Alvaro Pires

Criminologue, École de criminologie, Université d'Ottawa

(1998)

*“En guise de conclusion:
un nœud gordien autour
du droit de punir”*

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.

“En guise de conclusion: un nœud gordien autour du droit de punir”.

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**, Conclusion, pp. 207-219. 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 2 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 26 août 2006 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, province de Québec, Canada.

Alvaro Pires

Criminologue, département de criminologie, Université d'Ottawa

“En guise de conclusion:
un nœud gordien autour du droit de punir”

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**, Conclusion, pp. 207-219. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques.

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

"En guise de conclusion: un nœud gordien autour du droit de punir".

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**, Conclusion, pp. 207-219. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques.

Dans les lignes qui suivent, je propose et explore une hypothèse qui a été en partie étayée dans les chapitres précédents, mais qui prendra ici une forme sensiblement différente - et sans doute aussi un peu plus provocatrice - dans la mesure où j'esquisserai une vue d'ensemble de certains aspects de la rationalité pénale moderne considérée comme un système de pensée différencié du reste du droit. Cette hypothèse vise à montrer que nous avons peut-être construit, avec les théories modernes de la peine criminelle, un nœud gordien autour du droit de punir au XVIII^e siècle. Tout en soulignant le rôle apologétique de l'ensemble des théories de la peine, j'attirerai tout particulièrement l'attention sur deux aspects étroitement reliés de cette importante question. Le premier concerne le triste sort réservé au « principe de dernière instance » en matière pénale ; le deuxième porte sur une métamorphose qu'aurait subie la notion même de « droit de punir ». L'objectif est de relancer le débat et d'ouvrir les voies à une solution de rechange aux doctrines utilitaristes et rétributives qui dominent depuis longtemps notre tradition juridique et philosophique en matière pénale.

Pour reprendre une nouvelle fois la métaphore de Foucault (1980), ce qui m'intéresse c'est le « nuage » et non la « poussière ». Il ne s'agit pas d'interpréter les divers penseurs dans leurs points de convergence et de divergence mais de projeter ce qu'ils ont construit conjointement au-delà des différences qui sont visibles à l'échelle de leur individualité. Il s'agit moins encore de les « responsabiliser » à l'égard du système de pensée dans lequel nous sommes, car, comme l'écrit Foucault (1966 : 515), il s'agit plutôt d'un « savoir sans sujet, du théorique sans identité... ». « Il y a un on » (ibid.) ou un *nous*, mais non un *il*. C'est à cette structure théorique que je m'adresse maintenant, et ce même si je fais référence à des discours prononcés par des sujets.

Nous sommes face à un problème classique de la cartographie : nous ne pouvons pas visualiser tout à la fois. Le cartographe américain Monmonier écrit : « tous les avantages et limites de la carte dérivent du degré par lequel elle réduit et généralise la réalité, comprime ou étend les formes et les distances et visualise des phénomènes sélectionnés avec des signes qui communiquent sans nécessairement ressembler aux caractéristiques du paysage » (cité dans Santos, 1987 : 283). Une carte sélectionne les phénomènes qu'elle veut visualiser et aussi certains « détails significatifs », mais laisse nécessairement dans l'ombre d'autres aspects du paysage. De plus, un même type de carte ne réussit pas à visualiser des phénomènes qui se situent à des échelles de projection différentes : lorsqu'on « fait voir » ce qui se trouve à une échelle, on « efface » l'autre. Imaginez, par exemple, une carte routière du Québec. Si elle est bien construite, on doit pouvoir se rendre de Montréal à Québec sans passer par Toronto ! Mais pour accomplir cette tâche, elle ne peut pas coïncider point par point avec la réalité, et son échelle ne me permettra pas de trouver une rue dans la ville de Québec. Pour cela, il faudra une autre carte. Il est donc impossible de construire une carte sans distorsion, mais sans les cartes, on connaît et on maîtrise moins bien la réalité (Pires, 1997 : 27). Comme le dit Santos (1987 : 282), la construction scientifique de la réalité suppose nécessairement une déformation *de la réalité*, ce qui ne signifie pas automatiquement une déformation *de la vérité*.

Pour apprécier le propos qui suit, il ne faut pas le prendre dans sa littéralité, mais plutôt voir la figure alternative qu'il met en relief. Jusqu'à présent, les savoirs sur les peines ont de façon systématique mis l'accent sur les choses qui ont l'air différentes, et qui le sont peut-être de fait à une

certaine échelle (la « poussière »), en occultant ce qu'elles ont en commun à une échelle plus large, voire plus floue (le « nuage »). Je ferai à dessein le contrepoids à cette tendance : je tenterai de montrer que ce qui est différent à un certain niveau est paradoxalement semblable à un autre ; ou, plus précisément peut-être, que les différences qui existent ne sont pas suffisantes pour empêcher un résultat commun : la construction de la bouteille à mouches et d'un noeud gordien autour de l'idée selon laquelle « il faut punir ». Quoi qu'il en soit, ce qui est esquissé constitue en même temps des nouvelles pistes et orientations de recherche.

Le ton du propos change car je l'énonce, en filigrane, « sur le mode du rire qu'il serait bon de « réapprendre » à propos des sciences » (Stengers, 1993 : 27). Comme le note Stengers, « réapprendre à rire n'est jamais insignifiant », surtout lorsqu'il s'agit de rire un peu de nous-mêmes ; de ce que nous avons, *tous ensemble* et d'une certaine manière, contribué à construire et qui nous place maintenant dans une situation inconfortable. Bien sûr, comme pour Stengers (1993 : 28), la qualité du rire m'importe : il s'agit de « rendre possible le rire de l'humour » et non celui de la dérision ou de l'ironie.

L'APOLOGIE DU MAL-DE-PEINE-CRIMINELLE ET LE SORT DU PRINCIPE DE « DERNIÈRE INSTANCE »

Le théologien Adolphe Gesché (1993 : 45) écrivait dans une étude récente sur *Le mal* :

Le mal est au monde la chose la plus redoutable. On craindrait même en le mettant en discours (logos), fût-il théologique, de prendre le risque de lui donner un semblant de rationalité ou début de justification. Le mal est irrationnel par excellence, il est l'injustifiable dans tous les sens du terme. Moralement, cela va sans dire : un acte mauvais est injustifié. Mais intellectuellement aussi : qui oserait faire l'apologie du mal ?

Si l'on reprend la topologie du mal proposée par Gesché (1993 : 77), on peut dire que la réponse à cette question dépend de la sorte de mal auquel on se réfère : au moment où personne n'ose plus mettre le mal en discours, les théories de la peine criminelle subsistent toujours au cœur

de la civilisation occidentale. Ces théories osent faire l'apologie du mal-de-peine à un point tel qu'elles refusent, toutes, le bien comme alternative. On ne dit pas simplement que « la peine est un mal nécessaire » au sens d'un mal incontournable dans certains cas, mais qu'il est une monnaie dont la valeur d'échange est supérieure à celle du bien. À en croire ces théories, ce n'est que par le mal-de-peine qu'on rétablit la justice ou qu'on atteint le bonheur. En effet, pour la théorie rétributive, la souffrance du coupable est une vertu expiatoire absolument irremplaçable ; pour la théorie utilitariste classique, le mal-de-peine est conçu comme un vaccin magique qui, une fois appliqué à un malade, rend celui-ci, mais surtout les autres, capables d'accéder au bonheur (théorie utilitariste classique). Bentham (1840, 1 : 19) dira que « la peine produit *un mal du premier ordre, et un bien du second ordre* : elle inflige une souffrance à un individu qui l'a encourue volontairement ; et dans ses effets secondaires, elle se change *toute en bien*, elle intimide les hommes dangereux [l'illusion du siècle !], elle rassure les innocents, elle est l'unique sauvegarde de la société ».

Les utilitaristes - surtout ceux qui adoptent le « modèle médical » et une perspective positiviste, mais non exclusivement ¹ - font souvent une analogie avec la médecine. Ils disent que le mal causé par la peine est un mal aussi nécessaire que le mal causé par une intervention médicale pour guérir un autre mal plus redoutable. La peine représenterait alors la recherche du moindre mal. Mais l'analogie est spécieuse, car le (bon) chirurgien examine s'il faut effectivement opérer et ne considère cette intervention que réellement en dernière instance, c'est-à-dire lorsqu'elle est incontournable. Il n'a généralement pas à l'esprit l'idée fixe selon laquelle la chirurgie est nécessaire ou qu'une intervention réalisée sur son patient se justifie par le bien qu'elle fait à la santé publique, et moins encore que

¹ En effet, Bentham (1840, 1 : 31) écrit : « Que dirait-on d'un chirurgien qui, pour épargner au malade un degré de douleur, laisserait la guérison imparfaite ? ». On peut lui retourner la question : que dirait-on d'un chirurgien qui décide de faire une opération alors qu'une pilule peut faire l'affaire ? L'utilitariste de la peine est comme le chirurgien de Bentham : il est convaincu d'avance que la pilule ne convient pas et qu'il faut quelque part un degré de mal pour produire un bien de second ordre. Le tour est joué : il vous rassure, dans son cabinet, qu'il n'y aurait pas de chirurgie s'il pouvait « atteindre le même but par des moyens plus doux » (p. 81), mais il ajoute aussitôt que ce qui justifie la peine [la chirurgie], c'est son utilité majeure, ou, pour mieux dire, sa nécessité » (p. 17).

sa réussite dépend du mal qu'il cause à son patient (dans un tel cas, l'anesthésiste serait au chômage). Autrement dit : le médecin produit parfois du mal, mais cherche auparavant une alternative à celui-ci et, le cas échéant, à le réduire le plus possible ; chez l'utilitariste (qui cherche la dissuasion), le remède est le mal et il cherche à le produire en raison de ses qualités supposées de deuxième ordre. C'est une sorte de dogme de la transsubstantiation : le mal du premier ordre « se change *tout en bien* ». Le rétributiviste, quant à lui, croit au dogme de la vertu expiatoire : la purification du mal-de-faute par la peine criminelle. Pour tous les théoriciens classiques de la peine, le mal-de-peine est *nécessaire* au sens fort du terme, c'est-à-dire qu'il est investi d'une intentionnalité subjective qui le cherche pour ses vertus mêmes.

Quelle hardiesse et quelle assurance ! Mais comment justifier une telle entreprise ? Pour valoriser le mal-de-peine, il fallait se contenter d'un territoire restreint. Dès lors, deux réductions méthodologiques : on a réduit le mal-bon-et-absolument-nécessaire à une seule sorte de mal, en l'occurrence le mal-de-peine ; ensuite, on a rattaché ce mal de peine, tout au moins en théorie, à la justice pénale. Il s'agit alors uniquement de faire l'apologie du mal-de-peine-criminelle. En revanche, par une sorte de compensation, l'apologie est incisive et promet beaucoup à la fois. On passe même aux louanges : si vous voulez la justice, l'égalité ou le bonheur - et qui ne les veut pas ? - il faut conserver et distribuer ce mal-de-peine ; il faut le conserver *même s'il est inutile* (Kant et Hegel), *même si les parties en litige ont fait la paix* (Beccaria et Bentham), *même si d'autres formes de justice ont été faites, même si d'autres solutions ont été prévues ou sont possibles, même si...* Les utilitaristes classiques reconnaissent volontiers quelques cas extrêmes d'« inutilité » de la peine (*in articulo mortis*), mais ils sont loin d'accepter le principe de la priorité des alternatives, même pour les petites infractions ; les rétributivistes croient que la nature et le degré de la peine vont de soi, sont donnés dans la nature de l'acte et sont une exigence de la justice. Par conséquent, il devient délicat de présenter la peine comme un mal de dernière instance ! Ce qu'on veut dire, sans doute, c'est qu'elle est un mal de première instance - et d'une valeur inestimable - mais appliqué *seulement* dans l'enclos de la justice criminelle. Cependant, on se rend bien compte que les théoriciens de la pénalité moderne *ont besoin* du principe de dernière instance, y

compris les rétributivistes ², mais ils ne sont pas en mesure de *l'intégrer* effectivement à leurs théories. Résultat : ce principe, qui est un véritable idéal de la rationalité pénale, n'est formulé que d'une façon inopérante, dégradée ou travestie ³, il est réduit aux règles de protection de l'accusé durant la procédure, au vœu irréalisable de son application effective par le pouvoir législatif, etc. On peut dire que les théories de la peine fondent et laissent mourir ce principe, sans s'en rendre compte et sans pouvoir annoncer sa mort.

UNE MÉTAMORPHOSE DANS LA NOTION DE « DROIT DE PUNIR »

Mais ce n'est pas tout : quelque chose de paradoxal semble arriver au droit de punir. En dépit de la contestation qui se développe peu à peu à partir du XII^e siècle à l'égard de la prérogative de l'État d'adoucir la sévérité des lois ou de pardonner, on peut dire que, dans la période pré-classique (avant le texte de Beccaria), on accorde encore à l'État un droit de punir au sens plein de l'expression : le « savoir sérieux » ⁴ sur les peines *autorisait* la punition (sous certaines conditions), mais ne sommais pas le gouvernement de l'exécuter. Celui-ci avait alors, du moins en prin-

² Les rétributivistes sont peut-être ceux qui éprouvent la plus grande difficulté pour intégrer le principe de la dernière instance, car, à leurs yeux, la peine doit être appliquée même si elle est inutile. Cependant, ils essayent parfois de refouler ce principe au niveau du législateur. Ils soutiennent alors que ce dernier ne doit prévoir une peine que là où « il faut » cette peine, c'est-à-dire dans les cas de violation concernant les droits fondamentaux. Voir à ce sujet Höffe (1993 : 161). Ceci me semble un critère très délicat et, en règle générale, non opérationnel (voir Acosta, 1987). Rappelons, en passant, que les « droits fondamentaux » ne sont pas protégés seulement par le droit pénal, que la majorité des atteintes à ces droits ne sont pas criminalisées (de droit ou de fait) et qu'il y a un grand nombre d'infractions pénales qui ne constituent pas, à proprement parler, des atteintes à ces droits.

³ Je crois que nous trouvons, dans ce contexte spécifique, une problématique analogue à celle mise en lumière par Taylor (1991 : 27-28).

⁴ Sur cette notion, empruntée à Dreyfus et Rabinov (1982 : 76), voir mes commentaires dans le premier volume de cet ouvrage (p. 26, note 17).

cipe, la *prérogative* de ne pas punir lorsqu'il y avait d'autres solutions au litige ⁵.

Bien entendu, certains publicistes avant Beccaria conditionnent la liberté de ne pas punir à la recherche du « bien de la société ». Mais cette notion, chez eux, semble plus ouverte aux alternatives que dans le savoir pénal classique. Même lorsque ces publicistes pré-classiques attribuent à la punition un but de dissuasion, comme chez Locke (1728), ce but n'est pas encore situé dans le cadre d'une *théorie* de la dissuasion proprement dite. En effet, la théorie classique de la dissuasion comprend une série de propositions complémentaires insistant, entre autres choses, sur la nécessité d'une peine *certaine* et sur l'exclusion des sanctions civiles. Ces dernières sont perçues comme concernant les intérêts privés par opposition au bien public. Tout ceci nous empêche de concevoir le « bien de la société » sans la peine. Or, dans la pensée pénale pré-classique, il y a encore un espace pour penser à d'autres moyens d'atteindre au « bien de la société » sans la peine.

En effet, la *théorie* de la dissuasion ne vient pas encore interférer entre la possibilité de privilégier une alternative d'une part, et la recherche du bien commun, d'autre pari, pour dire ceci : « le bien commun exige la certitude de la peine criminelle ». Dès lors, dans le savoir pré-classique, le bien de la société n'est pas vu essentiellement à travers les lunettes déformantes de la théorie classique de la dissuasion. On peut encore penser qu'une mesure alternative à la peine répond aussi, sinon mieux, au bien commun. La paix entre les parties, le dédommagement à la victime, etc. sont alors des formes de justice et des moyens d'atteindre le bien de la société qui justifient la décision de ne pas poursuivre ou de ne pas pénaliser (autant) ⁶. En outre, dans la pensée pré-classique, la sévérité légale des peines peut justifier, par ce fait même, que les appareils de l'État, chargés de l'application de la loi, aient toute la liberté nécessaire pour les

⁵ Que l'on ne se méprenne pas : je ne fais pas ici une évaluation globale de la pensée pré-classique et encore moins son apologie par opposition au savoir classique. Comme elle a souvent été stigmatisée, et à maints égards avec raison, on a fini par perdre de vue certains aspects plus intéressants de ce savoir aussi bien que certains aspects problématiques du nouveau savoir classique que nous avons construit. Cette articulation entre les deux savoirs doit être entièrement repensée.

⁶ Bien entendu, comme on le sait, le savoir pré-classique va aussi souvent permettre, en contrepartie, une sévérité accrue, ce qui est déplorable.

adoucir et pour pardonner chaque fois que la situation le permet sans pré-judice pour la victime ⁷.

Or, de façon un peu paradoxale, cette vision pré-classique du droit de punir (et aussi cette vision pré-moderne de la dissuasion) est à certains égards plus proche du principe de la dernière instance que la pensée pénale classique qui l'a fondé. C'est que la faculté de juger de la nécessité de la peine n'est conditionnée ni par une théorie de la dissuasion qui pose, comme point de départ, la peine comme un *impératif pragmatique*, ni par une théorie de la rétribution qui prétend, par principe, que la peine est un *impératif moral catégorique*.

Le savoir pré-classique était alors porteur, du moins à cet égard, d'une conception plus saine du droit de punir : la Justice avait *l'autorisation* de punir, mais aussi celle de chercher des alternatives à la pénalité, c'est-à-dire la *faculté* ou la *liberté* (théorique) *de ne pas punir* s'il y avait une autre issue au litige. Hélas, à l'égard du degré de sévérité et des modalités de punition, cette autorisation était trop imprécise et étendue, voire abusive. Mais la stigmatisation de la pensée pré-classique comme « barbare » nous a empêché de voir ce qu'elle avait de moins barbare que la pensée classique. Quoi qu'il en soit, insatisfait par l'excès de l'arbitraire du Prince, le savoir classique a entrepris une lutte contre sa supposée *liberté infiniment illimitée* (ou presque) de punir. Mais, dans cette lutte, on ne s'est pas contenté de limiter ou d'imposer des conditions à l'exercice du pouvoir de punir ; on a aussi *poussé la Justice (pénale) à punir*. Du coup, on passe d'une (sous-) culture de *l'autorisation de punir de façon illimitée* à une (sous-) culture de *l'obligation limitée de punir*.

Par l'agencement d'une série d'arguments sur la punition, le savoir philosophique et juridique a créé un nœud gordien tenace autour de l'obligation de punir à l'époque des Lumières (Pires, 1995 : 145-146). En effet, il a contribué à créer un dispositif complexe et serré qui a eu pour effet de justifier, plus qu'il ne le fallait, le recours à la punition au sens fort du terme. Ce savoir nous a légué, un peu malgré lui, une « raison punitive » qui ne réussit pas à - et qui *ne veut pas* - se faire valoir clairement comme

⁷ C'est justement contre cette liberté de choisir une alternative ou d'adoucir les lois que la doctrine de la sévérité maximale pré-classique s'est élevée. Elle prépare, en ce sens, l'avènement de la théorie classique.

une « doctrine de la *non-sévérité* ». On peut dire que la sévérité est devenue en grande partie indissociable de la rationalité pénale moderne. C'est pour cette raison que les principes de la modération et de la dernière instance sont devenus chancelants, cacophoniques - presque contradictoires - dans le cadre de cette rationalité. La rationalité pénale moderne essaie de projeter l'image de la peine « équilibrée », c'est-à-dire ni modérée ni cruelle ; elle est *due*. Le pénaliste ne réussit alors à identifier que les excès particulièrement agaçants de sévérité. Une des grandes nouveautés du savoir pénal moderne a été de diffuser la conviction selon laquelle la peine est un mal nécessaire au sens *normatif* du terme : un mal qui doit être constitutif du droit pénal, y compris au premier rang de ses objectifs (dissuader, protéger la société par la sévérité, faire payer le mal par le mal, etc.).

Il est surprenant de voir comment deux grands courants philosophiques de l'époque moderne, qui ont articulé deux des trois principales théories contemporaines de la peine, ont contribué, main dans la main, en dépit de l'intention des penseurs, à construire ce résultat final. Beccaria, un utilitariste modéré, a soutenu qu'il fallait punir tous les petits illégalismes pénaux pour ne pas affaiblir l'effet de dissuasion (exigence pragmatique et politique). Kant, dans le cadre de sa théorie rétributive, a soutenu que la peine est un *impératif catégorique*, c'est-à-dire une obligation morale incontournable : on doit punir même si la peine est inutile. Anselm von Feuerbach (1801 : 41), un utilitariste comme Beccaria, ferme le cercle morbide de la raison punitive : il transforme explicitement l'exigence pragmatique, politique et morale de punir en une « conséquence juridique nécessaire » de la transgression⁸. Et il propose que cela soit reconnu comme un des grands principes du droit criminel. En effet, il va mettre côte à côte le principe de la légalité (« *nulla poena sine lege* »)⁹ et le principe selon lequel « tout crime exige une peine légale » (« *nullum crimen sine poena legali* »). Au début du XIXe siècle, la « trilogie punitive » de notre culture juridique est déjà solidement constituée. En effet, nous avons alors trois « bonnes » raisons de punir : une nécessité prag-

⁸ En allemand : « Denn durch das Gesetz wird an die bestimmte Rechtsverletzung das Uebel als eine *nothwendige rechtliche Folge geknüpft* » (nous soulignons).

⁹ Ce principe signifie que « toute peine doit être prévue dans la loi ». Par là, on veut éviter l'emploi de peines abusives appliquées de façon entièrement arbitraire. En ce sens, ce principe accorde une protection juridique aux personnes condamnées.

matique et politique (Beccaria, Bentham), une nécessité morale (Kant) et une nécessité juridique (Feuerbach). On peut combiner les trois ou choisir celle qui nous plaît, mais le résultat théorique et pratique est fondamentalement le même.

Comme Digneffe le montre plus loin dans cet ouvrage, l'école positive italienne, en dépit des ambivalences de Ferri (1905), vient encore renforcer la raison punitive ou, si l'on préfère, la raison interventionniste musclée. Garofalo (1905 : 147) combat ouvertement l'idée selon laquelle l'adoucissement des peines serait un signe de progrès culturel. Car, à ses yeux, la sévérité est non seulement nécessaire pour dissuader, mais aussi pour imprimer, « dans le peuple le sentiment de la gravité du crime ». Il soutient ici une véritable théorie ethnocentrique ¹⁰ de la valeur symbolique de la *sévérité* de la peine : c'est par la *sévérité de la répression* que le *peuple*, ignorant et perdu, saisit et comprend la gravité des comportements ¹¹.

On voit que la notion de « protection de la société » ou de l'intérêt du public prend une direction ou est investie d'un sens particulier qui est indépendant de la fonction objective de protection de la société ¹². En effet, en matière pénale, la direction donnée par la théorie utilitariste classique à la notion de protection de la société est celle que seule la punition (au sens strict du terme) est capable de protéger la société. Certes, la théorie rétributive de Kant modifie, en apparence du moins, la fonction du droit de punir (il ne s'agit plus de protéger la société mais de « faire justice »), mais elle ne modifie en rien l'orientation punitive de la justice pénale. Car, même si nous pouvons concevoir d'autres manières de faire justice sans recourir à l'idée d'une peine égale au crime, Kant ne les accepte pas en matière pénale. Cela veut dire que les deux notions, celle de « protection de la société » et celle de « justice (rétributive) », sont investies de la même intentionnalité punitive en matière pénale. Or, une fois cela fait,

¹⁰ Je me réfère ici à une sorte d'ethnocentrisme de classe sociale, puisque le « peuple » désigne ici, selon toute vraisemblance, les couches les plus défavorisées de la population. Ce sont ces couches qui ont « besoin » de la sévérité pour se rendre compte de la gravité de certains actes.

¹¹ Voir la comparaison entre Ferri et Garofalo faite par Digneffe au chapitre 6.

¹² Il arrive ici quelque chose de semblable à ce que Baratta (1997 : 58) notait à propos du concept de « politique criminelle ».

les buts de ces théories ne se distinguent plus l'un de l'autre du point de vue du principe de la dernière instance ou de la modération : partout, la croyance dans la nécessité-obligation de punir l'emporte. Du coup, les théories classiques de la peine, en réaffirmant et renouvelant les fondements du droit de punir, le *tuent* en tant *qu'autorisation-prérogative* de punir de façon limitée.

Le droit de punir est mutilé au siècle des lumières au cours d'une confrontation entre l'autorisation *illimitée* de punir du Prince et sa capacité de pardonner ou de résoudre autrement les conflits. Et peut-être n'a-t-on même pas remarqué qu'il est mutilé. En effet, on a réduit le droit de punir à une obligation de punir. Mais comment une métamorphose aussi spectaculaire de la notion de droit de punir est-elle passée aussi largement inaperçue ? Pour le comprendre, il faut rappeler deux contextes d'utilisation de la notion de « droit ».

Dans un premier contexte, la notion de *droit* se distingue de celle de devoir. Par exemple, nous disons que « X a le droit de vendre sa propriété » ou encore « d'exprimer ses idées ». Dans cet usage, nous affirmons que cette personne est *autorisée* (au sens d'avoir la prérogative) à faire telle chose, mais non qu'elle est *obligée* de le faire. « Droit », ici, se distingue en quelque sorte de « devoir », d'« obligation », de « nécessité ».

Par ailleurs, dans un autre contexte, les notions de droit et de devoir sont interchangeable. Ainsi, si un policier reçoit l'ordre de la Cour de procéder à l'arrestation d'un individu, nous pouvons dire qu'en arrivant devant cette personne, le policier a « le droit de l'arrêter », ou encore qu'il a « le devoir de l'arrêter » (en raison d'un ordre de la Cour). Mais si le policier a le droit de l'arrêter, ce droit ne comporte pas la prérogative de ne pas arrêter : il *doit* le faire. Nous avons ici une *autorisation* sous la forme d'un devoir ou d'une obligation : une autorisation-commandement hiérarchique *sans licence* de privilégier une alternative. Si le policier a en même temps un *droit* et un *devoir*, il faut prendre acte du fait que c'est le devoir qui donne le droit et qui soustrait d'autres droits. En plus, le policier a un devoir vis-à-vis de celui qui se trouve, sur une échelle hiérarchique, au-dessus de lui, tandis que son « droit » est dirigé vers l'individu qu'il interpelle. Une mère a, par exemple, le droit de châtier ses enfants au sens plein du mot : elle est *autorisée* à le faire, dans certaines limites, mais elle n'y est pas *obligée* : elle peut transiger, négocier, pardonner,

choisir une alternative pour résoudre le problème, etc. Un juge qui a le « droit de punir », par exemple une condamnée, se trouve dans une situation plus inconfortable : il peut être autorisé-ordonné à le faire et même contraint à imposer une peine unique ou minimale fixée par la loi ¹³.

Or, nous avons vu que les théories classiques de la peine contribuent à construire une disposition culturelle en faveur de la punition dans la mesure où elles prescrivent au législateur et aux tribunaux d'ignorer les alternatives, pour punir les « crimes » de façon stricte. Ces théories ne contribuent pas à bâtir un « droit de punir » au sens plein du mot, car elles bannissent *l'autorisation en tant que prérogative de non punir* ; elles *persuadent* le législateur et les juges de *punir* au nom de la protection de la société, de la morale ou de la Justice (pénale) ¹⁴.

La réplique que Del Vecchio (1955 : 138) adresse à la conception rétributive de la nécessité de punir illustre le fait qu'il y a bel et bien des résistances, dans le savoir juridique, à la normalisation de la peine criminelle stricte. Hélas, il ne sera pas entendu. À son avis, toute action accomplie à l'égard d'autrui implique l'autorisation de la réciproque, « c'est-à-dire rend celle-ci juridiquement *possible* » (nous soulignons) ; mais « elle ne la rend cependant pas *nécessaire* (un devoir), puisqu'il n'existe aucune obligation de se prévaloir, jusqu'à la limite, de pareille autorisation » (ibid. : 138). Le sujet qui a souffert le tort, ou l'État, dispose d'autres possibilités également juridiques de résoudre son problème, comme celle de se satisfaire d'une réaction atténuée ou symbolique, d'un dédommagement, ou bien encore de pardonner le tort, spécialement lorsque l'auteur s'en montre repentí ou le répare, dans la mesure du possible. Il peut

¹³ Je remercie mon collègue André Jodoin, professeur à la Faculté de Droit civil de l'Université d'Ottawa de ses remarques sur cette double utilisation de la notion de droit et de m'avoir proposé l'exemple du policier donné ci-dessus.

¹⁴ Même la proposition utilitariste, « on ne doit punir que lorsqu'il est utile », n'affaiblit pas l'idée de punition. C'est qu'elle ne porte que sur un aspect préliminaire et limité de l'application des peines : les conditions générales requises pour pouvoir présumer de l'efficacité de la dissuasion. il ne s'agit pas alors de savoir si la peine est devenue inutile dans le cas « X » parce que l'agresseur a réparé son tort ou a fait la paix avec sa victime, mais plutôt si l'agresseur est un être pleinement rationnel et en mesure d'estimer les conséquences de ses actions. Si oui, la peine est (en théorie) utile et nécessaire pour dissuader d'autres individus dans les mêmes conditions et doit être imposée.

même y avoir, de la part de l'État, d'autres obligations prioritaires à remplir avant d'imposer une peine rigoureuse, comme le principe de la dernière instance. Mais les théories classiques de la peine privilégient la dimension punitive : « règle de la certitude parfaite » et « règle de la quantité minimale » ; l'art de punir repose donc « sur toute une technologie de la représentation » (Foucault, 1975 : 96, 98, 106).

Dès lors, si les théories classiques de la peine ont contribué à fonder le droit de punir dans sa forme moderne, elles n'ont fondé en fait qu'un droit de punir au sens limité d'une *autorisation-impérative* de punir. Ces théories nous placent devant un « principe de nécessité objective pratique », pour utiliser les termes de Kant, et nous font perdre le droit de punir au sens plein du terme. D'où le paradoxe : au siècle des lumières, en cherchant à donner des nouvelles assises au droit de punir, nous l'avons mutilé sur la table d'opération ; par un jeu de passe-passe avec les notions de droit, d'autorisation et de coercition nous ne nous sommes pas rendu compte de sa métamorphose ; et, par conséquent, nous avons cru tout simplement avoir fondé ou fortifié ce droit, alors qu'en réalité nous lui avons aussi sérieusement porté atteinte.

La saga des théories de la peine et de la rationalité pénale moderne ne se termine pas au XVIII^e siècle. En réalité, elle ne s'achève, dans ses grandes lignes, qu'au tournant du XIX^e siècle. En effet, Debuyst a montré comment le savoir scientifique psychiatrique s'entremêle avec les impératifs judiciaires en matière pénale tout au long du XIX^e siècle ¹⁵. Digneffe laisse voir clairement comment l'école positive italienne, quant à elle, tisse le pont définitif entre les théories de la peine et le savoir scientifique ¹⁶. En plus, l'école positive italienne sape le principe classique de la proportionnalité en proposant l'usage généralisé de la notion d'état de *dangerosité*. Certes, on trouve dans le discours classique même, à travers

¹⁵ Voir le chapitre 4 du premier volume de cet ouvrage.

¹⁶ Voir aussi notre premier chapitre dans le premier volume de cet ouvrage. [Alvaro Pires, "**La criminologie d'hier et d'aujourd'hui**". 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 I. Des savoirs diffus à la notion de criminel-né**. Chapitre 1, pp. 13-67. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa et De Boeck Université, 1995, 366 pp. Collection: Perspectives criminologiques. Texte disponible dans [Les Classiques des sciences sociales](#), JMT.]

la combinaison du critère de récidive et celui d'intentionnalité, une forme d'érosion du principe de proportionnalité comme limite du droit de punir. On crée alors l'image d'une méchanceté cumulative : on devient plus coupable d'un crime à l'autre et, pour cette raison, la peine, progressivement plus sévère et non proportionnée à l'acte, demeure, dans le discours pénal, « proportionnelle » à la culpabilité, et ce même si l'acte reste le même ou décroît en gravité. En plus, la jurisprudence moderne reconduit aussi certains critères d'aggravation de la peine qui ont été soutenus par la doctrine de la sévérité maximale préclassique, comme le « rapport de confiance entre le coupable et sa victime », la « facilité de commettre le crime ou d'échapper à la justice pénale », etc. L'école positive, quant à elle, renforce une autre lecture de la récidive, même de la petite récidive : elle est le signe d'une « criminalité d'habitude », expression elle-même d'une forme particulière de dangerosité car, même lorsqu'elle ne met pas directement en danger l'ordre social, elle révèle une tendance de l'individu à se démultiplier (en recrutant des compagnons) ou à progresser vers une criminalité plus sérieuse ou vers une déformation définitive de sa personnalité. Les peines courtes, bien que proportionnelles, offrent alors des garanties insuffisantes de sécurité. On voit bien que le savoir scientifique va s'immiscer dans la rationalité pénale moderne. Mais il va aussi lui adresser des critiques et soulever des débats. L'histoire qui suit est en bonne partie l'histoire de cette rencontre entre la science et le savoir pénal.

Fin de l'article.