Alvaro Pires

Criminologue, École de criminologie, Université d'Ottawa

(1998)

“Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne”

Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, bénévole,
professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi

Courriel: jean-marie_tremblay@uqac.ca

Site web pédagogique : <http://www.uqac.ca/jmt-sociologue/>

Dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales"

Site web: <http://classiques.uqac.ca/>

Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque
Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi

Site web: <http://bibliotheque.uqac.ca/>

Cette édition électronique a été réalisée par Jean-Marie Tremblay, bénévole, professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi à partir de :

Alvaro Pires
Criminologue, École de criminologie, Université d'Ottawa.

“Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne”.

Un article publié dans l'ouvrage de Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 1, pp. 3-51. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques.

Avec l'autorisation formelle de M. Alvaro Pires, professeur de criminologie, Université d'Ottawa, le 24 août 2006.

Courriel : alpires@uottawa.ca

Polices de caractères utilisée :

Pour le texte: Times, 12 points.

Pour les citations : Times 10 points.

Pour les notes de bas de page : Times, 10 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2004 pour Macintosh.

Mise en page sur papier format LETTRE (US letter), 8.5'' x 11''

Édition numérique réalisée le 24 août 2006 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, province de Québec, Canada.

Alvaro Pires

Criminologue, département de criminologie, Université d'Ottawa

“Aspects, traces et parcours
de la rationalité pénale moderne”

Un article publié dans l'ouvrage de Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 1, pp. 3-51. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques.

Table des matières

[Introduction](#)

[La « bouteille à mouches » et la rationalité pénale moderne](#)

[De quelques hypothèses sur la rationalité pénale moderne](#)

[De la généalogie de la rationalité pénale moderne](#)

[Quelques transformations dans les pratiques juridiques à partir du XIIe siècle](#)

[Trois aspects du discours philosophico-juridique pré-classique sur le droit, le délit et le châtement](#)

[Le grand discours sur la loi, le châtement et le délit](#)

[Le discours épisodique et localisé sur la conceptualisation du châtement](#)

[Les transformations dans les représentations culturelles du transgresseur de la loi](#)

[Tableau 1A.](#) Quelques transformations dans le passage du savoir pré-classique sur les peines à la rationalité pénale moderne

[Tableau 1B.](#) Quelques transformations dans le passage du savoir pré-classique sur les peines à la rationalité pénale moderne

Alvaro Pires
Criminologue, École de criminologie, Université d’Ottawa.

“Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne”.

Un article publié dans l'ouvrage de Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 1, pp. 3-51. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques.

Introduction

[Retour à la table des matières](#)

La criminologie, le savoir juridico-pénal, la philosophie et la sociologie traversent une phase de transition où leur façon de concevoir la justice pénale, le crime et la peine est mise en cause et donne lieu à des débats et à des efforts renouvelés de révision et de reconstruction de nos connaissances. Certains de ces efforts vont dans le sens de réaffirmer la conception théorique du droit pénal telle qu'elle fut posée aux XVIIIe et XIXe siècles, tandis que d'autres tentent d'ouvrir d'autres voies pour les siècles à venir.

Voici, dans le désordre et sans aucun souci d'exhaustivité, quelques-unes des questions qui déchirent notre champ. Qu'est-ce que la justice ? Est-ce vrai que, par rapport à une « justice des litiges », il faut punir toutes les désobéissances à la loi ? Est-ce vrai que le but premier de la justice de litiges est de donner des exemples de punition pour éduquer le peuple ? Est-ce vrai qu'il faut approcher tous les transgresseurs comme s'ils ou elles étaient des malades ou des anormaux ? Comment concilier notre croyance séculaire dans une supposée « obligation de punir » avec le principe selon lequel le droit criminel devrait être un recours de der-

nière instance ou d'« *ultima ratio* » ? La loi criminelle aurait-elle vraiment un statut privilégié par rapport aux autres lois étatiques ? Qui peut transgresser le « Contrat social » ? Bref, y a-t-il une différence ontologique ou naturelle entre les illicites civil, administratif et pénal ? Faut-il préserver et reconduire le clivage institutionnel et savant entre les formes civile et pénale de résoudre les litiges ? Quel sens peut avoir ce débat récurrent, et souvent monotone, entre l'utilitarisme et le rétributivisme en matière pénale ? Les fameuses « théories de la peine », constituent-elles encore aujourd'hui une bonne porte d'entrée pour approcher la question de l'intervention juridique en matière pénale ? Pourquoi notre justice pénale, si égalitaire et adaptée à la nature des choses, continue-t-elle à remplir ses prisons avec les gens issus des classes les plus pauvres ou des couches les plus fragiles ? Et pourquoi continuons-nous à l'ignorer ? Quel progrès remarquable avons-nous accompli dans notre façon de concevoir les peines depuis que Beccaria a ébranlé notre croyance barbare dans les supplices au XVIII^e siècle ? Sommes-nous, tout compte fait, encore fiers aujourd'hui de la justice criminelle que nous avons construite ?

Le voyage dans l'histoire des savoirs sur les peines que nous nous proposons de faire part de ces problèmes et questionnements contemporains avec toutes les difficultés et risques qu'une telle entreprise comporte. Mais il voudrait aussi contribuer à une meilleure compréhension de ce système de pensée que nous avons construit, qu'un bon nombre d'entre nous considèrent encore valable, mais que d'autres jugent désormais peu intéressant dans la mesure où il ne nous fait plus gagner en entente intersubjective, en créativité, en solidarité, en modération, en justice même.

Toutefois certaines précautions s'imposent. Le champ du châtement légal et de la justice pénale reste peut-être encore aujourd'hui, en dépit de tous les véritables progrès que nous avons pu accomplir grâce au déploiement de notre énorme capital de connaissances, un de ces recoins les plus émotifs et les plus obscurcis par le poids de ces « savoirs sérieux »¹ eux-mêmes. Il est même possible, encore que cela nous paraisse peu probable, que ce champ soit encore en quelque sorte marqué par une sorte de

¹ Comme je l'ai dit dans le premier volume de cet ouvrage, j'emprunte cette notion à Dreyfus et Rabinov (1982 : 76) en l'adaptant à mes propos. Elle attire l'attention sur le statut d'autorité ou de crédibilité de l'ensemble des savoirs juridique, politique, philosophique et parfois aussi scientifique portant sur la question criminelle.

mentalité guerrière, qui accepte certainement les principes de la dignité de l'adversaire, mais qui ne représente pas moins le transgresseur pris dans le filet comme un « Objet-Ennemi » (Draï, 1991 : 28). Si tel est le cas, on peut aller jusqu'à se demander si ces savoirs n'auraient pas contribué, au contraire, à rendre de plus en plus difficile l'accès à ces questions. On aurait aimé alors trouver un bouc émissaire, une discipline peut-être, qui serait responsable de nos déboires. Ou, au contraire, aurait-on préféré croire que nos disciplines avaient posé les vraies bonnes questions sur notre sujet. Et si l'on ne trouve pas de bouc émissaire ? Et si, par malchance, nous n'avions pas posé jusqu'à récemment les bonnes questions ? Supposons pour un instant cette hypothèse absurde. Imaginons que nos savoirs critiques, dont la fonction première est de dissiper les illusions ou de « découvrir » ce qui « crève nos yeux » par excès de visibilité (Bourdieu, 1982 : 30), nous aient joué un mauvais tour par rapport à la justice pénale ; que tous nos savoirs sérieux sur le châtement légal, depuis le droit jusqu'à la philosophie en passant par les sciences sociales, soient tombés sous le coup des remarques de Vincent Descombes : « Même si la philosophie est essentiellement démystification, les philosophes ne font souvent que de fausses critiques et défendent l'ordre, l'autorité, les institutions, les « bonnes moeurs », tout ce à quoi croit l'homme ordinaire » (cité dans Rorty, 1994 : 49). Je vous propose de prendre cette hypothèse absurde, quasi outrageante, comme trousse de voyage pour voir où elle peut nous amener. Dans quel but ? Pour nous aider à produire cet effet de distanciation dont parle Brecht (1963 : 122) et qui paraît particulièrement pénible en ce qui concerne la justice pénale : cette capacité à « [arracher] les choses quotidiennes à la sphère des choses qui vont de soi ». En effet, il ne faut pas sous-estimer la capacité de notre « esprit raisonneur » dans un domaine aussi délicat que celui du châtement des autres.

À la différence des chapitres subséquents, celui-ci a, en premier lieu, une vocation méthodologique : il constitue à cet égard un essai pour nous permettre de nous arracher d'un système de pensée sérieuse qui va de soi et « d'échapper à l'alternative du dehors et du dedans », en nous situant « aux frontières » de ce système (Foucault, 1984 : 574). Et « par système, il faut entendre un ensemble de relations qui se maintiennent, se transforment, indépendamment des choses qu'elles relient » (Foucault, 1966 : 514) ; c'est en quelque sorte « du savoir sans sujet, du théorique sans identité... » (ibid.), La rationalité pénale n'est en ce sens la « faute à personne », mais nous tous y participons. En deuxième lieu, ce chapitre ex-

plore et propose quelques hypothèses et métaphores pour nous permettre d'approcher et de saisir les grands contours d'une problématique théorique : celle posée par notre façon de penser et d'agir en « matière pénale » à partir du XVIII^e siècle. Je puise ici à quelques égards dans certains de mes travaux précédents (Pires, 1990 ; 1991 ; 1995 ; Pires et Acosta, 1994), tout en modifiant et en ajoutant au besoin.

J'avertis cependant, qu'il ne s'agit ici ni d'un chapitre théorique à proprement parler ni - et moins encore - historique. À ces égards, les lignes qui suivent ne peuvent être que trop lacunaires. Il faut plutôt le voir comme un chapitre qui, au-delà de sa fonction principale d'ordre méthodologique, vise à poser quelques jalons pour saisir la « part du XVIII^e siècle » en matière pénale au plan du savoir. C'est une cartographie et peut-être aussi une généalogie grossière, mais importante et suffisante pour nos propos, pour approcher la rationalité pénale moderne. Je tente alors de poser un *problème* et de dessiner, à grands traits, ses contours. Pour reprendre une métaphore de Foucault (1980), dans ce chapitre ce qui m'intéresse c'est le « nuage », et non la « poussière » ; je m'occuperai - au moins en partie et toutes proportions gardées - de celle-ci dans les trois chapitres subséquents.

La « bouteille à mouches » et la rationalité pénale moderne

[Retour à la table des matières](#)

Commençons par rappeler cette brève description que donne Watzlawick (1988 : 269) des anciennes « bouteilles à mouches ». Ces bouteilles ont été utilisées pour certaines expériences et ont servi à élucider comment nous réagissons du point de vue de la connaissance dans certaines circonstances. Ces bouteilles, raconte Watzlawick, « avaient une large ouverture, en forme d'entonnoir, donnant une apparence de sécurité aux mouches qui s'aventuraient dans le col toujours plus étroit du récipient. Une fois dans le ventre de la bouteille, la seule façon pour la mouche d'en sortir était d'emprunter le même conduit étroit par lequel elle était entrée. Mais, vu de l'intérieur, il lui paraissait encore plus étroit et dangereux que

l'espace dans lequel elle se trouvait prisonnière ». Elle cherchait alors la sortie là où elle n'était pas, en l'occurrence, dans l'espace apparemment plus ouvert et plus rassurant du fond de la bouteille, et finissait par mourir dans la bouteille même si la sortie n'était pas bouchée. Or, selon Wittgenstein, continue Watzlawick, « il aurait fallu, dans une pareille situation, convaincre la mouche que la seule solution à son dilemme était en fait celle qui semblait la moins appropriée, et la plus dangereuse » : il fallait reprendre le chemin inverse, s'aventurer dans le col de la bouteille, pour reconquérir sa liberté. Pour Watzlawick, notre question devient alors la suivante : « comment trouvons-nous le moyen de sortir de la bouteille à mouches d'une réalité que nous avons construite et qui ne convient pas ? ». Plus grave encore : « avons-nous quelque espoir de nous libérer si toutes les solutions que nous imaginons ne mènent jamais qu'à plus de la même chose »... ? » (Watzlawick, 1983 : 269).

Or, il me semble qu'on peut dire qu'on a construit progressivement en Occident quelque chose de semblable à une « bouteille à mouches » en ce qui concerne la justice criminelle. Plus précisément, notre système de pensée en matière pénale a pris la forme d'une bouteille à mouches, c'est-à-dire d'un système qui a tendance à naturaliser le « crime », et surtout à rendre nécessaire le rapport entre le crime et la peine (au sens fort) aussi bien que l'obligation de punir. Ce système de pensée se caractérise, entre autres choses, par la tendance à figurer le droit criminel comme un système de régulation à ce point auto-suffisant, différencié et renfermé sur lui-même qu'il serait par principe opposé aux autres systèmes de régulation sociale et juridique, voire d'une autre nature (Pires, et Acosta, 1994 : 10). Faute de mieux, je désignerai ce système de pensée clos, qui se constitue comme une bouteille à mouches ou comme un paradigme juridico-politico-philosophique dont l'adhésion s'impose, par la notion de « rationalité pénale moderne » ².

En effet, on a mis sur pied un système de pensée qui représente grosso modo le droit et la justice d'une manière quasi dichotomique : une justice civile tournée vers le monde privé et domestique ou vers les intérêts des parties en litige et une justice criminelle tournée vers le monde public, les

² Dans le passé, j'ai employé aussi l'expression « paradigme de l'éthique totale » (*total ethics*) par opposition à un paradigme de l'éthique compréhensive (*full ethics*). Voir Pires (1991).

intérêts du « Contrat social » ou de l'État à l'exclusion des intérêts des parties (sauf si ceux-ci coïncident avec les premiers). Le droit civil prend l'allure d'un droit imaginatif, souple et créateur : il écoute la plaignante, accepte la négociation et la médiation entre les parties, partage le mien et le tien en cherchant la justice et l'équité et en essayant d'écarter les demandes disproportionnelles, peut imposer des dédommagements et fait appel à des ordonnances de type divers. Le droit criminel paraît stérilisé et caractérisé par la non-inventivité : mal équipé pour faire la paix (durable) entre les parties, on lui réserve la fonction massue d'acquitter ou de condamner et, le cas échéant, l'obligation de punir à l'aide de peines rudes. Paradoxalement, la notion même de justice est devenue identifiée à une seule de ces justices, la justice pénale. Le mot « justice » fera l'objet de glissements de sens réitérés (Casamayor, dans Beccaria, 1979). Quand on dit « que justice soit faite » on pense usuellement à la justice pénale et à la peine comme si elles seules pouvaient rendre la meilleure justice. Insatisfaits aujourd'hui de ce rôle, nous nous débattons dans le fond de la bouteille pour faire autre chose du droit pénal, pour le penser autrement, mais : chaque fois que nous nous tournons vers le col de la bouteille pour sortir, nous revenons en vitesse vers le fond et nous recommençons à imaginer des solutions qui renforcent davantage les parois de cette bouteille qui nous étouffe.

Bien sûr, comme le savoir juridique est un discours savant sur une pratique institutionnelle et professionnelle spécifique, cette « bouteille à mouches » se présente aussi, mais de façon plus imparfaite, sous la forme d'un système de normalisation de l'organisation des droits. Comme on le sait, le terme « civil » en droit prend une signification différente selon qu'il est employé par opposition au terme droit « criminel » (ou pénal) ou aux termes de droit naturel, politique, administratif, commercial, etc. Un bon nombre de publicistes du XVII^e siècle, comme Hobbes et Pufendorf, opposent les lois civiles aux lois naturelles. Le terme « civil » est synonyme ici de droit de la cité, de droit positif tout entier, ou de droit étatique et comprend à la fois la « matière » criminelle et civile selon notre langage actuel. En parlant ici d'une opposition entre le criminel et le civil, je veux attirer l'attention sur un clivage entre d'autres formes de droit et un droit caractérisé par une tendance à concevoir la sanction juridique comme devant être nécessairement axée sur l'exemple du châtiment, sur l'expiation du mal par le mal, sur la stigmatisation ou encore sur une sorte particulière de réadaptation (« modèle médical ») généralisée à l'ensem-

ble des transgresseurs et qui doit prendre sa place « en prison »³. Mon attention porte alors sur cette « asymétrie » (van de Kerchove, 1981a) qu'on va construire autant sur le plan de la perception philosophico-juridique des litiges ou des situations-problèmes que sur celui des formes concrètes de résolution juridique des conflits.

Parler d'une dichotomie droit civil/droit criminel implique sans doute un raccourci. Le juriste et le criminologue familiarisé avec ce champ fait souvent état plutôt d'une représentation tripartite de l'illicite juridique pour désigner notre système d'organisation des droits : l'illicite civil, l'illicite administratif (ou le droit pénal statutaire), et l'illicite criminel (ou pénal proprement dit). Le droit pénal administratif couvre une sorte de zone grise entre le droit civil et le droit criminel au sens strict et il est, à certains égards, un droit paradoxal pour le pénaliste. En effet, d'une part, il s'approche du droit criminel en ce qu'il se présente aussi comme protégeant la vie, la liberté, la santé et les biens et comme un droit dont le but explicite est celui de protéger la société. Mais, d'autre part, comme les juristes et les criminologues l'ont remarqué, ce droit s'approche peut-être davantage du droit civil par ses formes souples, diversifiées et non (ou moins) stigmatisantes de résolution des conflits (van de Kerchove, 1981 ; Lascoumes et al., 1986 ; Acosta, 1988), aussi bien que par sa philosophie d'intervention centrée davantage sur l'opportunité d'intervenir, la transaction, l'avertissement, le dédommagement, l'effort de communication et l'autorisation de punir (plutôt que sur l'obligation de punir au sens fort du terme).

Cette zone grise comprend alors une bonne partie de ce qu'Acosta (1988) a joliment nommé les « illégalismes privilégiés ». À partir du XVIII^e siècle, on va faire des efforts pour décrocher d'un point de vue conceptuel ces illégalismes « gris » à la fois du droit criminel et du droit civil « pur et dur ». Beccaria (1791 : 705), par exemple, les appelle, de façon suggestive, « délits politiques » (*delitti politici*) et les oppose aux délits criminels (*delitti criminali*). Hegel (1821 : 125-141) a aussi désigné trois sortes d'injustice (*Unrecht*) auxquelles il a attribué un statut ontologique propre : le dommage civil (ou tort), l'imposture et le « crime ». Sans prétendre à une équivalence exacte entre les notions hégéliennes, particulièrement en ce qui concerne la notion d'imposture devenue cadu-

³ Voir à cet égard van de Kerchove (1981a : 9-11) et Acosta (1988), parmi d'autres.

que, ces trois injustices nous rappellent respectivement les trois illicites : civil, administratif et criminel. Et ce n'est qu'à l'égard du « crime » que Hegel (et, avant lui, Kant) revendiquera la sanction expiatoire. La dichotomie droit civil/droit pénal à laquelle je me réfère a alors le désavantage d'escamoter cette catégorie intermédiaire, mais demeure néanmoins utile pour visualiser l'isolement, l'appauvrissement et l'enfermement qu'on impose au droit en matière pénale.

De plus, cette représentation dichotomique un peu grossière sert, au moins dans un premier moment, à visualiser assez précisément le champ d'intervention privilégié par les théories de la peine criminelle. En effet, le domaine du droit pénal commun constitue leur chasse gardée quasi exclusive. Leur rôle à cet égard est double : justifier la punition au sens fort et faire obstacle aux mesures de rechange et aux philosophies d'intervention qui n'exigent pas l'obligation de punir. Bien sûr, le droit civil ⁴ et le droit administratif punissent aussi, mais ils ne sont pas sous l'emprise de ces théories.

Ce clivage, bien qu'on ne puisse pas le montrer ici, est loin de pouvoir se justifier entièrement, comme on le suppose trop souvent, par un partage « naturel » ou logique des biens juridiques protégés. Qu'il suffise de rappeler comment deux formes analogues d'atteintes à la vie peuvent être saisies de façon différente. Ainsi, les morts et blessures graves dans les cas d'accidents de travail provoqués par désobéissance patronale aux règlements de sécurité feront surtout l'objet d'une qualification juridique plus proche du mode administratif-civil, tandis que les atteintes à la vie provoquées par la désobéissance aux règlements de conduite automobile, d'une qualification plus proche du mode pénal. La « négligence criminelle » risque aussi de s'appliquer à d'autres cas de figure plus typiquement « criminels », mais sera rarement déployée pour les accidents par faute patronale ⁵.

⁴ Rappelons qu'en droit civil on utilise aussi l'expression « dommages-intérêt punitifs ». Voir les remarques de Demogue (1923 : 449-482) sur les « nouvelles » théories sur la faute dans la doctrine de la responsabilité civile. Voir aussi Planiol (1921).

⁵ Les études sont nombreuses. Voir, par exemple, Reasons et al. (1981) et Braithwaite (1984).

Bien sûr, il y a aussi des conditions d'existence qui relèvent du contexte sociologique et politique. La séparation des illégalismes en trois grands blocs - traités par les justices civile (au sens strict), administrative et criminelle - demande la présence de groupes de pression assez forts pour « négocier » avec le Prince trois poids, trois procédures et trois mesures, voire trois philosophies, dont deux dirigés vers les litiges « d'en haut » et l'un dirigé vers ceux « d'en bas » de la société, à la limite concernant aussi les franges marginales des groupes au pouvoir. Il fallait aussi que la vie sociale devienne plus complexe, comme l'a vu en quelque sorte Durkheim (1893), pour que des concessions amènent les gouvernants à libérer certains espaces sociaux de la présence d'un pouvoir pénal imposé directement d'en haut sans égards aux parties. Ce sont ces groupes d'intérêts qui construisent une zone de franchise qui a pour effet de forcer la dichotomie entre le civil et le pénal. Comme cette zone de franchise négociée est aussi en permanence négociable, les conditions sont données pour créer la zone grise des illégalismes statutaires ou administratifs qui chevauchent la dichotomie entre le civil et le criminel. Or, les conditions de réalisation de cette situation sont historiquement situées : il faut attendre que la nouvelle bourgeoisie se fasse représenter et écouter au niveau du pouvoir politique lui-même ; qu'elle puisse investir le personnage mythique du Législateur, ce qui se produit de manière décisive à partir du XVIII^e siècle.

La vieille catégorie de « délit politique » (au sens de « délit conventionnel ») employée par Beccaria, encore assez pénalisée à l'époque, et qu'on a progressivement grossie, dédramatisée et décrochée du droit criminel strict par rapport à certaines infractions ⁶, sert à montrer comment le droit pénal administratif se voit comme protégeant (aussi) les intérêts de la société. Comme l'a bien montré Cartuyvels (1996 : 284), cette notion désignait les atteintes qui « mettent en danger la vie ou la santé des citoyens ». Il s'agit ici de protéger la santé ou la salubrité publique contre une « drogue défendue, altérée ou falsifiée », ou la vie contre le chauffeur qui, « à cheval ou en voiture, commet un « excès de vitesse » entraînant un accident grave », etc. (*ibid.*). Certaines de ces infractions vont pencher

⁶ Que l'on ne se méprenne pas : il ne s'agit pas, pour ma part, de vouloir étendre le champ d'application du droit criminel à ce domaine. C'est plutôt l'inverse qu'il faut faire : ouvrir le droit criminel à d'autres philosophies juridiques d'intervention et à d'autres sanctions ou mesures juridiques.

vers le mode de régulation pénale, d'autres, vers le mode plus souple du contrôle administratif.

Sur le plan du savoir, on peut dire que de la même façon que certains criminologues se sont adonnés à chercher la différence anthropologique et culturelle entre *l'homo criminalis* et l'« honnête citoyen », certains philosophes et juristes se sont lancés à la quête de la différence ontologique entre l'illicite civil et l'illicite pénal, entre la sanction civile et la sanction pénale, entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale. La démarche des publicistes, philosophes et juristes a précédé celle des criminologues, avec Beccaria, Kant, Hegel et Binding tirant le cortège depuis la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Mais lorsqu'elle a commencé à donner ses premiers signes d'essoufflement sérieux, suite aux critiques de Merkel en 1867 suivies de celles d'Jhering et Jellineck dans le dernier quart du XIX^e siècle (Fragoso, 1964 : 32)⁷, on a passé le flambeau aux criminologues, avec Lombroso et Garofalo en tête. Ceci illustre l'effort culturel colossal de naturalisation du crime et du criminel qui a côtoyé la naissance du savoir pénal moderne et de la criminologie. Curieusement, même si l'échec des philosophes et des juristes à démontrer le statut ontologique du crime a été annoncé avant le début du rêve des criminologues, et même si les critiques les plus percutantes sont venues de l'intérieur même du savoir juridique, il semble bien qu'on soit encore en train de veiller le corps du défunt et que l'on hésite à l'enterrer ; bref, la mort fut dûment communiquée, mais l'enterrement se fait attendre. Et aujourd'hui, peu sont ceux ou celles qui croient encore au criminel-né ou au statut ontologique du « crime », mais on a continué à penser et à agir comme s'il y avait une différence naturelle entre les deux ou trois sortes d'illégalismes.

Une partie du problème, qui reste sans doute à examiner de plus près, est que ceux-là même qui ont démontré qu'il n'y avait pas une différence essentielle entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale ou entre les illicites civil et pénal ont souvent trouvé, par ailleurs, une autre manière de justifier ce clivage. En effet, pour le juriste familiarisé avec la doctrine et la théorie du droit, c'est quasiment une trivialité que de recon-

⁷ On trouve un excellent récit - et de grande érudition - de cette croisade des philosophes et des juristes dans un article malheureusement peu connu du juriste Heleno Fragoso (1964). Le thème a été traité aussi par Hongria (1958) et Bruno (1967). C'est le travail de Fragoso qui nous a guidé dans cette reconstruction.

naître aujourd'hui que le droit civil ne se distingue pas ontologiquement du droit criminel. Mais trop souvent aussi, le juriste et le philosophe, tout particulièrement ceux et celles oeuvrant dans le domaine pénal, n'ont pas tiré les conclusions les plus intéressantes de cette constatation. Au contraire, on s'est retranché sur la croyance de principe en l'effet de dissuasion (théorie utilitariste de la peine criminelle) pour réaffirmer le bien-fondé du clivage ⁸ et toute une autre série d'arguments sur la valeur symbolique du châtiment, etc. Que certains de ces arguments puissent avoir un certain sens me paraît hors de doute, mais il est plus que douteux qu'ils soient suffisamment bien établis pour justifier le statu quo. Ainsi, on est rarement venu à proposer une modification majeure des règles de la procédure pénale (pour donner plus de considération et de souplesse aux rapports entre la victime et l'accusé) ou encore l'adoption prioritaire de sanctions réparatrices autonomes et auto-suffisantes en droit criminel. Que l'on ne se méprenne pas : comme nous le verrons, ces propositions ont été belles et bien faites, et ce au moins depuis le milieu du XIX^e siècle ⁹, mais les résultats ont été très décevants, tant au plan théorique que pratique. Les théories de la peine criminelle n'ont pas subi des transformations significatives - ou celles-ci n'ont pas été reçues (bien que proposées) - et les mesures de rechange en droit criminel ont encore aujourd'hui un statut juridique précaire et un avenir incertain.

De quelques hypothèses sur la rationalité pénale moderne

[Retour à la table des matières](#)

Pour faciliter la compréhension de mes propos, j'expose ici sous une forme abrégée quelques-unes des hypothèses les plus heuristiques, et parfois étroitement reliées, qui sont explorées ou soutenues dans le cadre de cette recherche.

⁸ Ce fut, hélas, le cas de Jhering (1875).

⁹ Voir, par exemple, Spencer (1850) et Garofalo (1885 ; 1900). Pour une comparaison entre eux, voir Pires (1994b). Digneffe fait état plus loin des positions de l'école positive italienne sur cette question.

1. La première est qu'on a créé un système de pensée clos en matière pénale qui a comme toile de fond le clivage entre, d'un côté, le droit criminel et de l'autre, les droits civil et administratif. Ce système de pensée a pris la forme d'une bouteille à mouches du point de vue de ses conséquences théoriques et pratiques et a été appelé ici la « rationalité pénale moderne ».

2. Sur le plan du savoir, ce clivage a été probablement en partie construit mais, tout au moins pris pour acquis et reconduit par les trois grandes (anciennes) théories de la peine criminelle telles qu'elles ont été *reformulées* ou *achevées* au cours du XVIIIe et du XIXe siècle : la théorie utilitariste de la dissuasion (ou de la correction morale par le châtement et la discipline), la théorie rétributive ou expiatoire et la théorie de la réadaptation (modèle médical) et de la neutralisation. On peut dire alors que la rationalité pénale moderne est formée ou, si elle n'est pas formée par cela, tout au moins reconduite par trois axes ou sous-systèmes de pensée : l'utilitarisme pénal classique (Beccaria, Bentham, Blakstone, Filangieri, Feuerbach, Carmignani, Howard, Fry, Livingston, Lucas, Ducpétiaux, Julius, Beaumond et Tocqueville, Garaud, etc.) ; le rétributivisme pénal classique (Kant, Hegel, Binding, Rossi, etc.) et par l'utilitarisme pénal positiviste (Lombroso, Ferri et Garofalo, etc.).

3. L'hypothèse chronologique qui semble ressortir pour l'instant de nos recherches indique une conjonction forte entre l'épanouissement de la représentation de la justice pénale comme un système de régulation auto-suffisant, différencié ¹⁰ et renfermé sur lui-même (la « bouteille à mou-

¹⁰ J'ai hésité entre les termes « différencié » et, < autonome » avant de privilégier le premier. C'est qu'un système peut, pour ainsi dire, « aspirer » à l'autonomie relative sans la concevoir dans le cadre d'une rationalité (et d'une pratique) de la différence. Ainsi, le droit pénal canadien peut vouloir son « autonomie » par rapport au droit pénal anglais sans construire nécessairement cette autonomie dans le cadre d'une recherche de la différence comme il le fait par rapport au droit civil canadien lui-même. Au fond, le système pénal canadien est, d'une part, plus autonome par rapport au système pénal anglais qu'il ne l'est par rapport à son propre système civil ; et, d'autre part, il est plus différent de son propre système de droit civil qu'il ne l'est du système pénal anglais. « Autonomie » veut dire plutôt qu'un système peut évoluer et s'auto-déterminer par lui-même. Cependant, le système pénal (canadien ou autre) se construit « par opposition » au système de droit civil. On cherche ici plus que l'« autonomie » proprement dite : on veut créer et conserver une différence que l'on présuppose naturelle ou allant de soi.

ches ») et la mise en place des deux premiers axes (ou théories de la peine) dans la forme qu'ils prennent au XVIII^e siècle. Certes, il est vrai que le processus d'autonomisation du système pénal même au plan du savoir commence (un peu ?) avant la reconstruction de ces théories, mais cette représentation n'acquiert toute sa force qu'à partir de la seconde moitié du XVIII^e siècle avec la reformulation et le développement de ces théories de la peine criminelle. Ces théories ont mis en valeur cette représentation, ont stimulé et accéléré son adhésion généralisée, elles en ont changé l'échelle de grandeur. Comme le note Foucault (1969 : 36), « on n'a pas besoin de remettre le discours à la présence lointaine de son origine ; il faut le traiter dans le jeu de son instance ».

Pour des raisons qui deviendront plus claires par la suite, si j'avais à fixer la date de naissance de la rationalité pénale moderne comme système de pensée clos et différencié par rapport aux sous-systèmes du droit, je ne choisirais pas ce petit pamphlet anonyme, *Hanging Not Punishment Enough* publié en 1701 et peut-être attribuable à James Robertson. Certes, il est vrai que le système pénal s'y trouve déjà parfaitement représenté comme un système juridique différencié et opposé à la justice civile : ce texte est déjà, pour ainsi dire, dans la « bouteille à mouches ». Mais, par ailleurs, il est trop identifié à l'Ancien Régime pour jouer ce rôle. Robertson accepte un usage trop répandu de la peine de mort, plaide pour les supplices, etc. J'hésiterais à choisir *L'esprit des lois* (1748), même si l'on y trouve une variété de principes juridiques qui seront intégrés à la rationalité pénale moderne. C'est qu'il « manque » à son oeuvre une caractéristique essentielle de cette rationalité : Montesquieu n'a pas supposé que la justice civile et la justice pénale avaient affaire à deux matières distinctes. Destutt de Tracy, dans son *Commentaire sur l'Esprit des lois*, lui reproche de ne pas avoir distingué « avec assez de soin ce qui regarde la justice civile, de ce qui regarde la justice pénale » (1819 : 69, cité par Derathé 1973 : 449). Or, ce « reproche », que Dérathé lui-même semble accepter comme pertinent, est un signe des temps : désormais, si vous ne prenez pas pour acquise cette « matière distincte », vous serez critiqué. Le texte de Montesquieu, en commettant ce péché mortel se disqualifie comme texte fondateur de la rationalité pénale moderne, même s'il se qualifie - pour cette raison même - comme une sorte de « paradigme perdu ». Dans cette course, il me semble que *Des délits et des peines* caractérise parfaitement le temps fort de la naissance de la rationalité pénale moderne. En effet, Beccaria est celui qui, pour la première fois ou de la

façon la plus visible et forte, a combiné toute une série d'attributs de ce système de pensée comme « matière distincte » et a donné le coup d'envoi de la rationalité pénale moderne.

Quoi qu'il en soit du choix symbolique de cette date, le XVIII^e siècle serait le temps fort de la constitution de cette « nouvelle » rationalité pénale comme une « bouteille à mouches ». C'est-à-dire, comme le moment où la tendance à penser le droit criminel et la peine comme un sous-système clos, autonome et séculier de régulation juridique, conforme à la « nature des choses », devient difficilement contournable. Nous verrons en cours de route plusieurs indications qui pointent vers des fils constitutifs de ce système de pensée qui existent dans le passé, mais qui n'existent pas encore, si l'hypothèse est juste, comme un système clos et contraignant appliqué à la justice pénale séculière. En ce sens, le XVIII^e siècle serait le point d'arrivée et de convergence d'une série de trames ou de fils conceptuels qui se tissent dans le passé et, en même temps, le point de départ d'une nouvelle configuration qui va s'achever dans le tournant du XIX^e siècle. Notons que cette hypothèse du moment de formation de la « bouteille à mouches » est indépendante de la thèse qui vise à montrer que la rationalité pénale moderne a pris effectivement la forme d'un sous-système clos, peu importe à partir de quel moment. On peut corriger l'hypothèse chronologique sans toucher à l'autre.

Par commodité, j'utiliserai l'expression « pré-classique » pour désigner la rationalité juridique ou la façon de pensée dominante avant cette représentation forte de la justice pénale comme un sous-système clos, différent ou « autonome par nature » (tout particulièrement entre le XIII^e et le XVIII^e siècles) ; le mot « moderne » sera réservé pour indiquer cette transformation ou nouvelle représentation plus proche de nous. Il est néanmoins entendu qu'aucun de ces changements d'ensemble ne se produit à partir d'une table rase ou encore d'une façon chronométrée, instantanée ou globale, à partir d'une période donnée, de même d'ailleurs qu'un yaourt ne se gâche pas dans la minute qui suit sa date d'expiration. On est ici face à une longue période de gestation avant que tous les éléments de ce système se mettent en place en tant que système de pensée dominant. Enfin, la rationalité pénale moderne comme système de pensée s'achève dans le tournant du XIX^e siècle avec les compromis instables qu'elle suscite. En ce sens, dans son ensemble, elle n'est pas exclusivement *classique*, mais sa forme en tant que système clos (comme « bouteille à mou-

ches ») se forme à l'âge classique ou, en tout cas, avant la naissance de la criminologie avec l'école positive italienne. En un mot : la rationalité scientifique criminologique plonge ses racines dans la « bouteille à mou-ches », dans la rationalité pénale moderne. La criminologie est ainsi un savoir scientifique conçu dans une éprouvette.

4. Il me paraît de plus en plus clair que l'enjeu théorique fondamental du débat sur la pénalité aux XVIIIe et XIXe siècles consiste moins dans les éléments d'opposition (interne réelle) entre les positions de l'utilitarisme classique, du rétributivisme et de l'utilitarisme positiviste que dans les rapports non problématisés que ces trois perspectives entretiennent ensemble avec le droit pénal ou avec la rationalité pénale. Cela veut dire, entre autres choses, que ces trois perspectives ne sont pas *de véritables alternatives l'une à l'autre* ; elles ne sont même pas véritablement en opposition ; en tout cas, la signification théorique et pratique de cette opposition a été largement gonflée et, à vrai dire, elle n'en vaut pas la chandelle. Une première formulation de cette hypothèse que je me propose d'explorer ici de façon un peu différente ¹¹, et la plus précise que je connaisse, a été donnée par van de Kerchove (1981b : 291) : « l'hypothèse, écrit-il, serait que, au-delà des controverses - sans doutes réelles - qui les opposent, ces courants partagent secrètement certains présupposés communs et que, se définissant toujours en opposition l'un à l'autre, ils parviennent à occulter la « clôture » dans laquelle s'inscrit leur débat et à faire perdre de vue ce qu'ils éliminent l'un et l'autre ». J'essaierai pour ma part de monter ces présupposés ou cette « clôture » qu'ils construisent ensemble et qui les transforme davantage, à un niveau plus fondamental, en perspectives-complices qu'en perspectives opposées ou antinomiques.

¹¹ J'avais commencé à explorer cette hypothèse dans deux travaux précédents (Pires, 1991 ; 1994), mais à ce moment je ne m'étais pas rendu compte qu'elle avait déjà été joliment et précisément formulée par Michel van de Kerchove (1981). Je reprends sa formulation ici parce que je suis incapable de faire mieux. L'orientation globale de notre réflexion est la même, mais les voies que nous avons prises ne le sont pas, bien qu'elles soient complémentaires.

De la généalogie de la rationalité pénale moderne

[Retour à la table des matières](#)

Notre système de pensée en matière pénale est un produit du monde moderne occidental et son développement s'inscrit dans le cadre d'un long processus d'évolution convergente d'une variété de trames discursives dispersées aussi bien que d'autonomisation du discours ainsi constitué et de pratiques institutionnelles de la justice (pénale). Peut-être peut-on dire qu'il y a au moins trois moments stratégiques majeurs dans le processus qui conduit à la formation du droit pénal contemporain comme un système différencié du droit civil tant d'un point de vue pratique que doctrinaire et philosophique : le XIIe, le XVIe et le XVIIIe siècles ¹².

En effet, « il y a eu une discontinuité radicale entre l'Europe d'avant la période des années 1050-1150 et l'Europe de la période après les années 1050-1150 » (Berman, 1983 : 4), particulièrement en ce qui concerne la conception du droit et la transformation concrète des « formes juridiques ». Les formes juridiques en Europe, entre le Xe et le XIIe siècles, avant le commencement de ses transformations, étaient marquées par les principes et pratiques de l'ancien droit germanique. En premier lieu, on peut dire que ce droit était orienté en fonction du principe du dommage objectif causé à une victime tangible. « Il fallait qu'il y eût tort, que quelqu'un au moins prétendit avoir subi un tort ou se fût présenté comme victime » pour que les rituels d'une justice de litige se mettent en marche (Foucault, 1974 : 572). Von Bar (1916 : 65) dira que l'offense ici n'est pas surtout une atteinte à la loi ou à l'ordre mais, au contraire, une injure au droit « substantif » d'une personne. À son avis, l'idée du dommage objectif à une personne est le point névralgique pour une bonne compréhension de ce type de droit ¹³. Ensuite, il se caractérisait aussi par le fait d'être axe presque exclusivement sur les principes de la vengeance (guerre)

¹² Voir à cet égard, entre autres, Foucault (1974), Berman (1983), Cartuyvels (1996 ; 1997) et Rousseaux (1996).

¹³ Voir aussi Radbruch et Gewinner (1951 : 22).

privée, de la légitime défense et de la composition (Von Bar, 1916 : 58-61). Il est gouverné par la lutte et la transaction (Foucault, 1974). Ainsi, si un membre de la famille se fait tuer par un autre individu, c'est vu comme provoquant une sorte de déséquilibre qu'on cherchait à rétablir par la vengeance ou par la compensation ¹⁴. Il s'agit à certains égards d'un système juridique qui ne distingue pas encore entre une procédure visant à la satisfaction des torts et une autre visant à châtier une désobéissance à la loi. Cette justice judiciaire est aussi moins hiérarchisée et n'est pas construite en fonction d'une structure « verticale », où l'autorité déplace et remplace la partie lésée. En outre, cette sorte de droit ne se représente pas comme opposant la guerre à la justice et n'identifie pas justice et paix. Il assure seulement une ritualisation de la lutte entre les individus. « Le droit est donc une manière réglée de faire la guerre » (Foucault, 1974 : 573). Par exemple, si une personne en tue une autre, l'un des proches parents peut exercer le droit de vengeance. « Entrer dans le domaine du droit signifie alors tuer l'assassin, mais le tuer selon certaines règles » (p. 573). Cependant, même s'il n'y a pas d'opposition entre guerre et justice, « il n'est pas moins vrai qu'il est possible d'arriver à un accord, c'est-à-dire d'interrompre ces hostilités réglées » (Foucault, 1974 : 573). Or, pendant cette période, on le voit, le litige, le tort ou, si on préfère, le « crime » « ne sera pas en règle générale conçu comme une offense directe contre l'ordre politique comme tel, ou encore contre la société en général, mais plutôt comme une offense contre la victime et ceux avec lesquels elle est identifiée » (Berman, 1983 : 181).

C'est en se démarquant de ces pratiques de justice à partir du XII^e siècle qu'on produira cette discontinuité radicale dont parlait Berman ci-dessus. Elle plonge ses racines dans une tentative pleinement affirmée de centralisation lente et progressive du pouvoir de gouverner et de lutte pour le contrôle du pouvoir judiciaire (Foucault, 1974 : 538). C'est alors que l'on passera peu à peu d'une justice de litiges fondée sur la logique de

¹⁴ La forme de compensation ou de restitution varie d'une culture à l'autre ou encore selon les circonstances. Elle peut consister, dans sa forme la plus primitive, dans la restitution d'un équivalent. Le Code Hittite (174), par exemple, prévoyait dans la grande majorité de cas d'homicide le transfert d'un certain nombre des personnes à la famille de la victime (Diamond, 1971 : 75-76). Dans les communautés agricoles, la restitution peut se faire plus facilement sous forme de bétail (Diamond, 1971 : 228 ; 263) ; elle peut aussi se faire sous la forme de monnaie, si cette dernière existe, etc.

la guerre entre les parties directement impliquées et de la composition à un autre système construit sur la logique de la « guerre contre le roi » et faisant l'apologie du châtement. Il faut prendre acte du fait que la notion de justice judiciaire va en quelque sorte se transformer et éclater : tant au niveau des pratiques institutionnalisées que du savoir, on s'engage dans une longue marche entre le XIIe et le XVIIIe siècles pour, entre autres choses, autonomiser les ensembles conceptuels tort/ennemi de la victime/réparation d'une part et désobéissance/ ennemi du roi/punition d'autre part. Au terme de ce processus, on aura bâti une « théorie de la justice judiciaire » selon laquelle les litiges criminalisés comportent en principe deux obligations de nature et valeur différentes. La première obligation, celle de réparer le tort fait à la victime, revient à « celui-qui-a-commencé » et est souvent conditionnelle au fait que la victime puisse et réussisse à faire valoir son droit ; la deuxième, celle de faire subir au coupable un châtement pour avoir troublé l'ordre du Souverain, revient au « bras séculier » de l'État qui se voit contraint à l'exercer. Dans cette théorie de la justice judiciaire, la deuxième obligation a la primauté absolue et relève d'une obligation morale et politique : elle s'appelle, d'une façon qui est devenue quelque peu contre-intuitive après le XVIIIe siècle, le « droit de punir ». En effet, aujourd'hui, il y a une conviction répandue que ce droit est une obligation.

Les changements opérés à partir du XIIe siècle affecteront les diverses nations européennes, même si à partir du XVIe siècle elles acquièrent des caractéristiques nationales susceptibles de les distinguer à certains égards (Berman, 1983 : 25). En effet, en dépit de ces différenciations, elles vont conserver une série de traits communs propres à toute tradition juridique occidentale. Ainsi, « tous ces systèmes partagent quelques modes fondamentaux de catégorisation », comme par exemple « une division tranchante (*a sharp division*) entre les droits civil et criminel » (ibid.). On partage aussi certaines croyances fondamentales, comme, par exemple, celle que le droit de punir est une obligation ou une nécessité impérieuse et que, sans punition, il n'y a pas de justice judiciaire.

Quelques transformations dans les pratiques juridiques à partir du XIIe siècle

[Retour à la table des matières](#)

Que se passe-t-il, sur le plan des pratiques institutionnelles, à partir du XIIe siècle ? Comment sommes-nous arrivés à séparer, sur le plan pratique, le tort causé à une victime ou à sa famille de la désobéissance aux autorités et à séparer, du même coup, la réparation de la punition ?

En schématisant, on peut dire qu'au XIIe et au XIIIe siècles on trouve *grosso modo* trois grands types de juridictions, deux laïques et une ecclésiastique : la justice seigneuriale, celle du roi et celle de l'Église (Esmein, 1882 : 3). Elles traitent tout à la fois de matière civile et pénale sans les distinguer sur le plan des procédures. Les deux premières ont une juridiction fondamentalement territoriale : elles rendent justice à ceux et celles qui résident sur leurs terres. Ces trois acteurs - le seigneur, l'Église et le roi - vont s'engager dans une sorte de lutte pour le contrôle du pouvoir judiciaire, car à cette époque cela représente un enjeu de taille tant du point de vue strictement économique que politique et symbolique. En effet, comme la circulation de biens est encore limitée, l'accumulation de richesses se fait essentiellement par deux voies : la guerre (ou l'occupation) et les affaires judiciaires (la transmission héréditaire, la confiscation, le *peace money*, etc.) (Foucault, 1974). Esmein (1882 : 28-29) dira, dans son langage coloré, que le contrôle du judiciaire deviendra « un puissant moyen de domination ». Dans le cas du roi, il s'agissait aussi d'une lutte pour la centralisation du pouvoir de gouverner ¹⁵. L'enjeu, pour la justice royale, qui a une juridiction fondamentalement territoriale, est de trouver un moyen pour accaparer la compétence des justices seigneuriale et ecclésiastique. Dit autrement : elle doit trouver des façons de

¹⁵ Les études de Cartuyvels (1996 ; 1997) sur le mouvement de codification à partir du XVIe siècle montrent comment il est « étroitement lié à un projet de centralisation politique » (1997 : 251) et comment il « s'appuie sur le message de l'École du Droit naturel » et « se concrétise prioritairement en droit pénal » (ibid. : 252). L'État s'affirme ici « comme le seul représentant et le seul garant du bien commun » (ibid.).

parvenir à juger les contentieux qui ont lieu dans les terres du seigneur et à restreindre les privilèges des cours de Chrétienté. La justice royale doit aussi trouver des justifications pour devenir la principale bénéficiaire de tous les sous-produits -économiques (la confiscation, l'amende, frais, etc.) et politiques - du fonctionnement de la justice. Pour la justice royale, il s'agit alors de savoir comment elle peut attirer à elle la plus grande partie des contentieux (Esmein, 1882 : 21).

Les juristes du roi vont inventer certaines « théories » ou encore les emprunter au droit canonique qui sert de courroie de transmission avec le droit romain. Ces théories, « souvent subtiles », « se rattachaient toutes à cette grande idée que le roi représentait l'intérêt commun et qu'il devait à tous la sécurité et la justice » (ibid.). Elles sont alors des « véritables armes de guerre » (ibid.). Quelles sont ces armes ou ces inventions ¹⁶ ?

i. Tout d'abord, comme l'écrit Foucault (1974 : 579), on introduit « un personnage totalement nouveau, sans précédent dans le droit romain : le procureur. Ce curieux personnage, qui apparaît en Europe autour du XIIe siècle, va se présenter comme le représentant du souverain, du roi ou du maître ». Cette figure entre dans le drame judiciaire lorsque le roi s'érige en victime directe ou symbolique - mais principale à toutes fins utiles - du contentieux. Dès qu'il y a un certain type d'offense ou de litige susceptible d'intéresser le roi, le procureur se présente comme le représentant d'un pouvoir lésé par le seul fait qu'un événement de ce type a eu lieu. La justice du roi va alors créer une liste de plus en plus longue d'événements qui l'intéressent. Dans ces cas, le procureur double la victime, « il sera derrière celui qui devrait porter plainte, en disant : « S'il est vrai que cet homme en a lésé un autre, moi, représentant du souverain, je peux affirmer que le souverain, son pouvoir, l'ordre qu'il fait régner, la loi qu'il a établie ont été également lésés par cet individu. Ainsi, moi aussi je me place contre lui » » (Foucault, 1974 : 579). On voit apparaître en filigrane l'idée d'une double obligation qui sera explicitée par les publicistes plus

¹⁶ Le terme « invention » (*Erfindung*), comme on le sait, a été utilisé par Foucault (1974) pour marquer une différence épistémologique avec la notion d'« origine » (*Ursprung*). Mais il a aussi été employé à de multiples reprises tout simplement par les juristes du XIXe siècle pour faire état de ces transformations. Ce fut le cas d'Esmein (1882), mais aussi de Normand (1896), parmi d'autres.

tard. En réalité, le pouvoir ici double, mais peu à peu devient prioritaire et remplace la victime directe dans cette 41 liste d'événements » (offenses) qui constitue la voie par laquelle la justice royale tente de prendre possession des cours de justice.

Dans certains pays de l'Europe, le procureur du roi a reçu à l'origine le nom de « procureur fiscal », ce qui suggère curieusement l'intérêt financier de la démarche. Ils seront le principal organe du « ministère public » (Esmein, 1982 : 100). Comme le dit ouvertement Esmein, « un des emplois les plus importants du procureur du roi fut de surveiller la poursuite des délits ; les amendes et confiscations, suites des condamnations pénales, étaient l'une des principales sources de revenus des rois et des seigneurs » (p. 101) ¹⁷.

ii. Une autre invention, étroitement associée à la précédente, est la notion d'infraction. « Tant que le drame judiciaire se déroulait entre deux individus, la victime et l'accusé, il ne s'agissait que du tort qu'un individu avait fait à l'autre. La question était de savoir, s'il y avait eu tort, qui avait raison. À partir du moment où le souverain, ou son représentant, le procureur, dit : « Moi aussi j'ai été lésé par le tort », cela signifie que le tort n'est pas seulement une offense d'un individu à l'autre, mais aussi une offense d'un individu (...) au souverain en tant que représentant de l'État ; une attaque non pas contre l'individu, mais contre la loi de l'État elle-même » (Foucalt, 1974 : 580). L'invention de l'infraction porte en elle les germes d'une transformation majeure dans la représentation du coupable ou du déviant : conçu auparavant comme l'ennemi de la victime, de sa famille, il se transforme maintenant en ennemi du roi (Von Bar, 1916 : 58-59 ; 61-65 ; Barnes, 1930 : 52 ; Radbruch et Gewinner, 1951 : 22 ; Jef-

¹⁷ On verra plus tard que Beccaria, parmi tant d'autres, exprimera une ambivalence à l'égard des sanctions pécuniaires qui lui semblent exprimer une justice fiscale, « où les crimes des sujets devenaient un patrimoine pour le prince » (DP1, P17, p. 34). Cette remarque semble se référer de façon confuse à la fois à l'époque précédente (avec la composition) et à la longue période où prennent place ces transformations. Beccaria ne cache pas un certain mépris pour ces sanctions qui ressemblent à « une affaire civile, contentieuse, privée plutôt que publique, qui donnait au fisc [justice] d'autres droits que ceux qui conféraient la défense de la société » (ibid.). Pour Beccaria, au XVIII^e siècle, la défense de la société s'identifie déjà à la punition au sens fort : châtiments corporels, « esclavage perpétuel », etc.

fery, 1957 : 27-28 ; Foucault, 1975 : 51). À partir de ce moment, comme le remarque Foucault, le pouvoir étatique peut confisquer directement la procédure judiciaire. Avec la naissance et le développement de la bourgeoisie, d'autres groupes d'intérêt vont se constituer et manifester un intérêt d'une autre sorte pour le pouvoir judiciaire. Ils vont bâtir alors peu à peu une zone d'autonomie dans les litiges qui sera remise par le souverain aux particuliers sous la forme progressive d'une « justice civile », le souverain bénéficiant alors seulement de frais et taxes de toutes sortes.

Parmi les divers procédés juridiques mis à contribution pour déplacer et contrôler de plus en plus les justices seigneuriale et ecclésiastique, on compte la fameuse « théorie des cas royaux » qui se développe à partir du XIIIe ou peut-être du XIVe siècle (Esmein, 1882 : 22). Comme l'écrit Normand (1896 : 63), « la royauté, aidée par les légistes, inventa les cas royaux ». Il s'agit d'une liste de situations problématiques, chaque fois plus nombreuses, qui devaient être considérés comme une offense contre le roi. À l'aide de ce procédé, le roi enlevait aux cours seigneuriale et ecclésiastique le pouvoir de juger sur ces cas, déplaçant les contentieux à la cour royale même lorsqu'ils avaient lieu sur les terres du seigneur ou de l'Église (Esmein, 1882 : 22-23) ¹⁸. Au début, cette liste incluait les actions dont le roi, d'une certaine manière, pouvait se présenter comme étant plus ou moins directement la partie lésée (offense de lèse-majesté, l'infraction de la sauvegarde du roi, le port d'armes, la fausse monnaie, la contrebande, etc.). Mais, peu à peu, cette liste inclura aussi des torts à l'endroit des individus (homicides criminalisés, vols, agressions physiques, etc.). Comme le signale Berman (1983 : 192), au fur et à mesure que le pouvoir impérial s'accroît à partir du XIIIe siècle, les sortes de comportements pour lesquels la punition du roi devient applicable augmentent aussi, comme d'ailleurs la sévérité des sanctions.

iii. On va aussi mettre en place l'action publique (*inquisitio ex officio*). Cette procédure ne fut pas inventée comme une sorte de service mis à la disposition des individus (pour découvrir les personnes ayant causé des torts, les contraindre à comparaître en cours, etc.), ce qui aurait pu être le

¹⁸ Comme le dit une ordonnance de 1315 : « En lor teres où ils ont haute justice ne justicierons point fors ès cas ci-dessus dénommés et autres qui nous appartiennent par droit royal » (cité dans Esmein, 1882 : 22).

cas, mais plutôt comme une forme de plus en plus stricte d'appropriation du contentieux par le pouvoir. En effet, les parties directement impliquées perdent le contrôle sur le déroulement et l'issue de la procédure ; par là, l'autorité centrale leur enlève le droit d'arriver à un accord et d'interrompre les hostilités judiciaires. C'est que l'autorité n'est pas intéressée ici à une simple pacification du litige, mais dans les, produits » économique ou politique que ce litige lui rapporte. Dès lors, dans cette sorte d'action publique, les parties ne peuvent pas transiger, le coupable ne peut pas racheter sa paix, la victime ne peut pas pardonner, etc. La justice se caractérise par le fait de « s'imposer d'en haut aux individus, aux adversaires, aux parties » (Foucault, 1974 : 579).

iv. Enfin, il y a une autre invention, « aussi diabolique que celle du procureur et de l'infraction » : le souverain est non seulement la partie lésée, mais aussi celle qui exige réparation (Foucault, 1974 : 580). La composition, dans l'ancien droit d'inspiration germanique, donnait souvent lieu, en plus de la restitution à l'offensé (*compositio*, *Wergeld*, *satisfactio*, etc.), au paiement d'un montant (*fredus*, *peace money*, *wite*) qui contribuait au rétablissement de la paix entre les parties (le seigneur ou le roi selon la juridiction). Or, au moment où ces nouvelles inventions sont mises en place, la restitution à l'offensé (la *compositio*) disparaît ou passe au deuxième rang et le *peace money* se transforme en amende, en tribut au pouvoir : il ne s'agit plus de *racheter la paix* avec son adversaire, mais surtout de réparer l'offense commise contre le souverain. Le déclin de la composition et du dédommagement et le développement de l'amende, de la confiscation des biens et des peines corporelles sont des conséquences de ces transformations (ibid. ; voir aussi Barnes, 1930 : 51-53). En effet, avec l'appauvrissement de l'homme libre, l'impossibilité pour le roi d'obtenir des sanctions pécuniaires, la lutte pour la centralisation du pouvoir, la pénalité réservée aux esclaves c'est-à-dire les châtiments corporels, sera généralisée aux individus libres mais qui ne peuvent payer ¹⁹.

¹⁹ L'intérêt économique et politique que suscite le pouvoir judiciaire à cette époque est mis en valeur par plusieurs historiens, juristes et philosophes de perspectives très différentes (Normand, 1896 : 281 ; Garraud, 1901 : 27-29 ; Von Bar, 1917 : 75 Radbruch, 1934-35 ; Barnes, 1930 : 53 ; Rusche et Kirchheimer, 1939 : 7, 10-11 15, etc. ; Foucault, 1974, Sellin, 1976, etc.).

Selon Esmein (1882 : 20), les trois juridictions existent encore au XVII^e siècle, mais on observe alors un renversement majeur : les justices seigneuriales et ecclésiastiques « au lieu de figurer au premier plan, ne jouent qu'un rôle secondaire ». Il ajoute : « les juridictions royales ont définitivement pris le dessus ; elles ont envahi presque tout le domaine du droit criminel ». Aujourd'hui, on peut formuler cela plus précisément : l'invasion dont parle Esmein, est moins l'invasion du domaine pénal que la constitution même de ce domaine.

Dans les trente dernières années, les recherches historiques ont fait progresser énormément nos connaissances des pratiques judiciaires *effectives* entre le XIII^e et le XVIII^e siècles en Europe ²⁰. Nous savons aujourd'hui que le XVI^e siècle constitue un autre point tournant important dans ces transformations. En effet, c'est à partir de cette période que les « inventions » du XII^e et XIII^e siècle commencent à prendre une signification particulière sur le plan de la pratique judiciaire et de la doctrine juridique (Rousseaux, 1996 : 297). L'homicide criminalisé constitue à cet égard un indicateur important. Or, jusqu'au XVI^e siècle, c'est encore le modèle de la négociation et de la pacification qui prédomine (plutôt que celui de l'adjudication) dans la résolution de ces litiges (Rousseaux, 1995). D'ailleurs, « le développement des communautés urbaines s'accompagna de la création de structures spécifiques pour soutenir la négociation » (*ibid.* : 288). Les parties ont encore la capacité de maîtriser la procédure, de négocier les réparations et les formes de réconciliation en vue d'une paix définitive. Lorsqu'il y a des « amendes », elles sont dirigées surtout vers la partie lésée (*ibid.* : 289). Avec la montée du pouvoir monarchique en Europe à partir du milieu du XVI^e siècle, l'orientation dominante de la justice se modifie : « il ne s'agit plus de favoriser la reconstruction du tissu social par la pacification » (p. 299), mais de punir l'homicide comme infraction à l'ordre public. Comme le note Rousseaux (*ibid.* : 305), les autorités « utilisent progressivement le droit comme instrument d'interdiction de la négociation ».

Ressortons certains aspects généraux de ce processus de transformation. Dans l'ensemble, il paraît bien que l'éclatement du système de composition ouvre les voies à une justice judiciaire hiérarchisée qui s'impose

²⁰ Pour une vue d'ensemble de ces résultats voir l'excellente étude de Rousseaux (1996).

de plus en plus « d'en haut », qui réserve au souverain une part chaque fois plus grande du droit de punir, tant d'un point de vue qualitatif (torture, supplices, etc.) que quantitatif : possibilité de s'immiscer dans un ensemble varié de rapports socio-juridiques.

Quoi qu'il en soit, notons que ce processus de construction de l'infraction ou du crime transforme la notion de tort en une notion à double face : l'une plus abstraite et orientée vers l'autorité et l'autre, plus concrète et orientée vers la partie lésée. La face tournée vers le roi l'emporte sur la face tournée vers les sujets. Mais la notion de tort dans le vocabulaire des publicistes demeure, au moins jusqu'au XVIII^e siècle, porteuse de cette ambiguïté et ne départage pas encore clairement l'illicite civil de l'illicite pénal : « tort » signifie à la fois dommage et désobéissance. Quand un publiciste dit qu'un acte est un tort au regard de la loi, la seule chose dont on peut être sûr est que le souverain a un intérêt à régler ce litige et qu'il est prêt à recevoir cette action en justice. La notion de « crime », lorsqu'on la trouve, est porteuse de la même ambiguïté avec cette différence près : l'accent sur la dimension de faute et de désobéissance à la loi y apparaît parfois plus marqué. Ensuite, il faut prendre acte que ces inventions introduisent la punition au sens fort et juridique du terme : un châtiment imposé par une autorité hiérarchique au nom d'une désobéissance (beaucoup plus qu'en raison d'un dommage). Que la réparation du dommage apparaisse comme insuffisante pour régler le conflit, quoi de plus évident ? Certains publicistes vont alors soutenir que le but de la punition est de mieux disposer les sujets à l'obéissance, tandis que d'autres diront que son but doit être plutôt celui de faire souffrir le coupable pour qu'il rachète sa désobéissance (expiation de la faute).

Trois aspects du discours philosophico-juridique pré-classique sur le droit, le délit et le châtiment

[Retour à la table des matières](#)

J'aimerais maintenant attirer l'attention sur trois aspects du discours philosophico-juridique sur le droit et les peines avant le siècle des Lumières. Ces aspects servent à illustrer provisoirement deux hypothèses reliées. La première hypothèse explore la signification et l'importance accordées au clivage droit civil/droit pénal dans cette sorte de discours. Elle

montre que le système pénal n'est pas encore représenté comme un sous-système de pensée (ou de pratique judiciaire) différencié et opposé au système de droit civil. Cela indique que la rationalité pénale moderne n'est pas encore complètement constituée, tout au moins d'une façon assurée, sur le plan philosophico-juridique et politique, tel que cela se produira à partir de la deuxième moitié du XVIII^e siècle. La seconde hypothèse est que, en dépit de cela, le concept de châtement qui fut forgé pendant cette période a été transmis tel quel à la rationalité pénale moderne : il sera repris par les théories classiques de la pénalité.

Je pense que les transformations pratiques dans le système de justice ont été accompagnées de modifications dans le discours sérieux sur le droit et les peines sans que je puisse préciser davantage la forme d'articulation entre ces deux registres. Qu'il suffise de poser quelques jalons et d'indiquer quelques points de repères ou représentations de ce discours dans le seul but d'illustrer de manière approximative les deux hypothèses formulées ci-dessus. Nous verrons qu'il y a, entre l'époque pré-classique et la période classique, à la fois des points de continuité et des points de démarcation. Cependant, si l'on compare ces deux discours dans leur globalité, il me semble que l'on peut voir que, pour l'essentiel, la rationalité pénale moderne va finir par se constituer comme un sous-système de pensée.

Je distinguerai, d'une façon peut-être un peu schématique, trois niveaux ou sortes de discours. Tout d'abord, un grand discours, assez général, sur trois grands thèmes : i) sur le droit ou la loi ; ii) sur le châtement ou la sanction ; iii) et sur le tort, le délit, la faute ou le crime. Deuxièmement, un autre discours sur le châtement ou un autre niveau de discours sur le châtement, qu'on peut considérer comme un épisode -particulier, localisé, voire un peu autonome - de ce grand discours sur le droit et les châtements légaux. J'utiliserai l'expression « discours sur la conceptualisation du châtement » pour le désigner. C'est ce discours qui va attribuer un sens strict et spécifique à la notion de châtement, sens qui sera, par après, transmis tel quel à la conception classique (utilitariste et rétributiviste) du droit pénal. C'est ce discours aussi, et cela est très important, qui va construire la notion de châtement en fonction de l'idée que c'est l'autorité hiérarchique qui doit à la fois exiger et bénéficier des retombées de ce châtement. Ce discours plus localisé ou épisodique sur le concept de châtement peut parfois coexister, dans un même ouvrage, avec le grand dis-

cours global sur le châtimeut, sans que l'on puisse pour autant réduire l'un à l'autre. Je donnerai l'exemple de Hobbes pour visualiser ces deux premiers points. Enfin, en troisième lieu, on voit se construire une sorte d'image socio-culturelle du transgresseur, différente de celle de la période classique (surtout à partir du début du XIXe siècle) ²¹. Il s'agit ici d'une représentation plus floue et évolutive, qui se retrouve parfois dans les ouvrages des publicistes, mais que les historiens ont identifiée comme des représentations de société ²². Je traiterai séparément et dans cet ordre de ces trois discours ou niveaux de discours.

Le grand discours sur la loi, le châtimeut et le délit

[Retour à la table des matières](#)

On peut dire, me semble-t-il, que les publicistes vont développer pendant cette période un grand discours sur le droit et le châtimeut dont les préoccupations majeures n'ont rien à avoir avec le clivage entre le droit civil et le droit pénal au sens contemporain du terme. Ainsi, une de ces préoccupations est de caractériser et de justifier l'ensemble des lois positives de la République. On veut affirmer et préciser la nature, la portée et éventuellement les limites du droit et du pouvoir séculier du Souverain. Un des soucis, parmi d'autres ²³, est alors la sécularisation et l'unification de la justice judiciaire de la République à travers la distinction entre, d'une part, le pouvoir ecclésiastique et le pouvoir seigneurial et, d'autre part, le pouvoir royal. Le droit du Souverain sera représenté comme étant la loi « Civile », c'est-à-dire le droit positif de la République. Les ré-

²¹ Cette image socio-culturelle du transgresseur va se transformer à nouveau vers la fin du XIXe siècle avec le « modèle médical », c'est-à-dire au moment de la formation du dernier axe de la rationalité pénale moderne (l'école positive).

²² Voir, par exemple, l'étude de Ramsay (1979) qui porte directement sur notre thème. Foucault (1975) a aussi identifié cette même transformation dans l'image du transgresseur comme nous le verrons ci-dessous.

²³ Voir à cet égard l'excellente analyse de Cartuyvels (1996) sur l'émergence de l'idéal de codification depuis le XVIe siècle. Ces projets de codification indiquent la quête d'une centralisation politique et d'une sécurité et systématisation juridiques. S'ils sont marqués par une orientation pénale globale, ils « n'ont pas encore une spécificité pénale ». Celle-ci n'est clairement présente qu'à partir du milieu du XVIIIe siècle (*ibid.*, p. 22).

flexions que les publicistes font à cette époque sur les systèmes de « classification des lois » semblent bien indiquer ce projet. À ce titre, on veut distinguer, d'une part, la loi Civile (au sens large) et, d'autre part, la loi divine et la loi naturelle. Cette préoccupation se trouve chez Grotius (1625), chez Hobbes (1651) et chez Pufendorf (1673). Dans le sous-titre du *Léviathan*, Hobbes indique ce projet de distinguer « la république ecclésiastique et civile ».

On observe alors que le droit positif de la République, la loi Civile, n'est pas encore subdivisé à son tour en une justice civile *décrochée d'une* justice pénale. Ce grand discours s'organise entre, d'une part, le pôle général de *l'ensemble des interdits et*, d'autre part, le pôle général du châtiement conçu comme sanction légale. Lorsqu'on parle de « loi pénale », on entend par là exclusivement la partie du droit positif qui prescrit ou indique toutes les sanctions légales disponibles dans l'arsenal du droit tout entier. En empruntant pour nos propos la jolie expression de Tulkens et van de Kerchove (1996 : 109), on peut dire que le droit pénal est figuré ici comme un « droit d'accompagnement »²⁴, en ce sens que chaque interdit du droit se fait accompagner d'une sanction (dite « loi pénale »).

En outre, on n'a pas encore pris l'habitude de subdiviser la loi Civile du Souverain en deux domaines, l'un relevant du « droit public » et un autre du « droit privé » au sens moderne de cette classification²⁵ : « droit public », dans ce discours, se définit davantage par opposition à droit naturel que par opposition à droit privé étatique (justice civile). Cartuyvels (1996), dans son excellente analyse de l'émergence de l'idéal de codification depuis le XVI^e siècle, montre comment ce projet est marqué par une orientation « publiciste » et « pénale » au sens très général de ces termes.

²⁴ Au-delà des divergences entre mes objectifs et ceux de Tulkens et van de Kerchove dans le cadre de leur étude, il y a une différence dans le sens qu'ils donnent à cette représentation. En effet, ils décrivent cette représentation comme excluant les sanctions non pénales. Cela est peut-être dû au fait qu'ils parlent de cette représentation telle qu'elle se présente au début du XIX^e siècle. Or, à ce moment, l'expression « sanction pénale » exclut déjà les sanctions non pénales au sens actuel, mais pas encore à notre époque dans le contexte de ce grand discours sur le droit et le châtiement.

²⁵ Nous verrons, dans le quatrième chapitre ci-dessous, que même chez Kant cette classification en droit public et privé ne prend pas, sauf en matière pénale, le sens moderne du terme.

C'est-à-dire, ni le terme « droit public » ne sépare encore de façon ferme le droit positif en droit public et droit privé, ni le terme « pénal » ne trahit « encore une spécificité pénale » (*ibid.* : 22). Le mouvement de « publication du droit » et d'étatisation recouvre toutes les branches du droit (droits civil, administratif, pénal, etc.) de façon indistincte. Ce n'est qu'après la deuxième moitié du XVIII^e siècle que ce processus d'étatisation du droit entre dans une nouvelle phase et, à travers l'organisation de la procédure civile et pénale en deux blocs séparés, investit progressivement sur la forme spécifiquement pénale au sens actuel du mot (Cartuyvels, 1996 : *passim*). À ce moment, le clivage droit public/droit privé prend aussi son sens actuel ²⁶.

Dans ce grand discours, les critères clés de classification des lois tournent souvent autour des notions d'origine, de sources, d'autorité des lois, etc. Pufendorf (1673 : 119-120), par exemple, veut montrer que l'autorité des lois Civiles vient du fait qu'elles servent de règles aux jugements des tribunaux d'un État (en général) et que leur origine renvoie au fait qu'elles sont « fondées sur la volonté du souverain ». Ce dernier prend des décisions en fonction des nécessités de chaque État. Ces lois peuvent être « indifférentes ou indéterminées par le Droit Naturel et le Droit Divin Révélé » (Pufendorf, 1673 : 119-120), mais ne doivent pas être en contradiction avec ces droits. On veut justifier ici deux choses : a) le fait que le souverain puisse créer des lois Civiles et b) le fait qu'il puisse imposer par la force ces lois aux sujets. Il écrira alors, en donnant vraisemblablement un sens général à sa phrase, que « la force et l'efficacité des lois civiles consistent dans la sanction pénale qui les accompagne » (*ibid.* : 120). Sanction pénale est ici synonyme de sanction *juridique et* non de peine au sens strict du droit criminel moderne ²⁷.

²⁶ Je remercie mon collègue, Yves Cartuyvels, des Facultés Universitaires Saint-Louis (Bruxelles), pour ses suggestions et remarques. Elles ont été importantes pour m'aider à clarifier ce point.

²⁷ Pufendorf (*ibid.*, p. 121), me semble-t-il, laisse encore voir le sens général de ces expressions lorsqu'il souligne que la création de la loi civile enlève aux individus le pouvoir de recours, à des voies de fait pour tirer raison eux-mêmes de ce qu'ils croient leur être dû ». En effet, ce sont les lois civiles, « en offrant à chacun la protection du magistrat, qui par son autorité et par la force qu'il a en main, contraint de rendre ce qui est dû [...] » (*ibid.*). Et il ajoute que ces lois sont là « pour l'observation des choses que les autres ont droit d'exiger à la rigueur », ce qui comprend une infinité de causes, comme « l'exécution des engagements où

De ce point de vue, la question n'est pas très différente chez Hobbes. Les lois civiles, par opposition aux lois divines, sont celles que « les hommes sont tenus d'observer en tant que membres [...] d'une République » (Hobbes, 1651 : 281). Il les caractérise aussi par rapport à la loi de la nature. Selon lui, ces deux lois « se contiennent l'une l'autre », mais (de droit de nature, c'est-à-dire la liberté naturelle de l'homme, peut être amoindri et restreint par la loi civile » (ibid., p. 285). Les lois de la nature consistent dans l'équité, la justice, etc. et, dans l'état pur de nature, avant la formation de la République, elles ne sont pas encore des lois proprement dites. Mais une fois la République établie, elles deviennent effectivement des lois à travers les lois civiles. Ces lois civiles traitent alors de toutes les matières : « l'exécution des conventions et le fait de rendre à chacun ce qui lui revient » (ibid.). Encore une fois, la justice criminelle et la justice civile ne sont pas « décrochées » l'une de l'autre d'un point de vue conceptuel au sens actuel.

Par ailleurs, on trouve dans les deux ouvrages de Hobbes, *Le citoyen* ou les *fondements de la politique* (1649) et *Léviathan* (1651), une curieuse représentation du « droit pénal » ou de la « loi criminelle », si l'on peut dire ainsi. Cette représentation contraste avec celle qui deviendra dominante dans le savoir pénal classique. Comment conçoit-il alors le droit pénal ? Est-il représenté comme un sous-système clos de normes, de procédures et de sanctions par opposition à un autre sous-système de normes, de procédures et de sanctions dites de « droit civil » ? La réponse est « non ». Tout d'abord, dans *Le citoyen*, Hobbes dit que toute loi Civile ou étatique a « deux parties ». Quelles sont ces parties ? Il appelle la première partie « distributive » et la deuxième, « vindicative ou pécuniaire » (Hobbes, 1649 : 246). Or, « la distributive est celle par laquelle on rend à chacun ce qui lui appartient [...]. La partie vindicative touche le criminel, et définit les peines dues à ceux qui transgressent les lois » (ibid. ; c'est moi qui souligne). Hobbes dit ici clairement que chaque loi étatique a une partie qui énonce un commandement ou un interdit aux individus, et une autre qui impose une sanction en cas de non respect. La sanction renvoie à la dimension coercitive de tout le système de droit or-

l'on est entré par quelque convention [contrat] expresse » et les dommages à autrui (ibid., p. 122). Il est clair, me semble-t-il, que ces remarques portent sur l'ensemble du droit et pas seulement sur le droit criminel.

ganisé, mais est figurée comme la partie vindicative ou pénale. Dans cette étude, il affirme que ces deux parties, « la distributive et la vindicative, ne sont pas deux espèces de lois, mais deux parties d'une même loi » (ibid.). Il illustre ainsi ses propos :

Si une loi ne dit autre chose que ceci, par exemple, « que ce que vous aurez pris en mer dans vos filets soit à vous », elle parle inutilement. [...] La loi donc ne sert à rien, si elle n'entend et ne fait en sorte que vous puissiez posséder et jouir du vôtre comme et quand il vous plaira, à l'exclusion de tous les autres qui y auraient des prétentions [...]. Or, ce serait vain que l'on voudrait établir ce bon ordre, si l'on ne faisait appréhender des peines à la désobéissance ; et par conséquent, la loi aurait peu d'effet, si elle ne comprenait l'une et l'autre parties, celle qui défend de commettre des offenses, et celle qui punit ceux qui commettent. La première, que je nomme distributive, enferme une défense, d'où, en termes du palais, elle se peut dire prohibitoire, et parle à tous en général. La seconde qu'on nomme vindicative, et qui ordonne des peines, porte un commandement particulier aux officiers et ministres de la justice. (Hobbes, 1649 : 246-247).

Dans le *Léviathan*, il va modifier un peu son langage. Au lieu de parler de « deux parties » d'une même loi, il parlera de « deux lois » : les lois distributives et les « lois pénales ». Mais, pour l'instant, ce changement dans le langage est seulement nominal, car les lois pénales ne sont pas conçues comme complètes et autonomes. En effet, les lois pénales demeurent « celles qui font connaître quelle peine devra être infligée à ceux qui violent la loi » et il ajoute que « ces lois pénales sont, pour la plupart, mêlées dans leur rédaction aux lois distributives » (Hobbes, 1651 : 306) ²⁸. Il ajoute la même remarque selon laquelle les lois distributives sont celles « qui s'adressent à tous les sujets » car ce sont elles « qui déterminent les droits des sujets, faisant connaître à chacun ce par quoi il acquiert et conserve la propriété de terres et d'autres biens, et un droit ou une liberté d'action » (ibid.). Et comme les lois pénales ne désignent que les peines (au sens large de sanctions), elles « s'adressent aux ministres et fonctionnaires institués en vue de leur exécution » (ibid.). Ce nouveau langage, en termes de deux lois, augmente le risque de confusion avec le sens moderne, mais la signification n'est pas encore la même. Bref, il me semble que cette façon de voir exprime quand même deux aspects de la pensée philosophico-juridique pré-classique. Le premier est que la notion

²⁸ Dans la version latine du *Léviathan* on lit : « elles sont jointes aux lois distributives ».

de peine ou de châtiment dans cette sorte de grand discours sur le droit a un sens très large. Le deuxième est que le droit positif tout entier semble avoir été « possédé » par une représentation répressive, pénale. À tel point qu'il devient difficile de savoir comment décrire le changement au siècle des Lumières : doit-on dire que la rationalité pénale est devenue autonome ou, au contraire, que c'est la rationalité civile qui a réussi à se libérer ? C'est un peu comme l'histoire du verre rempli à moitié : est-il moitié-vide ou moitié-plein ?

Le droit positif tout entier est alors représenté sous la forme d'une coupure horizontale séparant deux paliers qui ne peuvent pas exister séparément, car le système juridique a besoin de règles de conduite impératives prescrivant ce qu'on peut faire ou ne pas faire et, en plus, de sanctions pour faire respecter ces règles. Ce droit positif tout entier aurait alors une dimension pénale ²⁹ ou, plus précisément, sanctionnatrice. En revanche, dans la pensée classique, cette image va changer. Le droit positif sera figuré sous la forme de coupures verticales séparant des systèmes (complets et différenciés) de règles juridiques, chacun composé de deux paliers. Ainsi, on dira, par exemple, que la loi « Personne ne peut tuer », et la loi sanctionnatrice « Quiconque tue doit mourir » appartiennent, toutes les deux, au droit pénal. Et la même chose pour le droit civil.

La pensée pré-classique projette alors une représentation forte du droit comme étant indivisible. Cette conception est tenace et on la retrouve encore au XVIII^e siècle chez Rousseau ³⁰. En effet, il dira dans le Contrat social que les « lois criminelles » sont « dans le fond » « moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres » (Rousseau, 1762, II, 4). On peut mieux comprendre aussi le fait que Montesquieu (1748) n'ait pas distingué non plus, « avec soin », ce qui regarde la justice civile et ce qui regarde la justice pénale au sens moderne. Ces penseurs ne sont pas encore dans la bouteille à mouches.

²⁹ C'est sans doute pour cette raison, à notre avis, que Durkheim (1893) a eu l'impression erronée qu'il pouvait représenter tout le droit primitif comme étant surtout du droit pénal. C'est qu'entre le XIII^e et le XVIII^e siècles, la distinction entre civil et pénal au sens moderne du terme n'est pas encore entièrement achevée au plan de la pensée juridique. Tout le droit, si l'on peut dire ainsi, « a du pénal » au sens donné par les théoriciens préclassiques.

³⁰ Nous verrons qu'on la retrouve aussi, bien que de façon beaucoup plus élaborée, chez Bentham (1789).

Et quelle représentation se fait-on des notions de transgression, de crime, d'offense ou de délit ? Malgré un certain recouvrement avec le sens moderne, il faut prendre garde au fait que les termes « désobéissance », « offense », « crime », « tort » et « faute » prennent aussi usuellement dans ce contexte un sens très général. On n'y trouve pas encore, ou très rarement, une tentative de distinction conceptuelle entre le tort et le crime au sens moderne. Ainsi, Hobbes (1651 : 313) dira qu'« un crime est une faute qui consiste à commettre, par l'action ou la parole, ce que la loi interdit, ou à omettre ce qu'elle a ordonné ». Il reste proche du sens étymologique du mot en disant que le crime désigne les fautes qu'on peut percevoir ³¹ et rendre manifestes devant un juge. Le crime ne se confond pas alors avec les simples intentions ni avec les fautes qu'on ne peut pas présenter devant les tribunaux, assurément parce que ceux-ci ne les accepteraient pas comme relevant de la loi positive. Mais une faute civile, est-elle aussi un crime ? Oui, si l'on entend par crime les fautes qu'on peut amener devant les tribunaux. Par conséquent, « là où manque la loi civile [le droit positif], le crime manque aussi », car « il n'y a plus d'accusation possible » ³². L'accusation peut venir de la partie lésée ou du représentant du Souverain. Crime n'est donc ni une simple action, ni même une simple faute, mais toute faute qui est recevable comme accusation (au sens large) devant un tribunal oeuvrant pour l'État. Bref, cette faute renvoie à tout ce qui est reconnu par la loi distributive (positive) comme pouvant être plaidé en justice.

En résumant, il y a au moins trois indications qui nous amènent à dire que la notion juridique pré-classique de châtiment prend un sens large dans ce grand discours sur le droit. Tout d'abord, parce qu'on n'est pas préoccupé de façon prioritaire par ce projet de séparer le droit positif en deux blocs verticaux désignant respectivement les justices civile et pénale. Deuxièmement, parce qu'on parle de peine pour désigner tout ce qui

³¹ Il rapproche ici le mot *crimen de cernere* qui signifie percevoir.

³² Il faut se rappeler qu'à l'origine le mot « crime » faisait référence à l'acte de juger (choisir, séparer) et qu'il désignait la décision judiciaire. Plus tard, dans le latin classique, le mot *crimen* a aussi pris le sens d'accusation ou de chef d'accusation (Jeffery, 1959 : 6 ; Pires, 1995 : 16-17). Dans ce dernier sens, semblable à celui donné par Hobbes, le crime n'est pas l'action ni même la faute, mais la faute qui peut faire l'objet d'une accusation devant le tribunal.

peut arriver légalement à une personne lorsqu'elle n'obéit pas à une loi quelconque. Enfin, les notions d'offense, de délit et de crime sont aussi définies de façon à pouvoir inclure toute forme de transgression à une loi positive.

*Le discours épisodique et localisé
sur la conceptualisation du châtiment*

[Retour à la table des matières](#)

Examinons maintenant le discours particulier sur la conceptualisation du châtiment parce que va se jouer ici un enjeu majeur pour les théories classiques de la peine. Prenons comme point de départ cette matrice théologico-juridique qui se produit chez certains théologiens occidentaux, qui se sont préoccupés du droit canonique, pendant le siècle de la Révolution papale (1050 à 1150) (Berman, 1983) ³³. Qu'il suffise de présenter pour l'instant, de façon schématique et assez libre, la structure globale de ce raisonnement. Le lecteur doit garder néanmoins à l'esprit que ce discours est tiré surtout de la doctrine de l'expiation de St Anselme. D'une part, cela veut dire que ce discours a été conçu dans le cadre d'une conception de la justice divine et, d'autre part, qu'il découle d'une vision expiatoire ou rétributive de cette justice. Bien entendu, il ne faut pas supposer que celle-ci exprime l'ensemble des conceptions chrétiennes sur la justice et le pardon. On peut la résumer sous la forme de quelques énoncés comme suit :

- a) La punition prend un sens strict, spécifique, ciblé : on distingue explicitement sur le plan conceptuel la punition de la réparation positive ou du dédommagement. La punition est alors le paiement d'un mal par un autre mal (de souffrance). Si l'auteur d'une mauvaise action répare le mal fait auprès de la partie lésée, c'est très louable, mais ceci n'est pas encore une punition.

³³ Berman (1983) mentionne tout particulièrement St Anselme (1033-1109), Pierre Abelard (1079-1142) et Gratien. Nous reviendrons à la conception de St Anselme dans le chapitre sur Kant.

- b) Le dédommagement est suffisant pour racheter le tort fait à la victime, mais il est absolument insuffisant pour payer la désobéissance à la loi (divine). On ne peut pas rétablir l'ordre de l'univers dérangé par le péché sans la punition.
- c) Le litige est figuré sous la forme d'un conflit vertical entre l'individu coupable et Dieu (autorité hiérarchique).
- d) La « véritable » punition est une exigence ou une imposition impérative de l'autorité hiérarchique (« la justice s'impose d'en haut »).
- e) La « véritable » punition a aussi comme condition que l'autorité en soit la « bénéficiaire » ; l'idée de « revenir à l'autorité » devient propre au concept de punition.
- f) La punition [peu importe son but] ne peut pas être moindre que le mal causé. C'est ce que j'appellerais le « principe du talion pétrifié » ³⁴.
- g) Enfin, il y a une chose certaine, le but de ce châtement ne peut pas être la réparation du mal causé à la victime ni même la simple pacification des rapports sociaux entre le coupable et sa victime. Cela se comprend bien puisqu'on a déplacé le problème et modifié ses termes : le « litige », le « conflit » n'est plus avec la victime, mais avec la loi de l'autorité. Or, dans le cadre de cette justice judiciaire du Dieu-Punitif, le seul but « moral », « droit » (au sens de droiture) est celui de l'expiation : faire payer le mal par un mal égal ; à chaque péché, sa juste part de souffrance. Mais nous verrons que la désignation de ce but d'expiation constitue la partie molle de la définition : certains vont le dépoussiérer, le séculariser et le réaffirmer, comme Kant et Hegel ; tandis que d'autres vont ajouter un ingrédient utilitariste, comme Hobbes, Beccaria, Bentham, etc.

³⁴ Je le qualifie de « pétrifié » parce que ce principe, comme l'a bien démontré Draï (1991), n'a vraiment rien à voir avec la tradition juridique de la loi du talion. Ce principe, tel qu'il a été assimilé dans la culture occidentale, est plutôt une représentation stéréotypée et caricaturale de cette tradition.

Bref, ce discours conceptuel localisé définit le châtiment comme « un mal qui est indépendant de la réparation positive ; qui est exigé de façon impérative par l'autorité (justice qui s'impose entièrement d'en haut) ; qui doit profiter à cette même autorité ; mal qui ne peut pas être moindre que le mal causé par l'action coupable ; et mal qui doit avoir pour but... ». Ici se termine la structure générale et consensuelle de la définition. C'est sur ces « trois points de suspension » que les trois grands objectifs de la peine - la rétribution du mal par le mal, la dissuasion et la correction par la punition et la discipline - vont se battre pour s'accorder. Notez que le quatrième grand objectif a été exclu *in limine* de la course : le dédommagement et la pacification positive (non belliqueuse) des rapports sociaux

Voici maintenant le problème. En dépit du sens large de la notion de châtiment dans le grand discours sur le droit et la peine ci-dessus, on sent émerger souterrainement, au moins depuis Grotius (1625 : 2L, 20C), quelques indications qui vont, au contraire, dans le sens de restreindre peu à peu la notion de châtiment dans le cadre du droit positif étatique sécularisé. Les conduites sont considérées de deux manières : comme pouvant être réparées, ou comme pouvant être punies (ibid.) ³⁵. Grotius définit la peine comme « un mal de passivité qui est infligé à cause d'un mal d'activité » (*malum passionis propter malum actionis*) (ibid. : 373). Mais cette définition restreinte ne s'épanouit pas tout de suite et ne transporte pas encore nécessairement avec elle les autres implications du raisonnement (l'obligation de punir, l'idée que la punition exige une autorité *hiérarchique*, etc.) ³⁶. Quoi qu'il en soit, elle reste en gestation tantôt dans une autre chaîne discursive tantôt à l'intérieur de ce grand discours mais, pour ainsi dire, « dans un coin » de ce discours. Pour bien visualiser ce qui se produit ici, imaginez qu'une définition explosive et polluante du châtiment se trouve prise à l'intérieur d'un contenant ; disons, une pe-

³⁵ Le point de vue de Grotius est très complexe et je ne peux pas en rendre compte ici.

³⁶ Contrairement à ce que Kant va prétendre plus tard, Grotius souligne qu'il ne faut pas confondre le « droit de punir » qui « naît du crime du coupable » (ibid. : 378) avec une prétendue obligation de punir. Le crime rend l'individu apte à la punition, mais ce n'est que par un abus de langage qu'on dit que « la peine est due au délinquant » (p. 377). Bref, l'individu doit pouvoir la mériter mais, comme pour la récompense, cela ne signifie pas qu'elle soit due au sens propre du terme. Dit autrement : on ne fait pas d'injustice aux coupables s'ils sont punis, « mais il ne s'en suit pas que tous doivent absolument être punis » (ibid. : 381).

tite enveloppe qui la recouvre entièrement comme ces enveloppes solubles de médicaments. Appelons cette enveloppe une « capsule ». Ce que je veux dire c'est que cette capsule contenant une trame d'énoncés précis sur la conceptualisation du châtiment va être transportée par le grand discours pré-classique sur le droit et la peine, ou encore va être conservée par d'autres chaînes discursives parallèles, jusqu'à la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Jusqu'à ce moment, elle n'éclate pas : c'est-à-dire, elle ne produit pas de court-circuit à l'intérieur du grand discours pré-classique sur le droit et le châtiment. Cela veut dire qu'on ne se rend pas compte que le contenu de cette capsule ne fait bon ménage ni avec la représentation du droit pénal « horizontale » soutenue par ce discours, ni avec les définitions larges de « sanction pénale » et de « crime » ou d'« offense ». Cette capsule, pour emprunter l'image de Lacassagne, ne trouvera son « bouillon de culture » destiné à la développer que dans le savoir juridico-politico-philosophique en matière pénale du siècle des Lumières ; bref, dans une rationalité pénale moderne différenciée du reste du droit.

Quel cheval de Troie ! Ou quel bouillon d'onze heures ! Fabriquée dans une usine rétributive, cette capsule sera avalée par les utilitaristes préclassiques avec goût et désinvolture. Je donnerai l'exemple amusant de Hobbes. Elle prend alors, dans le discours philosophico-juridique sur les peines, deux artères ou circuits parallèles : un circuit utilitariste et un circuit rétributiviste. Chacun de ces deux systèmes va la digérer à sa façon, mais sans modifier les ingrédients de base, excepté celui relevant des « buts » du châtiment. C'est sur ce point qu'ils vont se quereller violemment. Mais cette capsule est un cheval de Troie aussi à un autre titre. Ce n'est pas seulement un mauvais coup des rétributivistes à l'endroit des utilitaristes ; c'est aussi une revanche de la théologie du « Dieu-punitif », pour parler comme Gesché (1993), à l'endroit de la démarche de sécularisation entreprise par le savoir juridique occidental. Et autant Beccaria que Kant, parmi tant d'autres, ont été ici les instruments utiles des représailles ; ils ont sans doute contribué à la sécularisation du droit, mais ils ont aussi transmis une malédiction en cachette : la formidable capsule éclatée, dégagée de son enveloppe et plongée dans son bouillon de culture : la formation de la rationalité pénale dans sa forme close et différenciée, décrochée, « autonomisée ».

Certains aspects de la généalogie de la rationalité pénale moderne sont mieux compris, me semble-t-il, par la métaphore de ce qu'on peut appeler

le « jeu des capsules ». Car, certaines trames discursives de la période préclassique, comme celle de la conceptualisation de la punition et celle du principe de légalité, ont été encapsulées et transmises telles quelles jusqu'au moment où cette rationalité prend la forme d'un sous-système clos de pensée. Mais, curieusement, l'inverse se produit aussi : certaines grandes trames discursives à portée générale pendant la période préclassique ont été encapsulées pendant la phase d'autonomisation, de différenciation et de consolidation de la pensée pénale. C'est le cas des grands discours sur le droit naturel, sur les rapports entre le droit naturel et le noyau dur de la moralité, sur la notion de délit naturel, etc. Ces trames discursives sont constituées au début par rapport à l'ensemble du droit positif, dans le cadre d'une représentation horizontale du droit pénal où celui-ci n'est qu'un « droit d'accompagnement » du droit tout entier. Quand la représentation du droit pénal deviendra « verticale », ce droit aura absorbé ces trames discursives. Le droit pénal prétendra alors exprimer, lui seul, le noyau dur du droit naturel et de la moralité, voire du Contrat social. Ces trames discursives prennent ainsi un nouvel élan et une nouvelle signification. Cartuyvels (1996) montre qu'à partir de 1750, et encore plus nettement après la séparation des procédures civile et pénale par une codification isolée, le pouvoir étatique concentre et canalise une partie du mouvement de publicisation du droit dans un droit pénal constitué sous sa forme différenciée et spécifique (mais aussi sur celle, qui deviendra plus souple, d'un droit pénal administratif). Le droit musclé d'intervention de l'État sur la vie de ses sujets passe par le droit pénal strict. Que ce dernier ait revigoré sa légitimation avec ce que le droit naturel avait de plus justificateur à offrir, quoi de plus convenable ?

Voyons maintenant comment Hobbes transporte et adapte la trame épisodique et localisée du discours sur la conceptualisation du châtiment. Cette « capsule » se trouve dans le *Léviathan*³⁷. Nous avons vu qu'il garde, ici aussi, son grand discours sur la représentation horizontale de la loi pénale et ses notions larges de châtiment et de crime, d'offense ou de tort. Ces notions étendues sont cohérentes et font bon ménage avec la représentation horizontale de la loi pénale. La boîte à surprise se trouve au chapitre XXVIII portant sur « Des châtiments et des récompenses ». C'est

³⁷ Si ma mémoire ne me trahit pas, on ne trouve pas de traces de la capsule dans *Le citoyen*. Cet ouvrage demeure alors parfaitement « cohérent », c'est-à-dire harmonieux il ne concerne que le grand discours.

ici qu'il développe « sa » conceptualisation du châtement, c'est-à-dire celle des théologiens du XII^e siècle et reconduite de façon particulière par Grotius (1625). Il écrit ceci :

Un châtement est un mal infligé par l'autorité publique à celui qui a accompli ou omis une action que cette autorité juge être une transgression de la loi, afin que la volonté des hommes soit par là d'autant plus mieux disposée à l'obéissance (Hobbes, 1651 : 331, souligné dans l'original).

Posons des questions au texte. Que veut dire Hobbes ? Prétend-il que la notion de justice exige une punition (au-delà de la réparation dans la mesure du possible) ? Veut-il dire, par la notion de « mal infligé par l'autorité », que la désobéissance à la loi ne peut pas être rétablie par la simple réparation ou par la pacification du litige entre les parties ? Est-ce que, pour lui, le concept de punition implique nécessairement l'idée que l'autorité hiérarchique soit la partie qui « profite » ou qui exige réparation (pour elle-même) ? Insinue-t-il que si un tribunal (civil) autorise une victime à exiger de la partie condamnée des dommages intérêts-punitifs, que l'autorité n'est pas impliquée ou que cela n'est pas une « vraie » punition par le seul fait que l'argent va dans les poches de la vraie victime plutôt que dans celles du Souverain ? Veut-il nous convaincre que le dédommagement n'est pas du tout punitif, ou qu'il est toujours moins punitif que ce que les autorités demandent à titre d'amende ou de « vraie » punition ? Veut-il dire par l'expression « mieux disposée à l'obéissance » que ce but est plus louable ou plus intéressant que celui de faire une « paix durable » entre les parties ? Et veut-il dire que, pour soumettre la volonté des humains, il faut une punition au moins égale au mal ? Croit-il que le dédommagement produit toujours moins d'effet de dissuasion qu'une amende (même si la valeur de celle-ci est inférieure à celle de celui-là) ou encore que la seule façon, ou même la meilleure, de prédisposer les individus au respect des autres est une punition qui aurait l'autorité comme bénéficiaire ?

Un coup d'oeil rapide à cette définition permet déjà de repérer certains ingrédients de la structure conceptuelle « canonique » présentée ci-dessus. Les éléments *c* (le conflit est avec l'autorité plutôt qu'avec la victime) et *e* (l'autorité doit être la « bénéficiaire » de la punition) se retrouvent ici. En effet, l'accent mis sur l'idée d'un mal infligé par l'autorité en raison d'une désobéissance à la loi du Souverain peut vouloir dire que

nous sommes dans le cadre d'une justice verticale où la désobéissance à la loi compte plus que le tort concret causé à la victime. Si cette interprétation s'avère juste, cela signifie qu'en cas de désobéissance, il faut régler ses comptes directement avec le Souverain, plus qu'avec la partie lésée. Nous sommes proches de la « théorie » des deux obligations distinctes. Cela impliquerait également une obligation indépendante envers l'autorité, ce qui sape, sur le plan conceptuel, l'idée de pouvoir résoudre le conflit par une action positive venant de l'auteur de l'action.

Hobbes infère de sa définition une série de points. Je n'en signalerai que trois. Tout d'abord, il dit que les vengeances privées et les torts causés par des individus privés ne sont pas, à proprement parler, des châtiements, « parce qu'ils ne procèdent pas de l'autorité publique » (ibid. : 332). Cette remarque n'élimine pas toutes les difficultés d'interprétation. Car on ne peut pas dire si un dédommagement (avec ou sans intérêts punitifs) à la victime autorisé par un tribunal du Souverain sera considéré ou non comme « procédant de l'autorité ».

Écartons un malentendu : l'idée d'autorité hiérarchique ne me semble pas poser, par elle seule, des problèmes. Car l'autorité est aussi impliquée dans la dimension coercitive de la justice civile. Si le tribunal dit que A doit dédommager (avec ou sans intérêts punitifs) B dans une cause civile, B sait qu'il peut compter avec la force de l'autorité hiérarchique pour obliger A à se soumettre à la décision de la cour. Bien sûr, B peut renoncer en partie ou en totalité à ce dédommagement, peut transiger, pardonner, etc., mais, le cas échéant, il peut demander à la cour de faire valoir sa décision. Ce qui devient plus délicat, c'est de laisser entendre que l'autorité n'est pas présente ici ou que la réparation positive (surtout si elle comprend des intérêts punitifs) n'est pas une « vraie » punition. Cela semble d'ailleurs être le cas.

En effet, Hobbes ajoute plus loin explicitement que « si la loi impose de payer une certaine somme à celui qui a subi un tort, ce n'est là qu'une satisfaction destinée à réparer le mal qu'il a subi ; ce paiement éteint l'accusation de la victime, mais non le crime de l'offenseur » ³⁸. Le mot est

³⁸ François Tricaud, qui a annoté la traduction française du texte anglais de Hobbes, signale que cette phrase n'est pas rendue dans le texte latin. Ceci n'affecte en rien notre raisonnement, mais suggère que l'addition, ou l'explicitation, vient après.

lâché et, en plus, un mot à connotation rétributive (éteindre, effacer, etc. le mal par le mal) ; le tout dans la plume d'un utilitariste. Les ingrédients *a* (exclusion de la réparation positive), *b* (insuffisance de la réparation pour régler la question de la désobéissance) et une partie de *g* (exclusion ou insuffisance de la réparation) font surface et, du coup, ils confirment le sens qu'il convient d'accorder à *c* puis à *e*. Qu'arrive-t-il avec *d* (obligation de punir) et avec *f* (la punition doit avoir une quantité minimale) ?

Hélas, l'ingrédient *f* y est aussi. Hobbes dit que si le mal infligé est moindre que l'avantage qui découle du crime, « ce mal ne tombe pas sous la définition du châtiment ». Pourquoi ? Parce que, pour lui, « il est de la nature du châtiment d'avoir pour fin de disposer les hommes à obéir à la loi » (Hobbes, 1651 : 333). Notez que Hobbes ne dit nulle part dans son texte, comme le fera Beccaria, que la peine doit surpasser le mal causé ; ce qu'il dit c'est qu'elle ne peut pas être *moindre*. Il s'établit ici une sorte de consensus partiel sur le fait de ne pas rester en-deçà d'un seuil minimal. Mais il est clair aussi que Hobbes « habille » ce principe à la mode utilitariste : le but est la dissuasion. Celle-ci ne demande pas nécessairement de surpasser le mal. un mal égal est vu comme dissuasif.

Quant à l'obligation de punir, les propos de Hobbes sont plus ambigus. L'idée qu'il ne convient pas de négliger complètement la punition est déjà là. L'impunité pénale généralisée n'est assurément pas vue comme souhaitable. Cependant, à cette époque, la vision utilitariste n'allait pas jusqu'à affirmer de façon péremptoire la nécessité pragmatique et politique de punir, surtout par rapport aux offenses légères. On croyait encore que l'exercice concret de la pénalité demandait un minimum de sagesse et on reconnaissait au Souverain cette capacité d'être sage. En plus, on reconnaissait encore la valeur du pardon dans le cadre d'une justice judiciaire humaine pratiquée par des humains ³⁹. On croyait que notamment les petits délits, les plus légers, devaient être plutôt pardonnés ou résolus d'une autre façon que par la punition au sens strict. De plus, on disait qu'« à l'égard des crimes de faiblesse, par exemple ceux qui procèdent d'une provocation, d'une crainte ou d'une nécessité intenses, ou encore du fait qu'on ne savait pas si c'était ou non un grand crime, la clémence [pouvait]

³⁹ L'ouverture au pardon est réaffirmée par Hobbes dans un manuscrit publié après sa mort et qu'on estime avoir été écrit vers 1675 (Hobbes, 1681, §43 : 76-77 ; §§ 179-185).

trouver à s'exercer sans que cela nuise à la République » (Hobbes, 1651, 2P, 30C : 372). Il est possible que la conception horizontale du droit pénal ait influencé cette ouverture ⁴⁰.

Plus d'un siècle plus tard, on retrouve, chez Bentham, la même représentation horizontale du droit pénal - qui est aussi celle de Rousseau - et le même discours conceptuel localisé sur le châtement (la « capsule »). La similitude est étonnante. Après avoir distingué entre les lois coercitives et « décoercitives » (*discoercive law* ; par exemple, la loi autorisant la légitime défense), Bentham (1789 : 302-303) soutient que « toute loi coercitive crée une offense » (au sens large) ⁴¹. C'est-à-dire, elle « transforme un acte d'une sorte ou d'une autre dans une offense. C'est seulement en procédant ainsi qu'elle peut *imposer une obligation*, c'est-à-dire *produire la coercition* » (Bentham, 1789 : 302). Ceci vaut autant pour le droit civil que pénal. Enfin, il dira, comme Hobbes dans le *Léviathan*, qu'« une loi se limitant à la création d'une offense, et une loi commandant l'application d'une punition en cas de commission de cette offense, sont deux lois distinctes ; et non deux parties ⁴² [...] d'une seule et même loi ». Son exemple, comme celui de Hobbes, est très clair. La première loi, qu'il appelle « impérative » (« a simple *imperative law* ») dit ceci : « Personne ne peut voler » ; la deuxième, nommée « punitive » (*punitory*), ordonne : « Que le juge envoie toute personne condamnée pour vol à la pendaison » (ibid. : 302). La loi impérative est impliquée dans l'autre, continue-t-il, mais elles sont distinctes (ibid. : 303). En ce sens, le droit civil crée aussi des offenses et se fait accompagner d'une loi punitive, c'est-à-dire d'une « peine politique » ou « légale » (Bentham, 1969a : 22). Cependant, Bentham reste ambigu à d'autres égards en ce qui concerne sa conception du droit civil et du droit pénal. Par exemple, il insiste sur l'idée que la loi punitive « ordonne que la punition soit infligée, et non seulement l'auto-

⁴⁰ En ce qui concerne la différence entre restitution et punition, le point de vue de Hobbes devient de plus en plus explicite (voir Hobbes, 1681, §46 : 78).

⁴¹ Michel van de Kerchove (1987 : 665-669) a montré clairement que Bentham a une conception très large de crime, d'offense et de « peines politiques ». C'est ce travail qui a d'abord attiré notre attention sur cet aspect de la pensée de Bentham dont je développe ici plus spécifiquement la représentation du droit pénal.

⁴² Peut-on y voir une allusion à la première formulation de Hobbes (1649 : 246) dans *Le citoyen* ?

rise » ; cette loi serait « aussi véritablement impérative que l'autre » ⁴³. Or, une telle affirmation est étrangère au droit civil. La sanction civile est coercitive si la partie lésée le veut ainsi ; la peine légale n'est alors impérative pour l'autorité que dans la mesure où la victime le demande.

On voit que Bentham est à cheval entre la pensée pré-classique et la pensée classique. Il tient compte des problèmes posés par la conception classique et arrive quasiment à sortir de la bouteille à mouches, mais son insistance sur l'obligation de punir, qu'on ne trouvait pas chez Hobbes, le fait retourner au fond de la bouteille. En plus, il a intégré, lui aussi, la « capsule », c'est-à-dire le cheval de Troie rétributiviste. En effet, dans les travaux où il s'occupe directement de la peine, il change son fusil d'épaule. Il dit alors : « S'agit-il d'une somme d'argent qu'on exige de vous, comme un équivalent pour une perte que vous avez causée à un tiers : c'est un acte de satisfaction pécuniaire, non de punition » (Bentham, 1840, I : 14) ⁴⁴.

Les transformations dans les représentations culturelles du transgresseur de la loi

[Retour à la table des matières](#)

Il s'agit maintenant de donner un portrait global des transformations qu'a subies l'image sociétaire du transgresseur de la loi afin de souligner d'autres aspects de la transition entre les visions pré-classique (du XII^e à 1750) et classique (à partir de 1750) en matière pénale.

Nous avons vu que l'image du transgresseur de la loi, entre le Xe et le Me siècles, était celle d'un ennemi de sa victime (Berman, 1983 : 181). La notion de « crime », si on veut l'employer ici, désigne alors surtout un « tort » directement causé à la victime. Si nous prêtons attention à l'expression « transgresseur de la loi », nous nous apercevons qu'elle peut

⁴³ Toute ressemblance avec les propos de Kant sur le caractère impératif de la loi et de la peine paraît être une simple coïncidence.

⁴⁴ Je ne peux pas rendre compte ici d'autres définitions de Bentham qui semblent aller parfois dans le sens de pouvoir intégrer la réparation. Mais cela n'est pas important pour mes propos, car je veux tout simplement montrer que l'ambiguïté existe, aussi bien que la similitude avec Hobbes.

susciter une équivoque. En effet, il faut garder à l'esprit que l'accent socio-culturel de la norme (la « loi ») dans cette justice judiciaire ne porte pas sur la désobéissance à un ordre politique comme tel, mais sur un conflit « horizontal » entre l'agresseur et sa victime. Cela veut dire que la vraie victime de l'acte est aussi la vraie victime selon la loi ; l'autorité n'a pas encore remplacé la victime. Le déviant est alors plus un « ennemi de la victime » qu'un transgresseur de la loi du Souverain.

Après le XIIe siècle, les choses commencent à se modifier lentement. Suite à la dévalorisation progressive de la réparation à la victime, nous assistons à une sorte de « discontinuité » (Berman) dans la représentation du transgresseur et de la sanction juridique. En effet, pendant la période qui va du XIIe au XVIIIe siècle, comme le remarque Garraud (1901 : 32-33), le châtement du roi sera exercé au nom de la « vengeance royale ». Celle-ci remplace la vengeance de la victime (et aussi la réparation positive). Par l'entremise du procureur, le conflit avec la victime se transforme en conflit avec le roi. L'offenseur devient alors le transgresseur de la loi du roi et, par là, l'ennemi du roi. En m'inspirant librement de Carrara (1859), je dirais que l'action de l'auteur de l'offense est dirigée contre un autre sujet, mais que *l'infr-action* (au sens nouveau du terme) est plutôt une action contre la loi d'une autorité centrale qui se prend pour victime. Comme la loi à cette époque est identifiée au roi, la transgression, le, crime » (au sens large), sont conçus comme une attaque contre le roi, sa paix et son code. En effet,

Le crime, outre sa victime immédiate, attaque le souverain ; il l'attaque personnellement puisque la loi vaut comme la volonté du souverain ; il l'attaque physiquement puisque la force de la loi, c'est la force du prince [...] L'intervention du souverain n'est donc pas un arbitrage entre deux adversaires ; c'est même beaucoup plus qu'une action pour faire respecter les droits de chacun ; c'est une réplique directe à celui qui l'a offensé (Foucault, 1975 : 51).

En effet, comme l'écrit aussi Jousse (1777, cité dans Foucault, 1975 : 51), « l'exercice de la puissance souveraine dans la punition des crimes fait sans doute une des parties les plus essentielles de l'administration de la justice ». Cette représentation du criminel comme un ennemi du roi et du crime comme une offense au pouvoir du Prince va prédominer jusqu'au siècle des lumières. La formule de Foucault (1975 : 57) la traduit

parfaitement : « dans toute infraction, il y a un *crimen majestatis*, et dans le moindre des criminels un petit régicide en puissance ».

Il faut garder à l'esprit que les notions de crime et de criminel sont encore en partie indéterminées et larges. Sans doute, plus on s'approche du XVIII^e siècle, plus elles auront pour effet de faire voir le « criminel » moins comme un transgresseur de toute loi du Souverain que seulement comme le transgresseur de certaines lois. La vengeance et le légalisme ne sont pas encore réservés à une justice pénale différente de la justice civile. On peut d'ailleurs voir ce caractère flou des représentations dans *Le marchand de Venise* de Shakespeare (1596), car ici (le stéréotype de) la loi du talion concerne le droit tout entier et porte sur un contrat d'affaires (prêt d'argent). À l'époque classique, la loi du talion sera vue comme relevant exclusivement du droit pénal ; bref, elle est absorbée par la rationalité pénale moderne. Ceci est illustré par la distance qui sépare Shakespeare de Kant.

Ces transformations dans les représentations et dans les pratiques de la justice de litige après le Me siècle sont très difficiles à nommer d'une façon adéquate d'un point de vue théorique. Deux options concurrentes, mais acceptables ont été proposées.

La première consista à parler d'une véritable métamorphose dans la notion de « crime ». Ce fut le cas de Esmein (1882), Pollock et Maitland (1895), Von Bar (1916), Barnes (1930), Radbruch (1934), Rusche et Kirchheimer (1939), Foucault (1974), Berman (1983), etc. Par exemple, Foucault (1974) dira que « dans la notion de crime, la vieille notion de tort sera remplacée par celle d'infraction ». La notion de crime est employée comme un concept théorique (sociologique) général, sans contenu prédéterminé, au même titre que les notions de travail, de société, de pouvoir, etc. En général, il n'y a pas ici une tendance à penser le crime d'une manière « substantialiste ». Par exemple, nous sommes tous conscients que le travail esclavagiste n'a pas grand-chose de commun avec le travail du serf, le travail salarié et le travail domestique. Pourtant, ces différentes formes de travail - pour différentes qu'elles soient entre elles - ont en commun la notion de « travail ». Cela ne signifie pas nécessairement que tous ces objets aient en commun une sorte d'essence cachée, comme l'ont cru certains théoriciens, mais tout simplement qu'une même notion théorique peut être utilisée comme outil dans une multitude de

sens différents pour désigner des rapports différents entre certains objets (le travail, les litiges) et les institutions dans un contexte historique précis. Dès lors, si l'on conçoit la notion de crime de cette façon, elle n'est pas incompatible avec le système de composition et de dédommagement dans l'ancien droit germanique, justement parce que le droit ici - qui est constitutif de la notion (théorique) de crime - dans ses rapports avec les formes économiques et politiques de ces sociétés, a donné cette configuration juridique (et sociale) au « crime ». En effet, le crime n'est incompatible ni avec le dédommagement ni avec la vengeance privée. Par contre, la notion de crime du droit germanique primitif est, sur des aspects fondamentaux, incompatible avec la nôtre.

Pourquoi ? Parce que, dans nos sociétés occidentales à partir du XII^e siècle, la notion de « crime » va être constituée par le droit, en rapport avec nos formes économiques et politiques, de plus en plus comme un cas particulier de désobéissance à l'autorité qui n'autorise pas la fin des hostilités par voie de réparation positive, etc. Mais ce droit aurait pu faire autrement et mieux que ce qu'il a fait. Car ce n'est pas « dans la nature du crime » d'exclure la réparation ; c'est « dans la nature » de notre droit : autant dire dans la volonté du Prince. On passe alors d'un crime-tort à un crime-infraction, de la même façon qu'on peut dire qu'une société passe d'un travail agricole à un travail esclavagiste ⁴⁵. La notion de travail ou de crime vise moins à souligner des traits communs (qui sont très généraux) entre la forme de ces objets sociaux d'une société à l'autre qu'à indiquer des domaines de la vie sociale et les différentes formes que prennent ces domaines dans chaque contexte.

Dans la seconde option, certains chercheurs ont trouvé préférable, pour faire ressortir ces différences, de parler de l'« invention du pénal » ou du « crime » tout court, plutôt que d'une métamorphose de cette notion. Ainsi, par exemple, Jeudwine (1917 : 83) dira que dans cette période de transition, on passe « du tort au crime » et qu'aussi longtemps que les autorités concernées se contentaient d'assurer la compensation à

⁴⁵ Je fais ici une allusion lointaine et provocatrice à la thèse intéressante de Radbruch (1934), selon laquelle le châtement (au sens strict) remplace la réparation dans les sociétés stratifiées et caractérisées par une autorité centrale forte. À ce moment, avec l'appauvrissement des gens, le roi commence à appliquer aux pauvres les châtements qui étaient auparavant réservés aux esclaves.

la victime et de prélever une rémunération des bons offices, « le crime comme tel n'existait pas » (p. 89). Jeffery (1951 : 31) dira que « le droit étatique et le crime commencent à exister [en Angleterre] pendant la période d'Henry II [...] ». Robert (1984 : 168) note que « toute société ne recèle pas [...] l'équivalent de ce que nous nommons pénal et tout châtiment n'est pas une peine ». « Fin du XIIIe -début du XIVe commence en France cette émergence progressive du pénal » (ibid.). Laplante (1985 : 9) écrit que « les catégories « crime » et 44 criminels » ne sont pas des entités permanentes et qu'elles n'existent pas depuis toujours ». Il souligne qu'il faut oublier « le vieux rêve métaphysique de Garofalo », car il n'y a pas une « essence cachée ». Or, il saute aux yeux qu'il ne faut pas interpréter ces énoncés comme si l'on voulait dire qu'on ne tuait pas avant cette période ou comme s'il n'y avait pas eu de forme de régulation sociale et juridique de ces litiges. Ces auteurs ont tout simplement réservé la notion de crime pour désigner ces dernières transformations compte tenu du fait qu'elle va jouer, elle-même, un rôle de plus en plus important et spécifique dans ce droit occidental moderne pour désigner une façon de penser, de voir et de faire. C'est que, de l'avis de ces chercheurs, la notion de « crime » est moins neutre que celle de « travail » ou de « pouvoir » et pose plus de risques de glissement de sens lorsqu'on essaie de l'utiliser comme concept théorique général. Bien sûr, d'un point de vue pratique, rien dans la nature du crime ne nous empêche de transformer notre droit dans l'avenir de façon à donner plus d'importance à la pacification du litige, à la réparation positive, aux solutions moins hostiles, etc. Et on peut alors conserver ou non cette notion. Enfin, rappelons aussi qu'entre le XIe et le XVIIIe siècle, la notion de crime a encore un sens général et flottant ; elle ne distingue pas de façon tranchante l'illicite civil de l'illicite pénal proprement dit.

Luhman (1995 : 138) a raison lorsqu'il rappelle que dès la deuxième moitié du XVIIIe siècle s'opère un changement de signification des concepts cosmologiques, sociaux et politiques importants. Or, les concepts de crime, de loi pénale, de peine, de transgresseur de la loi, etc. connaissent (encore une fois) ce changement. On observe un réaménagement profond et complexe des logiques d'inclusion et d'exclusion qui conduit à la disparition de certains anciens concepts et à la création ou à

la transformation d'autres. Le système juridique va créer aussi une nouvelle logique de différenciation fonctionnelle interne qui aura pour résultat l'autonomisation-différenciation du droit pénal comme sous-système de pensée et de pratiques juridiques. En outre, Luhman (1995 : 139-141) note que la société moderne éprouvera une certaine tendance à décrire ses propres systèmes comme « humains », « ce qui nous permet de repenser avec nostalgie aux barbares » et de valoriser nos acquis. Cependant, si le droit en général réalise rapidement cette description comme « humaine », le droit pénal aura du fil à retordre pour faire valoir cette nouvelle forme d'autoportrait. Une partie importante des difficultés vient de l'intérieur même du discours philosophico-pénal : on craint le thème de l'humanisme autant que l'on a besoin de lui pour la constitution du nouvel autoportrait ; bref, il faudra trouver un nouveau code de langage pour dire à la fois « oui » et « non » à l'humanisme et, à cet égard, les théories de la peine vont jouer un rôle stratégique majeur.

Par rapport à la pensée pré-classique, une des premières épreuves sérieuses se passe autour de l'idée de vengeance et de la métaphore de la guerre. Nous l'avons vu : vengeance de la victime, vengeance du roi, loi vindicative (Hobbes), etc., le droit ne craignait pas de se présenter sous le signe de la vengeance et les historiens, juristes et philosophes n'hésitaient pas à le décrire ainsi. Mais seulement jusqu'au XVIII^e siècle. La vengeance était alors protégée par le droit naturel, inscrite dans la nature des choses et intégrée à la rationalité juridique. Il y avait une sorte de continuité et de complétude entre vengeance, guerre et droit. Ces concepts faisaient encore bon ménage. Au cours du XVIII^e siècle, on réussira à peu près à faire disparaître du langage du droit les concepts de « vengeance », de « loi vindicative », etc. qui deviendront incompatibles avec la forme organisée du droit classique : sans le rituel des supplices, sans le déploiement massif de la peine de mort et avec les nouvelles sauvegardes juridiques écartant l'arbitraire du Prince, qui peut encore parler de vengeance ? Ce concept sera alors renvoyé au domaine de la critique et de la résistance, mais en permanence disqualifié comme irrationnel, relevant de la sphère privée ou de l'état pur de nature. Le temps officiel des barbaries s'achève avec les lumières.

Mais avec la métaphore de la guerre, qui doit encore fait l'objet d'une véritable recherche, les choses semblent se passer autrement. Une ambivalence s'installe. Si elle est gênante, elle est aussi commode. Si elle est

bannie du droit par la définition philosophique de peine, elle plane sur le droit pénal dans le cadre des représentations sociales du crime et du criminel. En effet, dans la transition du savoir pré-classique au classique, il s'opère un autre changement important dans la notion de crime et dans l'image culturelle du transgresseur qui auront pour effet de reconduire la métaphore de la guerre. Tout d'abord, les historiens montrent que l'image sociétale globale du crime se transforme vers la fin du XVIII^e siècle et dans le tournant du siècle en Angleterre (Ramsay, 1979). Les criminels commencent à être considérés comme « une classe spécifique », distincte de celle des autres individus, et une image sociale négative généralisée et stéréotypée émerge à leur égard (*ibid.* : 134-135). Jusque là, « les transgresseurs de la loi étaient l'objet de sentiments plus favorables qu'aujourd'hui, même de la part de la presse » et cela « est particulièrement vrai de la première moitié du dix-huitième siècle » (*ibid.* : 134) ⁴⁶.

Deuxièmement, un autre genre de transformation se produit dans le discours savant. En effet, l'infraction, perçue auparavant comme *crimen majestatis*, sera figurée désormais comme un *crimen societatis*, une offense contre la société. Le transgresseur cesse d'être vu comme un ennemi personnel du roi pour devenir l'ennemi de tous, « que tous ont intérêt à poursuivre » (Foucault : 1975 : 104). En effet, « le moindre crime attaque toute la société ; et toute la société - y compris le criminel - est présente dans la moindre punition » (Foucault, 1975 : 92).

Cette « stratégie nouvelle », dira Foucault, (1975 : 92), ou cette représentation moderne du crime et du transgresseur « se formule aisément dans la théorie générale du contrat » (*ibid.*). Désormais « le citoyen est censé avoir accepté une fois pour toutes, avec les lois [pénales] de la société, celle-là même qui risque de le punir » (*ibid.*). Ce point est très important parce qu'il montre comment, dès le XVIII^e siècle - et pas seulement, comme on le laisse parfois entendre, à partir du dernier quart du XIX^e siècle - « le droit de punir a été déplacé de la vengeance du souverain à la défense de la société ». Dit autrement : ce passage s'opère d'ores

⁴⁶ Il est fort possible qu'il y ait à cette époque une sorte de clivage entre la vision populaire des transgresseurs et celle du pouvoir, telle qu'elle s'exprime dans les ouvrages savants, dans les débats parlementaires, etc. Dans le chapitre suivant, nous verrons quelques indications qui suggèrent une vision négative et stéréotypée du transgresseur en Angleterre dès le début du XVIII^e siècle.

et déjà dans la pensée classique, avant même la naissance de la criminologie et de l'école positive italienne. En effet, reprenons ici ce passage tristement célèbre de Rousseau (1762 : L2, C5 : 202) où, dans un chapitre sur le droit de vie et de mort dans son *Contrat social*, il consacre de façon grandiose cette nouvelle perception du transgresseur :

D'ailleurs tout malfaiteur, attaquant le droit social, devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie, il cesse d'en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne, il faut qu'un des deux périsse, et *quand on* fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen *que comme* ennemi (ibid.).

À certains égards, ces idées de Rousseau vont bâtir un pont entre différents aspects de la rationalité pénale pré-classique et classique. En effet, elles relancent l'idée d'un droit belliqueux, ancré sur l'idée d'exclusion et sur la nécessité de donner l'exemple du châtiment par des peines fortes. Foucault (1975 : 93) note d'ailleurs « que ces idées de Rousseau ont été utilisées à la Constituante par certains députés qui voulaient maintenir un système de peines très rigoureux. Et, curieusement, les principes du Contrat ont pu soutenir la vieille correspondance d'atrocité entre crime et châtiment ».

Mais au-delà de cette question, il se produit un glissement de sens majeur et symptomatique. En principe, le seul personnage qui peut porter atteinte au pacte social est le Prince lui-même ou encore tout groupe qui, une fois revêtu de la force publique, usurpe « tôt ou tard l'autorité souveraine » (Rousseau, 1762, 3L, 17C : 273). C'est le Prince ou l'usurpateur qui peut, selon Rousseau, « se déclarer ouvertement infracteur des lois et ennemi de l'État » (ibid.). En effet, le petit livre de Rousseau sur le Contrat social ne concerne pas la question pénale, mais plutôt la question *politique et constitutionnelle*. Rousseau voulait poser « les vrais principes du droit politique » et tâcher « de fonder l'État sur sa base » (Rousseau, 1762, 4L, 9C : 313). Il partait du fait qu'il y a certaines personnes qui ont de l'autorité sur d'autres et qui font des lois ; elles donnent des ordres et sont obéies. « Or telle est, comme le remarque Siméon (1977 : 9), dans sa brutalité, la question du *Contrat social* ». La conception des lois criminelles y est préclassique, ce qui veut dire que « dans le fond [elles] sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres » (Rousseau, 1762, 2L, 12C : 223). Le chapitre où se trouve le pas-

sage sur les « simples » transgresseurs de loi n'avait d'autre but que de savoir, d'un point de vue constitutionnel, s'il y avait des limites à l'exercice du droit de vie et de mort qui étaient fixées dans le Contrat social ⁴⁷. Mais on a oublié l'usurpateur et on ne se souvient que du criminel ordinaire. Et alors, par une sorte de jeu de passe-passe, celui qui tombe en dehors du pacte et devient l'ennemi de tous, ce n'est pas l'usurpateur de la souveraineté mais le transgresseur du droit criminel ordinaire (au sens moderne). Du coup, il y a un rapprochement idéologique entre le Contrat social (et sans doute les droits fondamentaux) et le Code criminel ⁴⁸.

On peut dire alors que le XVIII^e siècle fournit un nouvel outil, la notion d'un Contrat social de tous avec tous, qui crée l'espace propice pour l'introduction plus complexe d'un nouveau couple conceptuel « ennemi de tous-droit criminel » / « ennemi de la victime-droit civil ». Ce couple conceptuel vient déloger le concept unique et périmé d'« ennemi du roi » en vigueur depuis le XII^e siècle par rapport à la justice de litiges. Concept-clé, car il contribue au projet de consolider, voire de codifier, deux procédures de litiges inspirées de philosophies et principes distincts : les procédures pénale et civile ; on a aussi un espace pour deux, peut-être trois, sous-systèmes de pensées, trois rationalités, civile, administrative, pénale. Et, dans le cadre de la rationalité pénale moderne, la notion de contrat social contribue à faire remplacer le Souverain par le Corps social tout entier.

Le concept unique d'ennemi du roi est périmé. Il est devenu trop grossier pour exprimer les nouveaux rapports sociaux. Jusqu'au XVIII^e siècle,

⁴⁷ Un problème tout à fait analogue à celui que posera Beccaria, avec une seule réserve : ce dernier traite seulement de la peine de mort, tandis que Rousseau traite le problème de façon plus large ; il veut savoir, par exemple, si, en cas de guerre, le souverain a le droit d'exposer ses sujets à la mort.

⁴⁸ J. G. Fichte (1796/1797 : 269), par exemple, traitant explicitement de la législation pénale, commence en présentant la thèse (qu'il discutera par la suite) selon laquelle « celui qui viole à un certain égard le contrat social, que ce soit volontairement ou par négligence, alors que dans le contrat on comptait sur sa circonspection, perd ainsi, en toute rigueur, l'ensemble de ses droits en tant que citoyen et en tant qu'homme, et devient totalement dépourvu de droits » (voir aussi p. 293). Fichte va atténuer cette thèse en cours de route, mais ce que je veux souligner ici c'est cette curieuse et maladroite identification entre le pacte social et le Code criminel.

il avait été nécessaire et suffisant pour développer la tâche d'appropriation de la justice judiciaire et de centralisation du pouvoir de gouverner ; il a aussi permis de séparer la justice laïque de la justice divine et ecclésiastique. Son opposition frontale à l'idée unique d'un ennemi de la victime, qui prédominait entre le Xe et le XIIIe siècles, a permis d'imposer une image de justice de litiges imposée d'en haut et qui ne tient pas compte des parties. Maintenant les pressions sociales sont devenues trop fortes dans le sens de « rétablir » ou, mieux encore, d'avoir un espace social moins peuplé de « souverains » ou de « collectivités » afin que les parties puissent régler leurs litiges sans avoir de comptes à rendre à une hiérarchie qui veut décider à sa façon et être la principale bénéficiaire. En créant cet espace pour les parties, le pouvoir étatique se réserve deux autres espaces en voie de construction ou d'aménagement : un espace proprement pénal où il transfère, concentre et réaménage son ancienne puissance ; et une zone grise où le transgresseur est entre-deux : l'État se représente comme sa victime directe, mais ne représente pas la partie privée tout-à-fait-encore-comme-un-ennemi-de-tous. Certes, la partie privée est sous la menace d'être balancée de ce côté.

La justice pénale est alors poussée à se représenter comme « verticale », mais en même temps elle cherche à construire son autonomie par une sorte de curieuse différenciation avec le droit civil. Cette différenciation l'empêche de faire usage de règles de procédure et de sanctions plus souples, y compris de la réparation positive. Le principe de dernière instance sera sacrifié à maints égards. Par exemple, dans certains pays, la justice civile ne peut pas recevoir certains litiges dits « de matière pénale » tout au moins avant que la justice pénale n'en prenne connaissance et n'arrive à une décision. En plus, cette décision pénale peut bloquer la voie civile. Or, le principe de la dernière instance aurait prescrit un cheminement inverse. Il aurait recommandé la négociation entre les parties, la déjudiciarisation, le dédommagement, etc. La procédure et le système de pensée en matière pénale vont faire obstacle à ces démarches. Mais il y a à cela un prix : retombe sur la rationalité pénale moderne le devoir de trouver de nouvelles formes de légitimation susceptibles d'expliquer la conservation d'une telle façon de faire axée quasi exclusivement sur l'usage du « mal » (à l'exclusion des autres méthodes juridiques raisonnables : la négociation, la réparation positive, etc.). Et il ne faut pas seulement justifier les moyens, mais aussi l'allocation et la distribution des illégalismes : pourquoi telle transgression est considérée comme pénale et

telle autre pas, pourquoi telle transgression peut-elle faire l'objet tantôt d'une négociation tantôt d'une peine, etc. Bref, la justice pénale aura besoin d'un *surplus* de justification, d'auto-valorisation et d'auto-légitimation.

Qu'il suffise d'indiquer ici trois façons de justifier tout cela : a) la notion de contrat social, b) la réduction du droit naturel au droit criminel moderne et c) les théories de la peine *criminelle*. Les deux premières justifications concernent l'allocation des illégalismes et le déploiement de moyens rigoureux. Les théories de la peine vont à la fois justifier les moyens rigoureux et faire obstacle au rapprochement avec le droit civil ; il revient à elles de mettre en échec le principe de la dernière instance qu'elles affirment par ailleurs.

En ce qui concerne le contrat social, les théories de la peine vont représenter le droit criminel comme étant son propre revers, son « verso » : le contrat social consacre les droits fondamentaux que la justice pénale protège avec ses peines⁴⁹. La loi pénale est « verticale » (autonome) dans le cadre du droit positif, mais « horizontale » par rapport au contrat social. Par ironie, la vieille représentation pré-classique du droit pénal horizontal qui a survécu chez Rousseau et qui fut inscrite par mégarde dans le chapitre sur la Division des lois du Contrat social lui-même prend l'allure d'une prophétie, d'un cadeau au droit pénal, voire d'une sorte de « Premier Amendement » avec une légère retouche. Rousseau, répétons-le, écrit que les lois criminelles « dans le fond sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres ». On pressent la suite : si, au lieu de lire « de toutes les autres », on lit « du contrat social », le tour est joué. En effet, si vous êtes un transgresseur du Code criminel, vous l'êtes en même temps du Contrat. Par conséquent, le Code criminel a un statut privilégié : il protège à lui seul toutes les valeurs fondamentales de la société. Avec une telle mission, on peut comprendre qu'il soit un peu plus rude et plus intransigeant que les autres. Et on peut « comprendre » qu'il soit obligé de punir.

⁴⁹ Je suis persuadé de m'inspirer ici d'une idée de mon collègue Pierre Lascousmes exprimée dans l'une de ses recherches, que je n'ai malheureusement pas réussi à retrouver à temps.

Certes, les justifications puissantes sont absolument nécessaires, mais ne sont pas suffisantes. La rationalité pénale moderne doit aussi, heureusement, abdiquer vis-à-vis de tout ce qui peut s'appeler supplice, torture ou usage outrancier de la peine de mort. Elle doit aussi mieux gérer le pouvoir discrétionnaire du personnel de la justice (pénale) de litiges. Certes, certains abus vont rester inscrits dans le droit ; d'autres seront tolérés dans les faits ; d'autres encore seront légitimés plus tard par la science. Force est cependant de reconnaître qu'il y aura une humanisation qualitative réelle par rapport à l'ancienne justice de litiges du roi. Mais la justice pénale va demeurer, dans son organisation interne, un sous-système d'« anti-bien-être social »⁵⁰. Et les changements sont très lents, surtout dans la pratique.

Que la guerre puisse encore servir de métaphore « officielle » en matière pénale à l'époque moderne, cela ne pose aucune difficulté de démonstration. Le philosophe, le juriste, le sociologue, le criminologue ont fait un usage fréquent du langage militaire en matière pénale : « guerre contre la criminalité », « ennemi de la société », « bandits », « capitulation des criminels », « traître », « combattre le crime », etc. Tarde (1895 : 159) représentait le crime comme l'expression de l'affrontement entre la « grande légion des honnêtes gens et le petit bataillon des criminels ». L'idée d'une guerre a même été en quelque sorte facilitée par la mise en place de deux procédures juridiques (civile et pénale) dont l'une s'affirme en se distinguant le plus possible de l'autre, y compris sur le plan des sanctions. En effet, parce que le contentieux peut prendre simultanément, alternativement, ou à tour de rôle deux formes juridiques distinctes, l'une relevant des parties (droit civil) et l'autre étant une affaire entre le pouvoir d'en haut et l'un des adversaires (droit criminel), « l'idée sous-jacente, exprimée par l'emploi de ces termes militaires, est que la criminalité (et, par conséquent, le criminel) constitue une menace à la sécurité interne de la société - dimension politique » (Schellhoss, 1974 : 107). En plus, avec cette bifurcation de la procédure, et avec le développement de la zone grise du droit administratif où l'État est présent plus comme négociateur

⁵⁰ Cette expression claire et franche a été employée pour la première fois par la Commission de réforme du droit du Canada (1975) pour caractériser notre droit pénal contemporain. Elle a cru qu'on traversait alors une phase propice à une réforme philosophique et juridique du (désormais) vieux droit pénal de la modernité. La Commission a été abolie sans accomplir son projet.

que comme combattant, les proportions de la guerre ont été réduites : on ne fait pas la guerre à tous les transgresseurs de la loi, mais seulement à la « petite minorité » de transgresseurs de la loi pénale. La majorité peut se rallier.

Dans la justice civile, où il y a litige entre individus, on ne parle ni de guerre ni de vengeance entre individus : le droit y est ; la force physique n'y est pas et l'État ne fait que trancher ou contraindre, le cas échéant. Le terrain a été aseptisé et, sur le plan des représentations, les contrastes ont été maximisés : pas de vengeance, pas de guerre, pas d'intentions ou, tout au moins, de mauvaises intentions. On a souvent confondu ici le fait que le droit civil ne tient pas compte des intentions (autant que le droit pénal) avec la question, tout à fait différente, relevant de l'existence ou de l'inexistence empirique effective des (mauvaises) intentions en matière civile. À tel point que Tarde (1980 : chap. 3) va se révolter : « l'audience civile est souvent plus écoeurante que l'audience correctionnelle. Et il y a plus de vraie immoralité en jeu dans certains procès où s'étale la mauvaise foi cynique d'un plaideur en pleine possession de ses facultés, que dans la plupart des petits larcins ou des petites affaires de coups et blessures où se voit l'effet d'un égarement passager. Ce que les juristes appellent *dol civil*, est une sorte de criminalité civile ». Dans le droit pénal, la métaphore de la guerre fait son chemin et sera naturellement inscrite dans la notion de contrat social qui se développe à l'époque de Rousseau : tous ceux et celles qui ne respectent pas le pacte sont représentés comme des ennemis ou des traîtres. En plus, elle pénètre souterrainement les théories de la peine criminelle. La guerre contre la criminalité prend tantôt la forme d'une exigence pragmatique (« il faut se défendre »), tantôt la forme d'une obligation morale et juridique (« il faut rétorquer au mal par un mal égal »). Le côté commode de cette représentation dichotomique paradis/enfer est que, aux enfers, il est plus facile de justifier des moyens infernaux. En effet, lorsqu'on ne réussit pas, ou qu'on ne veut pas, changer les moyens, on est poussé à l'ambivalence : vouloir et ne pas vouloir la métaphore de la guerre ; vouloir et ne pas vouloir le thème de l'humanisme ; vouloir et ne pas vouloir le principe de la modération et de la dernière instance, etc.

Tableau 1 A Quelques transformations dans le passage du savoir pré-classique sur les peines à la rationalité pénale moderne	
Représentations philosophico-juridiques et sociales dominantes surtout entre le XIIe siècle et la première moitié du XVIIIe siècle	Représentations philosophico-juridiques et sociales peu à peu dominantes après la deuxième moitié du XVIIIe siècle
LA LOI (PÉNALE)	LA LOI PÉNALE OU CRIMINELLE
<ul style="list-style-type: none"> - La loi pénale est une « partie » de la « loi civile » ou accompagne la loi civile pour lui donner une force d'application. - La loi civile interdit certains comportements et la loi pénale indique la punition (ou la sanction). - Les lois civile et Pénale sont des lois publiques, c'est-à-dire de la République. - Il n'y a pas de hiérarchie entre la loi civile et la loi pénale ; elles sont égales et complémentaires ; chaque loi civile, pour être efficace, doit avoir une loi pénale ; la loi de Nature et la loi civile se contiennent l'une l'autre ; la loi civile donne force aux règles de la loi naturelle. - La loi civile s'adresse aux particuliers pour leur dire que faire et pour communiquer leurs droits et devoirs ; la loi pénale s'adresse au bras séculier de l'État, au personnel du judiciaire, pour leur dire que faire en cas de désobéissance. 	<ul style="list-style-type: none"> - La loi pénale et la loi civile sont deux sous-systèmes complets et auto-suffisants de lois. La loi pénale se distingue essentiellement de la loi civile. - La loi pénale interdit certains comportements et oblige l'application des peines prescrites. - La loi pénale est publique ; la loi civile est privée. - La loi pénale est supérieure et plus importante que la civile en ce qu'elle prétend protéger seule les valeurs fondamentales de la société (la vie, la liberté et les biens) ; elle prétend exprimer seule le noyau dur du droit naturel, de la moralité ou encore le Contrat social. - La loi pénale a des buts propres, spécifiques et opposés aux buts de la loi civile. Elle est la seule à protéger la société ; elle doit donner l'exemple du châtimement ; elle doit faire payer le mal par le mal ; elle doit réadapter le coupable, ou le neutraliser

<p>Tableau 1 A (suite)</p> <p>Quelques transformations dans le passage du savoir pré-classique sur les peines à la rationalité pénale moderne</p>	
Représentations philosophico-juridiques et sociales dominantes surtout entre le XIIe siècle et la première moitié du XVIIIe siècle	Représentations philosophico-juridiques et sociales peu à peu dominantes après la deuxième moitié du XVIIIe siècle
<p>LE CHÂTIMENT</p> <p>1 Sens général : toute loi a besoin d'un châtiment pour se faire valoir comme telle dans un système politique organisé. La force et l'efficacité des lois civiles dépendent des « sanctions pénales ».</p> <p>2. Sens strict spécifique, ciblé :</p> <ul style="list-style-type: none"> i) On distingue la réparation positive (dédommagement) de la punition. ii) Le dédommagement est vu comme insuffisant pour réparer la désobéissance à la loi. iii) [La justice divine oblige la punition] iv) C'est l'autorité qui doit bénéficier de la peine. v) Aucune punition ne peut être moindre que le mal causé. 	<p>LE CHÂTIMENT</p> <p>1. Sens général : perdu.</p> <p>N.B. : On parle plutôt de coercition ou de contrainte pour désigner la force et l'efficacité que l'État donne aux sanctions en droit civil.</p> <p>2. Sens donné par le système pénal :</p> <ul style="list-style-type: none"> i) La réparation positive (dédommagement) relève du droit civil et la punition, du droit pénal. ii) Le dédommagement est vu comme insuffisant pour réparer la désobéissance à la loi pénale. iii) La véritable punition est une obligation ou une nécessité impérative en matière pénale. iv) C'est l'autorité qui doit bénéficier de la peine. v) Aucune punition ne doit être moindre que le mal causé. (En général, elle doit avoir un maximum ou, au moins, exclure les supplices).

Tableau 1 B

**Quelques transformations dans le passage du savoir pré-classique
sur les peines à la rationalité pénale moderne**

Représentations philosophico-juridiques et sociales dominantes surtout entre le XIIe siècle et la première moitié du XVIIIe siècle	Représentations philosophico-juridiques et sociales peu à peu dominantes après la deuxième moitié du XVIIIe siècle
<p>LE TORT, LE DÉLIT ET LE CRIME</p> <ul style="list-style-type: none"> - Il n'y a pas de « fracture conceptuelle » explicite ou assurée entre « crime », « délit », « faute » et « tort ». - La notion de crime, lorsqu'elle est utilisée, est employée dans un sens diffus, globalisant et imprécis d'acte contraire au droit, de désobéissance à toute loi, d'accusation pour une faute ou un tort à l'autorité. - Le crime désigne aussi parfois, parmi les fautes (ou les désobéissances) individuelles, celles qui sont vues comme « plus graves ». - Le crime et le délit désignent parfois aussi tout simplement les affaires judiciaires. 	<p>LE TORT, LE DÉLIT, ET LE CRIME</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tentatives diverses (selon chaque pays) d'une distinction conceptuelle entre le tort ou le délit civil (qui relèverait du droit civil), le délit administratif (qui relèverait du droit administratif pénal) et le délit pénal ou le crime (qui relèverait du droit pénal ou criminel). - Le délit pénal désigne les atteintes au droit public et le délit civil, celles au droit privé. - Le délit pénal concerne les désobéissances intentionnelles, graves, non réparables, porteuses d'un danger d'imitation ou d'une menace de destruction de l'ordre social et crée la peur et l'insécurité. Le délit civil est bien intentionné ou sans intention, n'implique pas de gravité, ne stimule pas le mimétisme, ne met pas en péril l'ordre social et ne suscite pas la peur.

<p>Tableau 1 B (suite)</p> <p>Quelques transformations dans le passage du savoir pré-classique sur les peines à la rationalité pénale moderne</p>	
<p>LE TRANSGRESSEUR DE LA LOI</p> <p>1. Sens général :</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Comme toute loi de la Cité exprime la volonté du Souverain ou découle d'un Contrat social entre le Souverain et ses sujets, le transgresseur est l'Ennemi du Roi ; ii) Le transgresseur est socialement vu comme un individu particulier et les mots <i>criminel</i>, <i>délinquant</i>, etc., lorsqu'ils sont employés, ne désignent pas (encore) une classe ou catégorie d'individus. iii) Le transgresseur, y compris le brigand, n'a pas une image sociale clairement négative et ne fait pas l'objet de sentiments défavorables de façon relativement univoque. <p>2. Sens strict, spécifique, ciblé : absent.</p>	<p>LE TRANSGRESSEUR DE LA LOI PÉNALE</p> <p>1. Sens général : perdu.</p> <p>2. Sens strict, spécifique, ciblé :</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Comme la loi pénale exprime le droit public, les valeurs fondamentales de la société, le noyau dur du droit naturel ou le Contrat social de tous avec tous, le transgresseur de cette loi est l'Ennemi de tous, que tous ont intérêt à poursuivre. ii) Le transgresseur est socialement vu comme le représentant d'un groupe, d'une catégorie d'individus qui sont en guerre contre la société ; une minorité contre une majorité ; « le petit bataillon de criminels contre la grande légion d'honnêtes citoyens » (Tarde).

Tableau 1 B (suite) Quelques transformations dans le passage du savoir pré-classique sur les peines à la rationalité pénale moderne	
	<ul style="list-style-type: none"> iii) Le transgresseur (des classes défavorisées) impliqué dans des infractions non professionnelles, a en général une image sociale négative et stigmatisante. iv) Après 1875 : tout transgresseur peut être vu comme anormal ou comme ayant des traits différents des honnêtes citoyens.

Fin du texte.