléatoire. La victime ne peut porter sa plainte en justice ou n'est pas sûre qu'elle soit recevable. Pour le criminel, la peine peut varier du tout au tout en fonction d'un juge ou d'un avocat ;
- le jugement est rendu « à la tête du client ». Il est formé non pas au vu des actes commis mais de l'estimation des intentions et de la personnalité de l'accusé et de la victime – et c'est ainsi que face aux viols, jurys et juges eurent longtemps tendance à considérer que les victimes « l'avaient bien cherché » ;
- la peine est sans commune mesure avec la faute, de sorte que celle-ci est comme niée ou au contraire surévaluée et le tort causé à la victime aussi bien. Ceci en fonction d'orientations générales de sévérité ou au contraire de tempérance.

Il nous faut examiner ces trois cas de figure plus avant.

*

La nécessaire prévisibilité du droit pénal.

Un crime est commis. Une plainte sera-t-elle déposée ? Cela n'a rien d'évident. Nous l'avons vu, de nos jours encore, dans le cas de viols, il semble qu'un nombre restreint de cas fassent effectivement l'objet d'une plainte. Beaucoup de raisons peuvent l'expliquer et notamment la honte liée au rôle de victime qu'il faudra assurer dans le cas d'un procès. Ce que conditionne bien entendu l'image d'une justice extrêmement lente, procédurière, chère dans bien des cas (malgré sa gratuité de principe) et dont l'orientation des jugements n'est même pas assurée. Cette image joue aussi bien dans le cas d'infractions mineures, vis-à-vis desquelles « le coût de l'embrouille », dès lors qu'il faut saisir la justice, paraît ne pas en valoir la peine. Dans tous ces cas, l'inaccessibilité de la procédure judiciaire peut provoquer une dépénalisation de fait, plaçant les victimes dans une situation de complicité passive et forcée. On justifie parfois cet état de fait en soulignant ses côtés positifs, forçant notamment les citoyens à s'arranger, à avoir recours à une procédure d'arbitrage pour régler leurs conflits, souvent mineurs, plutôt que de saisir une justice devant demeurer un ultime recours. Un argument recevable d'un point de vue de police sans doute mais non de justice, puisque disposer de droits qu'on hésitera sérieusement à défendre revient évidemment à être privé de l'exercice de ses droits.

Une plainte est déposée. Sera-t-elle instruite ? Cela n'est pas certain en France, où le ministère public est seul juge de l'opportunité des poursuites et peut donc classer une affaire

sans suites. On a justifié ce système en disant qu'il était le mieux à même de filtrer les plaintes abusives ou purement calomnieuses, dans un souci d'efficacité de la justice ; par opposition au principe de légalité des poursuites qu'ont retenu des pays comme l'Allemagne ou l'Italie, où toute plainte doit être poursuivie (ce qui ne va pas néanmoins sans certains filtres). Il est difficile de connaître le nombre et la nature exacte des plaintes classées en France et l'on peut seulement souligner le risque d'arbitraire étatique susceptible de jouer en l'occurrence, occasionnant évidemment, le cas échéant, de véritables dénis de justice.

Un procès enfin a lieu. Le plaignant est-il sûr de faire au moins reconnaître son droit ? Pas du tout ! D'abord les textes de lois s'enchevêtrent en un fatras incompréhensible. Ils laissent place à de nombreuses exceptions et à de non moins nombreuses interprétations, sans même parler des vices de procédure. On ne s'aventure pas en justice sans assistance et l'on découvre alors que toutes ne se valent pas. On découvre que faire valoir un droit est un métier difficile. Tout cela passe néanmoins pour une incommodité plus que pour un déni de justice et l'on dira à l'encontre que chacun – avec quelques difficultés, certes – est à même de faire reconnaître ses droits, comme en témoignent après tout les procès effectivement conduits, tout comme le fait que les citoyens s'adressent de plus en plus à la justice. Mais cet argument ne tient guère. Quand le droit devient imprévisible, tant il est complexe en même temps que peu précis, l'institution judiciaire n'est plus là tant pour l'appliquer que pour le déterminer et l'on n'est plus avec elle dans un rapport de service public mais de négociation avec un pouvoir particulier – ce qui n'est pas forcément pénalisant pour tous car l'on peut profiter d'une telle relation. Comme dit l'adage, il y a des avocats qui connaissent le droit et d'autres qui connaissent le juge !

S'adresser à l'institution judiciaire représentera néanmoins une épreuve, comme un concours ou comme un processus d'embauche, face à laquelle il faut mettre toutes les chances de son côté. L'action en justice comportera ainsi une part de chance, de rituel, de manœuvre et de droit. Sera-t-elle juste de surcroît ? Il est à parier que la majorité des magistrats répondraient oui et ceci non sans raisons. Car de fait, c'est certainement un souci de plus grande justice qui en large partie aura produit cette situation frôlant en permanence le déni de justice ! La personnalisation des délits et des peines – devenue une psychologisation – en fournit une illustration exemplaire.

*

4. 3. 28.

La psychologisation des délits et des peines.

Nous avons souligné ci-dessus comment le principe de personnalisation des peines fut réintroduit dans le droit pénal après la Révolution, au point de devenir déterminant. Il nous reste à montrer comment ce principe, versant dans une psychologisation des délits et des peines qu'inspire le souci d'une meilleure justice, peut provoquer de véritables dénis de justice.

La personnalisation devient une psychologisation dès lors qu'on passe d'une justice consistant en la détermination de règles communes, dont les magistrats sont les gardiens, à une justice consistant essentiellement à déterminer si victime et coupable sont vraiment redevables des effets que la peine prévue aura si elle est appliquée et à ajuster la sentence finale en conséquence – une justice dont les magistrats deviennent ainsi finalement les seuls dépositaires, sur la base des textes qu'ils doivent appliquer. On ne juge dès lors plus tant des actes que des profils de personnalité et des statuts sociaux, au gré des opinions. Dans un ouvrage suggestif, Antoine Garapon présente très bien cette orientation (*Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, 1996²²⁵). Un jugement ne peut plus se tirer seulement du droit, est-il affirmé, car, en prononçant une peine, il convient de se demander comment ne pas rajouter aux injustices que le coupable a lui-même subies. La justice ne peut consister en la poursuite d'un ordre idéal. Elle est une recherche de la cohérence pénale a posteriori ; de sorte que la loi ne peut suffire sans tout ce que le juge doit encore lui ajouter, qui tient essentiellement à tenir compte de la situation réelle des parties.

Ou comment un discours se voulant progressiste se révèle assez problématique ! *Faire du tribunal une instance morale* – puisque selon l'auteur il doit juger si le criminel *mérite* bien sa peine - *revient à condamner la justice à ne plus pouvoir arriver à des conclusions tenues pour vraies par convention* ; surtout dès lors que l'acte de justice se retrouve dilué sur de longues années, au gré notamment de la mobilisation des voies de recours. *Dès lors que la justice est affaire de morale, en effet, chacun en est seul juge en conscience.* De là chez de nombreux condamnés cette certitude, rapportée par l'auteur, d'avoir « le bon droit » pour eux. Pour le reste, à chacun de s'arranger pour subir, le cas échéant, un système pénal dont les attendus peuvent lui échapper largement et dont les jugements peuvent ne pas du tout correspondre à l'idée qu'il se fait de la justice, puisque chacun est finalement seul juge de son droit. *Ainsi des sociétés de plus en plus juridiciarisées peuvent-elles perdre jusqu'au sens*

²²⁵ Paris, O. Jacob, 1996.

*même du droit et l'expansion des domaines législatifs et juridiques s'accompagner d'une défiance accrue vis-à-vis de la justice*²²⁶.

Pourtant, dans un tel contexte, « s'arranger » de l'institution judiciaire est très possible et forte peut être ainsi l'envie de tenter la justice, car dès lors qu'en la personnalisation des peines réside tout espoir de justice, le droit verse dans une psychologie facilement devinable. Ainsi a-t-on pu souligner le traitement plus favorable dont bénéficient souvent en justice en France les femmes, vues plutôt a priori comme victimes, en même temps que comme des êtres mineurs, à l'instar des enfants, incapables de vouloir vraiment ce qu'ils font. De nos jours encore, la violence reste largement vue, par préjugé, comme un attribut patriarcal²²⁷.

Comme le remarque lui-même Antoine Garapon, si l'imaginaire inquisitoire est de tout savoir, il s'accommode en fait très bien d'une vérité conventionnelle (p. 96). On imagine mal en effet les juges se livrer à des recherches psychologiques. Leur conviendront plutôt des discours adaptés à leur pratique et justifiant ainsi ce qu'il faut bien nommer l'exercice d'un pouvoir. Des discours, que l'on peut nommer des préjugés, qui ne trouveront pas de contre-discours susceptibles de les infirmer ; d'autant moins que, s'ils inspirent l'attitude du juge, ils ne seront pas énoncés comme tels. Des discours peu critiques ainsi et donc conventionnels, dont A. Garapon fournit d'ailleurs un très bon exemple quelques pages plus loin lorsqu'il explique que nombre de délits commis par les jeunes n'ont pas pour mobile principal le profit mais une recherche identitaire. Beaucoup de jeunes, en d'autres termes, trouvent dans la délinquance une sociabilité par défaut, face à des adultes qui tendent désormais à s'identifier aux adolescents et ne jouent plus leur rôle d'adultes. Dans ce cadre, la confrontation des jeunes avec la justice est une épreuve de vérité identitaire – d'ailleurs souvent déçue, note A. Garapon, dès lors qu'on s'efforce, en signe d'ouverture vis-à-vis des jeunes, de donner un caractère moins formel aux rapports juridiques (pp. 122-123).

Un tel discours témoigne incontestablement d'une grande ouverture d'esprit et d'une approche très humaine de la délinquance juvénile. *Un tel discours est pourtant intolérable ! Qui peut ainsi, au nom d'une psychologie à deux sous, prétendre savoir mieux que les autres ce qu'ils font, ce qu'ils veulent et ce qu'ils sont ?* Que se passe-t-il si un jeune délinquant, d'emblée, refuse de rentrer dans ce moule ? Sera-t-il vraiment jugé de la même façon que ceux qui s'y plient parfaitement et hypocritement ? Et que juge-t-on finalement au nom d'un tel discours sur les jeunes délinquants : ce qu'ils font ou ce qu'ils sont ? D'où tire-t-on que le

²²⁶ Voir J. K. Lieberman *The litigious society*, New York, Basic Books, 1981.

²²⁷ Voir C. Cardi & G. Pruvost (dir) *Penser la violence des femmes*, Paris, La Découverte, 2012.

juge aurait un regard objectif sur ceux qu'il doit juger ? L'expertise psychiatrique en justice, déjà, n'est pas sans biais²²⁸.

Dans l'affaire d'Outreau, l'expert psychologue fut mis en cause pour avoir cautionné des accusations d'enfants, jugées irrecevables dès l'ouverture du procès mais qui avaient provoqué le long enfermement préventif de plusieurs prévenus. Les analyses psychologiques, en l'occurrence, étaient fondées sur l'interprétation de dessins d'animaux qu'on avait demandés aux enfants (!). Sans autres arguments, l'expert, pris à partie pour le peu de sérieux de ses analyses, déclara pour sa défense : « quand on est payé comme une femme de ménage, on fait des expertises de femmes de ménage ! ». Cela fut dit en toute impunité et ne déclencha guère de remise en cause du bien-fondé du « savoir » psychologique mobilisé par les tribunaux... Par la suite, néanmoins, la famille d'une jeune fille tuée par un camarade de classe en novembre 2011 a voulu porter plainte contre l'expert psychiatre qui avait estimé « non-dangereux » le coupable, responsable d'un viol un an plus tôt. En 2013, un psychiatre a été condamné à un an de prison avec sursis pour homicide involontaire, ayant été jugé en partie responsable du crime commis par l'un de ses patients.

Certes, un discours comme celui d'A. Garapon, entend être foncièrement humain, c'est-à-dire éviter surtout toute violence inutile et injuste – assimilée à la vengeance souhaitée par une populace réputée avide de punition et de victimes émissaires (ces thèmes fantasmatiques reviennent tout au long de l'ouvrage). Mais apitoiement et répression vont de pair, note A. Garapon, qui ne croit pas si bien dire ! Dès lors que la justice n'a plus face à elle des sujets de droits mais des individus dont elle pense cerner, mieux que ceux-ci ne sauraient sans doute l'exprimer, les mobiles profonds, l'arbitraire règne et tout devient possible. S'il faut s'empresse, comme y invite l'auteur, de rompre avec « le mythe d'un unique détenteur de l'ordre normatif, d'un législateur rationnel » (étrange formule !), il faut alors reconnaître que les juges seront les seuls dépositaires du droit. C'est exactement à cela qu'aboutit une vision compassionnelle ou morale qui entend se surajouter aux lois. Et le plus étonnant est qu'on puisse ne pas s'en rendre compte ! Contre une justice aveugle, contre une impartialité bornée (étrange expression !) des juges, Martha Nussbaum en appelle ainsi à « une vision riche et concrète qui rend justice aux vies humaines » (*L'art d'être juste*, 1995²²⁹). Ce qui signifie selon elle que certains groupes ayant subi des inégalités doivent se voir prêter plus d'attention si l'on veut les traiter réellement en égaux. De telles revendications sont devenues courantes et, au niveau du lieu commun où se situe la réflexion de l'auteur, les évidentes difficultés qu'elles soulèvent n'affleurent même pas : dans la mesure où ces groupes seront opposés en justice à d'autres, ces derniers ne disposeront-ils donc pas des mêmes droits ? Le

²²⁸ Voir T. Kammerer *La relation entre médecin et inculpé dans l'expertise mentale criminelle*, 1956 in A. M. Rocheblave *La notion de rôle en psychologie sociale*, Paris, PUF, 1962.

²²⁹ trad. fr. Paris, Flammarion, 2015.

témoignage des membres de tel groupe vaudra-t-il mieux que celui de tel autre ? Par ailleurs, serait réintroduite ainsi la notion de responsabilité collective a priori : quiconque relève de tel groupe et seulement parce qu'il en relève ne sera pas traité de la même manière que s'il appartenait à autre groupe. Par ailleurs, comment seront définis les groupes ? Sur quelles bases ? On voit assez comment une vision compassionnelle peut, au nom de la justice, plaider pour le développement d'une situation qui, sur les principes, ne serait rien d'autre qu'un apartheid ! Pour M. Nussbaum, le juge est un redresseur de torts. Elle attend de lui, face aux affaires, un « détachement équitable ». C'est trop peu dire. Appliquant les lois selon des attendus qui ne s'y trouvent nullement – au contraire – les magistrats formeraient comme un Etat dans l'Etat. Un Etat contre lequel les citoyens, entièrement soumis aux pré-jugements des juges, à leurs préjugés idéologiques²³⁰, ne disposeraient d'aucun recours. Les juges auraient ainsi repris aux avocats ce qu'on a nommé leur « rôle politique »²³¹ mais en disposant également d'un pouvoir de décision.

Cela a-t-il accompagné une relative perte d'utilité des avocats, que suggéraient il y a déjà plusieurs décennies certains observateurs ? Alors que l'impact des avocats sur les peines appliquées paraît de moins en moins patent, estiment-ils, l'avocat semble avoir de plus en plus pour fonction principale de guider, d'apaiser et de préparer les prévenus face aux procédures et contraintes judiciaires²³².

Tentant d'étudier ce qui détermine les décisions de justice, un auteur ne parvient pas (faute surtout de données exploitables disponibles) à bien le fixer, constatant néanmoins que les circonstances, le profil particulier du juge, comme celui des justiciables, comptent beaucoup. Tandis que le corps judiciaire semble assez bien résister aux injonctions du politique ; exerçant ainsi non pas un contre-pouvoir de droit – puisque la non-application ou le non-respect de lois est tout à fait anti-démocratique – mais un pouvoir comme il l'entend²³³.

De sorte qu'il faudrait aller au bout de cette logique et face à cet arbitraire en réclamer un autre : le droit pour tout justiciable de choisir son juge en fonction de ce qu'il peut savoir de son parcours, de ses goûts et de ses opinions, etc. On choisirait son juge comme son avocat et l'idée n'est pas complètement aberrante sans doute, si un syndicat de magistrats peut, comme nous l'avons vu ci-dessus, inviter ses membres à une partialité de principe contre certaines personnes. Dès lors qu'il n'y a plus de référence normative unique, comme affirme A Garapon, à chacun de faire son droit !

²³⁰ Voir Casamayor *L'idole et le citoyen*, Paris, Gallimard, 1982.

²³¹ Voir J. Danet *Défendre*, Paris, Dalloz, 2004.

²³² Voir N. Herpin *L'application de la loi*, Paris, Seuil, 1977, p. 20.

²³³ Voir A. Philippe *La fabrique des jugements*, Paris, La Découverte, 2022.

Les possibilités de récusation des juges par ceux qui sont jugés, dont le *Code civil* donnait une liste limitative de causes, tendent à devenir de plus en plus importantes et même subjectives, notamment depuis la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (ratifiée en 1974 par la France), qui exige l'impartialité du tribunal en son article 6. Selon un arrêt de la Cour de Cassation du 28 avril 1998, la simple absence d'impartialité subjective, c'est-à-dire le doute sur l'absence de parti-pris du juge en son for intérieur, peut être retenue²³⁴.

Plus sérieusement, dans un système où l'instruction fait intervenir la conviction du juge et où la personnalisation des peines devient déterminante – ceci recouvrant non seulement la détermination mais l'application des peines ; une loi du 9 mars 2004 ayant posé que toute peine d'emprisonnement a vocation à être aménagée – on ne peut que remarquer le hiatus entre l'importance individuelle du magistrat et son irresponsabilité personnelle face aux justiciables. Et l'on peut bien entendu se demander si, derrière les grands discours humanistes, ne se cache pas tout simplement la défense du pouvoir que détiennent les juges.

Un juge d'instruction croit tenir l'affaire qui fera décoller sa carrière. Il jette en prison treize suspects d'une sordide affaire de pédophilie. Il s'entête à ne pas les relâcher pendant les longues années de préparation du procès. Les avis d'experts confirment d'ailleurs ses convictions. Les juges de la détention n'objectent rien. Au procès, cependant, on s'aperçoit que tout cela ne reposait sur rien ! Le scandale est fort. Une commission parlementaire est même constituée. Mais on parle de sanctions contre le juge d'instruction et c'est immédiatement un tollé chez les magistrats : aucun des actes qui sont reprochés au juge d'instruction n'était illégal. Stupides peut-être. Désastreux sûrement. Mais conformes au code de procédure. Finalement, le juge recevra simplement une réprimande de la part du Conseil supérieur de la magistrature.

Face à un tel cas de figure, la question ne peut être contournée : la responsabilité personnelle peut-elle ne pas s'étendre aux magistrats ? En toute exactitude, estimait Bentham, un acte judiciaire devrait porter le nom de celui qui le fait car il est la justice en l'occurrence (*De l'organisation judiciaire et de la codification*, p. 11 et sq.). Dès lors, même si l'on imagine quelles récriminations elle susciterait chez les magistrats, la possibilité qu'on puisse, plaignant ou condamné, poursuivre un magistrat pour des dommages et torts directement créés par ses décisions serait-elle aberrante ? Puisque le magistrat, nous l'avons vu hautement revendiqué ci-dessus, ne doit pas se borner à appliquer strictement la loi mais tenir compte de ses conséquences possibles sur la personne des justiciables !

²³⁴ Voir B. Bernabé *La récusation des juges*, Paris, LGDJ, 2009.

L'Etat peut néanmoins être poursuivi pour certaines décisions de justice. En 2016, le tribunal administratif de Lille a condamné l'Etat français, le jugeant « responsable mais sans faute », pour avoir accordé une libération conditionnelle en 2009 au meurtrier d'une joggeuse qui avait été condamné pour viol à 10 ans de prison en 2006.

Le rôle que la conscience du juge doit jouer dans l'administration de la justice est un vieux débat – tu ne prendras pas le parti du plus grand nombre ni tu n'exalteras un misérable engagé dans un procès, dit déjà la Bible (*Exode 23 2-3*). Et la question n'a jamais été bien réglée²³⁵. Il est cependant étonnant qu'elle n'appelle pas plus de discussions, dès lors que certains prônent l'indépendance du Parquet, à l'instar des juges du Siècle, rattachés non plus à l'exécutif mais à un Conseil supérieur de la magistrature indépendant. Le risque serait alors que la politique pénale du Gouvernement ne soit plus forcément appliquée, les différents Parquets se réservant la possibilité de l'interpréter à leur façon et en fonction des cas – la loi n'étant dès lors plus la même pour tous. Une telle indépendance peut désormais être revendiquée au nom de l'Etat de droit et être plus précisément présentée comme un rempart face aux dérives populistes et extrémistes. En quoi se révèle un profond changement de sens de l'idéal démocratique que l'on ne remarque pas encore assez : *la démocratie tend de nos jours à ne plus être vue comme ce qui permet l'expression d'une volonté générale mais, assimilée à l'Etat de droit, comme ce qui permet la défense des droits individuels et bien entendu des privilèges qui peuvent leur être associés face au pouvoir d'une majorité* (ce thème est davantage traité en 4. 3. 36.). Dans ce contexte, l'indépendance devient une nécessité en soi et non plus la simple condition nécessaire pour assurer l'impartialité de la justice. La question est dès lors de savoir si cette indépendance ne conférerait pas *de facto* aux magistrats un pouvoir capable d'annuler celui des politiques, ceci de manière non-démocratique dès lors que les magistrats ne sont pas élus. Nous en serions ainsi à peu près revenus aux revendications des Parlements de l'Ancien Régime !

*

²³⁵ Voir J-M. Carbasse & L. Depambour-Tarrida (dir) *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999.

Selon des historiens, rendre la justice non tant au nom de la loi que de ce qu'ils estiment juste, a été la tentation constante des juges à travers l'histoire²³⁶. Très tôt, en effet, se développa l'idée qu'il n'y a qu'une seule justice, celle de Dieu et les juges conçurent que leur rôle était d'appliquer cette dernière. Or, à la différence de la justice des hommes, celle de Dieu pardonne. C'est peut-être là l'origine de cette perspective de pardon qui, nous l'avons plusieurs fois souligné, paraît fortement imprégner l'évolution de la justice, alors même qu'elle n'est pas juridiquement reconnue. Dans les jugements, les remords et la repentance des accusés sont des éléments déterminants. Ils poussent à l'indulgence, sinon au pardon. Et c'est finalement à celui-ci que semblent suspendues nombre de sanctions pénales – la réclusion carcérale ayant même largement emprunté à ses débuts au monde monastique²³⁷. Et n'est-ce pas encore la même perspective d'une indulgence, d'un pardon possible, qui pousse à la personnalisation des peines ? Le problème est que celle-ci peut favoriser de véritables dénis de justice.

*

Dans un roman d'Henrik Stangerup, un homme commet un meurtre. C'est un accident lui explique-t-on aussitôt. Il n'y aura donc pas de procès. Son crime marque seulement une adaptation sociale insuffisante, tenant à une enfance malheureuse, à l'influence de certaines lectures. Un traitement anti-agressivité sera donc seulement prescrit, consistant en tranquillisants, ainsi qu'en rencontres et conversations thérapeutiques. Mais l'homme se rebelle. Pour continuer à être lui-même, il faut que sa culpabilité soit reconnue (*L'homme qui voulait être coupable*, 1973²³⁸).

La psychologisation de la justice peut être un véritable déni de personnalité, qui peut facilement verser dans le déni de justice. Car les justiciables, coupables et victimes, ne sont plus alors reconnus en effet au titre de leur personnalité juridique, porteuse de droits, mais sont considérés comme des individus dont les mobiles doivent être psychologiquement sondés et dont le profil, dès lors, sera porteur d'un coefficient de sympathie, de normalité et d'acceptabilité positif ou négatif, c'est selon. Des individus dont on saura par avance ce qui est le mieux pour eux – qu'ils ne réalisent pas forcément – dans les limites de la paix sociale. Ainsi, une image ambiguë du criminel s'est forgée, le voulant tout à la fois déterminé par son économie psychique propre en même temps que conditionné par son origine sociale,

²³⁶ Voir J. Krynen *L'Etat de justice. France XIII^e-XX^e siècle II. L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012.

²³⁷ Voir G. Guyon *Justice de Dieu, justice des hommes*, Paris, D. M. Morin, 2009.

responsable en même temps que manipulé par des forces sociales. Ses actes, rapportés à tout un contexte, ainsi qu'à des attendus psychologiques ou culturels, paraissent largement le dépasser. Ses propos dès lors seront pris pour des symptômes plus que pour des raisons. Et dans certains cas limites, son cas singulier disparaîtra pratiquement derrière des enjeux généraux.

Une telle approche aboutit à déposséder les justiciables non seulement de droits – puisque l'application de ces derniers sera entièrement soumise à l'appréciation des juges et non à ce que prévoit la loi – mais de voix. Ce qu'ils pourront dire, en effet, ne comptera pas comme argument rationnel mais comme symptôme de l'image que l'on se fait d'eux. La justice devient alors un système de police qui, appréciant les comportements et les intentions et opinions qui les inspirent, devra mettre en place une surveillance permanente des justiciables qui permette d'en juger et d'appliquer en fonction des corrections thérapeutiques.

On aboutit alors à une justice « politique », au sens où l'inspirent moins des cas individuels que de grands enjeux de société, auxquels on ramènera les premiers et dans le cadre desquels on voudra privilégier certaines orientations. Au sens également où la justice devient l'exercice d'un pouvoir propre, exalté dans la possibilité de prononcer et d'imposer le pardon.

*

4. 3. 29.

L'obligation de pardon.

Dans une cour de récréation, deux enfants se battent. L'un a voulu prendre de force ses jouets à l'autre. Celui-ci s'est défendu. Un surveillant arrive, les sépare, leur explique qu'ils ont tort de se battre, que la violence ne résout rien et les renvoie tous les deux en les menaçant de sanctions s'ils recommencent. Voilà un surveillant dont on jugera sans doute à notre époque qu'il a très bien fait, quoiqu'il ait été foncièrement injuste et n'ait exercé qu'une fonction de police : il a rétabli l'ordre et a exercé ainsi son pouvoir – une fonction bien plus commode et gratifiante que de s'aventurer à faire justice.

Or il en va de même si la paix sociale est le principal objet de la justice pénale. Celle-ci, en effet, n'a pas pour fonction essentielle de punir mais d'éteindre les passions, de faire surmonter les haines et donc de *forcer* au pardon pour éviter la violence. C'est tout le sens du droit de grâce reconnu au souverain ou au chef de l'Etat. En dernier recours, notamment face

²³⁸ trad. fr. Paris, Payot, 1989.

à la peine de mort, le souverain pouvait ou peut accorder, *de manière exemplaire*, son pardon. A Rome, ainsi, une réputation de clémence était attachée à l'Empereur.

Aussi archaïque ce droit de grâce peut-il paraître, cela explique sans doute pourquoi il n'a finalement pas été aboli dans un pays comme la France. Une fois que les juges ont sanctionné, le vrai privilège du pouvoir est de pardonner, bien plus que de durcir la peine. Et ainsi montre-t-il ce que la justice doit accomplir, de sorte que cette perspective de pardon peut en venir à inspirer ceux qui rendent la justice eux-mêmes. Il ne s'agit cependant pas tant de pardon alors que de clémence, que le criminel pourra rechercher en jouant la repentance, pour regarder finalement la clémence obtenue non comme un pardon mais comme le résultat de son habileté à manipuler des juges trop faibles, imbus de leur pouvoir ou idiots²³⁹.

Le pardon.

Le pardon n'est pas forcément clémence. Il ne s'oppose pas strictement à la violence, à la vengeance : seule une vengeance légitime autorise véritablement le pardon. Jacques Derrida l'a très bien indiqué (*Le Siècle et le pardon*²⁴⁰). L'impardonnable seul peut appeler un pardon véritable, souligne Derrida. Et c'est assez dire que le pardon est quelque chose d'exceptionnel et d'extraordinaire, interrompant le cours de la temporalité historique – le cours de la justice faut-il même dire si on suit l'Évangile, lequel, contre la loi du talion, demande qu'on aime nos ennemis et que l'on prie pour nos persécuteurs (*Mt 5 38 et sq.*).

Sous sa dimension morale, le pardon semble avoir été largement ignoré du monde gréco-romain, pour ne prendre véritablement d'importance qu'avec le christianisme²⁴¹.

Vladimir Jankélévitch se refusait à pardonner les crimes nazis, des crimes contre l'humanité de l'homme et il s'y refusait d'autant plus qu'il n'en avait jamais été demandé pardon (*Le pardon*, 1967²⁴² & *Pardoner*, 1971²⁴³). Pour Jankélévitch, il y a des actes impardonnables face auxquels il faut oser ne pas pardonner, pour rester humain. Des actes qui dévoilent une réalité absolue du mal, incompatible avec le caractère absolu de Dieu même²⁴⁴. En quoi le refus de pardonner consiste alors à dénier toute humanité à d'autres. C'est visiblement ce que Jankélévitch entend par « rester humain » ! A quoi il est assez étrange de l'entendre ajouter que le pardon, en l'occurrence, n'a même pas été demandé, ni l'acte avoué.

²³⁹ Voir N. Fabre *Les paradoxes du pardon*, Paris, A. Muchel, 2007.

²⁴⁰ Entretien avec M. Wieviorka in *Foi et savoir*, Paris, Seuil, 1996.

²⁴¹ Voir D. Konstan *Before forgiveness. The origin of a moral idea*, Cambridge University Press, 2010.

²⁴² Paris, Aubier Montaigne, 1967.

²⁴³ in *L'Imprescriptible*, Paris, Seuil, 1986.

Perdrait-il alors son caractère absolu ?! Mais le pardon ne peut s'inscrire dans une logique conditionnelle, souligne Derrida. Pour pardonner, on ne peut attendre que l'autre demande son pardon puisqu'il n'est plus alors le même. Il n'est plus celui à qui nous devons justement pardonner.

La position de Jankélévitch n'est pas sans difficultés. Un mal absolu n'aurait plus rien d'humain, au sens où, face à lui, chacun doit reconnaître que lui-même ou quiconque d'autre que son auteur aurait peut-être pu le commettre. Dès lors, la question du pardon n'a plus lieu d'être et l'idée d'un impardonnable en soi est un non-sens dans la mesure où il n'aurait au fond personne à qui s'appliquer. Un mal absolu serait foncièrement impersonnel, à l'instar d'une catastrophe naturelle. Pardonne-t-on une montagne pour ses avalanches ? Mais la vision de Derrida d'un pardon héroïque qui est une folie acceptant l'impardonnable ne peut non plus aller sans dire. Si le pardon ne demande pas ou n'envisage pas même la rédemption du coupable que pardonne-t-il finalement ?

En fait de pardon, Jankélévitch et Derrida définissent deux attitudes très semblables par leur caractère héroïque, ainsi qu'également marquées par une coupure totale entre celui qui pardonne ou pourrait pardonner et celui ou ceux qui sont ou non pardonnés. Ce sont deux attitudes, face au mal, de deux bonnes consciences – des deux « belles âmes », aurait dit Hegel. Car *il est une dimension beaucoup plus trouble et beaucoup plus humble dans le pardon, qui tient à la reconnaissance de soi dans l'autre en faute, dans le mal. Il y a le vertige de l'abandon de soi dans son autre qui, montre Hegel, conditionne un savoir de soi comme singularité (Phénoménologie de l'Esprit, 1807, VI, c, Le mal et son pardon²⁴⁵). Le pardon marque la vraie conquête par la conscience morale de l'universalité*, souligne Hegel. Ce qui fait toute sa difficulté.

Personne ne peut pardonner à la place de la victime et c'est pourquoi la peine ne saurait être remplacée par un pardon obligé. C'est pourquoi *exiger ou commander le pardon est pire qu'un non-sens, une violence et une injustice*. Pour être juste, il faut d'abord être à même de punir. Le pardon ne peut intervenir qu'ensuite. La peine est une violence, avon-nous souligné. C'est le prix d'une liberté car vouloir éradiquer toute violence ne paraît guère possible sans retirer aux individus leur personnalité. Mais rien n'est plus insupportable pour l'homme que la liberté. Les siècles passeront et l'humanité proclamera par la bouche de ses sages et de ses savants que le crime n'existe pas, qu'il n'y a pas de péché mais seulement des

²⁴⁴ Voir N. De Warren « L'impardonnable chez Jankélévitch » *Archives de philosophie* 77, 2014, pp. 421-433.

²⁴⁵ trad. fr. Paris, Aubier, 1991.

hommes qui ont faim, rappelle le Grand Inquisiteur au Christ, revenu à Séville au XVI^e siècle, dans *Les frères Karamazov* (1879, II^e partir, livre V²⁴⁶) de Dostoïevski.

L'époque moderne a cru effectivement et croit encore largement qu'on pourrait éradiquer le crime comme une maladie et elle a poursuivi l'idéal d'un monde où la violence ne devrait plus être exercée - la violence étatique particulièrement, perçue comme a priori illégitime ; on se croit désormais menacé d'un nouvel esclavage au seul mot d'autorité, notait déjà Nietzsche. En ce sens, l'époque moderne aura cru que tout progrès juridique consistait à pacifier la société. Jusqu'à annihiler toute volonté de justice !, soulignera un anarchiste patenté : Georges Darien (*Le voleur*, 1897²⁴⁷).

Cet étrange livre, qui ne fut véritablement découvert que lors de sa réédition en 1955, est un roman racontant l'histoire d'un voleur raisonneur et désabusé – Louis Malle en tirera un film (*Le voleur*, 1966) – et l'on s'est beaucoup demandé s'il ne s'agissait pas en large partie d'une autobiographie. D'un anarchisme total mais subtil et lucide (voir les dernières lignes du texte), souvent corrosif et parfois exalté, l'ouvrage trouve peu d'équivalents dans son genre.

On a tellement écrasé le sentiment de la personnalité qu'on est parvenu à forcer l'être même qui se révolte contre une injustice à s'en prendre à la Société, chose vague, intangible, inexistante par elle-même, au lieu de s'attaquer au coquin qui a causé ses griefs, écrit Darien. La haine virile est devenue déclamatoire. Le cri de la révolte fait place à un ricanement facile et général, à un simple haussement d'épaules. Ainsi le Socialisme est-il parvenu à transformer le travailleur, profondément conscient de ses intérêts, en rêveur utopiste et vaniteux d'une science de pacotille. On lui a fait laisser le flambeau de la liberté contre une lanterne à réclame. En attendant, plus personne n'est responsable. On a oublié que les institutions n'existent que par les hommes.

Au XVI^e siècle, en Italie, les familles se faisaient justice elles-mêmes, écrit Stendhal. C'est là, ajoute-t-il, un état de civilisation qui fait gémir la morale mais qui était merveilleusement propre à créer des hommes dignes de ce nom (*Chroniques italiennes*, 1833, *L'abbesse de Castro*²⁴⁸).

On peut rêver d'une société d'où toute violence aurait été évacuée mais est-ce le cas de nos sociétés ? En dernier ressort, le droit comme le crime s'y fondent sur le fait qu'entre les individus les divergences d'intérêt et de conscience sont fortes et que c'est d'abord à ce niveau que la justice peut être réclamée, plus immédiatement qu'à l'échelle de la société entière, où la justice se confond volontiers avec la paix. Or c'est parce qu'il naît de

²⁴⁶ trad. fr. Paris, Garnier, 1969.

²⁴⁷ Paris, J.-J. Pauvert, 1955.

l'affrontement des intérêts que le crime est utile, veut montrer Emile Durkheim (*Les règles de la méthode sociologique*, 1894, chap. II²⁴⁹).

*

4. 3. 30.

Normalité du crime et du criminel.

En leur temps, ces idées ne passèrent pas sans mal et il est à craindre que ce soit encore pire à notre époque. Emprisons-nous donc de souligner que Durkheim ne dit pas que le crime est bon, ni qu'il faut le laisser impuni ou même l'encourager ! Durkheim avance simplement que sauf à vouloir que toutes les consciences s'égalisent, le criminel est un agent régulier de la vie sociale. Il participe pleinement de l'évolution sociale. Avec le développement des sociétés, le crime ne cesse pas. Il évolue. Il change de méthodes et d'objets. Le droit pénal s'étend à de nouveaux comportements et en abandonne d'autres. Le crime naît ainsi de la société, comme en son sein le commerce naît des opportunités qu'offrent l'inégale répartition des ressources naturelles et la division du travail.

En l'occurrence, les termes « d'utilité » ou de « normalité » ne sont sans doute pas tout à fait heureux et la position durkheimienne n'est pas sans difficultés, comme le souligne Gabriel Tarde (*Criminalité et santé sociale*, 1895²⁵⁰). Mais on peut en tirer surtout que le criminel n'a pas à être diabolisé, soigné ou excusé. Si le crime n'est pas une aberration mais tient au jeu des intérêts au sein d'une société – ce qui ne veut pas dire que le crime est l'expression « normale », encore moins « utile », de ces intérêts ; sur ce point la thèse de Durkheim ne peut aller sans dire - le criminel est un individu comme les autres. Un individu qu'il faut donc reconnaître responsable, c'est-à-dire autonome, *l'autonomie pouvant en l'occurrence être définie comme une relation entre des parties qui acceptent qu'elles ne peuvent tout comprendre ou savoir de l'autre.*

S'il est « normal », le crime n'a rien de morbide et la peine ne peut être un remède. Dès lors, il faut aller plus loin et reconnaître que *le criminel lui-même est un individu normal.* Certes, parmi les criminels, on trouvera certainement des cas qui relèvent de la psychiatrie et d'autres qui sont de véritables monstres moraux. Pour autant, il ne paraît pas nécessaire d'expliquer *de manière générale* la criminalité par une sorte de faille caractérielle (immaturité, etc.), comme s'il fallait obligatoirement, pour rendre compte d'actes jugés

²⁴⁸ Paris, Gallimard, 1964.

²⁴⁹ Paris, PUF, 1981.

²⁵⁰ in *Etudes de psychologie sociale*, Paris, Giard & Brière, 1898.

anormaux, trouver quelques troubles de la personnalité qui puissent leur correspondre et que la personnalité soit jugée ainsi altérée²⁵¹, ou marquée par une dyssocialité tenant à l'impossibilité de se plier aux efforts, aux abandons et aux frustrations qu'exige l'apprentissage de la vie en société et la conscience de soi au sein de la société²⁵².

Le profil criminel, expliquera-t-on sous ces perspectives, est marqué par l'indifférence affective, l'absence d'identification à autrui, par l'avidité, notamment quand le besoin de s'affirmer dépasse les capacités dont l'individu dispose, de sorte qu'il lui faut s'affirmer aux dépens des autres, par l'impulsivité enfin, un manque d'organisation que traduit par exemple le fait que la plupart des malfaiteurs opèrent à faible distance de leur lieu de résidence. S'agit-il là néanmoins d'explications ou de simples descriptions ? Par ailleurs, les mêmes traits ne pourraient-ils vraiment être trouvés chez des « gens très biens » ? Derrière nombre de réussites professionnelles ? La criminalité ne serait-elle alors qu'une affaire de degré ? Mais comment en fixer la mesure ? Toute caractérisation des criminels se heurte à l'impossibilité de définir de manière précise et stable l'essence des crimes. Ceux-ci, en effet, relèvent de conventions sociales, explique Durkheim. Le crime ne froisse pas la conscience collective parce qu'il est criminel mais le contraire : il est criminel parce qu'il offense les états forts et définis de la conscience collective. Ainsi peuvent être considérés comme crimes des actes qui ne créent aucun tort à la société, comme l'inceste (*De la division du travail social*, 1893²⁵³). Il y a crime parce qu'il y a répression, plutôt que le contraire, finit par soutenir Durkheim, dont la réflexion signale peut-être surtout en l'occurrence combien le point de vue du droit peut être ignoré même par un intellectuel de son niveau !

Là où règne la loi de la jungle, où les intérêts individuels s'affrontent sans pouvoir en appeler à une justice digne de ce nom, c'est-à-dire capable de les défendre, il n'y pas de crime mais seulement la violence. Par ailleurs, le droit est certainement lié aux mœurs et à leur évolution. Mais quand les mœurs et leur évolution seuls décident du droit, comme dans le cas de l'inceste ou pour prendre un autre exemple celui du mariage homosexuel, ce que l'on peut nommer « crime » ne se fonde sur aucun tort réel, comme le souligne Durkheim, et ne l'est donc point. De sorte que ce ne sont ni la conscience collective ni leur répression qui rendent les crimes possibles mais seulement le fait que nous avons des droits réciproques, dont l'exercice est ainsi toujours susceptible de se heurter à ceux d'autrui. Avec l'évolution juridique, la part des interdits sociaux tend à se réduire considérablement – ainsi l'inceste

²⁵¹ Voir E. De Greeff *Introduction à la criminologie*, Paris, PUF, 1948.

²⁵² Voir R. Mucchielli *Comment ils deviennent délinquants*, Paris, Ed. sociales, 1965.

²⁵³ Paris, PUF, 1960.

entre adultes consentants n'est plus punissable en France – tandis que s'affirment les droits individuels ; lesquels reposent simplement sur le fait qu'autrui ne peut me soumettre de force à sa loi, à la loi de ses propres intérêts. Certes, le droit ne garantit pas que ce principe soit toujours respecté mais il semble difficile de parler de droit là où ce principe n'est pas au moins posé ; même si c'est pour accepter des droits différents entre des groupes d'hommes, dont l'inégalité statutaire serait ainsi prononcée – ainsi, au Moyen-âge, dans le cas de crimes, la noblesse des accusés fut d'abord considérée comme une circonstance aggravante (mais devint très vite un statut atténuant). C'est en invoquant ce principe, en tous cas, qu'on peut réclamer contre l'injustice. Tandis que là où il n'est pas appliqué ou n'est pas primordial, la justice peut être réputée inexistante ou en crise.

*

4. 3. 31.

Crise de la justice ?

Nous ne nous sommes pas référés prioritairement à cette expression, devenue courante dans un pays comme la France aujourd'hui. Elle nous semble en effet plutôt masquer des réalités contrastées.

C'est d'abord que le droit pénal, organisant la rencontre de volontés et d'obligations mutuelles et formelles, paraît un système fondé de manière assez indépassable sur le compromis et la sanction, sauf à égaliser les consciences et à harmoniser les intérêts, ce qui paraît plutôt utopique. Partant, l'équilibre juridique ne peut être que fragile : ses principes peuvent ne pas être appliqués. Ils peuvent être détournés – et ceci, nous l'avons vu, avec les meilleures intentions. En regard, la difficulté paraît d'appréhender le droit comme un jeu de forces qu'il s'agit non pas d'abolir mais d'organiser et ceci, non sans limites : le droit demeure un système de contrainte, dont la violence ne peut être évacuée, qui n'a que peu de chances de combler toutes les attentes individuelles et qui marque que la vie en commun impose des renoncements. Ce n'est pas là le problème propre de nos sociétés mais le problème de toute société de droit sans doute. Platon l'exprime déjà clairement dans son *Criton* (vers 390-385 av. JC). Socrate a été injustement condamné à mort. Il pourrait facilement s'évader de la prison où il est retenu et ses amis l'en pressent. Mais Socrate refuse de s'enfuir. L'Etat peut-il se maintenir si les jugements qui y sont rendus n'ont aucune force ? Si par la volonté de quelques particuliers ils perdent toute autorité ?

Le droit est l'émanation de la volonté générale mais l'appareil judiciaire fait peur à beaucoup, quand il peut paraître facile à d'autres de l'utiliser à leur profit. Comme dans les pièces et romans de Friedrich Dürrenmatt, la justice est une machine capable d'écraser n'importe qui, coupable ou innocent (*La panne*, 1956²⁵⁴) mais dont les habiles peuvent se jouer (*Justice*, 1985²⁵⁵). C'est qu'*un jugement correspond à l'exercice d'un pouvoir. La justice est une institution disciplinaire. De sorte que lorsqu'elle se psychologise, même avec les meilleures intentions du monde, loin de s'humaniser elle devient plus incertaine et redoutable encore puisqu'on est alors non pas tant jugé sur ce qu'on a fait que sur ce qu'on paraît être, au risque d'être dépossédé de sa propre parole*, comme Roland Barthes le souligna lors du procès Dominici (*Dominici ou le triomphe de la littérature*, 1954²⁵⁶). Jusqu'à pouvoir dire avec le Meursault de Camus : on avait l'air de traiter cette affaire en dehors de moi (*L'Étranger*, 1942²⁵⁷).

Pour autant, le droit pénal est marqué par d'importantes évolutions – quoique sans doute assez lentes à l'échelle historique : les jurys, introduits à la fin du XVIII^e siècle, n'ont cessé depuis lors de susciter des débats. Ils en suscitent encore de nos jours. Quoi qu'il en soit, quant aux évolutions, au moins deux apparaissent importantes depuis quelques décennies.

Première évolution : le droit pénal, nous l'avons vu, n'a plus un usage simple, évident, de la notion de faute ; au point que les notions de victime et de coupable peuvent paraître pratiquement interchangeables. Au point qu'on a pu parler d'une « fin de la faute ». Or ceci, qui suit assez logiquement, avons-nous voulu montrer, le point de vue d'une justice rendue au nom de l'organisation de la société tout entière, doit être reconsidéré dès lors que la défense des victimes, point de vue assez nouveau, tend à devenir primordiale.

Seconde évolution : on ne sait plus trop comment ni pourquoi punir. C'est là ce que nous avons nommé « l'aporie pénale », qui n'est pas nouvelle sans doute mais dont la reconnaissance paraît de plus en plus nécessaire. On n'a jamais autant emprisonné que de nos jours et l'on n'a jamais autant douté de l'utilité de l'emprisonnement ! En regard, toutefois, s'affirme la volonté de sortir du « tout pénitentiaire » et d'individualiser les peines : peines alternatives (sursis avec mise à l'épreuve, travaux d'intérêt général), aménagements (semi-liberté, placement à l'extérieur, suspension et fractionnement de peine, libération

²⁵⁴ trad. fr. Paris, A. Michel, 1958.

²⁵⁵ trad. fr. Paris, Julliard/L'Age d'homme, 1986.

²⁵⁶ in *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957. Voir également Marguerite Duras « Poubelle » et *La planche » vont mourir* (1958) in *Outside*, Paris, POL, 1984.

²⁵⁷ Paris, Gallimard, 1942.

conditionnelle, placement sous surveillance électronique, suivi socio-judiciaire); mais également mise sous surveillance et remise en cause du principe même de peine au nom de la dangerosité (suivi socio-judiciaire pouvant aller jusqu'à vingt ans après l'application de la peine, suivi de voisinage de condamnés remis en liberté à travers des applications informatiques). Selon l'article 132-19 du *Code pénal*, toute peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours.

Qu'attendre exactement de ces orientations ? Cela n'est pas notre sujet ! Ici, nous voulions surtout considérer comment se forment les jugements prononcés dans les instances judiciaires et poursuivre ainsi notre étude des manières dont les hommes sont discernés.

*

Nous avons vu en effet les études de caractère et de personnalité, les tests d'aptitude et d'intelligence marqués par la volonté de soumettre les autres à « sa » science : en retenant des catégories et critères de classement totalement subjectifs et en forçant les autres, sous la forme d'enquêtes, de tests, à y entrer, pour conclure à l'objectivité de ces classements et de ce qu'ils connotent, comme l'intelligence. Nous avons alors souligné que de telles démarches étaient nécessairement non-réciproques, les individus sondés ne pouvant que se soumettre aux analyses censées les saisir, sans pouvoir en discuter les critères et les conclusions. Au total, cette situation voudrait passer pour répondre aux conditions de l'objectivité scientifique mais se réduit plutôt à un simple effet de pouvoir, installant l'analyste dans une illusoire situation de savoir par rapport aux autres. Ainsi celui qui fait passer un test de QI peut-il croire qu'il sonde l'intelligence d'autrui, alors que son « savoir » ne repose que sur un dispositif de test qui contraint l'intelligence d'autrui et l'annule, puisqu'elle ne lui laisse pas la possibilité d'infirmer la pertinence du test. Ceux qui défendent les tests sont en général très loin d'en affirmer la certitude – cela encore « singe » l'attitude scientifique. Pourtant, tels qu'ils se déroulent, soit il ne faut tirer aucune conclusion ferme de ces tests, soit il faut postuler, pour qu'ils soient valides, que ceux qui les ont définis sont plus intelligents que tous ceux qui peuvent les passer !

A partir de là, il était intéressant de se pencher sur les démarches judiciaires dans la mesure où elles sont justement bâties pour éviter de telles insuffisances : l'accusé peut se défendre et contester les éléments que l'on retient à charge contre lui, l'instruction et le procès sont contradictoires et éclairés par l'avis expert de tiers. Ainsi la procédure judiciaire favorise-

t-elle l'intelligence du jugement, ce qui est finalement peu souligné. Cependant, à travers la notion de personnalisation des peines, qui aura représenté une orientation majeure dans la mise en place de la justice pénale moderne, nous avons vu à l'œuvre la même appréhension unilatérale de la personnalité et des motivations d'autrui, inspirée, comme les tests, des meilleures intentions. Une même souveraineté du regard jugeant autrui, qui pose finalement le problème de savoir ce qu'est la justice.

*